

**PRECEDENTE ADMINISTRATIVO EN COLOMBIA: APROXIMACIÓN A UN
MODELO DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL**

Diego Hernán Morales Sánchez

UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS

Facultad de Derecho

BOGOTÁ D.C.

2015

**PRECEDENTE ADMINISTRATIVO EN COLOMBIA: APROXIMACIÓN A UN
MODELO DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL**

Tesis de grado para optar al título de Magister en Derecho Público

Presentada por:

Diego Hernán Morales Sánchez

Director

Álvaro Hernán Moreno Durán Ph. D.

UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS

Facultad de Derecho

BOGOTÁ D.C.

2015

CONTENIDO

Introducción	4
A. Planteamiento y contexto de la investigación	4
B. Metodología y estructura	6
1. Planteamiento del problema	6
2. Pregunta de investigación	8
3. Objetivos	9
4. Hipótesis	9
5. Delimitación de la investigación	10
6. Estructura del trabajo	11
Capítulo I. Sociedad y prácticas jurídicas	16
A. La interpretación del texto constitucional	18
B. La función garantista	22
Capítulo II. La unificación de jurisprudencia contencioso-administrativa: Un acercamiento iuscomparativista	25
A. España	26
B. Costa Rica	29
C. Colombia	33
Capítulo III. El lenguaje, las reglas y los límites en la metodología	40
A. Los signos y su semejanza en el lenguaje jurídico	41
B. El concepto jurídico	44
C. Vocación unificadora de la decisión judicial	48
D. La función de la decisión judicial	58
Capítulo IV. Privación injustificada de la libertad: Aproximación a una propuesta de unificación jurisprudencial	64
A. Antecedentes	64
B. La privación injusta de la libertad en lo contencioso-administrativo	68
C. Propuesta de unificación jurisprudencial contencioso-administrativa en torno a la privación injusta de la libertad	81
Conclusiones	86
Bibliografía	91

INTRODUCCIÓN

A. Planteamiento y contexto de la investigación

El derecho administrativo colombiano experimenta una importante transformación: Diversas decisiones del Consejo de Estado, dan muestra de una actitud garantista de los derechos acorde con los avances y procesos de transformación de la sociedad colombiana. Así, por citar algunos ejemplos recientemente se determinó que en los eventos de reparación integral a las víctimas de la violencia, el principio de progresividad hace posible que las autoridades judiciales amplíen de manera gradual la reparación, si el agravio no cesa, sino que produce reiteradamente, de manera que la indemnización de perjuicios no necesariamente debe presentarse en un único pago, sino que la misma puede suceder en forma gradual según la evolución del perjuicio sufrido (Exp. 21884, 2012); de otra parte, se ha superado el tope indemnizatorio de los perjuicios morales en escenarios en los que el daño antijurídico imputable al Estado tiene su origen en una conducta punible (Exp. 36340, 2013a) y; se ha efectuado el reconocimiento de derechos a seres vivos distintos del ser humano en cuyo caso cualquier persona puede solicitar su protección por conducto de la acción popular (AP 25000232400020110022701, 2013b).

De otra parte, la entrada en vigencia del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo -CPACA-, expedido mediante la ley 1437 de 2.011 apunta a la modernización de los procedimientos administrativos y de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en mérito de lo cual se adoptan estrategias encaminadas a

la implementación de la oralidad y el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones con el fin de reducir significativamente el impacto de fenómenos que, como sucede con la congestión judicial, afectan la solución de las controversias cuyo conocimiento compete a ésta jurisdicción.

En ese contexto, llama la atención el recurso extraordinario de unificación contencioso-administrativo, contemplado en los artículos 270 y 271 del CPACA, puesto que con su consagración se introduce una figura que, pese a no ser novedosa si se compara con la actividad de la Corte Constitucional, se destaca su propósito de superar el tradicional motivo de unificación denominado *importancia jurídica* e incluir la trascendencia social y económica junto a la necesidad de sentar o unificar la jurisprudencia y de aquellas decisiones proferidas en desarrollo del mecanismo eventual de revisión -aplicable en los eventos de acciones populares y de grupo-, así como de aquellas decisiones relacionadas con los recursos extraordinarios.

De implementarse satisfactoriamente, un mecanismo judicial como el descrito, contribuiría a la reducción de la complejidad dentro de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa si se tiene en cuenta que, con fundamento en los artículos 10, 102 y 269 CPACA, los efectos de la sentencias de unificación deben reconocerse por las autoridades administrativas cuando los solicitantes acrediten los mismos supuestos fácticos y jurídicos que dieron lugar a la sentencia de unificación. Corolario de lo cual, los principios de seguridad jurídica y justicia material se realizarían a través de la interpretación y aplicación uniforme del derecho.

B. Metodología y estructura

1. Planteamiento del problema

A pesar de la consagración de la sentencia de unificación jurisprudencial contencioso-administrativa, los artículos 270 y 271 CPACA no prescriben parámetros dentro de los cuales se enmarque el proceso de unificación jurisprudencial, de modo que el establecimiento de las pautas pedagógicas, didácticas y metodológicas de la unificación de la jurisprudencia y de los efectos que por vía de extensión pueden desprenderse, será una tarea librada al arbitrio de los Consejeros de Estado.

En este punto, es preciso acotar que, si bien es cierto que los operadores judiciales se encuentran dotados de márgenes de autonomía funcional e independencia en la interpretación, aplicación e incluso en la *creación* del derecho, no es menos cierto que la implementación de un mecanismo de unificación carente de controles sobre la discrecionalidad judicial o el interrelacionamiento de cuestiones valorativas, deontológicas y normativas en las decisiones judiciales, puede conducir a que la tarea unificadora no sólo resulte ineficaz, sino que, de igual manera, promueva a la perpetuación de una práctica judicial con resultados diversos y variables entre sí a través de la emisión de decisiones desprovistas de identidad, imposibilitando el proceso que les permita adunarse respecto de situaciones esencialmente similares por sus hechos y por la injerencia de aquellas *normas que gobiernan el caso*.

Aunado a lo anterior, se encuentra que la heterogeneidad de la sociedad colombiana, reflejada en su ordenamiento jurídico y más aún en las decisiones que profieren sus jueces, no sólo puede incidir negativamente en el desarrollo del propósito de unificación jurisprudencial, sino que a la postre, conducen a la edificación de un sistema jurídico cuyas bases se hallan en aquello que los jueces interpretan y no en aquello que las normas prescriben.

Ésta circunstancia, aparte de reconocer un elemento de riesgo en la práctica judicial, permite que el riesgo se asiente en los pilares esenciales de la actividad de la judicatura, facilitando la variación intempestiva de la jurisprudencia a través del proselitismo de posturas jurídicas individuales o colectivas en franca contraposición del principio de seguridad jurídica.

De igual manera, el contexto descrito puede, aparte de permear la práctica judicial, producir efectos negativos en la realización de las actividades del ejecutivo en temas tan variados como similares en donde, a partir de la visión global, las prácticas del comercio internacional, el mantenimiento de condiciones para el incentivo de la inversión extranjera, tratados de libre comercio y mecanismos de solución internacional de controversias (V.g. Arbitraje internacional) encuentran en el sistema jurídico colombiano condiciones vacilantes en cuanto a la interpretación y aplicación del derecho. De suerte que, el ejercicio del comercio internacional, la atracción de capitales extranjeros y el proferimiento de eventuales decisiones adversas con efectos patrimoniales directos

sobre el erario por cuenta de tribunales foráneos, constituyen consecuencia directa y tangible de los riesgos que afronta el Estado ante los desaciertos de las directrices arancelarias, aduaneras, cambiarias, normativas, políticas, económicas y sociales que, ante la falta de unidad en la jurisprudencia, impactan desfavorablemente el interés nacional en el escenario extranjero.

El entorno descrito resulta adverso frente al ideal perseguido por el legislador, de suerte que, el respeto de los principios de legalidad y de separación de los poderes públicos con apego al marco de sus competencias legales y constitucionales pueden encontrarse en entredicho frente al ejercicio de irrestrictas atribuciones de los jueces de lo contencioso-administrativo.

Corolario de lo expuesto, puede percibirse el riesgo de que el mecanismo de unificación y su consecuente extensión de efectos no contribuyan en forma relevante a la reducción de la complejidad en la jurisdicción contencioso-administrativa, de suerte que tan loable propósito del legislador puedan ser inocuos ante la falta de consenso y de métodos en la creación de la jurisprudencia.

2. Pregunta de investigación

Teniendo en cuenta el escenario descrito y con el fin de ahondar en el objeto de la investigación, se toma como punto de partida el siguiente cuestionamiento: ¿Es

posible plantear una metodología que facilite la unificación jurisprudencial del Consejo de Estado?. De ser así ¿Qué requisitos debe reunir dicha metodología de fallo?.

3. Objetivos

El objetivo principal de la investigación estriba en diseñar una metodología de unificación jurisprudencial con el fin de proveer una herramienta que contribuya a la adopción de decisiones judiciales contencioso-administrativas estables a través de la interpretación y aplicación uniforme del ordenamiento jurídico. Para tal efecto, es preciso:

- i. Examinar la forma en que se surge el significado de los conceptos jurídicos por parte de sus operadores;
- ii. Establecer el alcance de las decisiones judiciales con el propósito de constituir el eje de la unificación y;
- iii. Determinar la función que las decisiones judiciales tendrán respecto de la consolidación de posiciones jurídicas base de la unificación.

4. Hipótesis

La investigación que se presenta tiene como propósito realizar un aporte académico que brinde una alternativa de solución a la problemática descrita, ésta respuesta puede consignarse bajo la siguiente formulación:

La unificación de la jurisprudencia en materia contencioso-administrativa debe realizarse al amparo de una metodología de fallo, en virtud de la cual se reconozcan las implicaciones del lenguaje en los conceptos jurídicos, la necesidad de mantener uniformidad en la interpretación y aplicación del derecho con miras al asentamiento y consolidación de posiciones jurídicas que faciliten la implementación del mecanismo de extensión jurisprudencial.

5. Delimitación de la investigación

Resulta necesario demarcar la situación que se pretende indagar puesto que, como se dijo, la unificación jurisprudencial contencioso-administrativa es relativamente reciente tomando como punto de partida la expedición del CPACA, de suerte que la delimitación del mismo concepto carece de fuentes jurisprudenciales tomando como punto de partida la fecha de entrada en vigencia del mencionado estatuto -2 de julio de 2.012-.

En vista de las dificultades que reviste el problema de investigación y dada la escasez de fuentes que ambientan una delimitación, surge la necesidad de emplear un lenguaje que guarde relación entre el contenido de las disposiciones sobre unificación administrativa y, en ese orden, permita diseñar un esquema que brinde pautas para la práctica de la unificación jurisprudencial contencioso-administrativa.

Esta propuesta no se circunscribe exclusivamente al estudio del derecho administrativo, así como tampoco se aborda desde prácticas foráneas referentes al precedente administrativo; por el contrario, se pretende diseñar, explicar y poner a prueba una alternativa metodológica de unificación jurisprudencial cuyo referente, en sentido estricto, no se encuentra al interior del ordenamiento jurídico.

Del mismo modo, no se ahondará en las implicaciones teóricas de los postulados presentados en esta investigación toda vez que su propósito está encaminado a la esquematización de una estructura que permita reducir la complejidad en sede de unificación jurisprudencial; sin embargo, los enunciados que se consignan tienen su razón de ser en tanto contribuyen a la estructuración propuesta, de manera que desde el punto de vista lógico y metodológico, tengan el suficiente fundamento que permita su implementación. Ello atendiendo a que “los únicos fines intelectualmente importantes son: la formulación de problemas; la propuesta tentativa de teorías para resolverlos; y la discusión crítica de las teorías en competición” (Popper, 2002, pág. 30).

6. Estructura del trabajo

En su primera parte, la investigación se desarrolla a partir de los conceptos de *complejidad y riesgo*, propios de la sociología y con injerencia directa en el campo jurídico. Estas categorías funcionan a su vez como continentes de subcategorías que evidencian la existencia de fenómenos que, hallándose entrelazados, inciden en las decisiones judiciales en formas variadas.

Así, partiendo del concepto de *neoconstitucionalismo*, entendido éste como la doctrina garantista de los derechos fundamentales, puede afirmarse que constituye el marco dogmático que regula la actividad de los poderes públicos y, por tanto impregna e informa la tarea de unificación jurisprudencial de conformidad con lo prescrito en la Constitución Política de 1.991. En igual sentido, se entrelaza el componente propio de las sociedades del Siglo XXI denominado *Globalización*, toda vez que a partir de dicho proceso, las teorías jurídicas, económicas y doctrinas políticas de otros estados han interactuado y enriquecido, de la misma forma en que unas corrientes dominantes se han impuesto frente a otras o; simplemente, estados que, encontrándose en la búsqueda de soluciones a sus problemas, han empleado mecanismos de mimetización y trasplante de instituciones y doctrinas foráneas, creando establecimientos autónomos desde el punto de vista local pero heterotópicos en la perspectiva global.

En consonancia con lo señalado, se tiene que fenómenos como la diversidad o heterogeneidad de la sociedad colombiana resultan reflejados en la asunción de decisiones a través de sus jueces, de suerte que la complejidad de la situación materia de estudio se incrementa, requiriendo, como es preciso, la interrelación de otros elementos que permitan reducir aquella complejidad a través de procedimientos como la codificación y la asignación de competencias en el campo jurídico; sin embargo, este propósito lleva implícito el riesgo de que pudiera no ser útil ni idóneo el proceso de codificación dado que el Derecho resulta siendo aquello que los jueces dicen y no aquello

que las normas señalan pese a ser un país cuya tradición jurídica se enmarca en el respeto al principio de legalidad.

Se plantea la necesidad de ahondar la cuestión referida a la complejidad y el riesgo bajo una óptica con mayor capacidad de abarcamiento y simplificación que, a su vez, reconozca una diversidad de elementos con injerencia directa en la práctica judicial y no actúe de manera mutilante frente a la diversidad de contextos y significados posibles en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas.

Posteriormente, el capítulo segundo plantea, a la manera de una revisión corporativista, la situación existente entre los recursos extraordinarios de casación contencioso-administrativa del derecho español y costarricense, en contraste con el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia previsto en la Ley 1437 de 2011 delimitando su naturaleza, efectos y alcances individuales, haciendo especial énfasis en la situación del recurso extraordinario local.

Por su parte, el capítulo tercero propone una metodología descriptiva de la relación entre los conceptos, la atribución de su significado, la estructuración de la decisión judicial y el efecto de la misma en el tiempo. Podría indicarse que dicho capítulo parte desde su conclusión toda vez que principia desde la propuesta de solución al problema de la investigación y, a partir de su exposición se desarrollan los distintos elementos que componen ésta propuesta metodológica.

En este aspecto, se toma como punto de partida la formas de similitud ampliamente descritas por Foucault en su obra "*Las palabras y las cosas*" (2010) sin perder de vista la pertinencia de sus afirmaciones en el Derecho, para lo cual, se propone la interacción de sus ideas con una obra que constituye pieza obligatoria en el proceso académico de formación y comprensión del escenario jurídico: "*El concepto de Derecho*" de Herbert Hart (1998), cuyas afirmaciones coinciden e incluso llegan a asimilarse frente a las descripciones de la obra foucaultiana en punto del lenguaje, los conceptos y su significado.

De allí, con miras al diseño de una estructura del precedente contencioso-administrativo, se examinarán los componentes dentro de los cuales la atribución de significado de los conceptos tiende a la estabilización del sentido de las decisiones judiciales, a la comprobación práctica de las circunstancias jurídicas o al logro de una mayor claridad y precisión de los conceptos del derecho en sede jurisdiccional de suerte que, a partir de la determinación preestablecida sea menester precisar el alcance que la decisión judicial tendrá en el ordenamiento y la praxis jurídica en aras de iniciar procesos de asentamiento de posiciones jurídicas, a fin de que éstas con el permanente ejercicio de la actividad judicial resulten consolidadas y, en el desarrollo continuo de la práctica judicial, sea posible unificar las decisiones del Consejo de Estado como supremo órgano de la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo.

Por último, el cuarto capítulo pretende someter a juicio de falseabilidad la hipótesis planteada en la presente investigación, de manera que pueda establecerse la pertinencia

del modelo propuesto de unificación y su capacidad de reducir la complejidad existente en el tratamiento que la jurisdicción de lo contencioso-administrativo le ha dado al tema de la privación injusta de la libertad.

CAPÍTULO I. SOCIEDAD Y PRÁCTICAS JURÍDICAS

La Constitución Política de 1991 ha introducido fuertes cambios en la manera en que tanto ciudadanos como jueces ven y comprenden el derecho, así como la forma en que aquellos perciben a los operadores jurídicos. Sumado a lo anterior, las políticas estatales han priorizado procesos enmarcados dentro de la dinámica de la globalización cuyo propósito es el fortalecimiento de las relaciones económicas, comerciales e institucionales con otros estados y organismos multilaterales, de allí que se “ha reducido la sensación de aislamiento experimentada en buena parte del mundo en desarrollo y ha brindado a muchas personas de esas naciones acceso a un conocimiento que hace un siglo ni siquiera estaba al alcance de los más ricos del planeta” (Stiglitz, 2004, pág. 28).

En este contexto, es necesario que la respuesta de la actividad judicial se encuentre no sólo en sincronía con el caso concreto, sino que además aquella solución individualmente considerada debe comprenderse y dimensionarse en el contexto global. Es decir, se requiere que el fallo provea y evidencie unos mínimos parámetros de estabilidad, en donde el interés de organismos multilaterales, inversionistas y políticas transnacionales no se encuentren condicionadas a las continuas fluctuaciones y excesos de la jurisprudencia local (Botero Angulo, 2014). Puesto que de perpetuarse o mantenerse incólume esta situación, la pretensión de controlar los riesgos o de cuantificar sus resultados a través de elementos que transmitan e implementen mecanismos encauzados hacia la certidumbre y seguridad (Beck, 2002, pág. 2), corren el riesgo de colapsar ante el arbitrio de los funcionarios judiciales.

Bajo éste entendido, la complejidad del mundo jurídico implica el reconocimiento de las heterotopías en que la sociedad se desenvuelve puesto que, como describe Foucault (2010):

[M]inan secretamente el lenguaje, porque impiden nombrar esto y aquello, porque rompen los nombres comunes o los enmarañan, porque arruinan de antemano la "sintaxis" y no sólo la que construye las frases aquella menos evidente que hace "mantenerse juntas" (unas al otro lado o frente de otras) a las palabras y a las cosas. (pág. 11)

Ese entorno social heterogéneo permite el desarrollo de relaciones jurídicas, las cuales tienden a interpretar los fenómenos sociales y dilucidar las situaciones que en dicho entramado se presentan, de modo que las diversas manifestaciones de la sociedad hallan en el ordenamiento jurídico y sus operadores una explicación -o respuesta- aparentemente exitosa de aquellas, lo cual pone de presente la existencia de posiciones diversas en torno a la naturaleza de lo real y la naturaleza del conocimiento (Morin, 2007, pág. 65) y es justo allí donde se corre el riesgo que muchas investigaciones académicas terminen inexorablemente archivadas en los anaqueles de las universidades dado que corresponden a proyecciones metafísicas que de ninguna manera interpretan la realidad.

Incluso, como anota Morin (2007, pág. 79) "la ciencia se ha vuelto ciega por su incapacidad de controlar, prever, incluso concebir su rol social, por incapacidad de integrar, articular, reflexionar sus propios conocimientos". Así pues, resulta necesario

adscribir un componente teórico a aquella(s) situación(es) que en la realidad social demanda una explicación o una solución.

En este orden de ideas, la Constitución Política de 1.991 y los aportes a la doctrina del *neoconstitucionalismo* demarcan el contexto de uniformidad y estabilidad del ordenamiento jurídico y por tanto, de la decisión judicial. Sin embargo, como se verá posteriormente, las reflexiones esbozadas por los teóricos de ésta doctrina en aspectos tales como la ponderación, los *tests*, las reglas y problemas teóricos específicos del *neoconstitucionalismo*, no serán materia de ésta investigación puesto que lo que se pretende es la ambientación de una propuesta de unificación jurisprudencial, la cual se expondrá en líneas posteriores.

A. La interpretación del texto constitucional

La ruptura del tradicional enfoque orgánico-constitucional trajo consigo la adopción de textos constitucionales dotados de fuerza material y normativa más allá de las meras distribuciones de competencias y asignación de poderes de los órganos estatales. En tal sentido, los modernos diseños constitucionales contienen significativos niveles de normas sustantivas en virtud de las cuales se orienta la actividad del Estado y sus órganos. Aunado a ello, las prácticas de los tribunales constitucionales evidencian un viraje conceptual hacia posturas e interpretaciones garantistas y, por tanto, compatibles con los textos de las nuevas constituciones nacionales, de suerte que la

hermenéutica jurídica debe involucrar elementos *meta y extrajurídicos* a fin de sincronizarse con la sociedad y sus cambiantes prácticas.

Como consecuencia de lo anterior, se encuentra que la Constitución representa el punto de partida para la actividad de los tribunales, operadores jurídicos y la sociedad, de allí que “El término *Constitución* es usado en el lenguaje jurídico (y político) con una multiplicidad de significados (cada uno de los cuales presenta muy diversos matices)” (Guastini, 2007, pág. 15).

En igual sentido, “aquello que llamamos constitución consiste precisamente en este sistema de reglas, sustanciales y formales, que tiene como destinatarios propios a los titulares del poder” (Ferrajoli, 2008, pág. 33), dicha postura se dilucida desde una doble óptica: en primer lugar, imponiéndole de manera negativa al poder público restricciones intangibles sobre los derechos humanos y; en segundo lugar, señalando que los actos ilícitos y las violaciones de derechos subjetivos serán sancionados o anulados (Ferrajoli, pág. 64).

La Constitución determina el eje transversal y común a todas las decisiones jurídicas comoquiera su efecto de irradiación no sólo resulta tangible en las decisiones de los jueces, sino también en las mismas reglas del ordenamiento jurídico en donde se presentan diversas acepciones respecto de un mismo fenómeno, esto es, “la común aceptación de conceptos, la intercambiabilidad de argumentaciones jurídicas (validas, de

la misma manera, e incluso en unas y otras *jurisdicciones* nacionales)” (Guastini, 2007, pág. 39)

No obstante, la práctica jurisprudencial ha puesto en evidencia que los cambios de los usos y/o de las costumbres de la sociedad no encuentran respuestas jurídicas satisfactorias si se considera que las mismas residen al interior del ordenamiento. Evento que puede explicarse teniendo en cuenta las implicaciones de la globalización en tanto “proceso (...) que crea vínculos y espacios sociales transnacionales, revaloriza culturas locales y trae a un primer plano terceras culturas -«un poco de esto, otro poco de eso, tal es la manera como las novedades llegan al mundo»” (Beck, 1998, pág. 36) ello sumado al hecho que “las personas que participan en el sistema jurídico actúan como maximizadores racionales de sus deseos” (Posner, 2011, pág. 83). De allí que sean los jueces los encargados de *actualizar* las premisas jurídicas interpretándolas de manera consonante con las transformaciones sociales.

Éste proceso de *actualización* del ordenamiento jurídico se escinde en dos momentos: el de la interpretación de la norma y la aplicación de la misma atendiendo su propio lenguaje. La actividad interpretativa, “es en cierto sentido una recreación, pero ésta no se guía por un actor creador precedente sino por la figura de la obra ya creada, que cada cual debe representar del modo como él encuentra en ella algún sentido” (Gadamer, 2007c, pág. 165). Entonces, no se pretende ir más allá de la obra del constituyente, sino que se parte de su proposición normativa con miras a desentrañar el

contenido de la norma jurídica “en su tránsito de una grada superior a una inferior” (Kelsen, 1998, pág. 349).

La atribución de significado de las disposiciones constitucionales implica el reconocimiento de los diversos sentidos que el concepto de *interpretación constitucional* adquiere; así por ejemplo, la actividad hermenéutica puede referirse a la Constitución como un orden producto de la manifestación popular en donde la interpretación dista de la asignación de un significado a un documento para trasladarse a la adjunción de un sentido a un objeto natural-cultural. (Comanducci, pág. 54); de otra parte, se trata de una labor adjudicada a los jueces, correspondiéndole a tales autoridades la determinación de su contenido a través de ejercicios propios de la actividad de la judicatura.

Con todo, la interpretación de la Constitución implica la adscripción de un contenido mucho mayor al que se desprende de la mera hermenéutica de la ley, de manera que los resultados de ese ejercicio deben prescribir aquellas *interpretaciones razonables* del texto constitucional, sujetando desde tales lineamientos la actividad política del legislador y los demás poderes públicos (Ibíd, p. 58). Aquí resulta notoria la jerarquía y el posicionamiento político de los jueces constitucionales respecto de los demás jueces puesto que, mientras que la función de éstos se limita al reconocimiento de los derechos contenidos en las normas legales; la función de aquellos tiende a la creación del Derecho, no de manera libre pero tampoco sujeta a importantes restricciones. (Ibíd. p. 59). Bajo este supuesto, tiene cabida el empleo de elementos *extra y metajurídicos* en los que se manifiestan los influjos de las corrientes de

pensamiento en áreas tan diversas como la sociología, la filosofía siempre teniendo “conciencia de la historicidad de todo presente y de la relatividad de todas las opiniones” (Gadamer, 2007a, pág. 41).

B. La función garantista

Ante todo, el ejercicio de la actividad judicial, implica fundamentalmente la garantía de los derechos e intereses amparados en los textos constitucionales. De suerte que la intervención de las autoridades judiciales se encuentra dirigida a “afianzar, asegurar, proteger, defender, tutelar algo, y cuando en la cultura jurídica se habla de garantismo, ese *algo* que se tutela son derechos o bienes individuales” (Gascón Abellán, 2005, pág. 21).

En este ámbito, tiene cabida la doctrina denominada *garantismo*, sobre la cual vale la pena anotar que preliminarmente se enfocó en el aspecto procesal del ordenamiento jurídico-penal, puesto que se trata de una “técnica de minimización de la violencia reactiva de las instituciones de ese ámbito” (Andrés Ibáñez, 2005, pág. 61). Asimismo, llama la atención el hecho que ésta doctrina hace referencia a una propuesta metodológica que separa el ser de la norma junto con el deber ser y “atribuye a la teoría del derecho una función de análisis y crítica de la deslegitimización de las instituciones jurídicas positivas” (Gascón Abellán, pág. 23).

Siguiendo las ideas precedentes, la función del juez no se limita a la interpretación de la norma jurídica, sino que además debe encontrar aquella comprensión acorde con los principios y valores contenidos en la Constitución y el Estado Social y Democrático de Derecho, de manera que los derechos individuales fundan la estructura garantista, en donde las instituciones políticas y jurídicas “se justifican no sólo como males necesarios sino también como instrumentos al servicio de aquellos derechos” (Gascón Abellán, pág. 24). Bajo la anterior dinámica, el contenido de las constituciones se *actualiza* en tanto muestra coherencia con las cambiantes prácticas sociales y, en tal medida, el andamiaje estatal se determina de acuerdo con tales variaciones.

Ahora bien, el esquema garantista implica la fijación en un juez con autonomía en sus decisiones, es decir, “una fuerte demanda de imparcialidad judicial, entendida en el sentido más exigente y, a su vez, con una doble y rigurosa proyección. En efecto, el juez está obligado a ser intérprete crítico, en clave constitucional” (Andrés Ibáñez, pág. 65); sin embargo, con el fin de lograr tales garantías, el juez debe tener una sapiencia que le ha de servir incluso en la subsunción comoquiera que buscará la “verdad jurídica en cuanto es comprobable a través de la interpretación, del significado de los enunciados normativos” (Andrés Ibáñez, pág. 66), puesto que si el juez pretende garantizar derechos en contra de la arbitrariedad, no debe con su conducta obrar de manera que resulte arbitraria (Gascón Abellán, pág. 27) sino motivado siempre por el esquema garantista que le permita obtener una comprensión más coherente que aquella previsión contenida en la norma.

Así las cosas, la tarea del juez consistirá en auto-referenciarse para determinar qué tanto ha sido entendido, en otras palabras “a la tarea del escritor, corresponde aquí la tarea del lector, destinatario o intérprete de lograr esa comprensión, es decir, de hacer hablar de nuevo al texto fijado” (Gadamer, 2007c, pág. 332).

Por este camino, pueden presentarse tres alternativas en la esencia de lo fallado:

- 1) observar con atención a qué grado estaba la norma de ser interpretada, esto es, si se manifestó aquella previsión del legislador frente a la respuesta del caso; 2) si la decisión puede cumplirse en el sentido fijado, toda vez que la relevancia de la solución amerita la comprensión de su y; 3) si el texto normativo consultado resulto idóneo para la solución del caso o si por el contrario, fue necesario actuar en forma decisionista, de manera que el texto prefijado ubicó al operador jurídico en un plano de apertura a la creación del derecho.

CAPÍTULO II. LA UNIFICACIÓN DE JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA: UN ACERCAMIENTO IUSCOMPARATIVISTA

Tal y como lo evidencia el contenido, alcance y efectos previstos para el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia, es claro que el mismo no obedece a un proceso de creación auténtico del derecho local puesto que dicho mecanismo jurídico emula, con sus variaciones, el mecanismo procesal existente en los ordenamientos español y costarricense referente a la casación contencioso-administrativa.

De manera que, aun cuando se persigue la unidad de la interpretación y aplicación del derecho, se corre el riesgo de adoptar un producto jurídico cuyos resultados pudieran no ser satisfactorios o bien, no ajustarse a los cánones interpretativos y contextuales en que dicho instituto tuvo origen.

Podría considerarse que ante las necesidades sociales o académicas de los entornos de producción, el efecto unificador y correctivo de la casación sea adecuado frente a las necesidades planteadas; mientras que en ordenamientos ajenos al de origen, la adopción de éste desarrollo jurídico, presenta una doble contingencia: 1) La existencia de una respuesta equivocada al problema planteado o; 2) El incremento de la complejidad en la resolución del asunto planteado puesto que las condiciones en que surge y se desarrolla el problema no son las mismas del entorno de creación. (López Medina, pág. 67).

A. España

La práctica judicial contencioso-administrativa española tiene como referente la Ley 29/1998 - Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa -en adelante, LJCA- la cual consagra, desde perspectivas distintas, instituciones jurídicas paradigmáticas que nutren los sistemas de derecho contencioso-administrativo costarricense y colombiano: Por un lado, la posibilidad de extender los efectos de las decisiones judiciales en determinados ámbitos y; de otra parte, se encuentra el Recurso Extraordinario de Casación Contencioso-Administrativa y sus diversas modalidades, entre ellas, la de Casación para la unificación de doctrina.

El artículo 110 LJCA prescribe la posibilidad de extender los efectos de una sentencia firme que hubiera reconocido una situación jurídica individualizada a favor de una o varias personas siempre que la controversia ventilada hubiese recaído en las áreas tributaria, de personal al servicio de la Administración pública y de unidad de mercado. Éste elemento constituye una diferencia fundamental frente a los mecanismos de extensión de jurisprudencia costarricense y colombiano puesto que su ámbito de aplicación no se encuentra delimitado en las normas jurídico-procesales que los consagran. Con todo, no se ahondará en éste punto en razón a que no concuerda con los propósitos de la investigación.

El recurso extraordinario de casación contencioso-administrativo pretende la depuración y rectificación interpretativa del ordenamiento jurídico al amparo de causales

específicas (Ruiz López, 2012) tal y como acontece con el recurso homónimo propio de la jurisdicción ordinaria colombiana. En éste sentido, el Tribunal Supremo ha delimitado el recurso de casación precisando que:

Ese carácter extraordinario supone la exigencia de que se efectúe una crítica de la sentencia o resolución objeto del recurso, mediante la precisión de las infracciones que se hayan cometido, con indicación concreta de la norma en que se base el recurrente, sin que sea posible, para entender que se cometen las infracciones que se denuncian, con la simple remisión a los escritos de alegaciones o reproducción de las formuladas en la instancia, en cuanto que lo que se impugna es la sentencia y no los actos o disposiciones sobre los que aquella se pronunció y que fueron por ella confirmados o anulados. (STS 7222/2005)

La LJCA prevé tres modalidades distintas que puede asumir el recurso extraordinario de casación: el recurso de casación *stricto sensu*; el recurso de casación para la unificación de doctrina y el recurso de casación en interés de la ley.

No obstante lo anterior, para los fines de la presente investigación sólo se hará especial mención de los recursos de casación para la unificación de doctrina y aquel en interés de la ley, siendo éstos los que, por sus efectos, coinciden con el alcance de la denominada sentencia de unificación contencioso-administrativa del derecho colombiano.

Respecto de la casación para la unificación de doctrina (Arts. 96-99 LJCA), se encuentra que su propósito coincide con la garantía de igualdad en la aplicación e interpretación de la ley en tanto apunta a la unificación de posturas judiciales contradictorias. A fin de que se simplifique la diversidad de criterios posibles a través del asentamiento o reconocimiento de la doctrina judicial correcta, en palabras del Tribunal Supremo:

[L]a contradicción entre las sentencias ha de ser ontológica, esto es, derivada de dos proposiciones que, al propio tiempo, no pueden ser verdaderas o correctas jurídicamente hablando y falsas o contrarias a derecho, situación que ninguna analogía presenta con la de sentencias distintas o diferentes, pese a la identidad de planteamientos normativos y de hecho, por el, a su vez, distinto resultado probatorio o por la también distinta naturaleza que pudiera predicarse respecto de los supuestos planteados. (STS 309/2004).

De igual manera, se encuentra el recurso de casación en interés de la ley (Arts. 100 y 101 LJCA), en virtud del cual el enjuiciamiento de la decisión judicial apunta a la corrección en un doble sentido: el de la doctrina expuesta y el de la interpretación de la norma jurídica aplicada sin afectar, en todo caso, los derechos que se hubiesen adquirido al amparo de la sentencia recurrida. Así, en este caso, es presupuesto la existencia de una doctrina, que aparte de errónea, constituye grave afrenta para el interés general o son, pues, los requisitos exigidos: que se trate de una doctrina errónea y, adicionalmente

lesiva para el interés general. De tal suerte que la doctrina o fundamentación de la resolución impugnada, que se considera gravemente dañosa y errónea, no se aplique, de ser declarada como tal, a situaciones similares a las enjuiciadas por aquélla. (STC 37/2012)

De acuerdo con lo anterior, la vocación unificadora de la decisión judicial producto de las sentencias de casación para la unificación de doctrina y en interés de la ley, tienen como efecto directo la invalidación de la decisión judicial que controvierte una posición previa y consolidada sobre un punto de derecho.

Sin embargo, el propósito de la sentencia de unificación dentro de la práctica judicial colombiana no muestra un resultado similar al que se produce en el derecho español, puesto que el proferimiento o identificación de una sentencia unificadora, a pesar de sentar una posición jurídica sustitutiva respecto de decisiones judiciales previas, rectifica las doctrinas preexistentes mas no las invalida ni las priva de efectos en derecho, por lo que resulta latente el escenario de inseguridad jurídica en tanto subsisten posiciones contradictorias.

B. Costa Rica

La entrada en vigencia de la Ley No. 8508 - Código Procesal Contencioso Administrativo -en adelante, CPCA- ha dado lugar a la implementación del mecanismo

denominado *Proceso de extensión y adaptación de la jurisprudencia a terceros*, descrito en el Capítulo I del Título IX de la mencionada Ley.

En virtud del proceso señalado, y de acuerdo a lo previsto en el artículo 185 CPCA los efectos de la jurisprudencia contenida al menos en dos fallos de casación, ya sean del Tribunal o de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, que haya reconocido una situación jurídica, podrán extenderse y adaptarse a otras personas, siempre que, en lo pretendido exista igualdad de objeto y causa con lo ya fallado. Así pues, de la misma forma en que sucede en el derecho colombiano, por cuanto se exigen una decisión judicial previa objeto de extensión -sentencia de unificación-, en el derecho contencioso-administrativo costarricense constituye presupuesto ineludible la existencia de dos sentencias de casación.

El recurso extraordinario de casación, en el ordenamiento contencioso-administrativo costarricense, desarrolla una función dual: Por un lado, se le encomienda la protección del ordenamiento jurídico y; de igual forma, tiene un rol uniformador de la jurisprudencia contenciosa en razón a que *“la permanencia existencial del interés público, las prerrogativas de la Administración y los derechos del administrado trascienden el contenido puro de las normas jurídicas”* (González Ballar & Hines Céspedes, 2006, pág. 18).

En tal sentido, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica ha estimado:

[L]a casación se concede sólo respecto de ciertas resoluciones definitivas dictadas en juicios de trascendencia, en procura de la correcta y uniforme aplicación o interpretación de la ley, y de evitar la introducción de prácticas viciadas y abusivas en el trámite de los juicios (...) no es su fin primario, remediar fallos injustos, pues se da para resguardar la legalidad, mantener la uniformidad de la jurisprudencia, así como la estabilidad y el rigor de los procedimientos en la tramitación de un proceso. (Sentencia No. 00031, 1994)

Con todo, la casación en éste punto no se torna sustitutiva de la interpretación auténtica de la ley, encontrándose que tiende a fungir como mecanismo de unificación de los modelos de comportamiento frente a los sentimientos sociales que el ordenamiento jurídico ha consagrado o elevado a la condición de valores. (González Ballar & Hines Céspedes, pág. 22)

Dentro de las características individuales del recurso en mención, aparecen las causales encaminadas a la protección del ordenamiento jurídico bajo tres situaciones: 1) La casación por razones procesales (art. 137 CPCA); 2) la casación por violación de las normas sustantivas del ordenamiento jurídico (art. 138 CPCA) y; 3) la casación en interés del ordenamiento jurídico (art. 153 CPCA). De lo anterior, se infieren sendos resultados jurídicos distintos a saber:

1) Atendiendo la prescripción del artículo 150.1 CPCA, cuando se encuentre acreditada la infracción de normas procesales, se dispondrá la nulidad del proceso hasta la etapa en que la trasgresión procesal tuvo lugar y se remitirá el proceso al Tribunal de origen a fin de que rehaga las actuaciones viciadas y, si se trata de la sentencia, en tanto acto procesal, se dispondrá su anulación a fin de que el *a quo* emita la decisión pertinente. Como se observa, el efecto de la decisión casacional se asemeja al de una apelación motivada por errores *in procedendo* de la sede judicial antecedente, al punto que la actuación remedial le compete al órgano judicial instructor de la controversia adelantada y no al Juez de casación.

2) Si la sentencia se casa por infracción de normas sustanciales, el artículo 150.2 CPCA prevé que en la resolución que acuse la ocurrencia de las causales invocadas (art. 138 CPCA) se falle el proceso. Éste efecto de la decisión casacional resulta compatible con el que se manifiesta en la práctica de la jurisdicción ordinaria colombiana, puesto que el éxito del recurso compele al Juez de casación al proferimiento de una sentencia sustitutiva.

3) La casación en interés del ordenamiento jurídico (art. 153 CPCA) tiene lugar cuando la sentencia, no habiendo sido conocidas por la Sala Primera, se estime violatoria del ordenamiento jurídico. En cuyo caso, deberán fijarse la correcta interpretación y aplicación del ordenamiento sin afectar las situaciones jurídicas derivadas de la sentencia recurrida ni afectar aquellas situaciones consolidadas al amparo de la doctrina errónea.

Como se observa, el antecedente del mecanismo de extensión de jurisprudencia, es decir, la sentencia de casación, se depura a través de formas procesales rigurosas en virtud de las cuales la práctica judicial ha determinado inexorablemente las situaciones dentro de las cuales se abre paso la extensión de los efectos de las decisiones judiciales, de suerte que aquellas controversias carentes del mínimo plural de sentencias de casación sobre un mismo punto de derecho gozan de un tratamiento *sui generis* dada la ausencia de doctrina judicial sobre la materia.

C. Colombia

La promulgación de la Ley 1437 de 2011¹ y su situación de vigencia diferida permitió la divulgación y ambientación del nuevo estatuto procesal. Con tal propósito, las temáticas referentes a la unificación de la jurisprudencia administrativa y el mecanismo de extensión de jurisprudencia fueron encauzados hacia la conceptualización y precisión de sus contenidos y alcances. En lo particular, Hernández Becerra (2011, pág. 235) afirma:

La ley 1437 de 2011 propone, en cinco artículos (10, 102, 269, 270 y 271), un práctico sistema de reglas que convierte a la jurisprudencia en guía segura para que el Estado dé a los ciudadanos un trato más igualitario y justo. Dicho sistema tiene como eje una especial categoría de sentencia, la Sentencia de Unificación

¹ 18 de enero de 2011.

Jurisprudencial definida en el artículo 270 del nuevo código y que, bajo determinadas condiciones y según procedimientos especiales, competirá expedir al Consejo de Estado, en su condición de “tribunal supremo de lo contencioso administrativo”, según las voces del artículo 237 numeral 1 de la Constitución.

De acuerdo con lo anterior, la categoría de sentencia de unificación, en virtud de lo prescrito por el artículo 270 del CPACA, corresponderá a aquella decisión judicial proferida en los eventos de: 1) Por importancia jurídica; 2) Por trascendencia económica o social; 3) Por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia; 4) Por la decisión de recursos extraordinarios (de revisión y de unificación jurisprudencial y; 5) Las relativas al mecanismo eventual de revisión de las decisiones proferidas dentro de Acciones Populares o de Grupo². Correspondiéndole al órgano de cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo la determinación de los contenidos jurídicos materia de unificación. De lo cual se desprende que la categoría de *sentencia de unificación* obedece al cumplimiento de exigencias eminentemente formales a la manera de una lista de comprobación, resultando excluidas aquellas que no se adecuan a ninguno de las condiciones prefijadas en el artículo 270 CPACA.

Al respecto, el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia (art. 256 CPACA) tiene como finalidad aquella semejante a la del recurso de casación para la unificación de la doctrina y en interés de la ley del derecho español (arts. 96-101 LJCA), en consonancia con el de casación por infracción de normas sustanciales y en interés

² Hoy, medios de control denominados “Protección de los derechos e intereses colectivos” (Art. 144 CPACA) y “Reparación de los perjuicios causados a un grupo” (Art. 145 Ibídem), respectivamente.

del ordenamiento jurídico del ordenamiento costarricense (arts. 138 y 153 CPCA) puesto que se encamina hacia la unidad de la interpretación del derecho, su aplicación uniforme, la garantía de los derechos de las partes y de los terceros que resulten perjudicados con la providencia recurrida y, de ser necesario, reparar los agravios inferidos a tales sujetos procesales.

Contrario a lo que acontece en los ordenamientos español y costarricense, el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia sólo prevé una causal, siendo esta la contravención u oposición de una sentencia de unificación del Consejo de Estado proferida por los Tribunales Administrativos en segunda o única instancia (art. 258 CPACA). Sin embargo, llama la atención el efecto que produce la decisión judicial corolario del recurso extraordinario, puesto que, a pesar de no encontrarse tasado bajo precisas causales en donde la garantía del derecho sustancial puede sacrificarse ante la liturgia de las formas procesales, es notoria su tendencia *pro actione* al punto que la decisión judicial impugnada padece los efectos de una sentencia casacional, puesto que ésta se torna nula y sustituida por la providencia decisoria del recurso.

Por otro lado, en concordancia con el artículo 259 CPACA, el Consejo de Estado ha dispuesto la reconfiguración funcional de las secciones que componen la Sala de lo Contencioso-Administrativo. Así, mediante el Acuerdo No. 148 de 2014 reformativo del Acuerdo 58 de 1999 -Reglamento del Consejo de Estado- se dispuso en su artículo 1 que las mencionadas secciones podrán, en el marco de su especialidad, tramitar y decidir el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia y dictar las sentencias de

unificación jurisprudencial por razones de importancia jurídica, trascendencia económica o social o necesidad de sentar jurisprudencia, en relación con los asuntos que provengan de las Subsecciones o de los Tribunales Administrativos.

No obstante, la norma en cita sólo se encauza hacia la asignación puntual de funciones, dejando al arbitrio de los consejeros de estado la gestación del fallo de unificación. En este punto es necesario recordar que la función de la sentencia de unificación tiende a contribuir a la eficacia del mecanismo de extensión de jurisprudencia, resultado de lo cual se aminoraría la litigiosidad contencioso-administrativa en función del reconocimiento de *casos iguales posteriores* sujetos a la eventual aplicación de una misma sentencia de unificación jurisprudencial por vía de extensión.

Por tanto, el reconocimiento del *fallo de unificación* debe identificar aquella *causa petendi común* y proveer sobre ésta una solución razonable y equivalente, de manera que la función judicial satisfaga la pretensión de mayor abarcamiento de casos posibles bajo idénticos razonamientos jurídicos. Puesto que, como sostiene Rojas Betancourth (2012):

[E]l *caso igual* impone al Consejo de Estado un gran rigor en la elaboración de las sentencias de unificación, para evitar mensajes hermenéuticos ambiguos que hagan no solo difícil la extensión de la jurisprudencia, sino también para evitar que en sede judicial la propia Corporación se vea en la obligación permanente de hacer precisiones o rectificaciones evitables.

En aras del propósito unificador, el Gobierno Nacional y la Rama Judicial han emprendido esfuerzos significativos en la tarea de contribuir a la reducción de la complejidad existente en la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Prueba de ello se encuentra en la reciente publicación de las sentencias proferidas por el Consejo de Estado durante el período comprendido entre el 4 de julio de 1991³ y el 2 de julio 2012⁴ a través de una investigación realizada por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado con el auspicio del Ministerio de Justicia y del Derecho (Las sentencias de unificación y el mecanismo de extensión de jurisprudencia, 2014).

Esta obra, producto de un valioso emprendimiento investigativo, brinda una herramienta que facilita la determinación de aquellas sentencias de unificación jurisprudencial contencioso-administrativa proferidas por el Consejo de Estado de acuerdo con los criterios de distinción fijados en el artículo 270 CPACA. De modo que la compilación de aquellas decisiones contribuya a la simplificación del proceso judicial encaminado a hallazgo de aquella sentencia aparentemente unificadora -desde el punto de vista formal- y por tanto, directriz del mecanismo de extensión de efectos de la jurisprudencia administrativa frente al caso concreto.

No obstante lo anterior, si bien resulta importante el contenido de la mencionada obra, en términos de bibliografía de obligatoria referencia, es preciso señalar que los

³ Fecha de promulgación de la Constitución Política de Colombia.

⁴ Fecha de entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011 “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”.

criterios de distinción o de identificación de las sentencias de unificación contencioso-administrativas seleccionadas conforme a la metodología de la trabajo presentado, evidencian, ante todo, un requisito formal en virtud del cual se le atribuye la vocación unificadora a una decisión que satisfaga los menesteres del artículo 270 CPACA.

Con todo, la determinación de los fallos de unificación conforme a las reglas precitadas, conlleva intrínsecamente el arbitrio judicial. De manera que, es posible que frente a un caso concreto y, a pesar que existan decisiones similares sobre equivalentes puntos de derecho, resulte inviable unificar la jurisprudencia a partir de la mera aplicación de los criterios expuestos en líneas precedentes, bien sea porque la *ratio decidendi* aplicable sea insuficiente para la resolución del caso futuro o, el caso futuro sujeto a unificación, no pueda regirse bajo los mismos estándares jurídicos y fácticos de una *ratio decidendi* previa.

Así pues, no pueden considerarse sentencias de unificación aquellas decisiones judiciales reiteradas, comúnmente aceptadas y por tanto, estables en el entorno jurídico nacional puesto que el *status* de *sentencia unificadora* corresponde a una categoría superior que no puede ser el producto de la constante y mecánica repetición a la manera de *obiter dicta* o de *argumentos de autoridad* (Santofimio Gamboa, 2010, pág. 67); todo lo contrario, la sentencia de unificación debe propiciar la aplicación de

[una] misma concepción jurídica y solución en Derecho, no por la vía de la costumbre o de prácticas históricas (...), sino, por el contrario, por la reiteración

de sólidos y razonables argumentos jurídicos que han hecho vivencial el sistema jurídico garantizando plenamente la igualdad y la legalidad. (Op. Cit. pág. 69).

De igual manera, es preciso que los razonamientos que se involucren en la sentencia de unificación aislen o, al menos, no profundicen en la exposición de *obiter dicta* que, a pesar de cumplir una función contextualizadora e incluso pedagógica del procedimiento decisorio, pueden llegar a entrelazarse con la *ratio decidendi*, complicando el trabajo de diferenciar una de otra y, a la postre, dificultando el proceso de individualización de la solución de un caso concreto a través de la aplicación del mecanismo de extensión de jurisprudencia. Ello considerando que el papel del juez no es el de aprovechar las sentencias para dar opiniones de todo, así como tales pedagogías pueden tener usos perversos, como afirmar que como ello fue dicho por una alta Corte, constituye no su opinión sobre un tema, sino un precedente judicial que debe ser aplicado en casos posteriores en donde el problema jurídico concreto sí sea precisamente el asunto de que trató anteriormente el *obiter*. (Rojas Betancourth, pág. 118).

En vista de lo anterior, el efecto de unificación y su corolario mecanismo de extensión de jurisprudencia, exigen que mas allá de la satisfacción de elementos formales -requisitos del artículo 270 CPACA- la sentencia unificadora debe encontrarse dotada de un contenido discursivo, argumental y decisorio que evidencie un trabajo jurisprudencial razonable y plausible en términos de su propia *ratio decidendi* y su consecuente *decisum*.

CAPÍTULO III. EL LENGUAJE, LAS REGLAS Y LOS LÍMITES EN LA METODOLOGÍA

La problemática derivada de la falta de unidad de la jurisprudencia incide directamente en los contextos sociales, de manera que la garantía de los derechos fundamentales de las personas a través de decisiones judiciales uniformes no sólo es un propósito constantemente perseguido toda vez que su implementación las múltiples fluctuaciones de la jurisprudencia local, las cuales impactan negativamente la percepción de la institucionalidad colombiana en la escena internacional.

Por ello, vale la pena precisar que con el fin de proponer una metodología de unificación jurisprudencial contencioso-administrativa es necesario hacer a un lado la visión e interpretación del derecho cerrada a la influencia de otros saberes científicos dando paso a la vinculación de otras áreas del conocimiento, puesto que “el pensamiento simplificador desintegra la complejidad de lo real, el pensamiento complejo integra lo más posible los modos simplificadores de pensar, pero rechaza las consecuencias mutilantes” (Morin, 2007, pág. 22).

Con el ánimo de ambientar el acoplamiento estructural de éste capítulo, es necesario tener presente que, como anota Teubner (2005) “las palabras se entienden fácilmente, pero por desgracia el mensaje se ha perdido” (pág. 20), ello comoquiera que mientras el contenido de la decisión judicial apunta hacia un sentido; sus efectos y posteriores interpretaciones, se enfilan con rumbo distinto.

A. Los signos y su semejanza en el lenguaje jurídico

La exposición de algunas características del lenguaje jurídico resulta compleja si su explicación es pretendida a partir de la misma disciplina jurídica; bien, porque se tiene que empezar con una noción de autoridad u obligación (Moreno Durán & Ramírez, 2011, pág. 29), o de convenciones de las primeras sociedades primitivas, las cuales obedecían por la misma influencia o presión social; de ahí que la noción de *poder* en tanto “medio de comunicación simbólicamente generalizado” (Luhmann, 2005c, pág. 19) se encuentre presente a lo largo de la historia de las sociedades y es entendida como; sin embargo, frente a los deberes por cumplir, “en el caso de las reglas jurídicas esta consecuencia predecible es precisa y está oficialmente organizada” (Hart, 1998, p. 12); de modo que frente al fenómeno de surgimiento del sistema jurídico se sostenga que “en una primera etapa, lo que caracterizaba al Derecho es la existencia de una autoridad judicial paliando las insuficiencias de las reglas consuetudinarias, y cuya misión era imponer una solución aceptable a los conflictos que peligraban en degenerar” (Manassero, 2001, pág. 344).

El enfoque pretendido parte de la consideración según la cual “las reglas de Derecho están formuladas en lenguaje natural, lo cual hace imposible su univocidad. Ello produce problemas de interpretación divergente que, a su vez, entrañan conflictos basados en intereses opuestos” (Manassero, pág. 348) o dicho de otro modo, a la codificación de elementos del lenguaje corriente con pretensiones de impersonalidad y neutralidad (Moreno Durán & Ramírez, pág. 32).

Para ello es necesario retomar algunos elementos fundamentales que, dada la cotidianidad del uso del *lenguaje jurídico*, han perdido o mutado su significado y ello no tanto por la ausencia de normas -de suyo abundantes en el ordenamiento colombiano- sino porque los significados yacen en zonas de penumbra en las que el lego especula sobre su valor semántico, el abogado comprende parcialmente y, el juez atribuye un sentido -acorde o no- al amparo de su autonomía y discrecionalidad.

En ese contexto, Foucault (2010) considera que “las teorías científicas o las interpretaciones de los filósofos explican por qué existe un orden en general, a qué ley general obedece, qué principio puede dar cuenta de él, por qué razón se establece este orden y no aquel otro” (pág. 14); esta afirmación vertida a las divergencias del lenguaje señalan que, de manera previa a la comprensión del mismo, debe existir una serie de convenciones limitadas a un orden suficientemente claro que permita conectar la identidad del objeto y su posterior uso.

De este modo, se fijan las pautas que designan un orden a las cosas; sin embargo, “lo visto no reside jamás en lo que se dice” (Foucault, pág. 27), de modo que será la propia sintaxis de las palabras las que orienten no solo su identidad con el objeto sino además su significado. En este punto, surge la metodología adecuada para el estudio de las palabras, puesto que

Si se quiere mantener abierta la relación entre el lenguaje y lo visible, si se quiere hablar no en contra de su incompatibilidad sino a partir de ella (...), es necesario

borrar los nombres propios y mantenerse en lo infinito de la tarea”. (Foucault, 2010, pág. 27)

Esta reflexión al parecer resulta menos usual de lo que se pudiera pensar en el campo del Derecho, puesto que el *término jurídico* se asemeja a algo referente más no como análisis en sí mismo lo cual demuestra que “la re-flexibilidad permanece como algo desconocido para la teoría jurídica que refleja la praxis del derecho” (Luhmann, 2005a, pág. 206).

A manera de ilustración se pretende exponer aquellas pautas y criterios lógico-metódicos que tienen por propósito la unificación jurisprudencial de la jurisdicción contencioso administrativo, no sin antes señalar que, en el capítulo siguiente, éste diseño se pondrá a prueba con miras a determinar su contrastabilidad frente a la praxis judicial.

En todo caso, se aclara que, como podrá observarse, cada una de las columnas que integran los criterios de formulación del precedente administrativo, poseen una alternativa abierta, la cual en todos los criterios es la última de ellas.

Sobre el particular, se precisa que, si bien es cierto que el propósito de la investigación es el aporte de una metodología que permita la unificación jurisprudencial contencioso-administrativa, la misma no pretende erigirse como un mecanismo cerrado ajeno a las necesidades y tendencias de la praxis judicial.

Con todo, tampoco se espera que la implementación de ésta propuesta metodológica resulte en modo tan discrecional que la opción prevista en cada uno de los criterios señalados resulte incompatible con la teleología y componente epistemológico de cada uno de los sub-ítems que integran la metodología de unificación presentada.

Criterios de formulación del precedente administrativo

-Contenido de la sentencia de unificación-

I. Definición del concepto jurídico

- a. Conveniencia
- b. Emulación
- c. Analogía
- d. Simpatía
- e. _____

II. Estructura del precedente

- a. Unidad de la decisión
- b. Lógica pragmática
- c. Connotación
- d. Denotación
- e. _____

III. Función de la decisión

- a. Asentamiento
- b. Previsión
- c. _____

B. El concepto jurídico

En lo que concierne al estudio interno del lenguaje, y a partir de la propuesta hecha por Foucault, los fenómenos semánticos pueden explicarse a partir de las similitudes -conveniencia, emulación, analogía y simpatía-; todas ellas con sus caracteres especiales explicando aquella relación que la mente efectúa entre el objeto y su significado. No obstante, en cualquier caso es necesario comprender que “un cambio de una palabra puede cambiar radicalmente el significado de un enunciado; tal como un cambio de una letra puede cambiar radicalmente el significado de una palabra, y con ello el de una teoría” (Popper, 2002, p. 30).

En primer lugar Foucault expone la *conveniencia*. Se entiende por ésta “las cosas que, acercándose una a la otra, se unen: sus bordes se tocan, sus franjas se mezclan, la extremidad de una traza el principio de la otra” (Foucault, pág. 36). Es decir, algunas raíces de las palabras se originan en un tronco común; sin embargo, la existencia de diversos significados tiende a variar la naturaleza del concepto a tal punto que lo diferencia de otros a pesar de su origen común. De allí que “la *convenientia* (sic) (...) pertenece al orden de la conjunción y del ajuste” (Foucault, pág. 36). En vista de ello, algunas palabras se encuentran necesariamente sujetas a mutar, dado que el entorno incide sobre su uso y contenido semántico, situación que puede evidenciarse en las divergencias de significado resultantes de la actividad jurídica y aquellas del contexto profano.

En lo que respecta a la *emulación*, la distancia incide en la explicación del fenómeno; empero, la acogida de uno u otro modelo implica “ver y probar, si una de las alternativas en examen resiste el riesgo de ser sólo una alternativa” (Luhmann, 2005b, pág. 11). Así, Foucault expone que a través de la emulación

“las cosas pueden imitarse de un cabo a otro del universo sin encadenamiento ni proximidad (...) sin embargo (...) deja inertes, una frente a otra, las dos figuras reflejadas que opone. Sucede que una sea la más débil y acoja la fuerte influencia de la que se refleja en su espejo pasivo” (Foucault, 2010, p. 38);

Como evidencia de lo expuesto, encontramos en el mundo jurídico diversidad de teorías enteramente aptas para la explicación o regulación de prácticas sociales dentro de sus contextos de producción; sin embargo, sucede que dichos modelos son trasplantados en entornos foráneos ajenos o disímiles al de su origen resultando desfigurados pese a que conserven su denominación o referencia.

En tercer lugar aparece la *analogía*, similitud cuyos rasgos la identifican como una sutil relación entre las cosas mas no como una semejanza notoria (Foucault, 2010, p. 39). Resulta usual que los procesos de conocimiento pretendan la descripción de fenómenos a partir de paradigmas preexistentes, de modo que, a manera de espejo, se crea un imaginario que permite determinar qué tanto se asemeja un objeto a otro –forma, contenido, características-. Esta tesis práctica, es de común usanza en la ciencia jurídica en donde la analogía se origina a partir de situaciones resueltas u homólogas por tener características comunes; no obstante, es claro que la respuesta jurídica no surge del mero cotejo de las situaciones, sino del examen crítico acerca de si la situación estudiada se amolda a una solución previa, sin tornar incompatibles ésta y aquella.

Por último, aparece la *simpatía*, la cual actúa de dos formas, siendo una de ellas, consecuencia de su antecesora: vuelve hacia el mundo de las cosas buscando acercamiento con los objetos cuyas cualidades resulten afines y, después de parecerse a aquélla, la transforma e incluso la convierte en algo que otrora no era (Foucault, 2010, pág. 42). Por contraposición, es de anotar que así como las cosas pueden resultar idénticas o desnaturalizadas bajo el influjo de la simpatía, su opuesto –*antipatía*– evita

que todas las cosas sean absorbidas y pierdan su esencia, de suerte que “mantiene a las cosas en su aislamiento e impide la asimilación; encierra cada especie en su diferencia obstinada y su propensión a preservar en lo que es” (Foucault, 2010, p. 42).

Ciertamente, en el contexto jurídico encontramos en múltiples manifestaciones las similitudes expuestas, por lo cual es forzoso reconocer que “para que exista una operación jurídica no basta cualquier comunicación, ya que entonces el sistema jurídico se desvanecería en la total congruencia con la sociedad. No basta tampoco la pura utilización de conceptos jurídicos o palabras que contengan resabios jurídicos” (Luhmann, 2005, pág. 122),

Ahora bien, sucede que en el sistema jurídico las similitudes resultan imbricarse en forma tal que aquello que se dice del objeto puede fungir como regla para la interpretación de diversas situaciones. Ello a pesar de que, en ocasiones, la misma norma establece sus propios presupuestos de aplicación y dando lugar a que emerjan confusiones en torno al sentido del lenguaje, no tanto por la capacidad de la palabra de representar aquello de lo que se habla, sino porque su sentido ha sido fragmentado o mezclado con disposiciones disímiles o contradictorias entre sí.

A raíz de lo anterior, habría que preguntarse si las normas jurídicas *-en sentido material-* satisfacen las expectativas de la sociedad o si, en consonancia con el ordenamiento, corresponde al juez la tarea de transformar el ordenamiento jurídico en respuesta a las demandas de sus destinatarios. De allí que “las leyes positivas, el objeto

propio de la jurisprudencia, están relacionadas por medio de la semejanza, o mediante una analogía próxima o remota” (Austin, 2002, p. 141).

Por ello, resulta necesaria una postura de los jueces orientada a la formulación de precedentes a través de la unificación de sus decisiones a fin de que éstos constituyan “unidad para una posterior aplicación” (Luhmann, 2005b, p. 17).

C. Vocación unificadora de la decisión judicial

Atendiendo a los propósitos de ésta investigación, resulta necesario involucrar algunos elementos de la teoría de H. L. A. Hart, bajo el entendido que se abordarán algunos elementos puntuales de su exposición dejando de lado los reparos que otros autores han formulado frente a sus tesis. Ello obedece a que la percepción de su obra, lejos de la lectura del sistema de derecho anglosajón, contiene diversidad de reglas metodológicas que sirven de insumo, para el diseño de una estructura del precedente, bien sea de manera directa o por interpretación de aquellas. En su obra, Hart (El concepto de derecho, 1998) considera que, pese a que existe un conjunto de reglas con contenido predeterminado, cuya aplicación conduce a un único resultado *-significado indiscutido de la regla*, se presentan situaciones que no se ajustan a una estructura prediseñada y, por tanto, deben analizarse bajo distintos parámetros *-duda sobre el significado de la regla-*. (p. 15).

En ese contexto, surgen situaciones que, dotadas de un margen de dificultad, requieren que su respuesta jurídica se amolde o, al menos regule parcialmente dicho paradigma. Por ello, así como de un modo la semejanza dota de significado y sentido al lenguaje, acontece que en el derecho le es dable al juez definir con palabras y así encontrar “los límites o discriminar entre un tipo de cosa y otro, que el lenguaje distingue mediante una palabra separada” (Hart, 1998, p. 16). Así entendido, la solución o respuesta jurídica no se halla supeditada al derecho preexistente sino precisamente en que, a falta -o ante manifiesta dificultad- de cotejo entre el hecho y la norma, habrá que determinar si la solución puede darse empleando las demás similitudes *-analogía, simpatía o emulación-*. Por ello, señala Hart (1998) que “los diversos ejemplos de un término general están a menudo unidos entre sí de manera totalmente diferentes de la postulada por la forma simple de definición” (p.19)

Hasta aquí, resulta notorio que aquello cuya respuesta se pretende desde el Derecho, no dista de manera ostensible en la atribución de sentido y contenido a que puede llegarse desde la teoría del lenguaje, de manera que no resulta sorpresivo el hecho que la aplicación de una norma, en punto de la interpretación de la regla particular, ha de ser interpretada “sobre la base de entendimientos generales” (Hart, 1998, p. 27).

En ese orden, la tarea del juez consiste en encontrar -o crear- la norma jurídica sobre la cual se erigirá el sentido de su decisión, del mismo modo que deberá apropiarse de razonamientos que fortalezcan y, por tanto, sean tolerables por sus destinatarios, incluso basándose en decisiones previas, de allí en algunos fallos resulte palmaria la

argumentación de tipo *ad hominem strictu sensu*, esto es, “un argumento aceptable para auditorios particulares” (Giraldo, 1993, p. 16). Bajo el anterior enfoque, pareciera que cada juez imprime sin saberlo un razonamiento *invisible* en la construcción del derecho, la cual le resulta útil a sí mismo en la asunción de decisiones.

De igual manera, sucede que en los órganos judiciales colegiados, no siempre la posición adoptada es avalada ni apoyada por la totalidad o un sector mayoritario de la corporación, de manera que el *efecto de la disidencia* tiende a la generación de complejidad al interior de dichas estructuras, dependiendo, en éste caso, de la obra de la persuasión y el convencimiento de sus contertulios. Sin duda, éste ejercicio judicial contribuye a la creación del Derecho por parte de los jueces, en donde resulta lesionada la unidad, la coherencia y la estabilidad de las decisiones, reflejando que “la prevención contra la circularidad o la auto-referencia quedaron, en efecto desactivadas cuando se aplicaron a la praxis jurídica” (Salguero, 2002, p. 71).

Esto es, sin duda el mayor obstáculo epistemológico en aras de la creación del precedente en tanto elemento de reducción de la complejidad en el sistema de decisiones judiciales. Por tanto, es necesario poner cortapisas a un entorno que tiende a ramificarse de manera indefinida frente fenómenos como: la existencia de situaciones disímiles, pese a guardar *semejanzas*; el continuo proselitismo de los jueces que pretenden validar posiciones personales en aras de una pretendida *renovación del derecho* y; el permanente deseo, propio de la condición humana, de hacer triunfar visiones personales sobre la realidad de las cosas aún en contravía de principios como

la seguridad jurídica y la estabilidad en las decisiones judiciales, tornando mucho más difícil la tarea unificadora. Aquí, al igual que como sucede en la unidad de la ciencia, Morin (2007) considera “solo [ésta] tiene sentido si es capaz de aprehender, al mismo tiempo, unidad y diversidad, continuidad y rupturas” (pág. 77). De allí emerge el primer aspecto metodológico respecto de la unificación de jurisprudencia, sin que ello atente contra las “ciencias interpretativas, en cuanto que se ocupan de lo que posee sentido y significado” (Ross, 2007, p. 371).

En éste orden de ideas, se tiene como punto de partida el *principio de unidad de las decisiones*, cuya consolidación será posible una vez se supere el conflicto de criterios de identificación de cada *cuestión jurídica central*. Dicho de otro modo, la consecución del propósito de auto-reproducción de los fallos y la consecuente *estabilización judicial* implica suspender o en cierto modo, hacer cesar la continua creación jurisprudencial que, a la postre, genera mayor complejidad en éste sistema. Al respecto, Hart (1998) considera que “para aproximarnos al uso jurídico del precedente, debemos suponer que el padre se concibe a sí mismo, y es concebido por los demás, como adhiriendo a pautas tradicionales de conducta, y no como introduciendo pautas nuevas” (p.156).

Por supuesto que de lo anterior se puede comprender cómo “las reglas no son ya un conjunto discreto inconexo, sino que, de una manera simple, están unificadas” (Hart, 1998, p. 118) bajo el entendido que ahora los juicios serán sistemáticos y no unitarios. De esta forma, al interior de las Corporaciones judiciales la dinámica de conceptualización varía en tanto “lo que constituye una organización, no es una regla de

agregación de contenidos en forma de decisión por fijar, como por ejemplo un fin, sino ante todo un proceso de comunicación” (Luhmann, 2005b, p. 47). Por supuesto, es necesaria la integración de elementos adicionales; y ello obedece a que “las sentencias no pueden ser formuladas en términos generales y su uso como guías que señalan cuáles son las reglas, depende de una inferencia de algún modo frágil, hecha a partir de decisiones particulares” (Hart, 1998, p. 121).

De otra parte, y en consonancia con el criterio de *unidad de las decisiones*, es pertinente determinar si aquella construcción jurisprudencial uniforme es comprobable en la práctica. Aquí es menester recordar que “si una teoría no funciona en la práctica, es falsa en la teoría” (Sartori, 2010, p. 142), por tanto, debe acudirse a la comprobación fáctica del precedente cuyo criterio de validación se basa en la coherencia.

En otras palabras, aquella proposición o razonamiento jurisprudencial uniforme y por tanto, permeable a las Salas de decisión de las Corporaciones judiciales, lleva consigo: 1) el proceso de adaptación de las circunstancias fácticas del caso según las formas de similitud *-conveniencia, simpatía, analogía y emulación-*; 2) la determinación de la regla o criterio interpretativo *-decisión uniforme-* y; 3) Determinar *-a partir del material probatorio del caso-* si la situación materia de análisis se encuentra cobijada dentro de la interpretación uniformemente aceptada, de suerte que el alcance de los enunciados judiciales explicativos del caso concreto, no controviertan el contenido material y jurídico *-en tanto vinculante-* desarrollado en decisiones antecedentes.

Aquí los conceptos jurisprudenciales y normativos entran en conjunción con el saber aplicado de la lógica pragmática, de manera que el problema jurídico *-materia de la litis-* encuentra respuesta dentro de criterios fijos o predeterminados en la *decisión uniforme*. De suerte que la solución del caso, con independencia de la tesis de la parte, halla cabida en el continuo y reiterado ejercicio sobre criterios prefijados y, en ese orden la decisión judicial sería el reflejo de la “operatividad práctica consolidada en instituciones, y en último análisis solidificada en historia” (Sartori, 2010, p. 97).

En este punto, podría afirmarse que el cometido de mantener la decisión uniforme de acuerdo con su comprobación práctica, le impone al juez una tarea ideológicamente sesgada. De acuerdo con ello, el operador jurídico -a pesar de su autonomía- se encontraría atado por incuestionables límites conceptuales, de modo que su actividad sólo tiene lugar si acata irrestrictamente dichos cánones; sin embargo, lo que hasta ahora resulta notorio es un *propósito de estabilidad*, sobre el cual debe indicarse, que sólo a través de la replicación el modelo, podrá permearse la actividad de los funcionarios judiciales en niveles jerárquicamente inferiores. Con todo, lo que hasta ahora se ha dicho corresponde a un diseño improbable sobre el funcionamiento de la actividad judicial y el propósito de la *decisión uniforme*, por lo cual es necesario atribuir el contenido o, dicho de otro modo, dotar de sentido a aquello que constituye la unidad de la decisión, es decir, *el concepto*.

Comúnmente el lenguaje jurídico carece de univocidad, situación que conduce a que en la práctica, una misma situación con relevancia jurídica pueda explicarse de

distintas formas y que, sus diversas explicaciones sean a su vez contradictorias. De allí cobra importancia la determinación del *concepto*, entendido como aquello que se dice sobre una forma jurídica, aspecto en que la similitud por *simpatía* pareciera gobernar el universo conceptual del derecho al punto de crear o transformar la naturaleza del objeto. En vista de lo anterior, es claro que el contenido fundamental de la unidad de la jurisprudencia no puede librarse a las continuas fluctuaciones sobre el alcance de los conceptos jurídicos, siendo necesario determinar qué aspectos de determinado concepto resultan aplicables en un caso concreto y cuales aspectos deben descartarse. Por ello, Foucault (2010) señala que “toda semejanza será sometida a la prueba de la comparación, es decir, no será admitida sino una vez se encuentre, por la medida, la unidad común o más radicalmente por el orden, la identidad y la serie de las diferencias” (p. 71).

Teniendo en cuenta la premisa anterior, es necesario involucrar y acoplar criterios que permitan superar el dilema que antecede. Para tal efecto, las categorías de “*connotación*” -conjunto de las características o propiedades que constituyen un concepto (Sartori, p. 79)- y “*denotación*” -la clase de objetos a la cual se aplica el concepto (Ibíd.)- ofrecen criterios de análisis sobre el interrogante planteado.

En primer lugar, es forzoso determinar los elementos internos del concepto jurídico hallados en la norma o el fallo, los cuales, orientados bajo el sentido de la *connotación*, no resulten modificados por vía de argumentación o interpretación en fallos posteriores. Bajo estas circunstancias, “está claro que cuanto mayor sea el radio comprensivo de un

concepto, tanto menores serán las diferencias que de él se captan” (Sartori, 2010, p. 293), y; en esa orientación, tiene lugar la *denotación*, la cual constituirá la forma en que los conceptos y su alcance previsto en decisiones judiciales previas, constituirán el punto de partida en las decisiones posteriores.

Este elemento de la *denotación* coincide con la tesis de Hart, puesto que con independencia de la descripción de la palabra, ésta “solo tiene que reconocer ejemplos en términos verbales claros, que “subsumir” hechos particulares bajo rótulos clasificatorios generales y extraer una simple conclusión silogística” (Hart, 1998, p. 157). No obstante, en cuanto a la determinación precisa del concepto aplicable al caso, Hart arguye que “el lenguaje de la regla se limita a destacar un ejemplo revestido de autoridad, a saber, el constituido por el caso obvio. Este puede ser usado de manera muy análoga a un precedente” (Hart, 1998, p. 159). Aquí se entrecruzan las ideas expuestas en forma deductiva, al punto que la concepción sobre aquello que Sartori llama *denotación*, equivale en la tesis de Hart a “congelar el significado de la regla, de modo que sus términos generales tengan que tener el mismo significado en todos los casos en que su aplicación está de por medio” (Hart, 1998, p. 161).

Al respecto, si se afirmara que la ciencia jurídica parte de la observancia de las pautas generales de la teoría del lenguaje y, corolario de ello, resultara notoria la reducción de la complejidad del sistema judicial en punto de la vinculación directa con los cánones del precedente, podría objetarse esta articulación de conceptos a la luz del cúmulo de conflictos que presenta el derecho, del mismo modo en que son innegables

aquellas divergencias *-simpatías-* que crean los operadores jurídicos. De allí que la idea del concepto uniforme resulte, en últimas, extraña en la concepción Hartiana del Derecho en tanto afirma que el juez toma distancia de la idea de un concepto que sirva de fundamento en la decisión uniforme, por un lado y, señalando el estado de caos dentro del cual un enunciado normativo, jurídico o jurisprudencial presenta diversidad de significados. En sus palabras:

“Primero, no hay ningún método único para determinar la regla respecto de la cual es autoridad un determinado precedente al que se reconoce autoridad. (...) En segundo lugar, ninguna formulación de una regla que tiene que ser extraída de los casos puede pretender ser la única correcta. (...) en tercer lugar, (...) los tribunales que resuelven un caso posterior pueden llegar a una decisión contraria a la de un precedente restringiendo la regla extraída de éste, y acogiendo alguna excepción antes no considerada, o que, si lo fue, quedó abierta. (...) Por otra parte, al seguir un precedente los tribunales pueden dejar a un lado una restricción que aparece en la regla tal como fue formulada en el caso anterior en base a que ella no es exigida por ninguna regla establecida por ley o por un precedente previo. Hacer esto es ampliar la regla”. (Hart, 1998, pp. 167-168)

En sustento de su aserción, Hart (1998) se apoya en la *textura abierta del derecho*, en donde el desarrollo de aspectos jurídicos corresponde a sus operadores (Cfr. pág. 168). De allí que, desde la instrucción jurídica básica, se asimilen locuciones como “El derecho (la constitución) es lo que los tribunales dicen que es” (Hart, 1998, p. 176) en

donde se evidencia que la actividad judicial supera al hecho de la norma jurídica. Con esto, la práctica judicial contribuye a la inestabilidad del sistema de derechos y garantías cuya tutela corresponde a los mismos jueces. Surge de lo expuesto que, en cuanto al derecho “[éste] es quien produce todas las distinciones y descripciones que utiliza, y que la unidad del derecho no es más que el hecho de su autoproducción: “autopoiesis” (Luhmann, 2005a, p. 85).

Sumado a la situación esbozada, es conocido el rechazo que algunos sectores de la doctrina y de la judicatura manifiestan frente a los precedentes judiciales. Incluso, como se anotó en el capítulo anterior, pudo observarse la manera en que la discrecionalidad judicial incide en la interpretación del texto constitucional, de modo que el *peso de la decisión* se deja a un lado para “distinguir idealmente, dentro de la persona psicológica del juez, entre la instancia normadora y la que está sujeta a las normas -entre la mejor convicción y la decisión de hecho-” (Ross, 2007, p. 174), del mismo modo en que se indaga acerca de “qué es lo que vincula de un precedente” (Ibíd.). Ésta circunstancia, en la práctica, favorece la desorganización del sistema judicial al punto que, como señala Ross (2007) “si el juez confronta un precedente supuestamente vinculante, siempre podrá decir que interpreta *ratio decidendi* en un sentido que hace que en el caso actual no se halle vinculado por dicho precedente” (p. 175).

Según lo evidenciado, la obra de Hart presenta elementos importantes en el diseño de pautas metodológicas de unificación jurisprudencial; no obstante, el desajuste encontrado exige que su superación se aborde desde una óptica distinta a la teoría del

Derecho, dado que el escenario jurídico *per se* no sólo ha generado mayor complejidad sino que además resulta insuficiente. De modo que, en palabras de Luhmann (2005a) “no queda otro camino que intentarlo con teorías de mayor poder de ordenamiento y de una más alta complejidad estructural” (p. 85).

D. La función de la decisión judicial

A partir de la dicotomía entre el acatamiento o no del precedente, es notorio el hecho que la asunción de una postura u otra, radica específicamente en el uso del lenguaje y su incidencia en las proposiciones jurídicas de los operadores. De suerte que los problemas verbales terminan anteponiéndose al estudio de las cuestiones reales (Cfr. Popper, pág. 25).

Sin embargo, aquí es preciso diferenciar entre aquello que Popper (2002) denomina “las filosofías del significado y las filosofías del lenguaje” (p. 29); en donde, a juicio del autor, tienen mayor relevancia aquellas relacionadas con la verdad que aquellas referentes al significado, por lo que será necesario examinar la dualidad que se presenta en torno a un mismo concepto, esto es, *la idea*.

Al respecto, resulta que son temas distintos “*las designaciones o términos o conceptos*” y “*los enunciados o proposiciones o teorías*”, a partir de lo cual es posible determinar si el contenido del lenguaje está asociado con elementos vagos e imprecisos (el significado) o con teorías (la verdad).

El lenguaje y su búsqueda por la mejor definición que se acomode a un término, puede correr el riesgo de ser un simple significado no susceptible de verificación con la realidad y, ante tal situación, las proposiciones o enunciados contruidos al amparo de ambigüedades corren el riesgo de ser insostenibles si no superan mecanismos de comprobación. (Popper, 2002, p. 50). Por lo anterior, deriva irremediable el hecho de soslayar la cuestión del lenguaje jurídico y su problemática representación para dar paso a la observación, a partir de la singularidad de su experiencia, aspectos metodológicos que podrían corroborar los posibles resultados de la investigación.

En éste punto, dado que el Derecho guarda relación con las expectativas, es necesario que la práctica de la jurisdicción se encauce reiteradamente en la reducción de aquellas, de lo cual se sigue que el decrecimiento de expectativas* contribuiría al aminoramiento de la complejidad puesto que las repeticiones que hacen posible las condensaciones y las confirmaciones que las acompañan, reducen el espectro de la arbitrariedad de la relación entre signo y significante” (Luhmann, 2005a, p. 185). A partir de ésta formulación, es posible superar las refutaciones en torno a la vinculación del precedente y la *textura abierta*, toda vez que en tales objeciones “la manipulación de los conceptos es obvia, de manera que los resultados [en las decisiones *anti-precedente*] no hacen otra cosa que mostrar los prejuicios con los que se inician las investigaciones. Si la discusión permanece en éste nivel, incluso las posiciones contrarias no son sino la articulación de otros prejuicios.” (Luhmann, 2005a, p. 213).

* Entendidas como “no sólo el estado actual de conciencia de un individuo determinado, sino el aspecto temporal del sentido en la comunicación”. (Luhmann, 2005a, pág. 182)

Con todo, lo expresado debe entenderse en el sentido que no se descarta la *textura abierta* como mecanismo de justificación del contenido de una decisión judicial, toda vez que no es posible mantener incólumes e inmutables conceptos relacionados con el reconocimiento y el alcance de los derechos fundamentales, por ejemplo; sin embargo esta *apertura* no incide de igual manera en el reconocimiento de los derechos contenidos en las disposiciones de rango legal y aquellas jerárquicamente inferiores, por lo es forzoso retomar a Foucault y Hart bajo el entendido de que “el significado o relevancia de una teoría (...) depende de contextos muy comprehensivos, aunque, por supuesto, la relevancia de esos contextos depende, a su vez, de las diversas teorías, problemas y situaciones problema delos que se componen” (Popper, 2002, p. 34), esto es, mantener una relación entre los puntos de vista de los autores, en donde los apartes teóricos de cada uno contribuyen a la construcción del propósito de ésta investigación, sin olvidar que “no podemos, por tanto, conocer nunca, o entender, todas las implicaciones de una teoría, o su total relevancia” (Popper, 2002, p. 37).

Lo hasta aquí expuesto evidencia un ambiente en el que los postulados descritos resultan insuficientes *per se* frente al objetivo de la investigación, por tanto, cobra relevancia el hecho de determinar los objetivos de la decisión judicial con vocación de vinculatoriedad, de manera que los casos que le sucedan encuentren en una práctica judicial constante y repetitiva previa, elementos que cumplan la función de preservar el precedente, por un lado y, no coartar la autonomía judicial en circunstancias de interpretación por *textura abierta* o inaplicación parcial del precedente. Sobre lo cual el

necesario resaltar que la decisión del operador jurídico debe ajustarse a uno de los modelos *-funciones-* del precedente.

En concordancia, es preciso señalar como primera medida, la función del precedente orientada a la unificación de criterios, de ahí que, en primer lugar las decisiones del órgano judicial den cabida al *asentamiento* de posturas jurídicas, por cuanto resulta necesario evitar aquellas pretensiones de *universalidad del concepto jurídico* en donde “la idea de un lenguaje preciso, o de precisión del lenguaje, parece estar, por entero, mal concebida” (Popper, p. 32), de manera que la precisión resulte más exigente que la propia situación problema y consecuentemente se pierda la claridad del concepto. Con ello se evita el error de asociar la unificación jurisprudencial bajo el entendido de encontrar los *argumentos judiciales fuertes* tanto como si fueran igualdades matemáticas, esto es, esquemas precisos de respuesta ante los fines de la norma.

Debe tenerse en cuenta que la estructura judicial del Estado, se encuentra al servicio de la satisfacción de pretensiones particulares, en mérito de lo cual, no pueden atribuírsele efectos irradiadores a una decisión aislada. Pese a ello, si en la decisión se encuentran argumentos que contribuyen al incremento de la precisión o la exactitud del concepto jurídico, éste elemento “tiene sólo un valor programático como medio para un fin definido” (Popper, 2002, p. 32). Por tanto, el propósito radicaré en reducir el campo de aplicación del concepto, en donde interactúen proposiciones particulares *-regla que gobierna el caso-* con proposiciones individuales *-caso concreto-* en una relación de coordinación y subordinación.

Siguiendo las ideas presentadas, “los procesos de allanamiento de las diferencias se realizan a través de un procedimiento contencioso de tipo jurídico, y se juega, por así decirlo, con fuego: con la incertidumbre de los resultados, con costes y retrasos” (Luhmann, 2005a, p. 219). Es en este punto donde la complejidad resulta tangible frente a la decisión judicial; sin embargo, dado que lo pretendido es el control o reducción de la misma, surge un segundo elemento externo de la función del precedente, esto es, la *previsión*, entendida como aquella situación en la que la corporación judicial proyecta su decisión para cuestiones futuras en temas concretos, esto es, persigue “todo incremento en claridad” (Popper, 2002, p. 32) al momento de sentar una postura evitando situaciones que, en un momento posterior, impliquen el rediseño del precedente. Las eventualidades que resultan del concepto de *textura abierta* o la *relatividad del precedente* logran superarse, no en función del obstáculo epistemológico que tales conceptos pueden ofrecer, sino reconociendo la capacidad de aclarar aquello que se dice sobre una idea jurídica concreta.

De este modo, la función del precedente será anticipativa, lográndose con ella la pretensión de seguridad jurídica en donde “solo un almacenamiento semántico (...) [destinado] al uso repetido conduce a consolidaciones en el tiempo” (Luhmann, 2005a, p. 184). Esta situación resultará favorable no sólo en la adopción de determinada postura judicial *-ponencia de la decisión-*, sino que además, dada su finalidad puede permear el criterio del órgano colegiado judicial solidificando los diversos conceptos jurídicos cuyo contenido práctico resulta del estudio del caso concreto, de manera que “siempre que

incrementa o disminuye la fuerza lógica, o el poder, o la cantidad de información de una teoría, deben incrementar o disminuir igualmente tanto su contenido lógico como su contenido informativo” (Popper, 2002, p. 35).

CAPÍTULO IV. PRIVACIÓN INJUSTIFICADA DE LA LIBERTAD: APROXIMACIÓN A UNA PROPUESTA DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL

A. Antecedentes

Un cuestionamiento acerca de la eficacia y la eficiencia de la administración de justicia nacional, arroja resultados poco alentadores en tanto se persigue la garantía de los derechos consagrados en la Constitución y sus subproductos reflejados en las distintas codificaciones, leyes, estatutos, reglamentos y estipulaciones particulares. Como prueba de ello, “desde el año 1995, la demanda de justicia ha aumentado en un 98.2%; en aquella época ingresaron 898.162 procesos y en 2008 esta cifra había aumentado a 1.783.670 casos; demanda que ha crecido a un ritmo más acelerado que el de la oferta, ya que de 4.012 jueces y magistrados que había en el 95, se pasó a 4.237 funcionarios; esto quiere decir que la oferta sólo creció un 5.6%.” (Herrera Mercado, 2013, pág. 324)

Sumado a esta notoria ausencia de oferta, pululan las causas de la congestión en la Rama Judicial, entre las que se destacan: la excesiva duración de los procesos judiciales, la falta de recursos económicos de la Rama Judicial, la insuficiente capacitación -actualización- de los jueces, la ausencia de estrategias de sustanciación de los procesos, el ritualismo de los operadores jurídicos y la abultada litigiosidad corolario de la falta de empleo de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias entre las partes. (Torres Calderón, 2002)

Visto lo anterior, pareciera ser que la congestión en los despachos judiciales del país es invulnerable frente a las medidas adoptadas por el Congreso de la República, la Rama Judicial y los Ministerios de Justicia y Hacienda, reflejando que, en la práctica, cualquier esfuerzo encaminado a su mitigación resulta irrisorio frente a la excesiva demanda de justicia de la sociedad. Así por ejemplo, el sinnúmero de estrategias normativas encaminadas a la descongestión de la judicatura atraviesa los más variados escenarios abarcando la creación de Tribunales con salas especiales de descongestión, la promoción e incentivo de los mecanismos alternativos de solución de controversias⁵, reformas constitucionales y de leyes estatutarias⁶ así como la modificación y adopción de los códigos de procedimiento⁷, sin que, pese a su loable propósito, hayan disminuido notablemente el represamiento de procesos en los despachos judiciales.

Dentro de este escenario, la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo ha emprendido, en concordancia con el reciente Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo -CPACA- la tarea de reducir la complejidad de sus propias controversias y controlar el volumen de procesos existentes para su decisión en sede de segunda o única instancia. Prueba de ello puede encontrarse en la organización estructural originada con la otrora acción, hoy medio de control, de *reparación directa*,

⁵ Cfr. Ley 23/1991, Dto. 1818/1998, L. 446/1998, L. 640/2001 y L. 1563/2012.

⁶ Acto Legislativo 03/2002 y Ley 1258/2009 reformativa de la Ley 270/1996 “Estatutaria de la Administración de Justicia”. En virtud de éste último se dispuso la ampliación del número de magistrados del Consejo de Estado.

⁷ Cfr. Decreto 2282/1989, Dto. 2651/1991 (Sobre descongestión judicial, prorrogado en tres oportunidades mediante las leyes 192/1995, 287/1996 y 377/1997), Ley 446/1998, L. 600/2000, L. 712/2001, L. 794/2003, L.906/2004, L. 1194/2008, L. 1395/2010 y por último la promulgación de las leyes 1437/2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo) y 1564/2012 (Código General del Proceso).

en donde, a diferencia de lo que ocurre en la jurisdicción ordinaria civil, no existen procedimientos diferentes para las numerosas modalidades en que se desarrolla la responsabilidad del estado al tenor del artículo 90 Constitucional, de suerte que ha correspondido a la jurisprudencia administrativa la clasificación de las distintas modalidades que puede asumir un solo medio de control contencioso administrativo.

Así, puede observarse que los títulos de responsabilidad administrativa, a pesar de sus diversas fuentes, presentan al interior de la Sección Tercera del Consejo de Estado un grado de esquematización -situación que no implica necesariamente la unidad de discurso ni mucho menos, la consolidación de precedentes- como se verá posteriormente:

Responsabilidad administrativa

Constitución Política, Artículo 90

Medio de control: Reparación directa

Código Contencioso Administrativo (Dto. 01/1984⁸) Art. 86

Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (L. 1437/2011) Art. 140.

Supuestos constitutivos de responsabilidad administrativa

- | | |
|---|---|
| a. Daños a la propiedad y a la libertad económica | b. Administración de Justicia |
| i. Ocupación de bienes | i. Error judicial |
| ii. Bodegaje de mercancías | ii. Privación injusta de la libertad |
| iii. El servicio notarial | iii. Indebido funcionamiento de la administración de justicia |
| iv. El servicio registral | |
| v. Liquidación de entidades financieras | |

⁸ Reformado mediante Decreto 2304/1989 Art. 16 y la Ley 446 de 1998 Art. 31.

- | | |
|---|--|
| c. El hecho del legislador | d. Actividades peligrosas |
| e. Actos terroristas | f. Incumplimiento del deber de protección y seguridad por parte del Estado |
| g. Reclusos en centros carcelarios o de detención | h. Daños a miembros de la fuerza pública |
| i. Actividad médica | j. Violación a Derechos Humanos |
| k. <i>Actio in rem verso</i> | l. Acción de repetición |

Con todo, como se dijo al principio de ésta investigación, el propósito de unificar - Arts. 270 y 271 CPACA- y, en consecuencia, extender los efectos de la jurisprudencia - Arts. 102 y 269 ibídem- contencioso administrativa es relativamente reciente si se tiene en cuenta la entrada en vigencia de la Ley 1437/2011 -2 de julio de 2012-. Adicionalmente, nótese que el motivo de unificación jurisprudencial resulta ser excluyente, fijándose en aquellas decisiones que se hayan proferido por importancia jurídica, trascendencia económica o social o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia. Situación en la que nuevamente la *textura abierta* pareciera abrirse camino.

En vista de lo anterior, el cuestionamiento es patente: ¿Cuál es el criterio para determinar importancia jurídica, trascendencia económica o social o necesidad de sentar jurisprudencia, que ameriten la expedición de una sentencia de unificación jurisprudencial? Por lo que resulta necesario insistir en que su respuesta no se base en la mera liberalidad del ponente ni mucho menos de la sala de decisión. Todo lo contrario, se espera que el motivo de unificación encuentre asidero razonable y que interprete la realidad de la sociedad o de fenómenos cuyas consecuencias están siendo deferidas a

la solución de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo, tal y como ocurre con la privación injustificada de la libertad.

De otra parte, en cuanto al mecanismo de extensión de la jurisprudencia, la incertidumbre es aún mayor. Haciendo a un lado la sentencia de unificación y sus efectos, el ciudadano se encuentra expuesto a la transgresión de los derechos fundamentales a la igualdad y, potencialmente, de acceso a la justicia, en los eventos en que la solicitud de extensión a juicio de la autoridad no se adecue a los presupuestos de unificación jurisprudencial, de modo que, pese a la existencia de un fallo con la potencialidad de reducir la congestión judicial, el arbitrio de servidores públicos y de oficinas jurídicas de entidades estatales pueden hacer nugatorios los efectos de las sentencias unificadoras.

Por ello, será menester anotar que a la par de la sentencia de unificación, corresponderá al Consejo de Estado, establecer con la mayor claridad y pedagogía las pautas dentro de las cuales se enmarcarán los supuestos de extensión jurisprudencial de la decisión proferida, evitando tajantemente cualquier interpretación deformadora del contenido de la sentencia por parte de la autoridad y, garantizando en esta medida las funciones de *asentamiento* y *previsión* enunciadas en el capítulo precedente.

B. La privación injusta de la libertad en lo contencioso-administrativo

El aparato estatal representa para los ciudadanos una restricción tolerable y soportada en común frente a las libertades individuales en aras de la convivencia pacífica

de la sociedad. En éste sentido, las políticas estatales y la acción de las autoridades públicas se encaminan a la prevención, vigilancia e incluso el control de aquellas conductas que pueden resultar lesivas no sólo del ordenamiento jurídico sino que además pueden impactar negativamente la armonía social.

Al respecto, el establecimiento de códigos y leyes de orden sancionatorio ponen de presente el grado de control e intervencionismo que el Estado tiene en las conductas de sus administrados, al punto que los diversos regímenes punitivos estatuyen restricciones de diversa naturaleza al ejercicio de las libertades fundamentales -entre otras, de locomoción, de ejercicio del comercio, libertad personal-, de suerte que las limitaciones impuestas por los órganos competentes, exigen que sus decisiones se realicen al amparo de absoluta autonomía decisional y funcional -aspecto extrínseco-, así como también les resulta exigible que en sus determinaciones se satisfagan estándares de proporcionalidad y razonabilidad -aspecto intrínseco- dado que sus disposiciones tienen la virtualidad de coartar o restringir tales garantías.

Baste lo anterior para señalar que los impedimentos que las autoridades imponen al ejercicio de las libertades individuales son igualmente situaciones objeto de control por parte de la Jurisdicción de Contencioso-Administrativo, de allí que los actos emitidos en ejercicio de los poderes Disciplinarios, de Control Fiscal y aquellos relacionados con la actividad de juzgamiento propia de la Rama Judicial del Estado, hallan en el control jurisdiccional el juicio sobre su razonabilidad, proporcionalidad y correspondencia con la presuntas infracciones a las normas sancionatorias. De allí emerge la privación injusta

de la libertad como unos de los supuestos constitutivos de responsabilidad de la administración, en donde, como se expondrá, existen divergencias y contradicciones en cuanto a su tratamiento dentro del régimen de daños, al punto que sus manifiestas variaciones ponen en riesgo el principio de seguridad jurídica y el derecho a la igualdad referido al proferimiento de decisiones consistentes.

Con la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, la Ley Estatutaria de Administración de Justicia -Ley 270/1996- consagró la responsabilidad del Estado por la acción u omisión de los agentes judiciales y, de manera específica el artículo 86 de la mencionada ley determinó la responsabilidad estatal por privación injustificada de la libertad, confiriéndole al afectado el derecho a demandar el pago de perjuicios. De otra parte, desde el punto de vista de las codificaciones procesales penales vigentes en sus respectivos momentos⁹, sólo una de éstas reconoce expresamente la privación injustificada de la libertad y el derecho a obtener indemnización por dicho concepto. Mientras que en las restantes, el supuesto constitutivo de responsabilidad deriva de la acreditación de la existencia de un daño antijurídico en los términos del artículo 90 de la Constitución Política, inclusive bajo aquellos supuestos en que se recupera la libertad personal con base en la aplicación del principio *in dubio pro reo*.

En base a lo expuesto, es pertinente dejar por sentado que: i) no se pretende ahondar en el contenido de las posturas y razonamientos de los Consejeros de Estado intervinientes sino determinar los criterios que han dado lugar a las oscilaciones jurisprudenciales; ii) tampoco será materia de análisis si los accionantes particularmente

⁹ Decreto 2700/1991, Ley 600/2000 y L. 906/2004.

considerados acreditaron la configuración de los supuestos constitutivos de responsabilidad de la administración y; iii) no se preferirá ninguno de los títulos de imputación sobre privación injustificada de la libertad puesto que la escogencia de una de las alternativas implica renunciar al reconocimiento de criterios distintos. Sin embargo, sobre éste último punto, se deja claro que, en tanto aprovechen a la prueba de la estructura prediseñada, se extraerán sin distinción los componentes de los criterios de imputación.

Como primera medida, es necesario precisar el alcance que el concepto de *privación injusta de la libertad* se enmarca dentro de los cánones que la Corte Constitucional (C-037, 1996) fijó, en el sentido de considerar que dicha privación es “abiertamente desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales, de forma tal que se torne evidente que la privación de la libertad no ha sido ni apropiada, ni razonada ni conforme a derecho, sino abiertamente arbitraria”. Ésta definición que, en principio pudiera delimitar el entorno comprensivo de la privación injusta de la libertad, peca por defecto en la medida en que la privación de la libertad por orden judicial puede acontecer con independencia de la observancia o desacato de las normas legales (Exp. 10299, 1996). Aquí, es pertinente anotar que en el ordenamiento jurídico colombiano, la imposición de la medida preventiva de aseguramiento, en ningún momento implica la desobediencia al postulado constitucional de *presunción de inocencia*, pese a que en la práctica, ésta situación comporte igualmente la privación de la libertad individual.

La persona que otrora fuera privada de su libertad debería iniciar el medio de control de reparación directa dentro de los dos (2) años siguientes contados a partir de la ejecutoria de la providencia judicial que dispuso dejarle en libertad a fin de obtener el pago de la indemnización por los perjuicios que le fueron irrogados. Asimismo, es preciso señalar que, contrario a las disposiciones encontradas en el Código Contencioso Administrativo -Decreto 01/1984- y el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso-Administrativo -Ley 1437/2011- respecto de la competencia para el conocimiento del medio de control mencionado, corresponde, en primera instancia, a los Tribunales Administrativos, incluyendo aquellos cuya cuantía sea inferior a la suma equivalente a los 500 SMLMV. (Exp. 34985, 2008)

Con base en lo anterior, las decisiones que la justicia penal adopta tendrán incidencia en la jurisdicción contencioso-administrativa en los siguientes eventos:

i) Captura sin el lleno de requisitos legales, derivada de la acción defectuosa de los órganos estatales de policía judicial;

ii) Insuficiencia probatoria y argumental de la Fiscalía General de la Nación, por cuya manifestación no logra acreditarse la responsabilidad penal del procesado con privación de la libertad y;

iii) Imposición de medida de aseguramiento en debida forma pero, en desarrollo del proceso, se absuelve al implicado.

Inicialmente, el artículo 414 del Dto. 2700/1991 precisaba que el derecho a la indemnización de perjuicios deriva de los supuestos de sentencia absolutoria definitiva o su equivalente; porque el hecho no existió; o bien el sindicado no lo cometió o; en razón a que la conducta no constituía hecho punible -presupuestos objetivos de responsabilidad de la administración-; sin embargo, adviértase que a pesar que la disposición en comento se encuentra derogada, el Consejo de Estado (Exp. 13168, 2006c) (Exp. 15463, 2007) precisó que dicha disposición mantendría su vigencia para definir la responsabilidad del Estado inclusive con posterioridad a la entrada en vigencia la ley 270 de 1996 “pero no como aplicación ultractiva de la norma sino de los supuestos previstos en ella” (Exp. 19312, 2010).

Históricamente, la jurisprudencia contencioso-administrativa referente a la privación injusta de la libertad se ha desarrollado en líneas argumentales disímiles y excluyentes entre sí: En una primera etapa, con base en la tesis de la *falla del servicio*¹⁰ y la interpretación de las causales del artículo 414 del Decreto 2700/1991, la declaratoria de responsabilidad administrativa tenía lugar cuando se presentaban comportamientos irregulares de las autoridades del Estado en forma tal que redundaban en desmedro de la libertad personal (Exp. 9734, 1994a). De igual manera, se señalaba que el

¹⁰ Esta modalidad, se refiere al incumplimiento del contenido obligacional que tiene la administración frente a sus administrados. Dicho contenido obligacional puede tener dos fuentes: i) Estatutos o leyes especiales que regulen la prestación del servicio por parte de la administración o; ii) genéricamente, a partir de la violación del artículo 2º de la Constitución Política sobre los fines del Estado.

De otra parte, la declaratoria de responsabilidad de la administración, exige la acreditación de los siguientes requisitos: i) El afectado sufre un daño antijurídico; ii) El servicio tuvo deficiente funcionamiento, o bien funcionó en forma inoportuna o equivocada y; iii) la existencia de una relación de causalidad entre la producción del daño al afectado como consecuencia de la falla del servicio.

funcionamiento defectuoso de la administración de justicia, comprendía, entre otros supuestos, la privación injusta de la libertad (Exp. 7058, 1992).

Al mismo tiempo, se consideraba que dicha privación se producía “con abstracción de la conducta o de las providencias dictadas por las autoridades encargadas de administrar justicia” (Ibíd.), postura jurisprudencial sujeta al condicionamiento de la existencia de providencias contrarias al ordenamiento jurídico, de modo que “se ubica en el ámbito de la responsabilidad directa del Estado por error judicial, que se produce como consecuencia de la violación del deber que tiene todo juez de proferir sus resoluciones conforme a derecho” (Exp. 9391, 1994c). De la misma forma, dado que los eventos de detención se producían en el marco de una investigación penal, dicha circunstancia constituía una carga que todas las personas debían soportar, “de manera que la absolución final no es indicativa de que hubo algo indebido en la detención” (Exp. 8666, 1994b).

A la par de la producción jurisprudencial restrictiva, la interpretación del artículo 414 del Decreto 2700/1991 fue morigerándose al punto de considerar que los eventos descritos en la norma en comento, constituían causales objetivas de responsabilidad de la administración; empero sostuvo que si se tratara de situaciones ajenas a los eventos previstos en la norma, el régimen de responsabilidad seguiría siendo, por lo cual correspondía al demandante la carga de acreditar el error jurisdiccional derivado no sólo del carácter “injusto” sino “injustificado” de la detención. (Exp. 10056, 1995)

Así pues, los razonamientos de la jurisdicción contencioso-administrativa fueron flexibilizándose al punto de considerar supuestos de responsabilidad administrativa por situaciones independientes a las condiciones normativas del otrora código de procedimiento penal.

Es un tipo de responsabilidad objetiva en la medida en que no se requiere la existencia de falla en el servicio, razón por la cual no tiene ninguna incidencia la determinación de si en la providencia que ordeno la privación de la libertad hubo o no error judicial; y no es posible la exoneración de la responsabilidad de la administración con la sola prueba de diligencia que en este caso se traduciría en la demostración de que la providencia estuvo ajustada a la ley.

Para ilustrar esta circunstancia, el Consejo de Estado puntualizó que la falta de actividad probatoria por parte del Estado no corresponde a una carga que tengan que soportar los sindicados privados de la libertad y, en igual sentido, en relación con el principio *in dubio pro reo*, anotó:

[N]o debe olvidarse que el presupuesto de la aplicación de tal principio, supone una duda para el juzgador penal, lo cual evidencia, precisamente, la deficiencia de la actuación estatal en la labor probatoria, circunstancia que no puede servir de base, ni por asomo, para la exoneración del Estado por la privación injusta de la libertad, pues ha de tenerse presente que, como principio fundamental informador de toda la normativa penal, están los de buena fe y de inocencia, los

cuales no pueden desvanecerse y mucho menos inobservarse, por una circunstancia meramente probatoria. (Exp. 11754, 1997)

Sobre éste aspecto, vale la pena resaltar el hecho que, si bien el Consejo de Estado acogió un elemento ajeno a las causales del artículo 414 del Decreto 2700/1991, la situación del principio *in dubio pro reo*¹¹ no era extensible al contenido literal de la disposición anotada, de allí que estos eventos exigen la valoración específica por parte del juez, a fin de establecer si existía o no un daño antijurídico y por tanto, se encontraba demostrado el fundamento de imputación de la responsabilidad administrativa y la consecuente obligación resarcitoria. (Exp. 14530 y 14698, 2003). De modo que, en esta precisa situación, se robustece el título objetivo de imputación en tanto a la justicia penal le resultó imposible superar la duda razonable, razón por la cual el investigado no transgredió los bienes jurídicamente tutelados por el legislador.

En resumen, tiene lugar la declaratoria de responsabilidad de la administración cuando una persona es detenida preventivamente por decisión de autoridad, siendo posteriormente exonerada mediante sentencia absolutoria definitiva o su equivalente siempre que la absolución se base en que el hecho no existió o que el sindicado no lo cometió o en que el hecho que realizó no era punible. Aunado a ello es menester que el sindicado y demás demandantes en el juicio de responsabilidad hayan padecido daño y,

¹¹ Cfr. Fallos de fecha 4 de diciembre de 2006, Exp. 13168; 2 de mayo de 2007, Exp. 15463; 27 de octubre de 2005, Exp. 15367; 5 de abril de 2008, Exp. 16819; 9 de junio de 2010, Exp. 19312 y; 7 de octubre de 2009, Exp. 17117.

que por parte del sindicato su detención no hubiese sido determinada conducta dolosa o gravemente culposa. (Exp. 13606, 2002)

Se debe tener en cuenta que la legalidad de la medida preventiva no escruta a través de las instituciones jurídico-penales sino en virtud del resultado del proceso penal. Puesto que si la medida fuera objeto de discusión, la situación jurídica pertinente sería la de *falla del servicio* debido a la ausencia o desacato de requisitos legales en la imposición de la medida. Mientras que, en el régimen objetivo la medida deviene injusta por la absolución posterior de la víctima, lo cual acredita la antijuridicidad del daño causado. Con base en esa distinción, la jurisprudencia administrativa extendió las premisas bajo las cuales tiene lugar la declaratoria de responsabilidad señalando incluso puede cuestionarse la medida preventiva en tanto:

[H]aya sido irrazonable porque el juicio sobre su procedencia según los parámetros de la ley no correspondan con la prueba que obraba en el proceso penal; o injustificada porque aunque se hubiera proferido inicialmente conforme a los parámetros legales, excedió el plazo razonable; o sea desproporcionada su duración en consideración al delito de que se trate; o porque, de acuerdo con las circunstancias específicas del asunto, al margen de la licitud o ilicitud de la decisión que le sirvió de fundamento, el particular que fue objeto de la medida privativa de la libertad no estaba en el deber jurídico de soportarla, conforme se hace evidente como consecuencia de una decisión definitiva de carácter

absolutorio. En cada caso corresponderá al actor demostrar la injusticia, ilegalidad o irrazonabilidad de la medida. (Exp. 15348, 2005)

Adicionalmente, con independencia de los eventos anteriores, el Consejo de Estado amplió el espectro de protección al considerar que

[E]n los eventos en que se demuestra que la privación de la libertad fue injusta, - que lo será siempre que el proceso no termine con una sentencia condenatoria-, se está ante un daño imputable al Estado, que debe ser indemnizado con fundamento en lo dispuesto en el artículo 90 de la Constitución Política, así las razones de absolución o de preclusión de la investigación no obedezcan a ninguna de las causales previstas en el artículo 414 del antiguo C. de P. P. como causales de responsabilidad objetiva, o al *in dubio pro reo*. (Exp. 15980, 2008a)¹²

En el fallo de marras, igualmente se robustece la responsabilidad administrativa por privación injusta de la libertad en cuanto concurrieron situaciones objetivas y subjetivas en detrimento de los derechos y garantías individuales del sindicado, de allí que:

[Es] imputable al Estado el daño, consistente en la privación de la libertad, porque, de una parte, la absolución evidencia la injusticia de la medida de detención preventiva impuesta y, de otra, se acreditó plenamente la falla del servicio en que

¹² En el caso citado, se imputó responsabilidad administrativa en razón a que el sindicado acreditó la existencia de una causal de justificación de responsabilidad penal.

incurrió la entidad pública demandada, que contribuyó a que la medida preventiva se prolongara indefinidamente. (Ibíd.)

Engrosa ésta línea de pensamiento, otros supuestos constitutivos de responsabilidad estatal, entre otros, la revocatoria de la medida de aseguramiento (Exp. 20569, 2011c); la falta de aplicación del principio de investigación integral (Exp. 15536, 2006a); la negativa a la concesión del beneficio de excarcelación (Exp. 15138, 2006b) y la recuperación de la libertad por ejercicio del *hábeas corpus* (Exp. 17174, 2008b).

Con todo, igualmente resulta notoria la falta de claridad del Consejo de Estado en cuanto resultan mezclándose las modalidades de falla del servicio junto a las causales del Decreto 2700 de 1991 en comunión con el artículo 68 de la Ley 270/1996. Sobre el particular, la Corporación señaló:

No siempre puede esperarse encajar la responsabilidad de la administración de justicia en el evento de privación de la libertad cuando la medida de aseguramiento consistente en detención se produzca por ser contraria a derecho (pese a su carácter sustancial), porque en la mayoría de los casos esta se encontrará conforme a la legalidad en la que se fundamenta, por lo que habrá que indagar si producido el daño antijurídico este se reputa de la decisión bien porque no hay elementos fácticos para determinar la existencia del hecho punible, o en otros eventos porque no existe prueba o esta permita inferir la duda a favor del sindicado

o imputado, de tal manera que obre una valoración del *in dubio pro reo*. (Exp. 26679, 2011b)

Como puede verse, la jurisprudencia contencioso-administrativa ha depurado los contenidos y las modalidades sobre las cuales resulta exigible la indemnización de perjuicios como consecuencia de la privación injusta de la libertad. Ahora bien, el aspecto confuso de la ya mencionada situación jurisprudencial se refleja en la diversidad de criterios en casos que, si bien pudieran tratarse bajo criterios preestablecidos, resultan analizados de maneras distintas. Aspecto en el que tiene lugar la aplicación de los presupuestos descritos en el capítulo anterior en aras de lograr la unificación jurisprudencial a partir del reconocimiento de la misma diversidad de sentidos.

En este punto, podría objetarse lo anterior si se considera que, recientemente la Sala Plena de lo Contencioso-Administrativo del Consejo de Estado (Exp. 21653, 2011a) en un intento de brindar claridad sobre la privación injusta de la libertad y su manejo jurisdiccional pareciera haber unificado las decisiones sobre ésta materia, lamentablemente dicha decisión, se limitó al compendio de *argumentos de autoridad* y recordación de posturas contenidas en fallos precedentes, al extremo que, tal y como lo consignara la opinión disidente del Consejero Enrique Gil Botero, la sentencia careciera por completo de una pretensión unificadora.

C. Propuesta de unificación jurisprudencial contencioso-administrativa en torno a la privación injusta de la libertad

Finalmente, a manera de reiteración, se expone el diagrama diseñado al final de capítulo precedente con el fin de abordar las relaciones construidas en dicho esquema y su incidencia o capacidad de reducción de complejidad frente a las numerosas corrientes y razonamientos del Consejo de Estado frente a la privación injusta de la libertad:

Criterios de formulación del precedente administrativo

-Contenido de la sentencia de unificación-

I. Definición del concepto jurídico

- a. Conveniencia
- b. Emulación
- c. Analogía
- d. Simpatía
- e. _____

II. Estructura del precedente

- a. Unidad de la decisión
- b. Lógica pragmática
- c. Connotación
- d. Denotación
- e. _____

III. Función de la decisión

- a. Asentamiento
- b. Previsión
- c. _____

En la primera columna, se persigue la proximidad o claridad en cuanto a la definición del concepto jurídico sobre el cual recaerá la decisión unificadora, para tal efecto, es necesario acoger alguna de las cuatro alternativas previstas siguiendo las

explicaciones de Foucault (2010): *la conveniencia, la emulación, la analogía y la simpatía*.

Con miras a la aproximación semántica del concepto de *privación injusta de la libertad*, resulta necesario tener en cuenta que, como se vio, no existe unidad de criterio ni coherencia o ajuste en torno a dicha noción, por lo que resultaría insostenible acoger la opción de la *conveniencia*; de otra parte, las decisiones judiciales arriba citadas y esbozadas no ofrecen elementos que permitan inferir la imitación de institutos jurídicos similares nacionales o foráneos, por tanto, la emulación ha de descartarse. De igual manera tampoco resulta notorio que, el tratamiento de la privación injustificada de la libertad por parte de la jurisdicción contencioso-administrativa sea un subproducto jurídico o análogo, de hecho, se encontró que ésa institución tiene régimen propio y características identitarias autónomas e independientes de otras creaciones jurídicas.

En vista de lo anterior y dado que sólo resta una variable por agotar u acoger, según sea el caso, es pertinente recordar que el propósito principal de la primera columna de la estructura pretende la atribución del significado o, por lo menos, brindar la mayor claridad en cuanto al concepto bajo examen, de modo que sus elementos inherentes se preserven sin mutilaciones dada la variedad de títulos de imputación.

Por ello, es fundamental reconocer la diversidad de significados que dicha institución tiene dentro de la jurisprudencia administrativa, puesto que son aquellas modalidades las que terminan atribuyéndole sentido al concepto *-privación injusta de la*

libertad-, en consecuencia, dicho propósito tiene la posibilidad de desarrollarse bajo la égida de la simpatía puesto que, conservando las diversas características del concepto, éste tiende a transformarse en uno de mayor envergadura, sin desnaturalizarlo.

En segundo lugar, es necesario acoplar el nuevo concepto creado por la simpatía con elementos estructurales que le permitan mantener su esencia. Así, se ofrecen cuatro posibilidades estructurales con consecuencias igualmente diversas: *Unidad de la decisión, Lógica pragmática, Connotación y Denotación*.

Como primera medida, debe descartarse sin lugar a dudas el criterio estructural de unidad de la decisión toda vez que, como pudo evidenciarse, la jurisprudencia contencioso-administrativa es altamente voluminosa, variable e incluso puede generar confusión sobre uno y otro título de imputación. De igual manera, dado que la situación de privación injusta deviene de particulares características modales, no es posible arroparlas bajo una misma posición jurisprudencial, por lo que ésta alternativa debe rechazarse.

De otra parte, el criterio de la lógica pragmática carece de la capacidad de brindar coherencia entre el medio y el fin, puesto que no es posible unificar apreciaciones sobre el significado de privación injusta de la libertad cuando la materia de discusión se centra en el aspecto probatorio del proceso o la comprobación empírica de una restricción de éste talante; de tal suerte que esta opción resulta inaplicable.

En igual sentido, la connotación deviene improbable toda vez que no se pretende la inserción de nuevas características o elementos definitorios del concepto de privación injusta de la libertad, así como tampoco se persigue la discusión sobre las propiedades de ésta noción. En vista de lo anterior, la denotación sería la última alternativa, por tanto, es necesario comprobar si posee la entidad estructural necesaria para erigir sobre ella un armazón jurisprudencial.

Dado que el propósito radica en la consolidación del concepto y su posterior replicación con miras a minimizar la complejidad del sistema, la denotación desempeña el rol de preservar el alcance del concepto y de hacerlo vinculante sobre situaciones posteriores en las que el concepto *denotado* se involucre, por tanto, ésta categoría contribuye al objetivo descrito.

Por último, el concepto y su significado así como el pilar sobre el cual se erigirá la unificación jurisprudencial, debe cumplir una función coherente con el propósito de ordenación, de modo que habrá de seleccionarse la opción más apropiada frente a la dicotomía que plantean las finalidades de *asentamiento y previsión*. En concordancia con lo expuesto, es necesario precisar el propósito del establecimiento del concepto - *privación injusta de la libertad*- y las situaciones cobijadas por éste -*denotación del concepto*-, de manera que la selección efectuada resulte consecuente con dicho cometido.

Teniendo en cuenta el objetivo de la estructura, no es posible acoger la función de previsión por cuanto lo anhelado en este momento no es la repetición ni mucho menos la consolidación de una posición que no ha sido prefijada, puesto que de elegirse ésta alternativa, no podrían superarse las múltiples situaciones conceptuales presentes en la jurisprudencia contencioso-administrativa del mismo modo que persistiría la proliferación de decisiones sobre el concepto anotado, por lo que los fines de unificación serían engañosos. De lo anterior, se encuentra que la finalidad no es distinta a la superación de la complejidad derivada del número de decisiones sobre un mismo asunto, por ende, lo deseable y consecuente sería el asentamiento de una posición jurídica conglobante construida a partir de la diversidad de criterios a través de la simpatía.

En conclusión, para los efectos de la presente investigación, el precedente contencioso-administrativo respecto de la privación injusta de la libertad se desarrollaría al amparo de la estructura que sigue:

Privación injusta de la libertad

I. Definición del concepto jurídico

Simpatía

II. Estructura del precedente

Denotación

III. Función de la decisión

Asentamiento

CONCLUSIONES

La metodología presentada se planteó como una respuesta epistemológica aplicada a un problema judicial cuyos efectos reflejan las variables prácticas en el reconocimiento de los derechos, la estabilidad del sistema jurídico y la percepción del escenario local en un ambiente impregnado de globalización en todos los ámbitos de la vida del Estado.

En esta medida, se hace necesario implementar mecanismos que controlen o aminoren el exceso de fluctuaciones conceptuales respecto de las decisiones judiciales estructura que posibilite la unificación de la jurisprudencia contencioso-administrativa a través de las relaciones entre derecho y lenguaje referidas a la adopción de significados para los conceptos jurídicos, de suerte que a partir de dicho elemento sea posible establecer el alcance de las decisiones judiciales con miras a brindar parámetros que precisen la unidad de las decisiones o el marco dentro del cual los conceptos jurídicos se relacionan con las controversias sometidas al estudio judicial y, con ello, procurar el establecimiento y posterior consolidación de decisiones inequívocas, en términos de proyectarse en el tiempo, dotadas de univocidad frente al contenido, significado y contexto de los conceptos jurídicos relacionados en la solución de las disputas deferidas al conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo.

Es de anotar que la textura abierta y la discrecionalidad judicial han ocasionado un grave daño a la forma en que se asumen y profieren las decisiones judiciales, habida

cuenta que, la falta de metodología y estructura en la tarea unificadora ha dado permanencia al fenómeno de la complejidad sin que, a la fecha, se encuentre un mecanismo epistemológico que permita abarcar en mayor medida la heterogeneidad conceptual y simplificarla a través de herramientas funcionales.

Esta propuesta metodológica partió del reconocimiento de la diversidad semántica de los conceptos jurídicos, de modo que a través del proceso de sistematización y estructura sea posible reagruparlos con fines epistemológicos que conduzcan a determinar qué parte del significado jurídico es aplicable o rector del caso concreto y qué parte del mismo es incompatible, o corresponde a otra situación jurídica concreta a pesar de regirse bajo un mismo término.

No obstante lo anterior, la estructura diseñada no da cabida al sostenimiento y exposición de un esquema rígido e inmodificable toda vez que no puede actuarse de manera cerrada o mutilante frente a los diversos fenómenos y tendencias que inciden en la comprensión de los conceptos jurídicos, su semántica, la metodología judicial y la asunción de posiciones jurídicas con efectos hacia el futuro.

Bajo estas consideraciones, la investigación diseñó los siguientes elementos:

i. Definición del concepto jurídico: A través de esta categoría se pretendió explicar la forma en que suceden los procesos de atribución de significado y sentido a las expresiones lingüísticas, las cuales, como es de suponerse, se encuentran igualmente

al interior del ordenamiento jurídico. Dicho proceso de atribución semántica tiene como base epistemológica las formas de similitud descritas en la obra de Foucault: *la conveniencia, la emulación, la analogía y la simpatía*.

La categoría adoptada, se corresponde con los fenómenos judiciales existentes a través de decisiones jurídicas concretas, de allí que los conceptos preformados sean estudiados con el fin de adaptarse a la situación fáctica (conveniencia); o porque un tema puede encuadrarse sobre otro ya desarrollado (emulación), también porque la similitud del caso objeto de estudio tiene los mismos presupuestos que un concepto parecido (analogía) o finalmente porque se puede llegar a cambiar la noción tratada y mejorar el concepto (simpatía). No obstante, en esta última subcategoría puede existir la alternativa de aislamiento frente a casos anteriores, en cuyo caso la simpatía es ejercida por conducto de su antítesis, la antipatía.

A partir de las similitudes descritas, es necesario que, con el fin de avanzar en el proceso de formulación de una decisión unificadora, se escoja sólo una de las opciones presentadas, de allí que no sea posible mezclar o interpretar con laxitud las subcategorías involucradas.

Una vez efectuada la selección, se cumple el primer requisito de la unificación, es decir, describir el entorno semántico de la acepción jurídica *sub lite* y, consecuentemente sea posible determinar cómo el significado del concepto incidirá en la estructuración del precedente.

ii) Estructura del precedente: En este punto, el objeto lo constituye la finalidad de estabilizar o reducir las fluctuaciones sobre el significado del concepto, garantizando la seguridad jurídica a través de la gestión del riesgo en la interpretación del mismo.

Se involucran las subcategorías de *unidad de la decisión*, *lógica pragmática*, *connotación* y *denotación*, las cuales facilitan el reconocimiento por caracteres identitarios de las razones jurídicas de las salas de decisión. Aquí, los límites del precedente tienden a la fijación del alcance del tema desde el concepto jurídico *lato sensu* hasta la apreciación *in concreto* del juez contencioso-administrativo de modo que las posturas jurídicas y sus elementos de soporte se concreten en elementos estructurales claros que no den lugar a variaciones injustificadas, arbitrarias o coyunturales de la jurisprudencia.

Bajo ésta categoría es preciso establecer cuatro situaciones: Si es preciso cesar la continua creación jurisprudencial sobre el mismo tema, es decir, si existen argumentos generalmente aceptados y generalizados en punto de determinada discusión jurídica (unidad de las decisiones) o; si el contenido probatorio del caso concreto puede modificar la razón de la decisión, de suerte que el fallo tendrá elementos técnico-probatorios con incidencia excepcional sobre la materia discutida (lógica pragmática) o; si los elementos conceptuales del problema jurídico pueden permanecer en cierta forma *pétreos*, delimitando el alcance del concepto (connotación) o; si como última medida eventuales decisiones futuras contemplan la existencia de elementos adicionales o restrictivos pese a que el contenido del problema jurídico se asemeje a uno previamente resuelto de suerte

que se fije el alcance de los conceptos desarrollados hacia futuras decisiones, esto es, reconociendo ejemplos y adhiriendo la situación a la forma jurídica predeterminedada o, dicho de otro modo, estableciendo a qué situaciones le es aplicable dicho precedente.

Al igual que como aconteció con las subordinadas de la categoría *Definición del concepto jurídico*, los subcriterios enunciados operan de forma excluyente entre sí.

iii) Función de la decisión: Finalmente, la última casilla denominada función de la decisión se proyecta según el *telos* de la situación, es decir, qué se pretende con la decisión judicial a través de las funciones de *asentamiento* o *previsión*, igualmente antitéticas.

En lo que corresponde a la primera de éstas (asentamiento), su finalidad consiste en elaborar un contenido judicial pleno y preciso que le permita a la sala de decisión fijar una posición sobre determinada cuestión jurídica, situación que permitirá fijar al interior de otras entidades del Estado criterios para demarcar sus actuaciones y les permitan actuar de manera previsiva frente a eventos constitutivos de riesgo presupuestal contingente derivado de condenas en sede contencioso-administrativa. De igual manera, éste evento le permite al ciudadano comprender con cierto asomo de claridad, bajo qué supuestos es posible invocar la extensión de efectos de las sentencias de las jurisdicción contencioso-administrativa ante las autoridades. De suerte que tanto para los poderes públicos como para los particulares sea inteligible el contenido y efectos del precedente.

En segundo lugar, en lo que respecta a la función de previsión, ésta tiene lugar en el esclarecimiento o anticipación a eventualidades no previstas o no falladas con anterioridad. Con ello, las expectativas normativas consiguen una protección desde las propias sentencias a partir de efectos generales bajo pautas pre-examinadas por la jurisdicción contencioso-administrativa, de modo que el mecanismo de extensión jurisprudencial actúe como una forma de verificación de los presupuestos en que determinado derecho reclamado ha de ser reconocido.

En el tercer capítulo, la metodología diseñada se aplicó a una situación jurídica concreta con el fin de determinar la falseabilidad de la hipótesis planteada. Encontrándose que, frente al tema seleccionado (privación injusta de la libertad), los elementos conceptuales y estructurales de la diseño metodológico satisficieron los requisitos de comprobación a través de cada una de las subcategorías integrantes de los criterios de unificación jurisprudencial, estableciéndose la funcionalidad de la estructura propuesta.

Por último, es preciso anotar que, como se señaló en líneas precedentes, el modelo-propuesta de unificación jurisprudencial materia de ésta investigación, no puede considerarse como una herramienta cerrada frente a la praxis judicial; por el contrario, pretende realizar un aporte académico encaminado a la solución de un problema de la sociedad colombiana.

BIBLIOGRAFÍA

Andrés Ibáñez, P. (2005). Garantismo: Una teoría crítica de la jurisdicción. En M. C. Salazar, *Garantismo*. Madrid: Trotta.

Austin, J. (2002). *El objeto de la jurisprudencia*. (J. De Páramo Argüelles, Trad.) Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Becerra Hernández, A. (2011). La jurisprudencia en el Nuevo Código. En Consejo de Estado, *Seminario Internacional de presentación del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso-Administrativo*. Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia.

Beck, U. (1998). *¿Qué es la Globalización?* (1 ed.). (B. Moreno Carrillo, & M. Borrás Borrás, Trads.) Barcelona: Paidós.

Beck, U. (2002). *La sociedad del riesgo global*. (J. Alborés Rey, Trad.) Madrid: Siglo veintiuno de España editores.

Botero Angulo, J. (9 de mayo de 2014). *Extravíos del NeoConstitucionalismo*. Recuperado el junio de 2014, de Fasecolda: <http://www.fasecolda.com/files/6613/9991/2373/memoriaJHBOTEROcds2w.pdf>

Comanducci, P. (2007). Modelos e interpretación de la Constitución. En M. Carbonell, *Teoría del Neoconstitucionalismo* (M. Ferrer Muñoz, Trad.). Madrid: Trotta.

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. (2014). *Las sentencias de unificación y el mecanismo de extensión de jurisprudencia*. Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia.

Ferrajoli, L. (2008). *Democracia y Garantismo*. (M. Carbonell, Ed., P. Andrés Ibáñez, C. Courtis, G. Pisarello, & M. Carbonell, Trads.) Madrid: Trotta.

Foucault, M. (2010). *Las palabras y las cosas*. (E. C. Frost, Trad.) México, D.F.: Siglo xxi Editores, s.a. de c.v.

Gadamer, H.-G. (2007a). *El problema de la conciencia histórica*. (A. D. Moratalla, Trad.) Madrid: Tecnos.

Gadamer, H.-G. (2007b). *Verdad y Método I*. (A. Agud Aparicio, & R. De Agapito, Trads.) Salamanca: Sígueme.

Gadamer, H.-G. (2007c). *Verdad y Método II*. (A. Agud Aparicio, & R. De Agapito, Trads.) Salamanca: Sígueme.

Gascón Abellán, M. (2005). La Teoría General del Garantismo: Rasgos principales. En M. Carbonell, & P. Salazar, *Garantismo: Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid: Trotta.

Giraldo, A. L. (1993). *Argumentos y falacias*. Santiago de Cali: Universidad del Valle Facultad de humanidades colección textos académicos.

González Ballar, R., & Hines Céspedes, C. (2006). *Reflexiones para el Recurso de Casación en el proceso contencioso administrativo*. San José: Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Guastini, R. (2007). Sobre el concepto de Constitución. En M. Carbonell, *Teoría del Neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta.

Hart, H. L. (1998). *El concepto de derecho*. (G. R. Carrió, Trad.) Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Herrera Mercado, H. (2013). Reflexiones sobre el desarrollo de los mecanismos alternativos de solución de controversias. En CEJ, *Aproximación a la historia de una década de transformaciones en la justicia colombiana*. Bogotá: Corporación Excelencia en la Justicia.

Hoyos Duque, R. (2006). Responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad. *Prolegómenos: Derechos y valores*, IX (17).

Kelsen, H. (1998). *Teoría Pura del Derecho* (10 ed.). (R. Vernengo, Trad.) México D.F.: Porrúa.

López Medina, D. E. (2009). ¿Por qué hablar de una "Teoría impura del derecho" para América Latina? En D. Bonilla Maldonado, *Teoría del Derecho y trasplantes jurídicos*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores - Universidad de Los Andes.

Luhmann, N. (2005). *El derecho de la sociedad*. (c. I. Javier Torres Nafarrete, Trad.) México: Herder.

Luhmann, N. (2005a). *El derecho de la sociedad*. (J. Torres Navarrete, Trad.) México: Herder.

Luhmann, N. (2005b). *Organización y decisión. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo*. (D. R. Mansilla, Trad.) Barcelona: Anthropos.

Luhmann, N. (2005c). *Poder*. (d. I. Lúz Mónica Talboth, Trad.) Barcelona: Anthropos.

Manassero, M. d. (2001). *De la argumentación al derecho razonable, un estudio sobre Chaïm Perelman*. Navarra: Ediciones Universidad de Navarra, S.A.

Moreno Durán, Á., & Ramírez, J. (2011). *Sociología del campo jurídico en Colombia*. Bogotá: Universidad Santo Tomás.

Morin, E. (2007). *Introducción al pensamiento complejo*. (M. Pakman, Trad.) Barcelona: Gedisa .

Popper, K. R. (2002). *Búsqueda sin término*. (C. G. Trevijano, Trad.) Madrid: Tecnos.

Posner, R. A. (2011). *Análisis económico del derecho*. (C. M. Ravina, Trad.) Bogotá: Siglo del hombre editores.

Rojas Betancourth, D. (2012). Extensión de las sentencias de unificación de la Jurisprudencia. En Consejo de Estado, *Instituciones del Derecho Administrativo en el nuevo Código: Una mirada a la luz de la Ley 1437 de 2011*. Bogotá.

Ross, A. (2007). *Teoría de las fuentes del derecho (una contribución a la teoría del derecho positivo sobre la base de investigaciones histórico-dogmáticas)*. (A. D. José Luis Muñoz De Baena Simón, Trad.) Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales.

Ruiz López, M. Á. (2012). Consideraciones generales sobre el recurso de casación en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo: Especial referencia a la fase de admisión. *Foro, Nueva Época*, 15, 249-260.

Salguero, M. (2002). *Argumentación jurídica por analogía*. Barcelona: Marcial Pons, ediciones jurídicas y sociales s.a.

Santofimio Gamboa, J. (2010). *La fuerza de los precedentes administrativos en el sistema jurídico del Derecho positivo colombiano*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Sartori, G. (2010). *La Política* (3 ed.). (M. Lara, Trad.) México D.F: Fondo de Cultura Económica.

Stiglitz, J. (2004). *El maestar en la globalización*. (C. Rodríguez Braun, Trad.) Bogotá: Taurus.

Teubner, G. (2005). *El derecho como sistema autopoietico de la sociedad global*. (C. Gómez-Jara Díez, Ed.) Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Torres Calderón, L. (2002). Reflexiones sobre la congestión judicial en la jurisdicción contenciosa administrativa colombiana. *Revista de Derecho Público* (14).

Providencias judiciales

Exp. 7058 (Consejo de Estado de Colombia 1 de octubre de 1992).

Exp. 9734 (Consejo de Estado de Colombia 30 de junio de 1994a).

Exp. 8666 (Consejo de Estado de Colombia 25 de julio de 1994b).

Exp. 9391 (Consejo de Estado de Colombia 15 de septiembre de 1994c).

Exp. 10056 (Consejo de Estado de Colombia 17 de noviembre de 1995).

Exp. 10299 (Consejo de Estado de Colombia 12 de diciembre de 1996).

Exp. 11754 (Consejo de Estado de Colombia 18 de septiembre de 1997).

Exp. 13606 (Consejo de Estado de Colombia 4 de abril de 2002).

Exp. 14530 y 14698 (Consejo de Estado de Colombia 27 de noviembre de 2003).

Exp. 15348 (Consejo de Estado de Colombia 28 de abril de 2005).

Exp. 15536 (Consejo de Estado de Colombia 1 de marzo de 2006a).

Exp. 15138 (Consejo de Estado de Colombia 1 de marzo de 2006b).

Exp. 13168 (Consejo de Estado de Colombia 4 de diciembre de 2006c).

Exp. 15463 (Consejo de Estado de Colombia 2 de mayo de 2007).

Exp. 34985 (Consejo de Estado de Colombia 9 de septiembre de 2008).

Exp. 15980 (Consejo de Estado de Colombia 15 de febrero de 2008a).

Exp. 17174 (Consejo de Estado de Colombia 16 de julio de 2008b).

Exp. 19312 (Consejo de Estado de Colombia 9 de junio de 2010).

Exp. 21653 (Consejo de Estado de Colombia 6 de abril de 2011a).

Exp. 26679 (Consejo de Estado de Colombia 13 de abril de 2011b).

Exp. 20569, Consejo de Estado de Colombia (12 de mayo de 2011c).

Sentencia C-037 (Corte Constitucional de Colombia 5 de febrero de 1996).

Sentencia No. 00031 (Corte Suprema de Justicia de Costa Rica - Sala Primera 20 de mayo de 1994).

STC 37/2012 (Tribunal Constitucional Español 19 de marzo de 2012).

STS 309/2004 (Tribunal Supremo Español - Sala de lo Contencioso Administrativo 26 de enero de 2004).

STS 7222/2005 (Tribunal Supremo Español - Sala de lo Contencioso Administrativo 13 de diciembre de 2005).