

Iter Ad Veritatem

8



Facultad de
Derecho



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA
T U N J A

Experiencia y Calidad



Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas
Universidad Santo Tomás - Seccional Tunja

CATEGORÍA **A**
COLCIENCIAS

Iter Ad Veritatem	Tunja Colombia	N° 8	pp. 01 - 310	Anual	2010	ISSN: 1909-9843
-------------------	-------------------	------	--------------	-------	------	-----------------

**UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
SECCIONAL TUNJA
FACULTAD DE DERECHO**

**REVISTA DE DERECHO
ITER AD VERITATEM
N° 8**

Tunja, 2010

Iter Ad Veritatem	Tunja, Colombia	N° 8	pp. 1-310	Enero Diciembre	2010	ISSN:1909-9843
----------------------	--------------------	------	-----------	--------------------	------	----------------

ENTIDAD EDITORA

Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja

DIRECTOR

Ph. D. Ciro Nolberto Güechá Medina

EDITOR

Mg. Diego Mauricio Higuera Jiménez

NÚMERO DE LA REVISTA

Ocho (8)

Resultado de los trabajos de 2010

Periodicidad

Anual

ISSN

1909-9843

Dirección postal

Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas.
Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja.
Calle 19 # 11-64. Tunja, Boyacá, Colombia.

Teléfono

(8) 7440404 Ext. 1024

Correo electrónico

revistaderecho@ustatunja.edu.co

dhiguera@ustatunja.edu.co

Diseñador Portada: Santiago Suárez Varela

Corrección de Estilo: Mg. Eyder Bolívar Mojica.

Revisión inglés: Sara Lorena Alba Palacios, Mónica Paola Silva

Tovar y Diego Alejandro López Laitón

Monitora Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas.

Paola Torres, Semillero de Investigación en Derecho

Administrativo

Estudiantes participantes: Sara Lorena Alba Palacios, Mónica

Paola Silva Tovar y Diego Alejandro López Laitón

Monitores Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas.

Anotación: El contenido de los Artículos es responsabilidad exclusiva de sus autores. Todos los derechos reservados, la reproducción total o parcial debe hacerse citando la fuente. Hecho el depósito legal.

DIRECTIVAS INSTITUCIÓN

Fray Luis Alberto Orozco Arcila, O.P.
Rector Seccional

Fray Tiberio Polanía Ramírez, O.P.
Vicerrector Académico

Fray Carlos Arturo Díaz Rodríguez, O.P.
Vicerrector Administrativo y Financiero

Fray Luis Antonio Alfonso Vargas, O.P.
Decano de División Facultad de Derecho

DIRECTOR

Ph. D. Ciro Norberto Güecha Medina
Decano de Facultad

EDITOR

Mg. Diego Mauricio Higuera Jiménez
Director Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas

COMITÉ CIENTÍFICO

Ph.D. Pierre Subra de Bieusses
Universidad París X, Francia

Ph.D. Pablo Guadarrama
Universidad Central de las Villas, Cuba

Ph.D. Carlos Mario Molina Betancur
Universidad Santo Tomás, Colombia

Ph.D. Natalia Barbero
Universidad de Estudios a Distancia, España.
Universidad de Sevilla, España.

COMITÉ EDITORIAL SECCIONAL.

Fray Tiberio Polanía Ramírez, O.P.
Vicerrector Académico.

Mg. Galo Christian Numpaque Acosta.
Director Centro de Investigaciones.

Mg. Andrea Sotelo Carreño.
Directora Departamento de Comunicaciones y Mercadeo.

COMITÉ EDITORIAL PUBLICACIONES DE LA FACULTAD.

Ph.D. Ana Yazmín Torres Torres
Universidad Carlos III, España.

Ph.D. Yolanda M. Guerra García
Madison University, Estados Unidos.

C. Ph.D. Gloria Yaneth Vélez Pérez
Universidad de Antioquia, Colombia.

C. Ph.D. Juan Ángel Serrano Escalera
Universidad Carlos III, España.

CORRECTORES DE ESTILO

Mg. Eyder Bolívar Mojica
Investigador en Derechos Humanos.

Mg. Andrea Sotelo C.

PARES ACADÉMICOS

Ph. D. (c) Fabio Iván Rey Navas

Abogado, profesor investigador en Derecho Penal, Procesal Penal y Criminología del Grupo de Investigaciones Socio-jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja. En curso de doctorado del programa de estudio de tercer ciclo “Problemas actuales del derecho penal”, de la Universidad de Salamanca. Correo electrónico: abogadorey@gmail.com

Mg. Eyder Bolívar Mojica

Abogado, docente Investigador de la USTA- Tunja, Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas, miembro del grupo de investigaciones Socio-Jurídicas de la Universidad Santo Tomás Seccional Tunja. Mg. en Derechos Humanos UNLP, Mg. (c) en Relaciones Internacionales UNLP, Esp. en Derecho Penal UBA. bolivarabogados@yahoo.com.ar.

Mg. (c) Miguel Andrés López Martínez

Abogado de la Universidad Santo Tomás. Mg. (c) en Derecho Administrativo, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Bogotá; Docente Investigador del Centro de Investigaciones Socio – jurídicas de la Facultad de Derecho, de la Universidad Santo Tomás de Tunja. Correo de contacto: maloma11@hotmail.com.

Mg. (c) Héctor Julio Prieto Cely

Abogado Universidad Externado de Colombia, Especialista en Derecho Procesal de la Universidad Nuestra Señora del Rosario; Especialista Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia; Magister (c) en responsabilidad de la Universidad Externado de Colombia; Docente Investigador del Grupo de Investigaciones Jurídicas y Socio-Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja.

Esp. Rubén Darío Serna Salazar

Abogado de la Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja; especialista en Derecho Tributario de la Universidad del Rosario. Abogado Asesor de la Asociación de Consumidores de Manizales y Caldas; Presidente de la Liga de consumidores de Tunja; Docente de pregrado USTA Villavicencio y Tunja, y Asesor de Consultorio Jurídico.

CONTENIDO

EDITORIAL	13
PRESENTACIÓN	15
SECCIÓN I. ARTÍCULOS DE PRODUCCIÓN INSTITUCIONAL	17
Consideraciones dinámicas del arbitraje en los contratos concluidos por la administración pública	19
Edwin Hernando Alonso Niño	
Responsabilidad del estado por operación de guerra u operación militar	37
Ariana Alexandra Gutiérrez Garzón Lizzete Andrea Sánchez Bernal	
La pena y su rebaja en el bicentenario de la independencia de Colombia	59
Lina Marcela Martínez Sarmiento María Antonia Perilla Cárdenas	
Graduación de responsabilidad disciplinaria frente a los servidores públicos ..	75
Diego Alejandro López Laitón Mario Alfonso Villate Barrera	
La obligatoriedad del precedente jurisprudencial a la luz de la ley 1437 de 2011, teniendo como derrotero el concepto de uniformidad normativa y jurisprudencial	89
Nubia Lorena Daza López	
SECCIÓN II. FUNDAMENTALIZACIÓN DEL DERECHO	105
El “espíritu” del pueblo colombiano en la configuración de las instituciones de derecho civil: Propiedad	107
Nonny Carolina Benavides Martín Nayibet Isabel Acosta Roa	
El espíritu del pueblo colombiano en el trasfondo histórico de la pena	119
Nayibet Isabel Acosta Roa	

Iter Ad Veritatem	Tunja, Colombia	Nº 8	pp. 1-310	Enero Diciembre	2010	ISSN:1909-9843
----------------------	--------------------	------	-----------	--------------------	------	----------------

Ley 1258, ¿un retroceso en las garantías laborales?	129
Edison Fernando Vargas Nieto	
Protección jurídica del bien jurídico de la seguridad vial en Colombia, análisis del proyecto de ley 110 del senado	147
Luis Ricardo Carreño Garzón	
La inteligencia estatal en Colombia: su aplicación e implicaciones frente al derecho a la intimidad y libertad personal	157
Adriana Astrid Sierra Pinilla	
La violación del principio de progresividad en derecho laboral	173
Ángela Mercedes Cárdenas Amaya	
La dogmática del bloque de constitucionalidad en Colombia	191
Martha Angélica Salinas	
La racionalidad como exigencia hermenéutica en la actividad del juez constitucional	205
Ángela Marcela Robayo Gil	
Prohibición del Tabaco: La Sentencia C-639 De 2010, proporcionalidad y ponderación	225
Fernando Tovar Uricoechea	
SECCIÓN III. TEMÁTICAS INTERNACIONALES, EXTRANJERAS O COMPARADAS	243
La configuración de la manifestación de la voluntad en la formación del contrato electrónico	245
Sara Lorena Alba Palacios	
El derecho a la vida y su acepción como derecho fundamental, un análisis frente a la paradoja entre el aborto y la eutanasia	267
Edwin Hernando Alonso Niño	
El desarrollo del núcleo esencial del derecho a la educación en el marco de las políticas públicas colombianas	277
Elizabeth Vargas Salcedo Genny Paola Espitia Raba	
Responsabilidad del perito contable en la entrega de la prueba pericial en el proceso judicial colombiano	289
Martha Liliana Hurtado Pedraza	

EDITORIAL

Iter Ad Veritatem es una publicación académica destinada para la divulgación de los resultados de investigación de nuestros estudiantes, nuestro orgullo, esta cantera donde se forjan los héroes del futuro y del presente, donde se fortalecen mentes y espíritus, marca claramente nuestra vocación como institución humanista, y en donde se espera formar a quienes luchen por la justicia del mañana.

Sentencia en uno de sus memorables escritos el genio literato ruso León Tolstoi¹ que todas las luchas políticas por las diversas formas de gobierno son simplemente, como áridos campos donde se vierte sangre de compatriotas y de los cuales no se puede esperar ningún fruto. Nuestras organizaciones, Gobiernos, Estados, Instituciones, son simplemente la disposición de la leña para la hoguera, la cual, no importa como se organice, nunca podrá arder mientras esté verde, en cambio, la madera seca arde sin importar como se le coloque.

¿Qué hace el tránsito de verde a seca en esta leña?, la madurez claro está, pero madurez no es perder la alegría o las ganas de jugar, sino lograr el desarrollo integral como persona de mente abierta y un espíritu firme, ser maduro en el espíritu significa ser un ciudadano ético. Y por lo tanto, la única educación consiste en formar en y para la ética.

Ética que si solo es moralidad, se traduciría en impotencia, pero si solo se tiene la fuerza y la sabiduría se convertiría en un monstruo ilustrado. Por eso como humanistas y educadores creemos en la formación integral de nuestros estudiantes para que simultáneamente y sin priorizar alguna, se forje en su espíritu la luz y la templanza, sinónimos de moral y sabiduría, las cuales vencen en términos de Santo Tomás, la doble oscuridad en que hemos nacido, el pecado y la ignorancia.

El editor.

Diego Mauricio Higuera Jiménez
Director del Centro de Investigaciones Socio-jurídicas
Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja

1 León Tolstoi, Obras completas. Editor Carbonell y Esteva, 1905

PRESENTACIÓN

Dentro de la panorámica investigativa de la Teoría del Derecho se encuentran múltiples estudios en busca de la permanente visualización del dinamismo de las ideas filosóficas del Derecho, que conforman los elementos esenciales de los derechos fundamentales, de los derechos humanos y de los mecanismos de protección conforme a la validez jurídica, la moralidad y la persecución de la eficacia de los derechos que protege, al priorizar el derecho sustantivo frente al derecho procesal y el procedimental.

Por lo tanto, la Revista *Iter Ad Veritatem* N° 8 ha querido enfatizar en la sección Segunda con la “Fundamentación del Derecho” en sus distintas ramas como civil, penal, laboral y constitucional; al analizar históricamente la institución jurídica de la propiedad y el trasfondo de la pena en Colombia; la realidad actual de las garantías laborales, la seguridad vial, la responsabilidad compartida entre el autor y la víctima en la comisión del delito, el derecho a la intimidad y libertad personal frente a la inteligencia estatal Colombiana, entre otros.

De igual forma, se plasman artículos producto de los diferentes proyectos y semilleros de investigación que hacen parte del Grupo de Investigaciones Jurídicas y Socio jurídicas de la Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja, componiendo una muestra de la producción institucional y el potencial humano con el que cuenta nuestra comunidad académica. El derecho permite observar la realidad desde diferentes aristas, bajo las cuales se discierne y se enfoca en temas de derecho público, penal y constitucional, sobre los cuales centra su atención la producción intelectual de nuestros estudiantes: los contratos por la administración pública, las operaciones de guerra u operaciones militares, la rebaja de penas por el bicentenario y otras fechas que han sido memorables para Colombia, la responsabilidad disciplinaria de los servidores públicos y el precedente jurisprudencial, conforman la sección primera denominada “Artículos de producción institucional”.

Por otro lado, se ha dispuesto una tercera sección que hace alusión a “Temáticas internacionales, extranjeras o comparadas”, teniendo en cuenta la importancia de las telecomunicaciones en el derecho, la evolución del mismo en otros países y su aporte al ordenamiento jurídico colombiano, teniendo en cuenta la trascendencia del derecho en la realidad social; dentro de los temas que son abordados, encontramos el contrato electrónico, el aborto y la eutanasia, el núcleo esencial del derecho a la educación en Colombia, y la responsabilidad del perito contable en la prueba pericial dentro del proceso judicial colombiano.

Asimismo, se espera que esta publicación sea de agrado y cumpla con las exigencias académicas del derecho y del lector, aportando un grano de arena a incentivar la generación de espacios de reflexión, en materia jurídica y demás áreas afines, entendiendo la investigación como convicción y legado de Santo Tomás de Aquino, en buscar cada día ser “Facientes Veritatem” (hacedores de la verdad).

Sara Lorena Alba Palacios

Monitora Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas

**SECCIÓN I:
ARTÍCULOS DE PRODUCCIÓN INSTITUCIONAL.**

LA OBLIGATORIEDAD DEL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL A LA LUZ DE LA LEY 1437 DE 2011, TENIENDO COMO DERROTERO EL CONCEPTO DE UNIFORMIDAD NORMATIVA Y JURISPRUDENCIAL

Nubia Lorena Daza López*

RESUMEN**

La jurisprudencia como fuente del derecho se ha consagrado en el artículo 230 de la Constitución Política de Colombia de 1991. Bajo este articulado se ha desarrollado el sistema del precedente jurisprudencial en el ordenamiento jurídico colombiano. Como protagonista del sistema de coherencia jurisprudencial y pionera del sistema de precedentes se ha presentado la Corte Constitucional Colombiana. La labor de la Corte Constitucional por tener un sistema jurídico coherente se materializó con la expedición del Nuevo código contencioso administrativo (Ley 1437 de 2011), puesto que contempla en el artículo 10 la uniformidad normativa y jurisprudencial y en el artículo 102 la extensión de la jurisprudencia, dándole cumplimiento a los principios de la seguridad jurídica, la igualdad, la buena fe o la confianza legítima.

* *Estudiante de X semestre de Derecho. 2010. Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja.
Correo electrónico: lorena.dl@hotmail.com*

** *Artículo de Investigación vinculado al Semillero en Derecho Administrativo y responsabilidad del Estado, adscrito a la línea de investigación en Derecho Administrativo y Responsabilidad Estatal. Centro de Investigaciones Jurídicas y Socio-jurídicas de la Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja.*

“La obligatoriedad del precedente jurisprudencial a la luz de la ley 1437 de 2011, teniendo como derrotero el concepto de uniformidad normativa y jurisprudencial”

PALABRAS CLAVE

Jurisprudencia, uniformidad normativa y jurisprudencial, extensión de la jurisprudencia a terceros, consejo de estado colombiano.

aBSTRACT

The jurisprudence like source of the right has devoted itself in the article 230 of the Political Constitution of Colombia of 1991. Under articulated this one there has developed the system of the jurisprudential precedent in the juridical Colombian classification. As protagonist of the system of jurisprudential coherence and pioneer of the precedents' system one has presented the Constitutional Colombian Court.

The labor of the Constitutional Court for having a juridical coherent system I materialize with the expedition of the New contentious administrative code (Law 1437 of 2011), since in his articulated one there contemplates the article 10 the normative and jurisprudential uniformity and in the article 102 the extension of the jurisprudence, giving him fulfillment to the beginning of the juridical safety, the equality, her good faith or the legitimate confidence.

KEY WORDS:

Jurisprudence, normative and jurisprudential Uniformity, Extension of the Jurisprudence to third parties, Colombian State council

SUMARIO

Introducción. Formulación del problema. Justificación. Objetivos. General. Específicos. Metodología. Marco teórico. Noción de jurisprudencia. I. Uniformidad normativa y jurisprudencial, un reconocimiento legal al precedente. II. Aplicación de la extensión de la jurisprudencia en el nuevo código contencioso administrativo. III. Conclusiones. IV. Referencias bibliográficas.

INTRODUCCIÓN

El ordenamiento jurídico colombiano, contempla como fuentes del derecho la ley, la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina; aunque la ley es criterio vinculante por imposición de la Constitución Política de Colombia, y los restantes se consideran como criterios auxiliares¹, en el desarrollo del artículo 230 de la Constitución Política de Colombia de 1991, se han contrapuesto posiciones por determinar la importancia de la jurisprudencia y el criterio que debía adoptarse cuando los jueces fuesen a dictar sentencia.

Sin embargo, antes de continuar se hace necesario dar un concepto de jurisprudencia y la importancia de esta fuente de derecho en el ordenamiento jurídico.

La jurisprudencia en palabras de la Corte Suprema de Justicia ha sido definida como:

“el resultado de la ponderación detenida y profunda de las diversas tesis expuestas sobre los puntos de derecho discutidos por los litigantes, analizados por doctrinantes y estudiados por los jueces en las instancias; de tal suerte que las decisiones doctrinales referidas están

1 Constitución Política de Colombia 1991, artículo 230.

soportadas en la experiencia, el conocimiento de los diversos planteamientos esgrimidos en el desarrollo de los debates judiciales y aún en la actividad académica, de manera que sus juicios, así debe entenderse, son los que aclaran o definen con acierto las imprecisiones de la ley o suplen debidamente los vacíos que ésta revela. (Carlos Isaac Nader Corte Suprema de Justicia. Enero 23 del 2003 Expediente 1870).²

“La importancia de la jurisprudencia no es sólo en la relación individual de un caso específico, que encontramos como una gaveta igual a nuestro escritorio, o un papel igual al de nuestro expediente, sino como reveladora de la situación futura, que en la medida que por diferentes razones son conformadas, se determinan consolidadas.

La importancia de la jurisprudencia reside sobre todo además de la certidumbre futura en la “capacidad judicial” de darle salidas a situaciones grises³ es la jurisprudencia la que viene a dar cumplimiento con tres principios esenciales del Estado Social de Derecho, igualdad, seguridad jurídica y confianza legítima.

Ante tal importancia la jurisprudencia a nivel mundial ha sido desarrollada desde dos sistemas; el sistema de derecho inglés y el sistema de derecho continental. Ha sido el sistema de derecho continental el que se ha basado en el derecho escrito, teniendo su división en el derecho sustantivo y en el derecho procesal.⁴

El desarrollo de la jurisprudencia, tiene como finalidad la interpretación de la norma, norma que se aprecia en una

frase y que de esta forma se evidencia en el articulado de las leyes. Las frases de los articulados no contemplan todas las ideas y en ocasiones presentan una ambigüedad en el estudio del mismo. (Cáceres, 2011)⁵

Las normas generales no tienen capacidad de englobar lo necesario para especificar su posible interpretación, y es allí donde se pueden presentar contradicciones o posibles vacíos, es por ello que se ha dado el estudio de la teoría jurídica.

La Corte Constitucional Colombiana, ha sido pionera en el estudio de la teoría jurídica. Esta corporación se ha encargado de invitar a las altas cortes a convertir su jurisprudencia en obligatoria;⁶ A pesar del protagonismo dado por la Corte Constitucional, hoy encontramos en boga el tema de la obligatoriedad de los precedentes en cabeza del órgano de cierre de la jurisdicción contenciosa administrativa en el cual se ha evidenciado, predominantemente dos problemas el primero referente a los vacíos o lagunas jurídicas; y el segundo las contradicciones entre las diferentes subsecciones o secciones del Consejo de Estado; y que ahora con la entrada en vigencia del nuevo Código contencioso administrativo, se hace necesario un estudio de la obligatoriedad del precedente judicial en esta corporación.

Ante la problemática de los vacíos y contradicciones de la norma general, se recurre a la cultura jurídica, donde ha sido el Consejo de Estado colombiano el que desde sus albores ha consagrado

2 Tomado del artículo del Dr. **PILONIETA PINILLA, E.** *Obligatoriedad del precedente jurisprudencial en el sistema jurídico colombiano.* Academia Colombiana de Jurisprudencia. 2007 .

3 **HERRERA CARBUCCIA, Manuel Ramón.** *IMPORTANCIA DE LA UNIDAD DE LA JURISPRUDENCIA LABORAL, ANÁLISIS Y DISCUSIÓN.* Gaceta Laboral, ene. 2006, vol.12, no.1, pp.123-143. ISSN 1315-8597

4 **CÁCERES CORRALES, Pablo Julio.** *EXTENSIÓN DE LA JURISPRUDENCIA EN LA CONCEPCIÓN DEL NUEVO CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.* Conferencia del 04 de abril de 2011 en el IV Congreso Boyacense de Derecho Procesal.

5 *Ibíd.*,

6 **López Medina, D. E.** (2008, Marzo). *El Derecho de los Jueces. Segunda Edición, Bogotá: Universidad de Los Andes. Legis. Capítulo IV.*

“La obligatoriedad del precedente jurisprudencial a la luz de la ley 1437 de 2011, teniendo como derrotero el concepto de uniformidad normativa y jurisprudencial”

los recursos de súplica y de anulación y en los años noventa el mecanismo de la eventual revisión, recursos que tuvieron como objetivo “unificar la jurisprudencia para, en consecuencia, lograr la aplicación de la ley en condiciones iguales frente a la misma situación fáctica y jurídica” (Consejo de Estado, Proyecto; artículo 265).⁷

En el derecho contemporáneo colombiano con la promulgación de la ley 1437 de 2011, (nuevo Código contencioso administrativo) consagra novedades jurídicas como lo son, el deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia, y la extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado a terceros por parte de las autoridades. Novedades consagradas en los artículos 10 y 102 respectivamente de la ley 1437 de 2011.

Son estas novedades las que vienen a fortalecer los principios de seguridad jurídica, igualdad y confianza legítima, al aspirarse por una uniformidad en la aplicación de las normas y jurisprudencia.

Sin embargo con la promulgación del nuevo Código contencioso administrativo se han despertado interrogantes como lo han sido la constitucionalidad de los artículos 10 y 102 de esta ley al estar en una aparente contradicción con el artículo 230 de la Constitución Política de 1991.

Es el objetivo general de este artículo, averiguar si es posible deducir la obligatoriedad del precedente jurisprudencial, a la luz de la ley 1437 de 2011, teniendo como derrotero el concepto de uniformidad normativa y jurisprudencial allí contenido a través del artículo 10, para establecer la aplicación de la figura de extensión de la jurisprudencia (Art. 102)

FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

¿Es posible deducir la obligatoriedad del precedente jurisprudencial, a la luz de la ley 1437 de 2011, teniendo como derrotero el concepto de uniformidad normativa y jurisprudencial allí contenido a través del artículo 10, para establecer la aplicación de la figura de extensión de la jurisprudencia (Art. 102)?

JUSTIFICACIÓN

La entrada en vigencia del nuevo Código contencioso administrativo colombiano, produce una transición de largos años en el que ha estado en vigencia el decreto 01 de 1984, (actual Código contencioso administrativo), el cual trae cambios significativos en la jurisdicción contenciosa administrativa que amerita un estudio por parte de la academia jurídica colombiana.

Estudio de relevancia que se concentra en la obligatoriedad y extensión de la jurisprudencia. Interrogantes que se presentarán teniendo en cuenta la tensión dada desde la Corte Constitucional al estudiarse el criterio que debe adoptarse (obligatorio o vinculante) y que con la entrada en vigencia de la ley 1437 de 2011, pareciera resolverse con los pronunciamientos de la rama legislativa.

Hoy en día con la consagración expresa de la obligatoriedad de las decisiones por parte del Consejo de Estado, se han despertado decisiones divergentes por parte de la comunidad jurídica, al manifestarse que con la aplicación de la extensión de la jurisprudencia a terceros, se logra el cumplimiento de principios consagrados en la Constitución Política de Colombia desde 1991, aplicación que debe darse desde la audiencia de conciliación extrajudicial, para con ello lograr la descongestión judicial,

7 REPÚBLICA DE COLOMBIA, Consejo de Estado. “Proyecto de Ley No. 192 de 2009. Disponible en internet en la página web del Consejo de Estado”. en el siguiente vínculo: <http://190.24.134.67/pce/publicaciones/Proyecto%20de%20ley%20198%20de%202009%20Senado.doc>.

objetivo que se ha querido materializar desde la ley 23 de 1991.

Sin embargo, también se han presenciado posturas tales como la inconstitucionalidad del articulado al establecer la jurisprudencia como criterio vinculante y no estar conforme al artículo 230 de la Constitución Política de 1991, el cual establece la jurisprudencia como criterio auxiliar y no vinculante como se evidencia en la ley 1437 de 2011. A la par se argumenta que establecer la jurisprudencia como criterio vinculante, es un anquilosamiento del derecho y que es complejo por parte de aparato judicial la identificación de los casos para la aplicación en igualdad de condiciones de la jurisprudencia.

Ante tal divergencia se hace necesario, hacer un estudio detallado de la constitucionalidad de los artículos 10 y 102 de la ley 1437 de 2011, el cual servirá en la aplicación del nuevo régimen contencioso que entra en vigencia en el 02 de julio de 2012.

OBJETIVOS

GENERAL

Averiguar si es posible deducir la obligatoriedad del precedente jurisprudencial, a la luz de la ley 1437 de 2011, teniendo como derrotero el concepto de uniformidad normativa y jurisprudencial allí contenido a través del artículo 10, para establecer la aplicación de la figura de extensión de la jurisprudencia (Art. 102)

ESPECÍFICOS

- Determinar la eventual constitucionalidad del articulado de uniformidad normativa y jurisprudencial traída por la Ley 1437 de 2011 en el artículo 10.

- Analizar la figura de extensión de la jurisprudencia de la ley 1437 de 2011 a la luz de la Constitución Política de 1991.

METODOLOGÍA

El método de estudio de esta investigación es de tipo Analítico-conceptual. Desarrollando una metodología de análisis doctrinal de los precedentes obligatorios, de la unificación jurisprudencial así como el estudio de las posturas que han adoptado cada uno de los doctrinantes, tanto como la Corte Constitucional como el Consejo de Estado Colombiano en cuanto a la unificación Jurisprudencial.

En cuanto método analítico se desarrollará teniendo en cuenta los antecedentes de la unificación de la jurisprudencia y la aplicación de la nueva ley 1437 de 2011. Desarrollándose un artículo de los beneficios y contras que traerá esta figura en el ordenamiento jurídico colombiano.

MARCO TEÓRICO

NOCIÓN DE JURISPRUDENCIA

El papel de la jurisprudencia, se ha venido desarrollando desde el derecho romano, y se ha proyectado como una figura trascendental del derecho, Ulpiano definía la jurisprudencia como: "*Jurisprudentia est divinarum at que humanarum rerum notitia, justi at que injustis scientia*" (jurisprudencia es el conocimiento de las cosas divinas y humanas, la ciencia de lo justo y de lo injusto)⁸. Fue ese antiguo derecho romano, el que sirvió de base y soporte a los diferentes ordenamientos jurídicos en especial en Latinoamérica, Norteamérica y Europa. Ha sido desde allí, desde otros sistemas judiciales, que el ordenamiento jurídico colombiano se ha basado para el

⁸ Instituto de Investigaciones Jurisprudenciales y de Promoción y Difusión de la Ética Judicial, APUNTES DE JURISPRUDENCIA, Ciudad de México, 2008.

“La obligatoriedad del precedente jurisprudencial a la luz de la ley 1437 de 2011, teniendo como derrotero el concepto de uniformidad normativa y jurisprudencial”

desarrollo del sistema jurisprudencial. Sin embargo y a pesar de ello, jurisprudencia ha mantenido un concepto unánime en los diferentes ordenamientos jurídicos.

En el sistema anglosajón o “common-law” se ha establecido la doctrina del “*Stare decisis et quia non moveré*”, que significa, en traducción flexible, “estar a lo decidido y no perturbar lo ya establecido, lo que está quieto”. La idea general que subyace a la doctrina es la del respeto por las decisiones precedentes -o, simplemente, los “precedentes”-, es decir, decisiones tomadas previamente por otros tribunales que resolvieron un problema semejante. Sin embargo, la comprensión del sistema originado en Inglaterra requiere entender que *un solo precedente* constituye derecho y genera obligación.”⁹

Pero en Colombia, la Corte Suprema de Justicia, es la que ha hecho la tarea de definir la jurisprudencia en esta ocasión, la definió de la siguiente manera:

*“[es]el resultado de la ponderación detenida y profunda de las diversas tesis expuestas sobre los puntos de derecho discutidos por los litigantes, analizados por doctrinantes y estudiados por los jueces en las instancias; de tal suerte que las decisiones doctrinales referidas están soportadas en la experiencia, el conocimiento de los diversos planteamientos esgrimidos en el desarrollo de los debates judiciales y aún en la actividad académica, de manera que sus juicios, así debe entenderse, son los que aclaran o definen con acierto las imprecisiones de la ley o suplen debidamente los vacíos que ésta revela.”*¹⁰

En conclusión la jurisprudencia es una fuente de derecho, que tiene la facultad de ser integradora de las

decisiones proferidas por los tribunales que profieren sentencias en los cuales se dirimen conflictos presentados entre la sociedad y que ha tenido como tarea de responder al Estado social de derecho por dar cumplimiento al principio de igualdad, seguridad jurídica y principio de confianza legítima.

La jurisprudencia se predica en el ordenamiento jurídico colombiano de las corporaciones que administran justicia, teniendo en cuenta el precedente horizontal y vertical. En el caso del precedente vertical encontramos las altas cortes, como lo es la Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado. El precedente vertical ha sido definido por la Corte Constitucional en la reconocida sentencia C-836 de 2001 con magistrado ponente Rodrigo Escobar Gil, como aquella situación de los jueces inferiores respecto de lo decidido por los superiores funcionales dentro de su jurisdicción.

Dicho precedente ha sido el reconocido y menos vulnerado en la jurisdicción Constitucional teniendo en cuenta que en la sentencia anteriormente mencionada se hizo alusión a la obligatoriedad del mismo. En dicha sentencia se manifestaba que un precedente puede ser obligatorio para todos los jueces inferiores a la alta corte que lo sentó, y aceptarse que un juez inferior (i) después de hacer referencia expresa al precedente, y (ii) de resumir su esencia y razón de ser, (iii) se aparte de él exponiendo razones poderosas para justificar su decisión. En este sentido se dice que el precedente es formalmente obligatorio, pero no estrictamente obligatorio.

En el caso del precedente horizontal, nos remitimos a la sentencia de tutela T-049 de 2007, magistrado ponente Clara

9 LEGARRE, Santiago y RIVERA, Julio César. NATURALEZA Y DIMENSIONES DEL “STARE DECISIS”. *Rev. chil. derecho [online]*. 2006, vol.33, n.1 [citado 2011-04-25], pp. 109-124. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372006000100007&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-3437. doi: 10.4067/S0718-34372006000100007.

10 Colombia, Corte Suprema de Justicia, M.P. Carlos Isaac Nader, 23 de enero de 2003, exp. 1870.

Inés Vargas Hernández, en la cual se trató el precedente horizontal, un poco más a fondo por los derechos de los cuales se solicitaba el amparo, teniendo en cuenta que se desconocía un precedente horizontal que vulneraba el derecho a la igualdad y al debido proceso, en la mencionada sentencia, se definió el precedente horizontal como el “*deber de las autoridades judiciales de ser consistentes con las decisiones por ellas mismas adoptadas, de manera que casos con supuestos fácticos similares sean resueltos bajo las mismas fórmulas de juicio, a menos que expongan razones suficientes para decidir en sentido contrario*”.

Se consolidó el precedente horizontal como fuerza vinculante bajo cuatro argumentos que permitían la materialización de principios constitucionales, los cuales (i) en virtud del principio de igualdad en la aplicación de la Ley, que exige tratar de manera igual situaciones sustancialmente iguales; (ii) por razones de seguridad jurídica, ya que las decisiones judiciales deben ser “razonablemente previsibles”; (iii) en atención a los principios de buena fe y confianza legítima, que demandan respetar las expectativas generadas a la comunidad; y finalmente, (iv) por razones de “disciplina judicial”, en la medida en que es necesario un mínimo de coherencia en el sistema judicial.

Pero la sola consagración del precedente vertical y horizontal trajo consigo la herramienta de efectivización, como fue la acción de tutela, puesto que al vulnerar el debido proceso y el derecho a la igualdad se hace procedente que se impetre dicha acción para salvaguardar los derechos de los ciudadanos, igualmente se consagró que el desconocimiento del precedente bien sea vertical u horizontal constituye una causal autónoma que da lugar a la

tutela contra sentencias judiciales bajo el nuevo concepto de “*causales genéricas de procedibilidad*”. Dicha obligatoriedad del precedente se tienen entendida de la *ratio decidendi* de la sentencia ya sea del superior funcional o una institución de igual jerarquía. En esta ocasión la Corte Constitucional manifestó en la tutela ya mencionada T-049 de 2007, que el precedente judicial vinculante es aquel que se encuentra ligado a la razón central de la decisión anterior (*ratio decidendi*), la que a su vez surge de la relación íntima con los presupuestos fácticos relevantes de cada caso¹¹, las valoraciones a las que llegue el juez sobre el alcance de los hechos en un caso concreto y que sean idénticas a un nuevo asunto sometido a su conocimiento, deben ser observadas en la medida de que esos mismos supuestos fácticos sean determinantes para tomar la decisión

En el desarrollo de este artículo estudiaremos la obligatoriedad de la jurisprudencia en Consejo de Estado, teniendo en cuenta la entrada en vigencia del nuevo Código contencioso administrativo. (Ley 1437 de 2011).

I. UNIFORMIDAD NORMATIVA Y JURISPRUDENCIAL, UN RECONOCIMIENTO LEGAL AL PRECEDENTE

En el avance de este artículo de investigación nos corresponde el estudio de la consagración explícita de la uniformidad de la jurisprudencia y la normatividad, artículo que fue plasmado en la ley 1437 de 2011.

Es importante transcribir en este escrito dicho articulado, con el fin de ser leído y analizado en cada uno de sus incisos desde un punto de vista constitucional, teniendo en cuenta que en pocos meses la

11 “Bajo esta metodología es claro que la *ratio decidendi* es la expresión del argumento de analogía o disanalogía basado en la identificación de los hechos materiales, relevantes o claves del caso y en la desestimación de los hechos inmateriales, irrelevantes o secundarios del caso” López Medina, Diego. *El derecho de los jueces*. Pág. 121.

“La obligatoriedad del precedente jurisprudencial a la luz de la ley 1437 de 2011, teniendo como derrotero el concepto de uniformidad normativa y jurisprudencial”

Corte Constitucional hará mención a este tema, por la presentación de la acción de inconstitucionalidad contra el articulado objeto de estudio.¹²

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

Con la lectura del artículo anterior se presentan diferentes tópicos objeto de discusión, que se han venido presentando a lo largo de la historia jurídica colombiana, cuando en un hecho similar la Corte Constitucional en su sentir determinó como obligatorio su precedente constitucional.

Es menester hacer referencia a un asunto de gran debate, es el caso de las tesis que surgieron en el seno de la obligatoriedad del precedente constitucional. La primer postura que se adoptó, fue la no obligatoriedad del precedente constitucional, teniendo en cuenta el artículo 230 de la Constitución política de 1991, puesto que dicho artículo establece que:

ARTÍCULO 230. Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley.

La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial

Bajo este articulado se desarrollaron grandes jurisprudencias, entre ellas y

la postura de mayor reconocimiento es la sentencia C-083 de 1995 en la cual se manifestó que es obligatorio el precedente constitucional siempre y cuando estemos bajo una jurisprudencia integradora es decir que llene los vacíos legislativos, porque es allí donde entra el papel del intérprete de la Constitución política a hacer su tarea, a integrar los vacíos que han sido dejados por el legislador a la luz de los principios y valores rectores del ordenamiento jurídico colombiano. Pero no será de obligatorio cumplimiento si la jurisprudencia es meramente interpretativa, ya que se pone en práctica el artículo 230, la jurisprudencia será única y simplemente un criterio auxiliar.

A la mano de esta tesis se presentan dos temas importantes, el primero de ellas determinar que parte de la sentencia proferida por los organismos de cierre se convierte en obligatoria, caso en el cual se estableció que el *decisium* y la *ratio decidendi* serían los apartes de la sentencia que debían ser seguidos por las autoridades y administradores de justicia que tuvieran dentro de sus funciones la labor de dar aplicación a lo establecido.

El segundo de ellos bajo qué objetivos, se convertían en obligatorias, en este caso en la sentencia hito C- 836 de 2001, se plasmaron los siguientes, *La fuerza normativa de la doctrina dictada por la Corte Suprema proviene (1) de la autoridad otorgada constitucionalmente al órgano encargado de establecerla y de su función como órgano encargado de unificar la jurisprudencia ordinaria; (2) de la obligación de los jueces de materializar la igualdad frente a la ley y de igualdad de trato por parte de las autoridades; (3) del principio de la buena fe, entendida como confianza legítima en la conducta de las autoridades del Estado; (4) del carácter decantado de la interpretación del ordenamiento*

12 Colombia, Corte Constitucional, Acción de Inconstitucionalidad, Demandante Francisco Javier Lara Sandoval, Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva, Número del Expediente: D-8413.

jurídico que dicha autoridad ha construido, confrontándola continuamente con la realidad social que pretende regular.

En palabras del Dr. Carlos Bernal en Colombia, la atribución de la fuerza vinculante a la jurisprudencia constitucional y la correlativa sujeción a esta fuente de derecho por parte de los poderes del Estado y de los particulares no ha tenido un reconocimiento claro y explícito en ningún texto legal constitucional ni legal.

Sin embargo y en desarrollo de la segunda postura se hace presente el concepto dado por el Doctor Manuel José Cepeda Espinosa en su aclaración de voto en el cual se manifestó que como la Constitución es norma de normas, el precedente constitucional sentado por la Corte Constitucional como guardiana de la supremacía de la Carta tiene fuerza vinculante no sólo para la interpretación de la Constitución sino también para la interpretación de las leyes que obviamente debe hacerse de conformidad con la Carta (...) Por eso, las sentencias de la Corte Constitucional son para un juez fuente obligatoria de derecho.¹³

Todo lo anterior, en forma muy breve han sido los debates que se han presentado en el seno de la Corte Constitucional, y que no seguirán ampliando teniendo en cuenta que no es el objeto de este articulado el precedente constitucional sino el precedente de obligatorio cumplimiento en el Consejo de Estado. De todo lo anterior nos queda por plantearnos un interrogante ¿la jurisprudencia del Consejo de Estado habrá superado las dificultades que se presentaron en la Corte Constitucional, al haber consagrado para el organismo de cierre de la jurisdicción contenciosa de manera legal su obligatoriedad?

Al dar una respuesta prematura de esta pregunta, responderíamos que el

ordenamiento jurídico colombiano, quiso dar un gran avance jurídico al plasmar esto en el nuevo Código contencioso administrativo, adoptando tal vez no de una manera específica el concepto del Magistrado Cepeda, pero si se desarrolla bajo las mismas bases, el Consejo de Estado por ser el guardián de la jurisdicción contenciosa administrativa y para su efectiva labor, debe ser obligatoria la jurisprudencia emitida por los consejeros ponentes para los administradores de justicia y ejecutantes de esta ley para cumplir con principios constitucionales.

Es necesario resaltar el tema del avance jurídico dado por el ordenamiento jurídico colombiano, pues ha sido en cabeza de la jurisdicción contenciosa administrativa que se ha dado, es en la ley 1437 de 2011, nuevo Código contencioso administrativo el cual ha plasmado de manera legal la obligatoriedad de la precedente en esta jurisdicción, teniendo en cuenta que esta corporación había sido apática a adoptar un precedente.

Otro de los temas que han sido relevantes en el desarrollo de este artículo 10, del nuevo Código contencioso administrativo, es el estudio de si el Consejo de Estado es un tribunal de casación, teniendo en cuenta que el Consejo de Estado detentaba la competencia de unificar jurisprudencia, mediante el recurso extraordinario de súplica, el cual fue derogado por la ley 954 de 2005, lo cual no implicaba para la Corte Constitucional una eliminación de la labor de unificar jurisprudencia por parte del Consejo de Estado, porque estas eran funciones propias. Posteriormente la Corte Constitucional aclaró que el Consejo de Estado no era tribunal de casación, ya que esta función es de consagración constitucional exclusiva para la jurisdicción ordinaria, acentuando que el Consejo de Estado cumple sus funciones

“La obligatoriedad del precedente jurisprudencial a la luz de la ley 1437 de 2011, teniendo como derrotero el concepto de uniformidad normativa y jurisprudencial”

como Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo.¹⁴

Continuando con el objetivo de este artículo de investigación, la consagración explícita de la uniformidad de la jurisprudencia y la normatividad, cumple con tres principios de la Constitución Política de 1991, el primero de ellos es la seguridad jurídica y coherencia del sistema jurídico, *“pues las normas si se quieren que gobiernen la conducta de los seres humanos deben tener un significado estable, por lo cual las decisiones de los jueces deben estar razonablemente previsibles.”*

El segundo de ellos es la protección de la libertad ciudadana y del desarrollo económico *ya que una caprichosa variación de los criterios de interpretación pone en riesgo la libertad individual (...) pues las personas quedan sometidas a criterios cambiantes de los jueces*

Y el tercero y en mi parecer el más importante el derecho fundamental a la igualdad *pues no es justo que casos iguales sea fallados de manera distinta por un juez*¹⁵

Desde este punto de vista, el articulado se encuentra a la luz de la norma de normas, sin embargo se ha planteado que dicho articulado incurre en una omisión legislativa relativa al no incluir dentro de su articulado el respeto por los precedentes constitucionales, y sin que esto haya sido justificado de una manera razonada.

La teoría omisión legislativa ha sido considerada como “todo incumplimiento por parte del legislador de un deber de acción expresamente señalado por el constituyente”¹⁶

La omisión legislativa puede ser relativa o absoluta, la omisión legislativa absoluta refiere al total incumplimiento del deber constitucional preestablecido, generándose una ausencia de normatividad legal. La omisión legislativa relativa refiere a una regulación deficiente imperfecta o incompleta, al no prever todos los supuestos que deberían ser objeto para que se adecuara a la Constitución.

Las omisiones legislativas relativas son las únicas que pueden ser demandables por medio de la acción de inconstitucionalidad ya que las omisiones legislativas absolutas carecen de objeto de unos de los extremos de comparación en el juicio de constitucionalidad.¹⁷

En el caso del artículo 10 de la ley 1437 de 2011, se incurrió en una omisión legislativa relativa al no incluirse en el articulado el respeto por el precedente constitucional, es decir no solo haberse determinado el respeto por la unificación de la jurisprudencia del Consejo de Estado sino también del precedente constitucional, que ya ha sido aceptado.

En mención de este artículo, la Procuraduría General de la Nación se pronunció sobre el tema, el 12 de abril de 2011, concepto 5143 y solicitó la asequibilidad condicionada de dicho artículo bajo los siguientes argumentos: *Siendo un deber constitucional el respetar el precedente, a menos que exista una justificación razonable, el legislador no puede omitir este deber. En el presente caso se reconoce la obligatoriedad de los precedentes reconocidos por órganos de la jurisdicción ordinaria y de la jurisdicción contencioso administrativa, pero no de los*

13 Colombia, Corte Constitucional, sentencia c- 836 de 2001.

14 Colombia, Corte Constitucional, sentencia c-713 de 2008.

15 BERNAL, Carlos. (2005) “La fuerza vinculante de la jurisprudencia”, en: *El derecho de los derechos, Universidad Externado de Colombia. Bogotá.*

16 Colombia, corte constitucional, sentencia C-543 de 16 de octubre de 1996.

17 IBAGON, Mónica. *Control Jurisdiccional de las Omisiones Legislativas en Colombia. Tomado de la página web: <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/344/16.pdf>.*

precedentes reconocidos por el máximo órgano de la jurisdicción constitucional, sin que haya justificación alguna, razonable o irrazonable, para esa omisión y, por ende, para dar un trato diferente a las personas. La omisión desconoce la Constitución y, además, los precedentes constitucionales relevantes para el caso, pues como lo advierte la Corte en la Sentencia C-292 de 2006, “Al ser [la Corte] la responsable de mantener la integridad y supremacía de la norma superior, sus determinaciones resultan ser fuente de derecho para las autoridades y particulares, cuando a través de sus competencias constitucionales establece interpretaciones vinculantes de los preceptos de la Carta”.

Bajo esta teoría de la omisión legislativa, se declararía la exequibilidad condicionada del artículo 10 de la ley 1437 de 2011, y no solo se establecería legalmente la obligatoriedad del precedente contencioso administrativo sino también del constitucional, obligatoriedad que estaría plasmada de manera expresa y específica en la ley.

II. APLICACIÓN DE LA EXTENSIÓN DE LA JURISPRUDENCIA EN EL NUEVO CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Al igual que como se desarrolló el acápite de la uniformidad normativa y jurisprudencial se desarrollará la aplicación de la figura de la extensión de la jurisprudencia, por ello se transcribirá un aparte del artículo 102 de la ley 1437 de 2011, para conocimiento del tema a tratar.

Artículo 102. Extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado a terceros por parte de las autoridades. *Las autoridades deberán extender los efectos de una sentencia de unificación jurisprudencial dictada por el Consejo de Estado, en la que se haya reconocido un*

derecho, a quienes lo soliciten y acrediten los mismos supuestos fácticos y jurídicos

Para tal efecto el interesado presentará petición ante la autoridad legalmente competente para reconocer el derecho, siempre que la pretensión judicial no haya caducado.

La extensión de la jurisprudencia, hizo parte de un estudio razonado en el senado en el cual se manifestó que *por considerar que el derecho a accionar es uno y único, como una de las manifestaciones del Derecho Fundamental de Acceso a la Justicia, de manera que su unificación en un solo esquema procesal, evita que se haga nugatorio el acceso a la justicia por equivocaciones, por parte de los usuarios, en la selección del medio de control adecuado para acceder a la Jurisdicción*¹⁸.

Al tener como derrotero la uniformidad normativa y jurisprudencial, solo queda buscar el mecanismo de efectivizarlo, es como decir, que la uniformidad normativa es el riel y la extensión de la jurisprudencia es el tren teniendo como torres de control el recurso de unificación, el cual dará las pautas para efectivizar el mecanismo traído por la ley 1437 de 2011.

Con la extensión de la jurisprudencia se cumple y materializa la seguridad jurídica, la confianza legítima y la igualdad para la ciudadanía que acuda a la jurisdicción contenciosa administrativa. El artículo 102 de la ley 1437 de 2011, es un artículo de procedimiento el cual se encarga de imponer los lineamientos para acudir a la jurisdicción teniendo en cuenta que es un procedimiento extraprocesal, pues no precisamente se hace la petición en la demanda, este procedimiento de hecho suspende los términos de presentación de la demanda.

¹⁸ REPÚBLICA DE COLOMBIA, Consejo de Estado. “Proyecto de Ley No. 192 de 2009”. Disponible en: <http://190.24.134.67/pce/publicaciones/Proyecto%20de%20ley%20198%20de%202009%20Senado.doc>.

“La obligatoriedad del precedente jurisprudencial a la luz de la ley 1437 de 2011, teniendo como derrotero el concepto de uniformidad normativa y jurisprudencial”

La extensión de la jurisprudencia trae como requisito una justificación razonada de por qué se considera en una misma situación hecho y de derecho en la que se encontraba el demandante al cual se le reconoció el derecho en la sentencia de unificación invocada, las pruebas que tenga en su poder, copia o al menos la referencia de la sentencia de unificación que invoca a su favor. Son requisitos simples, de fácil acceso al ciudadano que presenta la petición.

En este acápite, nos preguntaremos qué sentencias se entenderán como unificadas, para ser extendidas a terceros, la respuesta la trae el mismo artículo 270 del nuevo Código Contencioso Administrativo, de las cuales se puede decir brevemente que son aquellas dictadas por el Consejo de Estado de trascendencia jurídica, económica y social. Teniendo como unificadas las sentencias que profiere el Consejo de Estado, y retomando lo establecido por la Corte Constitucional, será la *ratio decidendi* de las sentencias la que se tomarán como criterio vinculante, pero ¿Cuáles son los criterios de identificación de la *ratio decidendi* de la sentencia?, para dar respuesta de la anterior pregunta nos remitiremos a la sentencia T-292 de 2006 magistrado ponente MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, en dicha sentencia se identifican tres criterios para determinar cuál es la *ratio decidendi* de una sentencia, a continuación los esbozaremos.

“El primero de ellos es cuando i) La sola ratio constituye en sí misma una regla con un grado de especificidad suficientemente claro, que permite resolver efectivamente si la norma juzgada se ajusta o no a la Constitución. Lo que resulte ajeno a esa identificación inmediata, no debe ser considerado como ratio del fallo;

ii) la ratio es asimilable al contenido de regla que implica, en sí misma, una

autorización, una prohibición o una orden derivada de la Constitución; y

iii) la ratio generalmente responde al problema jurídico que se plantea en el caso, y se enuncia como una regla jurisprudencial que fija el sentido de la norma constitucional, en la cual se basó la Corte para abordar dicho problema jurídico.

Tomando estos elementos en conjunto, se podrá responder, por ejemplo, preguntas como las siguientes: 1) ¿por qué la Corte declaró inexecutable una norma de determinado contenido?, 2) ¿por qué concluyó que dicha norma violaba cierto precepto constitucional?; 3) ¿por qué fue necesario condicionar la exequibilidad de una norma, en el evento de que la sentencia haya sido un fallo condicionado?”¹⁹

Estos como criterios de identificación de *ratio decidendi* en la Corte Constitucional, en mi concepto para ser aplicables al Consejo de Estado, se deben tener en cuenta, que la *ratio decidendi* como lo dice la sentencia de tutela en mención debe ser una regla con un grado de especificidad, que dicha *ratio decidendi* responda al problema jurídico planteado, fijando las normas y posturas jurisprudenciales en las cuales se bajó el Consejo de Estado para tomar determinada decisión.

En la respuesta a la pregunta que nos planteamos como formulación del problema al inicio de este artículo, concluimos que teniendo en cuenta los desarrollos jurisprudenciales dados por la Corte Constitucional es posible la obligatoriedad del precedente, teniendo como base la unificación de la jurisprudencia que se encargue de hacer el Consejo de Estado. Esta unificación de jurisprudencia es una función innata del Consejo de Estado que solo viene a materializarse con la expedición del nuevo Código contencioso administrativo, y que realmente trae

19 Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-292 de 2006, Magistrado CEPEDA ESPINOSA.

importancia al convertirse en obligatoria por medio de una ley, y que al quedar en firme dicha obligatoriedad, se hace efectivo el mecanismo de reclamación como lo es el de la extensión de la jurisprudencia.

Mecanismo que traerá beneficios en la descongestión judicial siempre y cuando se cumplan con los términos pactados en la ley, pues este sería expedito y eficaz y no desgastaría la administración de justicia.

Pero a la vez trae una consecuencia, se produciría el anquilosamiento del derecho, ya que la comunidad jurídica se encargaría simplemente de verificar unos supuestos de hecho y jurídicos y fallar, y no se produciría interpretación y tal vez aplicación de nuevas teorías y más beneficiosas para la comunidad. Solo quedaría como solución para este problema, el compromiso por parte tanto de la comunidad jurídica y de los administradores de justicia, de evolucionar en las decisiones a medida que evolucione el derecho, porque este no se puede convertir en una fórmula matemática que siempre arroje el mismo resultado. Lo anterior desde un punto de vista práctico y en coherencia con lo dicho por la Corte Constitucional. Teniendo en cuenta que desde un punto de vista constitucional en su literalidad el artículo 10 y 102 de la ley 1437 de 2011, serían inconstitucionales teniendo en cuenta el artículo 230 de la Constitución Política de 1991, lo cual estaría generando una reforma a la Constitución desde la expedición de una ley, es decir existiría un cambio a la Constitución sin el cumplimiento de los requisitos que ha establecido la misma para ser reformada, o sustituida.

Por ahora solo queda esperar que la Corte Constitucional Colombiana se manifieste y argumente jurídicamente qué posición adopta si un avance en el ordenamiento jurídico y la implementación

de un sistema coordinado de precedentes o por el contrario declara una inexequibilidad y continúa manifestando la supremacía de la Constitución y a su vez de la ley sobre la jurisprudencia, o si por el contrario adopta una tercera vía, en la cual agrega en dicha legislación la obligatoriedad del precedente constitucional y manifiesta que es constitucional teniendo en cuenta un sentido material del artículo 230 de la Constitución política de 1991.

III. CONCLUSIONES

1. La obligatoriedad del precedente, a la luz de la uniformidad normativa y jurisprudencial legalizó lo que se había venido desarrollando por vía jurisprudencial, trayendo consigo la aplicación del mecanismo de la extensión de la jurisprudencia para hacer más expedita la administración de justicia.

2. El acatamiento del precedente por parte del juez y de las autoridades que se rigen por el nuevo Código contencioso administrativo deben ejercer su función manteniendo una coherencia, sujetos a determinar qué avances existen en la sociedad para desafiarlo, y proponer la existencia de la aplicación de nuevas teorías y prevenir el anquilosamiento del derecho.

3. El Consejo de Estado en sus antecedentes relativos a la jurisprudencia ha tenido el espíritu de unificar jurisprudencia por medio de los recursos que se han creado y a la vez derogado, pero siempre ha quedado claro que este es el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo y no un Tribunal de Casación.

4. La omisión legislativa relativa, aparente que contiene el artículo 10 de la ley 1437 de 2011, y su posible exequibilidad condicionada, harían efectiva la obligatoriedad del precedente no solo el de

“La obligatoriedad del precedente jurisprudencial a la luz de la ley 1437 de 2011, teniendo como derrotero el concepto de uniformidad normativa y jurisprudencial”

la jurisdicción contenciosa administrativa sino también el precedente constitucional, materializando lo que se ha venido desarrollando por vía jurisprudencial.

5. La uniformidad de la normatividad y la jurisprudencia promovería por la consistencia, coherencia, seguridad jurídica, confianza legítima, e igualdad de los ciudadanos al recurrir a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

IV. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

• BERNAL, Carlos. (2005) “La fuerza vinculante de la jurisprudencia”, en: *El derecho de los derechos*, Universidad Externado de Colombia. Bogotá.

• CÁCERES CORRALES, Pablo Julio. EXTENSIÓN DE LA JURISPRUDENCIA EN LA CONCEPCIÓN DEL NUEVO CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Conferencia del 04 de abril de 2011 en el IV Congreso Boyacense de Derecho Procesal.

• Instituto de Investigaciones Jurisprudenciales y de Promoción y Difusión de la Ética Judicial, APUNTES DE JURISPRUDENCIA, Ciudad de México, 2008.

• HERRERA CARBUCCIA, Manuel Ramón. IMPORTANCIA DE LA UNIDAD DE LA JURISPRUDENCIA LABORAL, ANÁLISIS Y DISCUSIÓN. *Gaceta Laboral*, ene. 2006, vol.12, no.1, pp.123-143. ISSN 1315-8597

• -López Martínez., M. Nuevo Código Contencioso y Unificación Jurisprudencial: Algunas Reflexiones en Torno a los Criterios de Utilidad, 2010.

• -LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. El Derecho de los Jueces, Editorial Legis, febrero de 2009, séptima reimpresión de 2ª edición.

• PILONIETA PINILLA, E. Obligatoriedad del precedente

jurisprudencial en el sistema jurídico colombiano. Academia Colombiana de Jurisprudencia. 2007

• ROMERO DÍAZ, Héctor J., El Consejo de Estado como Unificador de la Jurisprudencia, Memorias Seminario Franco-Colombiano, Reforma a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa. Del 7- 11 de julio de 2008.

DOCUMENTOS JURISPRUDENCIALES Y LEGALES

• Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-543 de 16 de octubre de 1996, M.P. Dr. CARLOS GAVIRIA DÍAZ, Bogotá, D.C., dieciséis (16) de octubre de mil novecientos noventa y seis (1996).

• _____, sentencia c-713 de 2008, M.P. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ, Bogotá, D.C., quince (15) de julio de dos mil ocho (2008).

• _____, sentencia c- 836 de 2001, Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL, Bogotá, D.C., agosto nueve (9) de dos mil uno (2001)

• _____, sentencia T-292 de 2006, Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ, Bogotá D.C., febrero primero (1) de dos mil siete (2007).

• _____, sentencia T-049 de 2007, Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL, Bogotá D.C., agosto nueve (9) de dos mil uno (2001).

• _____, Acción de Inconstitucionalidad, Demandante Francisco Javier Lara Sandoval, Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva, Número del Expediente: D-8413.

• Colombia, Corte Suprema de Justicia, M.P. Carlos Isaac Nader, 23 de enero de 2003, exp. 1870.

- Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, C.P. RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA, Ocho de mayo de 2008.

- Ley 1437 de 2011, por la cual se expide el código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo.

REPÚBLICA DE COLOMBIA, Consejo de Estado. “*Proyecto de Ley No. 192 de 2009*”. Disponible en: <http://190.24.134.67/pce/publicaciones/Proyecto%20de%20ley%20198%20de%202009%20Senado.doc>.

REVISTAS O JOURNALS EN LA WEB

-ARBOLEDA, Enrique. (2009). “*La Propuesta de la Comisión de Reforma sobre las acciones contencioso administrativas*”, Memorias Seminario Franco – Colombiano Reforma a la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Disponible en: <http://190.24.134.67/pce/memorias/unificacion%20acciones.pdf>

-IBAGON, Mónica. Control Jurisdiccional de las Omisiones Legislativas en Colombia. Tomado de la página web: <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/344/16.pdf>.

-IBÁÑEZ, Jorge. (2004). “*20 años de vigencia del código contencioso administrativo colombiano*”. Disponible en: www.usergioarboleda.edu.co/.../20_AÑOS_DE_VIGENCIA_DEL_CODIGO_CONTENCIOSO_ADMINISTRATIVO.doc.

- LEGARRE, Santiago y RIVERA, Julio César. NATURALEZA Y DIMENSIONES DEL “STARE DECISIS”. *Rev. chil. derecho* [online]. 2006, vol.33, n.1 [citado 2011-04-25], pp. 109-124. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372006000100007&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-3437. doi: 10.4067/S0718-3437200600010000

Contenido

	Pág.		Pág.
EDITORIAL	13	La inteligencia estatal en Colombia: su aplicación e implicaciones frente al derecho a la intimidad y libertad personal	157
PRESENTACIÓN	15	<i>Adriana Astrid Sierra Pinilla</i>	
SECCIÓN I. ARTÍCULOS DE PRODUCCIÓN INSTITUCIONAL	17	La violación del principio de progresividad en derecho laboral	173
Consideraciones dinámicas del arbitraje en los contratos concluidos por la administración pública	19	<i>Ángela Mercedes Cárdenas Amaya</i>	
<i>Edwin Hernando Alonso Niño</i>		La dogmática del bloque de constitucionalidad en Colombia	191
Responsabilidad del estado por operación de guerra u operación militar	37	<i>Martha Angélica Salinas</i>	
<i>Ariana Alexandra Gutiérrez Garzón</i>		La racionalidad como exigencia hermenéutica en la actividad del juez constitucional	205
<i>Lizzete Andrea Sánchez Bernal</i>		<i>Ángela Marcela Robayo Gil</i>	
La pena y su rebaja en el bicentenario de la independencia de Colombia	59	Prohibición del Tabaco, sentencia C-639 de 2010, Proporcionalidad y Ponderación	225
<i>Lina Marcela Martínez Sarmiento</i>		<i>Fernando Tovar Uricoechea</i>	
<i>María Antonia Perilla Cárdenas</i>		SECCIÓN III. TEMÁTICAS INTERNACIONALES, EXTRANJERAS O COMPARADAS.	243
Graduación de responsabilidad disciplinaria frente a los servidores públicos	75	La configuración de la manifestación de la voluntad en la formación del contrato electrónico	245
<i>Diego Alejandro López Laiton</i>		<i>Sara Lorena Alba Palacios</i>	
<i>Mario Alfonso Villate Barrera</i>		El derecho a la vida y su acepción como derecho fundamental, un análisis frente a la paradoja entre el aborto y la eutanasia	267
La obligatoriedad del precedente jurisprudencial a la luz de la ley 1437 de 2011, teniendo como derrotero el concepto de uniformidad normativa y jurisprudencial	89	<i>Edwin Hernando Alonso Niño</i>	
<i>Nubia Lorena Daza López</i>		El desarrollo del núcleo esencial del derecho a la educación en el marco de las políticas públicas colombianas	277
SECCIÓN II. FUNDAMENTALIZACIÓN DEL DERECHO	105	<i>Elizabeth Vargas Salcedo</i>	
El "espíritu" del pueblo colombiano en la configuración de las instituciones de derecho civil: Propiedad	107	<i>Genny Paola Espítia Raba</i>	
<i>Nonny Carolina Benavides Martín</i>		Responsabilidad del perito contable en la entrega de la prueba pericial en el proceso judicial colombiano	289
<i>Nayibet Isabel Acosta Roa</i>		<i>Martha Liliana Hurtado Pedraza</i>	
El espíritu del pueblo colombiano en el trasfondo histórico de la pena	119		
<i>Nayibet Isabel Acosta Roa</i>			
Ley 1258, ¿un retroceso en las garantías laborales?	129		
<i>Edison Fernando Vargas Nieto</i>			
Protección jurídica del bien jurídico de la seguridad vial en Colombia análisis del proyecto de ley 110 del senado	147		
<i>Luis Ricardo Carreño Garzón</i>			

