

¿La extensión de la jurisprudencia en Colombia, integrada en el artículo 102 de la ley 1437 del 2011, transforma el concepto de las fuentes formales del artículo 230 de la Constitución Política?

Johana Marcela Flórez Rodríguez

Código 7191412797

Dina Paulina Gutiérrez Muskus

Código 64702351

Universidad la Gran Colombia

Facultad de Posgrados y Formación Continuada

Especialización en Derecho Administrativo

Bogotá D.C.

2015

¿La extensión de la jurisprudencia a la que se refiere el artículo 102 de la ley 1437 del 2011, transforma el concepto de fuentes formales del derecho del artículo 230 de la Constitución Política?

Línea de Investigación: Derecho público. Estudio del Derecho Constitucional y administrativo en la aplicación de la extensión de la jurisprudencia.

Fundamentación Epistemológica

Docente: Carlos Hernández

Universidad la Gran Colombia

Facultad de posgrados y formación continuada

Especialización en Derecho Administrativo

Bogotá D.C.

Contenido

Resumen	4
Abstract.....	5
Introducción	6
Capítulo I -Antecedentes Investigativos Respecto de los Sistemas de Influencia en el Ordenamiento Colombiano.	¡Error! Marcador no definido.
Diferente miradas sobre la Extensión de la Jurisprudencia	18
La Extensión de La Jurisprudencia y La Fuerza del Precedente Judicial Desde Una Perspectiva del Derecho a la Igualdad	15
Trasformación del derecho Colombiano	27
Capitulo II - Una crítica a la extensión de la de la jurisprudencia del Consejo de estado como fuente formal del derecho.....	29
CONCLUSIONES	35
Bibliografía	37

Resumen

La Asamblea Nacional Constituyente colombiana, en la carta política de 1991, integra en su artículo 230 los elementos que son utilizados como criterios auxiliares del derecho, dentro de los cuales se encuentra la jurisprudencia como uno de estos, sin embargo en la ley 1437 del 2011, se desvirtúa esta norma y se integra como fuente formal del derecho, desdibujando la jurisprudencia como criterio auxiliar de la justicia, situación que ha caracterizado el sistema jurídico colombiano. Es así, como el enfrentamiento entre las altas cortes ha generado posiciones divididas frente a esta innovación que plasma el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Palabras Claves

Precedente judicial, fuentes, derecho formal, código, constitución, ley, principios.

Abstract

The legislature in the policy letter 1991 of Colombia, integrated into Article 230 elements that are used as auxiliary right criteria, within which the law is one of these, however, in the law 1437 of 2011 is invalidated this standard and is integrated as a formal source of law, destabilizing the whole concept of substantive law and therefore the formal right that has characterized the Colombian legal system. Thus, the confrontation between the high court has generated divided positions on this innovation that embodies the Code of Administrative Procedure and Administrative Disputes.

Keywords

Judicial precedent, fountains, formal law, code, constitution, law, principle.

Introducción

La presente investigación es de tipo teórico toda vez que versa sobre un tema novedoso incorporado en nuestra legislación colombiana a partir de la ley 1437 de 2011, relacionado con la Extensión de la Jurisprudencia y la incidencia que esto tiene en nuestro ordenamiento jurídico, el cual tiene como antecedente el sistema positivista que predomina en nuestro país a partir de la Constitución Política de 1991.

Este trabajo busca presentar el origen, desarrollo y fundamentos que versan sobre el tema de la unificación y extensión de la jurisprudencia, así como su incorporación en el sistema jurídico Colombiano.

Por lo anterior, y partiendo desde el ámbito constitucional es importante cuestionar respecto si: ¿la extensión de la jurisprudencia, integrada en el artículo 102 en la ley 1437 del 2011, trasforma el concepto de fuentes formales del derecho?teniendo en cuenta que el constituyente en el artículo 230 CN establece que la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.

Este tema resulta de gran interés académico y profesional, dado su importancia y transformación en la aplicación frente al fallo de los procesos administrativos, teniendo en cuenta que las disposiciones legales lo que buscan son herramientas o mecanismos que permitan la defensa y garantía de los derechos constitucionales y legales.

Habiéndose establecido la materia de investigación del presente trabajo, se señalara el orden de su desarrollo investigativo con el fin de que el lector tenga mayor claridad,

encontrando como primer segmento la definición de la extensión de la jurisprudencia así como lo referente al precedente judicial, historia de los sistemas implementados en la legislación Colombiana.

Es importante tomar como referencias algunos de los preceptos de estudiosos del derecho, para entender con mayor profundidad el análisis frente al tema objeto de la presente investigación y de esta manera después de un estudio riguroso frente a sus teorías determinar si en efecto la extensión de la jurisprudencia modifica el concepto de criterio auxiliar que tiene esta figura estipulada en la Constitución.

Objetivos:

Objetivo General:

Identificar si la implementación de la figura jurídica de la Extensión de la jurisprudencia a la que se refiere el artículo 102 de la ley 1437 de 2011, modificó el concepto de fuentes formales del derecho que maneja la constitución Nacional.

Objetivos Específicos:

- Analizar si el precedente judicial puede considerarse como una fuente formal del derecho en Colombia.
- Identificar las principales decisiones de la Corte Constitucional con respecto a los efectos en la aplicación de la extensión de la jurisprudencia.
- Conocer la relación existente entre La Extensión de La Jurisprudencia y el Precedente Judicial con el principio fundamental de la Igualdad.

Justificación.

Si bien es cierto la ley 1437 de 2011, ha tenido avances significativos en materia contenciosa administrativa, uno de los más relevantes por su novedad y enfoque jurídico es la figura de la Extensión De La Jurisprudencia del Consejo de Estado, cuyo objeto es aplicar de manera uniforme y en condiciones de igualdad las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado, cuando se presente identidad fáctica y jurídica en una determinada cuestión sometida a su consideración.

Sin embargo, la introducción de esta figura ha generado un sinnúmero de interrogantes en cuanto a la modificación del sistema de fuentes de derecho que se maneja en Colombia, en virtud de lo que expresa la Constitución Política de 1991.

La aplicación de esta norma es sin lugar a dudas una realidad en nuestro sistema jurídico, teniendo en cuenta que tal disposición ha superado con éxito el control constitucional, tanto en su trámite ordinario, como por la vía del control constitucional ciudadano, siempre que la citada norma fue objeto de demandas de constitucionalidad que terminaron con una declaración de exequibilidad por parte de la Honorable Corte Constitucional.

A propósito de estas sentencias (C-816-2011 y C-588-2012), consideramos que siguen quedando dudas sobre si esta norma es armónica con la Carta Política, en tanto esta

expresa en su art. 230, que la jurisprudencia es un método auxiliar de justicia y no una fuente principal del derecho colombiano.

De igual forma, existe un elemento más que genera suspicacia respecto de la constitucionalidad de la norma en comento y es el contenido del art. 4 de la C.P., atendiendo a que este considera la Constitución como norma de normas, dejando claro que cualquier conflicto suscitado entre una norma legal y el contenido de la constitución, será resuelto con prevalencia de esta última. En tal sentido, no es comprensible que una disposición legal que abiertamente modifica el sistema constitucional de fuentes, tenga plena aplicabilidad en nuestros días y haya superado con éxito los cuestionamientos de constitucionalidad que se han hecho desde su promulgación.

Este panorama nos ofrece un interesante objeto de estudio por dos razones: primero, nos permite analizar si de alguna manera nuestra justicia está migrando hacia un sistema donde el precedente judicial sea fuente principal del derecho como ocurre en los sistemas de justicia anglosajones y segundo; evidencia las falencias legislativas que se presentan en nuestro país, por cuanto si el propósito del legislador es comenzar a hacer una transición para darle mayor importancia al precedente judicial y hacerlo vinculante, debió modificar la constitución antes de la promulgación de la mencionada ley.

Hipótesis.

La investigación tiene como objetivo principal solucionar el siguiente problema jurídico: ¿existe vulneración del artículo 4º de la constitución Nacional por parte del legislador en cuanto a la implementación normativa de la extensión de la jurisprudencia a la

que hace referencia el artículo 102 de la ley 1437 de 2011? Este planteamiento surge de los interrogantes que han generado la aplicación de estas sentencias por considerarlas fuentes formales del derecho que cambian el paradigma al que se encuentra sometida la norma.

Metodología

La investigación tiene el carácter bibliográfico, analítico y crítico sobre el estudio de las normas, doctrina y jurisprudencia del tema en Colombia.

La investigación detecta y analiza las diversas posturas en torno a la extensión de la jurisprudencia y el precedente judicial como fuente formal del derecho, con la finalidad de plantear propuestas a fin de lograr la descongestión en los despachos judiciales y la aplicabilidad de manera formal del derecho de igualdad. Igualmente, reflexionar sobre el estado actual de la jurisprudencia de la Corte Constitucional en la materia.

Propuesta

Teniendo en cuenta la significación del precedente jurisprudencial en nuestro ordenamiento jurídico, lo que pretende el grupo investigador es ahondar en el tema de la extensión de la jurisprudencia; toda vez, que ha sido un tema polémico por los estudiosos del derecho debido a que transforma el concepto de fuente formales del derecho a que se refiere el artículo 230 de nuestra carta política.

Por tanto, lo que busca esta propuesta investigativa es analizar los diversos conceptos que se emiten con el tema planteado y verificar la incidencia que la extensión de

la jurisprudencia tiene con el principio de igualdad y la aplicabilidad que los jueces dan al tema planteado.

Por otro lado, también es importante el análisis que se suscita con la figura de la extensión de la jurisprudencia y el precedente jurisprudencial, cuando el legislador aplica otras connotaciones a las fuentes auxiliares cuando está presente un derecho fundamental como el de la igualdad.

La Constitución como Norma Superior.

Para abordar el conflicto teórico que se presenta entre el sistema de fuentes consagrado en la Constitución de 1991 y la llamada extensión de la jurisprudencia, es necesario precisar algunos conceptos básicos que componen la base teórica de nuestra investigación; a saber, el concepto de la constitución como norma de normas, segundo, el precedente judicial como fuente de derecho y; por último, la seguridad jurídica como principio del derecho constitucional moderno.

Entonces, para precisar el concepto de supremacía de la Constitución tomamos apartes de lo descrito por El Dr. Marcos del Rosario, el cual hace las siguientes precisiones:

La constitución contiene como una de sus características más distintivas el ser suprema. Esta supremacía radica en dos vertientes fundamentales: 1) La forma, y 2) La material. La constitución es formal al ser una ley que, a diferencia de las otras, fundamenta y ordena la validez de todo un sistema jurídico, estableciendo un procedimiento dificultoso para su reforma, así como los criterios para la creación de otras normas. Y en otro sentido es material, ya que en la constitución se concentran los valores y principios fundamentales que rigen a una organización político-social, los cuales solventan las necesidades vitales de justicia de sus integrantes. (Rosario. M. 2.011)

En la primera acepción que realiza el autor sobre la norma constitucional, es decir, la parte formal de esta, se toca un punto de suma importancia, cual es el hecho de que la carta política, como reguladora del sistema jurídico en general, debe estar blindada contra su fácil reforma, en el entendido que esta es el instrumento supremo de un Estado para regular sus relaciones jurídicas.

De igual forma, el Dr. Feliciano Calzada, menciona lo siguiente sobre la supremacía de la continuación:

Como resultado inequívoco de la soberanía de un pueblo, la constitución se convierte en un estado de derecho, en la ley primera o ley fundamental. Así, en palabras de Pérez Serrano, “el poder constituyente-del cual se deriva la constitución-organiza una estructura, no engendra un Estado, ni instauro por primera vez la autoridad.

Vemos como el autor resalta la naturaleza de la norma constitucional en la soberanía misma de un determinado pueblo, es decir, le da el carácter de norma fundante y por tal motivo, la reconoce como la estructura de estado, por lo que cualquier ley subsecuente a esta, debe observarse armónica con la norma fundamental.

Entonces puede exponerse, que una norma jurídica de menor jerarquía que la Constitución, como lo es la Ley 1437 de 2011, al modificar el sistema de fuentes del derecho contenido en el art. 230, no va en contravía de esta. Es claro que el constituyente quiso que la jurisprudencia en Colombia fuera un método auxiliar para los jueces, que les sirviera de instrumento hermenéutico para fundar sus providencias, más no un método principal que fuera de obligatoria aplicación.

Debemos tener en cuenta que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ya tenía carácter vinculante para los operadores judiciales desde muchos años, así lo precisó el mismo tribunal constitucional en sentencias C-816-2011 Y C-588-2012. Sin embargo, esta posición es completamente entendible, toda vez que la Corte Constitucional es, por mandato constitucional, máxima autoridad en asuntos constitucionales; es así, como se puede inferir que cualquier interpretación relativa a la constitución que realice este tribunal, es armónico con el contenido de la carta.

El precedente jurisprudencial como fuente de derecho.

Con la entrada en vigencia del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo ley 1437 del 2011, por medio del cual se deroga el Decreto 01 de 1984, el legislador pretende a través de su implementación lograr la descongestión judicial, proporcionar a la sociedad seguridad jurídica, hacer efectivo el derecho a la igualdad frente a las actuaciones administrativas y velar por que la aplicación de los principios constitucionales tengan una verdadera aplicación.

De esta manera en el artículo 102 de C.P.C.A sustenta la integración de la figura de unificación y extensión de la jurisprudencia, siendo ésta el medio por el cual las personas podrán solicitar a la autoridad administrativa correspondiente, que se extiendan los efectos de una sentencia de unificación, en la cual se haya reconocido un derecho, acreditando los mismo supuestos facticos y jurídicos que sustentaron la sentencia de unificación. (Guevara, 2013)

En este orden de ideas el Consejo De Estado afirma:

“La extensión y unificación de la jurisprudencia hace parte de ese sistema de garantías para la protección de los derechos en sede administrativa y enlaza con toda la parte de dogmática de la Constitución, en especial con los principios de efectividad de los derechos de las personas (art 2) de igualdad (art 13), de buena fe (art 83) y también con metas estatales como la colaboración con la justicia (art 95 y 113) y la eficiencia y eficacia de la administración (art 209)”(Gomez Aranguren, 2011, p. 91)

Varias percepciones hay frente a la interpretación dada al artículo 102 de la ley 1437 del 2011, con las cuales se tiende a confundir un poco el papel del criterio auxiliar que expone el constituyente en el artículo 230, toda vez que la doctrina actual considera la jurisprudencia y el precedente constitucional como verdaderas fuentes formales del derecho.

La pregunta que encierra este trabajo de investigación se centra o está relacionado con la validez constitucional de las normas que crean esta nueva figura de la extensión de la jurisprudencia, toda vez, que se considera inconstitucional por la supuesta violación del artículo 230 de nuestra constitución, en el entendido que habría una alteración de lo que se conoce hoy día como fuentes formales del derecho. No obstante, lo que en reiteradas ocasiones ha argumentado la corte, defendiendo la supremacía de la constitución es confirmar el carácter obligatorio que por virtud del principio de igualdad tiene la jurisprudencia, pues esto hace que, materialmente, la jurisprudencia sea algo más que un criterio auxiliar de la actividad judicial.

Por lo anterior, el planteamiento genera una resistencia entre la autonomía interpretativa de los jueces y el respeto por los derechos fundamentales como el de la igualdad que ha sido resuelta por la corte para asegurar la aplicación integral y coherente

del ordenamiento jurídico. Por tanto, es menester afirmar que más allá de un debate jurídico lo que el legislador quiso rescatar con esta norma, fue el reconocimiento de derechos para la garantía y seguridad en los procesos judiciales.

La Extensión de La Jurisprudencia y La Fuerza del Precedente Judicial Desde Una Perspectiva del Derecho a la Igualdad

Si bien es cierto desde la promulgación de la constitución de 1991, el legislador ha centrado su atención en la obtención de mecanismos que puedan poner a disposición de los jueces y de la administración, la aplicación de principios que concreten el trato que unos deben a las personas para la defensa de sus derechos; por consiguiente, las autoridades al estar sometidos a la constitución y a la ley en el ejercicio de sus funciones, deben someterse a preceptos que desencadenen en la aplicación del principio de igualdad, lo que generó la inclusión de esta figura como lo es la extensión de la jurisprudencia en nuestro ordenamiento jurídico.

En este sentido, el deber de las autoridades de trato igualitario a las personas emana de la obligación general de acatamiento de la Constitución y la ley, inscrito en la noción de Estado de Derecho, de este modo, desde el momento en que las autoridades administrativas juran el cumplimiento de la Constitución y de la ley, se encuentran obligados a la garantía de la igualdad legal de todos los ciudadanos, tanto en el ámbito de la administración pública como en la esfera de los procesos judiciales.

Por tanto, del principio constitucional de igualdad de todos ante la ley, se deriva el derecho de todas las personas a recibir la misma protección y trato de las autoridades como así lo expresa el artículo 13 de nuestra carta política, su garantía y realización efectiva obliga a todos los servidores públicos en el ejercicio de sus funciones a reconocer los

mismos derechos a quienes se hallen en una misma situación de hecho y de derecho prevista en la ley, el ejercicio de las funciones administrativa y judicial transcurre en el marco del estado constitucional de derecho y entraña la concreción del principio de igualdad de trato y protección que se debe a las personas, en cumplimiento del fin estatal esencial de garantizar la efectividad de los derechos, y en consideración a la seguridad jurídica de los asociados y la coherencia del orden jurídico, lo que conduce al deber de reconocimiento y adjudicación igualitaria de los derechos, a sujetos iguales, como regla general de las actuaciones judiciales y administrativas.

Precisamente, tanto la extensión administrativa de las sentencias de unificación ordenada en la norma legal demandada como la fuerza de los precedentes judiciales, son mecanismos puestos a disposición de los jueces y la administración, para concretar la igualdad de trato que unos y otros deben a las personas, una mirada a ellos resulta convincente para entender la necesidad que tienen los servidores de aplicar estos preceptos o el deber de adjudicación igualitaria de los derechos mediante la extensión de la jurisprudencia o la aplicación del precedente judicial, y a través del carácter auxiliar de tal jurisprudencia.

Ahora bien, la jurisprudencia constitucional ha otorgado un gran valor a las resoluciones judiciales de los organismos de cierre de las respectivas jurisdicciones, frente a las decisiones posteriores que deban adoptar los jueces y tribunales en la condición de precedente. Evoca este asunto la antigua discusión que se planteaba sobre la fuerza obligatoria de las sentencias si determinados fallos judiciales habrían de realizarse en una especie de regla general para la solución posterior de casos semejantes. En la sentencia C-836 de 2001, la Corte abordó, entre otros, el problema jurídico referente a si los jueces en

una jurisdicción deben regirse por los precedentes reconocidos por el órgano de cierre de la misma.

Con base en el deber constitucional de igualdad, la Corte asumió que en lo que respecta a la actividad judicial, la igualdad de trato que las autoridades deben otorgar a las personas supone además una igualdad en la interpretación y aplicación de la ley; por ello, cuando no ha habido un tránsito legislativo relevante, los jueces están obligados a seguir explícitamente la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en todos los casos en que el principio o regla jurisprudencial sigan teniendo aplicación. Luego la Corte Constitucional, en la sentencia C-335 de 2008, refiriéndose en general a las decisiones de todos los órganos judiciales de cierre jurisdiccional, reitera el carácter vinculante de la jurisprudencia de los órganos decierre y, al respecto, afirma: *Reconocerle fuerza vinculante a la jurisprudencia sentada por la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, redundante en una mayor coherencia del sistema jurídico colombiano, lo cual no se contradice con imperativos de adaptación a los cambios sociales y económicos.* De igual manera, la vinculación de los precedentes garantiza de mejor manera la vigencia del derecho a la igualdad ante la ley de los ciudadanos, por todos los casos semejantes que son fallados de igual manera. Así mismo, la obediencia de los jueces ordinarios a los precedentes sentados por las Altas Cortes afirma una mayor seguridad jurídica para el tráfico jurídico entre los particulares.

De lo anterior se deduce, que la fuerza normativa de la doctrina dictada por las altas cortes, como órganos de cierre de sus jurisdicciones, proviene en primer lugar, por la obligación de los jueces de aplicar la igualdad frente a la ley y de brindar igualdad de trato en cuanto autoridades que son, en segundo lugar, por la potestad otorgada

constitucionalmente a las altas corporaciones, como órganos de cierre en sus respectivas jurisdicciones, en tercer lugar, por el cometido de unificación jurisprudencial en el ámbito correspondiente de actuación, y por último, por el deber de aplicar el principio de la buena fe, entendida esta como la confianza legítima en la conducta de las autoridades del Estado, que redunda en la necesidad de seguridad jurídica del ciudadano respecto de la protección de sus derechos, en la predictibilidad razonable de las decisiones judiciales en la resolución de conflictos, derivada del principio de igualdad ante la ley como de la confianza legítima en la autoridad judicial.

Entonces podría decirse que la fuerza vinculante de las decisiones derivadas de las altas cortes, nace de su definición como órgano de cierre, condición que le impone el deber de unificación jurisprudencial en sus respectivas jurisdicciones, para brindar cierta uniformidad a la interpretación y aplicación judicial del derecho en desarrollo del deber de igualdad de trato a las personas, mediante la fuerza vinculante de sus decisiones judiciales superiores.

Diferentes miradas a la figura jurídica de la Extensión de la Jurisprudencia

La constitución de Colombia menciona en el artículo 230, que *“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”*. Es así como el legislador de una forma clara deja plasmada la predominancia del positivismo en nuestra legislación, de tal manera que la jurisprudencia solo puede ser vista como un criterio auxiliar, dicha norma está dirigida a reducir la jurisprudencia a un lugar de segundo orden dentro del sistema de fuentes.

De lo anterior la ley 1437 del 2011, trae consigo una figura de aplicación en cuanto a la unificación de la jurisprudencia desvirtuando en su totalidad el artículo anteriormente mencionado.

Sobre este tema se desarrolla un análisis sobre la interpretación y desarrollo del artículo 230 de la constitución política de Colombia, elaborado por tratadistas conocidos en debates como el de López Vs Tamayo dos estudiosos que son de gran influencia para el análisis del ámbito del derecho, su texto se enfoca en las discusiones que se han desarrollado en el marco de la teoría jurídica sobre el valor de las sentencias de la Corte y su carácter vinculante para la actividad judicial. El análisis que se hace en torno al artículo en mención de la Constitución Política de 1991, ha sido objeto de diversas controversias creando así tendencias respecto a su aplicabilidad.

En razón al estudio del documento mencionado en el párrafo anterior, es interesante ver la postura del Maestro Diego Eduardo López quien argumenta a favor de darle plenos efectos vinculantes a la jurisprudencia, y por otro lado el doctor Javier Tamayo Jaramillo posición que se fundamenta en los riesgos y peligros que representa hacer de la jurisprudencia una fuente vinculante en el ordenamiento jurídico Colombiano.

A continuación hablaremos sobre la tesis planteada por López, en donde recoge una postura en los avances alcanzados por el Derecho Judicial en los que se encuentra la cultura del precedente que permite establecer la coherencia, La racionalidad y la justicia de

sus determinaciones. El Derecho Judicial según la tesis de este autor se basa en el dialogo de los jueces con las personas y la realidad social.

Este autor escribe un libro que es de suma importancia para el análisis constitucional en Colombia “El Derecho de los Jueces” el cual abarca el análisis frente al valor de las decisiones judiciales en el campo del derecho constitucional, antes de la constitución de 1991, el tema fue expuesto desde la noción tradicional que le asignaba a las sentencias judiciales un lugar secundario dentro de las fuentes del derecho, en el seno mismo de la Asamblea Constituyente se generó una discusión frente a este tema, se presentaron dos posturas, la primera impulsaba una reestructuración del desempeño del juez dentro de una democracia igualitaria para sus ciudadanos, enfocando esta postura en la necesidad de hacer de la jurisprudencia del máximo intérprete de la Constitución un punto obligado de referencia.

Con este debate que se dio en la Asamblea Constituyente se dieron dos importantes hechos, uno de ellos la Creación de un Corte Constitucional en busca de reforzar el control de constitucionalidad y el segundo aporte importante fue el mecanismo de revisión de todos los fallos de tutela por parte de la Corte Constitucional lo cual lleva a que esta institución tenga el ultimo pronunciamiento frente al caso.

Como consecuencia surgió una tendencia encaminada a ajustar lo que era percibido como una modificación sustancial del sistema de fuentes de derecho. El mayor logro de esta tendencia frente a la primera fue la adopción del artículo 230 de la constitución,

obviamente dicha norma está dirigida a reducir la jurisprudencia a un lugar de segundo orden dentro del sistema de fuentes.

Resulta de interés la afirmación que hace el tratadista Diego López, quien concibe “al derecho positivo como un simple marco en el que los diferentes actores explotaran la indeterminación de la norma singular y las contradicciones valorativas en las que incurre un sistema complejo de derecho”. Y si bien, una lectura rápida y literal al 230 de la C.P pareciera conducirnos a sostener el valor simplemente secundario de la jurisprudencia como característica de los sistemas continentales o de civil law como el nuestro; dicha visión parece estar sometida en la actualidad a examen, en tanto se gesta a nivel mundial un replanteamiento en torno al papel que cumple la función judicial en el establecimiento del derecho vigente, bajo el entendido de que el juez, deja de ser operador jurídico, para tornarse en creador de subreglas que concretan el contenido y alcance de la normatividad vigente. (Parra, 2004, pág. 248)

Por otro lado, La constitución es percibida por López Medina “como un sistema puramente legalista y que la jurisprudencia sería solamente un mero criterio indicativo o auxiliar de la actividad judicial.”

El Decreto 2067 de 1992, en sus artículos 21 y 23, le otorgaba un valor diferente a la jurisprudencia de la Corte Constitucional; por un lado, el valor de las sentencias sería de cosa juzgada constitucional y obligatoria para autoridades y particulares y por el otro, mencionaba que la doctrina constitucional de la Corte será criterio auxiliar obligatorio para las autoridades y corrige la jurisprudencia (Gutierrez Gonzalez, 2011, pág. 382)

Es importante mencionar que al interior de la Corte Constitucional se estaba generando un cambio que de cierta manera reformaría la figura del precedente a través de la historia constitucional contemporánea. La discusión de la Corte no versaría sobre los artículos 230 y 243 de la Constitución Nacional, sino alrededor de los vacíos normativos o lagunas que se configuren dentro de los textos legales de la Corte frente al ordenamiento jurídico colombiano.

Lópezse refiere a una carga de transparencia en el sentido que es necesario conocer y anunciar los precedentes vigentes que cargan en contra de la nueva posición que se va a tomar, con lo que se prohíbe el cambio oculto de jurisprudencia y en segundo lugar, los jueces tienen que cumplir con una carga de argumentación, es decir, tienen que mostrar con claridad por que la nueva posición jurisprudencial es superior jurídica y moralmente a la anteriormente adoptada con lo que se prohíbe el cambio jurisprudencial discrecional (Gutierrez Gonzalez, 2011, p. 393)

Lo anterior con un enfoque de protección de derechos y a su vez de salvaguardar las garantías relativas a la igualdad, confianza legítima y seguridad de igual manera mantener una evolución del sistema jurídico.

Diego Eduardo López Medina explica, que el precedente judicial tiene que estar acompañado de los argumentos constitucionales, por tanto el precedente no es una imposición para los jueces en el entendido que es un ejercicio en el cual deben encontrar un equilibrio entre la facultad de tomar de forma autónoma decisiones ajustadas a derecho y la

observancia de las decisiones tomadas por los superiores jerárquicos dentro del marco de esa misma autonomía.

No obstante no se podría decir que la Corte tiene la última palabra, o que ella es infalible en sus decisiones. Se reitera que siempre existirá la posibilidad de apartarse del precedente siempre y cuando dentro del marco de autonomía judicial se dé preeminencia al respeto de las garantías fundamentales (Gutierrez Gonzalez, 2011, p. 400).

Se puede decir que lo anterior resume un poco los argumentos de López Medina, en donde queda evidente su inclinación para con el precedente judicial y su aplicabilidad dentro del ejercicio diario de la mecánica judicial.

De otro lado, encontramos la posición jurídica del Doctor Javier Tamayo Jaramillo quien como se refirió al inicio de este acápite es opositor de la tendencia del precedente judicial, fundamenta su teoría en el artículo 230 de la C.N desvirtuando así la interpretación que le da la Corte Constitucional al precedente judicial.

El maestro integra dentro de su discurso el principio de la legalidad como base al artículo constitucional citado aduciendo a su vez que los principios no pueden ser tomados de la forma categórica dado su carácter, además de insistir que el legislador se equivoca al integrar la figura de la jurisprudencia como criterio auxiliar.

Frente al discurso que maneja la Corte Constitucional respecto a que el precedente judicial es el resultado de la aplicación del derecho a la igualdad, acordamos con la tesis del maestro Tamayo al respecto que:

No hay nada más desigualitario que quedar al arbitrio de decisiones fundadas en interpretaciones violatorias y que desconocen los postulados concretos de la ley, que la igualdad no se reputa de situaciones análogas, porque todas las situaciones son diferentes y es labor del juez es verificar que situación o situaciones deben resolverse de una forma u otra. (Gutiérrez González, 2011, pág. 403)

Partiendo del análisis del artículo 230 de la Constitución Nacional, es necesario estudiar el precedente judicial como fuente formal material del procedimiento administrativo Colombiano, Johana Carolina Gutiérrez Torres, desarrolla todo un esquema de investigación alrededor de este tema, en donde hace un análisis interpretativo según la cual la jurisprudencia que explica el contenido normativo de las disposiciones jurídicas forman parte del imperio de la ley que resulta vinculante para el juez.

La autora en referencia, plantea un interrogante que permite ahondar aún más en esta investigación, cuestiona si existe cambio en el sistema de fuentes del derecho al implementar el procedimiento administrativo colombiano, la obligatoriedad del precedente teniendo en cuenta la ley 1437 del 2011.

Enfoca su teoría teniendo en cuenta que al momento de interpretar la ley el juez confiere sus sentencias con un sentido diferente a una misma norma, sin que el propio ordenamiento consagre mecanismos orientados a tal unificación, la Doctora Gutiérrez

afirma que con el propósito del legislador en cuanto al precedente judicial se refiere, habrá caos, inestabilidad e inseguridad jurídica, pues la personas no sabrían a ciencia cierta cuál es el derecho que rige para un caso específico.

La Ley 1395 de 2010, por la cual se adoptan medidas en materia de descongestión judicial, en sus artículos 4, 114 y 115, hace un significativo aporte pues se amplía el poder unificador de la jurisprudencia del Consejo de Estado mucho más allá de lo que se lograría realizar con ocasión de algún recurso de unificación, como lo ha sido la casación. En efecto, el artículo 4° de esta normativa señala la facultad de las Salas de Decisión en pleno para unificar la jurisprudencia o establecer un precedente judicial. El artículo 114, aunque fue derogado por el artículo de la Ley 1437 de 2011, establecía que todas las entidades públicas, en ciertas materias, tendrán en cuenta los precedentes jurisprudenciales que en materia ordinaria o contenciosa administrativa por los mismos hechos y pretensiones se hubieren proferido en cinco o más casos análogos (Gutierrez Torres, 2014, pág. 16)

La Constitución, la ley en sentido formal, los actos administrativos y la jurisprudencia de las altas cortes, son considerados como fuentes del derecho establecidas mientras que la equidad, la jurisprudencia, los principios generales y la doctrina, son considerados criterios auxiliares en desarrollo de la actividad de los jueces.

La tratadista aduce que la Corte Constitucional basa suposición frente a la unificación de la Jurisprudencia bajo el argumento de que el imperio de la ley es más que la ley formal, y que esta posición desencadena la ley 1395 del 2010 , la 1437 del 2011 y la 1564 de 2012, por medio de las cuales se introduce de una manera más directa la

unificación de la jurisprudencia, marchando en contraposición del artículo 230 C.N , pues si el legislador quería que el precedente fuera fuente formal del derecho y no criterios auxiliares debió hacer una reforma constitucional para no ser violatoria de la misma, pues si bien es cierto la Corte argumenta su teoría sobre el principio de la igualdad, es necesario reformar la carta política para que de esta manera el legislador no valla en contravía de nuestro fundamento constitucional.

Ahora bien la Doctora Paola Andrea Castro, tiene una visión más positiva respecto de la unificación y extensión de la jurisprudencia en el proceso Administrativo , pues en su escrito afirma que el propósito de la ley 1437 del 2011, es el de servir como medida de descongestión judicial , proporcionando a la sociedad seguridad jurídica, de proteger y garantizar los derechos de las personas en sede administrativa y velar por la aplicación de principios constitucionales tales como el debido proceso, legalidad, buena fe, economía procesal eficacia y resaltan con gran hincapié el derecho a la igualdad.

Este último derecho al que hace referencia la abogada permite abrir una discusión frente a si este derecho a la igualdad enfocándolo desde el ámbito de la unificación de la jurisprudencia realmente tiene aplicabilidad, pues bajo el criterio de la presente investigación, la igualdad se da en la medida que los asociados puedan acceder a la administración con la claridad que el juez fallara conforme a la ley formal y que de esta manera se le permita tener claridad frente a qué y cómo debe reclamar, pues no se puede hablar de unos criterios iguales más si criterios similares respecto de la unificación de la jurisprudencia, por tal razón esta pequeña brecha entre similitud e igualdad en cuanto a los hechos facticos del caso que se pretenda señalar como objeto del litigio no permite que el

criterio del juez se restrinja a una sentencia fallada si no por el contrario, a la aplicación y análisis de la leyes buscando de esta manera la favorabilidad para el accionante y por ende el derecho a la igualdad en cuanto a la aplicación legislativa y no auxiliar como lo es la jurisprudencia.

Conforme a lo anterior se discrepa en la afirmación de la Doctora Castro teniendo en cuenta que su tesis la fundamenta en la aplicación del derecho a la igualdad y más aún cuando dentro del desarrollo sistemático de su trabajo describe que:

Los recursos de unificación y extensión de la jurisprudencia que fueron objeto de estudio, propenderán por que se resuelva de forma uniforme situaciones que tengan los mismos supuestos facticos y jurídicos, con base a las sentencias de unificación de jurisprudencia del Consejo de Estado(Castro, 2013, pág. 34).

El doctor Diego Eduardo López Medina en su libro Interpretación Constitucional Edición 2ª habla sobre la introducción sistemática a la técnica del precedente Constitucional en donde explica que la aplicación directa del texto constitucional al litigio corriente corre el riesgo de perder su credibilidad como práctica jurídica seria y poseedora de contenido específico si los jueces no son capaces de mostrar criterios unificados y claros de interpretación constitucional.

Trasformación del derecho Colombiano

Ha medida que el legislador reconoce la práctica que se da en las Cortes y que a través de las mismas y en su ejercicio jurídico le ha dado fuerza vinculante al precedente, se

podría llegar a pensar que la corriente del derecho en Colombia está migrando a un sistema de características anglosajonas .

Los artículos 4 y 230 de la Constitución de 1991, (República de Colombia, 1991) parecerían ser las normas constitucionales que regulan las fuentes del derecho en el país, porque, siguen con la dominante corriente positivista-formalista del derecho, estableciendo un sistema que, descendientemente, ubica a la Carta Fundamental y luego a la ley, en la cúspide de la pirámide y dejando a la jurisprudencia, en palabras de la misma Constitución, como un criterio auxiliar de derecho, y no una fuente capaz de vincular al operador jurídico para la resolución de conflictos posteriores. (Sarmiento, 2012, pág. 10).

Como bien lo señala el Doctor Bernal, el ordenamiento jurídico colombiano trasformaría su jerarquía normativa según el reconocimiento que se le dé a la jurisprudencia como fuente primaria del derecho. Las posiciones más radicales señalan que la independencia judicial, el concepto de criterio auxiliar son obstáculos que generalizan el rechazo a la jurisprudencia como fuente autónoma del derecho.

Es importante señalar que el legislador ha caído en un vacío jurídico, pues si bien es cierto sustenta su fundamento legal respecto a la aplicación de la extensión de la jurisprudencia en el derecho a la igualdad, debe ajustarse a lo que emana la propia norma, lo anterior toda vez, que si se entra en un análisis profundo de la constitución la ley 1437 del 2011, estaría en contraposición del artículo 4 de la C.N.

En consecuencia es necesario que el legislador desarrolle propuestas de reforma constitucional en donde la jurisprudencia ya no tenga el carácter de criterio auxiliar si no de fuente formal cuyo alcance le permita determinar la propia ley.

La inclusión o no de la fuerza vinculante del precedente en el texto constitucional en realidad parece mediar entre el pulso político que existe entre el congreso de la Republica y las Cortes, por el monopolio de las fuentes del derecho. Evidentemente, la rama legislativa parece haber perdido su capacidad aditiva de las mayorías ante una corte Constitucional de Colombia impulsada por la definición de un derecho judicial más intenso (Sarmiento, 2012, pág. 20) .

Una crítica a la extensión de la jurisprudencia del Consejo de estado como fuente formal del derecho

En el desarrollo de la presente investigación se utilizó el método de análisis-síntesis el cual permite estudiar de forma individual los diferentes elementos con el fin de identificar si la extensión de la jurisprudencia en Colombia transforma el concepto de fuente formal del derecho.

Del análisis de la doctrina consultada, se observó que inicialmente la jurisprudencia en Colombia fue concebida como un mecanismo puramente auxiliar de la justicia, pero paulatinamente la misma interpretación de las cortes y la costumbre judicial le fueron dando mayor preponderancia, tanto que mediante sentencias C-836 DE 2001, C-335 DE 2008, C- 083 DE 1995, C-634 DE 2011 , la corte constitucional ha manifestado que siendo la máxima autoridad en esta materia y siempre que la constitución política está llamada a orientar todas las leyes de la república y las actuaciones administrativas, los postulados de esta corporación son de obligatorio cumplimiento por parte de quienes imparten justicia, incluyendo los jueces de la republica e incluso las demás altas cortes del país. Posteriormente el concepto de jurisprudencia vinculante tomó más fuerza y se arraigó tanto

en la actividad judicial, que en la actualidad es muy raro encontrar una providencia que no adopte un postulado interpretativo de la Corte Constitucional o que se aparte de este postulado, incluso haciendo ejercicios de ponderación referente a derechos fundamentales.

Para el desarrollo de esta investigación se tomó como referencia estudiosos en la materia como el maestro López Medina, el Doctor Tamayo, Doctor Juan Pablo Sarmiento entre otros que permiten estudiar desde varias ópticas del derecho la influencia de la extensión de la jurisprudencia como fuente formal del derecho.

En Colombia en el trascurso de su historia jurídica se ha influenciado por dos sistemas, por un lado se hace referencia al sistema continental y por otro lado al derecho anglosajón o commonlaw, sin embargo el legislador acentúa de una forma directa en la constitución de 1991, las características del sistema continental cuya particularidad principal es el positivismo.

Es así como en la carta se constituye en el artículo 230 la jurisprudencia como método auxiliar de la justicia, sin embargo en el desarrollo de esta investigación se han encontrado contradicciones frente a esta norma.

El Doctor Libardo Orlando (Riascos Gomez, 2011, pág. 101) desarrolla un criterio sobre las fuentes del derecho, con la cual estamos de acuerdo respecto a la clasificación que hace, pues referencia a las fuentes escritas aduciendo que estas son aquellas que se ubican dentro de las normas jurídicas que hacen parte del llamado derecho ordinario, como lo son la constitución y todas las normas que se emanan de la misma y se refiere a las fuente no

escritas como todas aquellas que su esencia vama más allá de la norma jurídica, pero surgen o no de aquellas, estas fuentes según la teoría del doctor Riascos pueden llamarse fuentes auxiliares o accesorias complementarias del derecho, porque en ellas intervienen la actividad intelectual del ser humano, cuando interpreta, aplica métodos, principios, directrices normativas y argumentativa para desentrañar la esencia o el espíritu de las normas jurídicas.

Por el contrario para el doctor Otto, jurista español aduce que la jurisprudencia y el precedente constitucional se tienen que tomar como verdaderas fuentes formales del derecho, fundamenta esta posición en el principio de igualdad en la jurisprudencia, de igual forma y como se mencionó en el acápite sobre Las Diferentes Posiciones Frente A La Extensión De La Jurisprudencia el profesor Diego López abala esta posición y la propone como adopción para nuestro sistema jurídico.

La Corte Constitucional manifiesta que la doctrina y a la ley tienen que ser vista más allá de la ley formal, por consiguiente que respalde normas, tales como ley 1395 de 2010, 1437 de 2011 y 1564 de 2012 y haya introducido la vinculatoriedad de la jurisprudencia de los Tribunales de cierre de las diferentes jurisdicciones.

Jurisprudencialmente se redelineó el concepto común de criterio auxiliar de la jurisprudencia, se le dio el carácter de obligatoriedad y señaló que ésta contiene las normas que resultan de la interpretación de las disposiciones jurídicas y que especifican su contenido y alcance de la carta y hace parte, a su vez, del imperio de la ley a que están sujetos los jueces según la reinterpretación del artículo 230 de la Constitución.

De ninguna manera se desconoce los beneficios que la unificación de la jurisprudencia o extensión de la misma trae para el ciudadano, pero la forma en cómo se implementó esta figura en la ley 1437 del 2011, en sus artículos 3,10, 102, 269 y 270 evidencia una inestabilidad constitucional teniendo en cuenta que el artículo 4 de la CP se proclama como norma de normas, y desde este punto de vista se debió generar una reforma al artículo 230 para que de esta manera se integrara la jurisprudencia no como criterio auxiliar sino como fuente formal del derecho.

La vinculación al precedente y de las sentencias de unificación del consejo de estado, no implica que el derecho no evolucione, lo que significa en realidad es que en el sistema jurídico colombiano es necesario una reforma que este más acorde con la realidad social actual.

Los pronunciamientos que han emitido las altas cortes en especial los de la Corte Constitucional, expresan que el precedente judicial es de obligatorio cumplimiento, así como las sentencias de unificación del Consejo de Estado.

Esto en un discurso resguardado bajo los principios y derechos de la igualdad, transparencia, celeridad, seguridad jurídica que obedece a que el ciudadano sienta el respaldo del aparato judicial frente a la reclamación de un derecho.

Los funcionarios judiciales y administrativos tienen la obligación de tener en cuenta la aplicación del precedente judicial y las sentencias de Unificación del Consejo de Estado y de su inobservancia injustificada estarán expuestas a sanciones disciplinarias y penales en algunos casos.

Es así como por miedo de la ley 1437 del 2011, el legislador vínculo a las autoridades administrativas para que en un deber de observancia de las decisiones de unificación del Consejo de estado teniendo en cuenta los criterios puntuales que deben reunir como lo son igualdad de los presupuestos facticos y jurídicos, las personas acudan a la administración para tener el reconocimiento de sus derechos teniendo en cuenta que en sede judicial ya han sido reconocidos.

Lo anterior desvirtúa todo el discurso histórico en nuestro país sobre el concepto de las fuentes formales y criterios auxiliares del derecho. Al inicio de la investigación surgió el interrogante de si la extensión de la jurisprudencia en Colombia, integrada en el artículo 102 de la ley 1437 del 2011, transforma el concepto de las fuentes formales del artículo 230 de la constitución nacional, a lo cual después de contextualizar diferentes posiciones además de hacer un estudio puntual frente a los conceptos que presenta la Constitución Política, la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, se evidencia que en efecto hay una transformación total sobre el papel de la jurisprudencia como criterio auxiliar de la justicia, a una fuente formal del derecho y que por tal motivo es necesaria una reforma de carácter constitucional ya que se podría llegar a pensar que el sistema jurídico colombiano está migrando a un sistema anglosajón en donde la jurisprudencia es la fuente principal para el desarrollo los fallos de sentencias.

Conclusiones

Como se evidenció en todo el desarrollo de la presente investigación, la figura de la extensión de la jurisprudencia que entró en vigencia con la ley 1437 de 2011, suscitó varios interrogantes debido a la implicación que esto tuvo en el reconocimiento de las fuentes formales del derecho proclamadas en el artículo 230 de la constitución.

Si bien es cierto, el artículo 230 de la constitución del 91, menciona a la jurisprudencia como fuente auxiliar de derecho, no obstante al analizar las diferentes posturas se pudo llegar a la conclusión que este criterio cambió debido a que se tomó el precedente jurisprudencial como fuente formal de derecho en el entendido que logra el cambio de situaciones jurídicas como a bien lo realiza la ley.

En ese orden de ideas, la aplicación de la extensión de la jurisprudencia como se estudió en los acápites precedentes, nació por la necesidad de garantizar el derecho a la igualdad de trato que merecen los individuos cuando en una situación de hecho y de derecho similares se pueda reconocer un derecho que ya ha sido reconocido a otras personas. Por tanto, es propio afirmar que más allá de un debate jurídico lo que el legislador quiso rescatar con esta norma, fue el reconocimiento de derechos para la garantía y seguridad en los procesos judiciales.

Por tanto, como se anotó al inicio, el artículo 230 de la Constitución permanece indemne debido a que su contundencia y claridad son razones suficientes para que las normas recientemente adoptadas sean inconstitucionales, es de conocimiento de todos que en un sistema de Derecho escrito una cosa es la ley y otra la jurisprudencia. Y si, sin duda

alguna, la Constitución establece la obligatoriedad de la una y la subsidiaridad de la otra, entonces sería inocua la apreciación de afirmar que son lo mismo; en consecuencia, las disposiciones que están en la Constitución, en las leyes, en los actos administrativos y en los contratos no valen nada sin la interpretación, Y los precedentes son la interpretación de esas disposiciones.

De lo anterior se deduce, que la Corte Constitucional le dio a la jurisprudencia un valor distinto al tradicional, que, sin duda, ya se está viendo reflejado en el ordenamiento positivo porque hubo un cambio constitucional sin reforma a la Constitución.

Bibliografía

- Aliste Santos, T. (2013). *Sistema de Cammon Law*. España: Ratio Legis.
- Castro, P. A. (2013). *Unificacion y Extencion Jurisprudencial en el Proceso Administrativo*. Bogota: Universidad Militar Nueva Granada.
- Fernandez Pallarez, L. (2008). *Litigio Critico*. Creative Commos.
- Gomez Aranguren, G. (2011). *Instituciones del Derecho Administrativo en el Nuevo Codigo*. Bogota: ISBN.
- Gomez Serrano, L. (2008). *Hermeneutica Juridica "La interpretacion a la luz de la Constitucion "*. Bogota: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.
- Guevara, F. (2013). *dialnet.com*. Obtenido de http://dialnet.unirioja.es/buscar/documentos?querysDismax.DOCUMENTAL_TOD O=precente+judicial
- Gutierrez Gonzalez, H. (2011). La Interpretacion y Desarrollo del articulo 230 de la Constitucion Politica de Colombia Lopez Vs Tamayo. *Una Discucion Dogmatica*. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda.
- Gutierrez Torres, J. (2014). *El Precedente Judicial como fuente formal y material del Procemiento administrativo Volombiano*. Bogota: Universidad Nacional.
- Gutierrez torres, j. C. (2004). El precedente judicial como fuente formal y material del Procedimietno Administrativo Colombiano. Bogota: Universidad Nacional.
- Martines Cardenas, B. (17 de septiembre de 2011). Nueva Perpectiva del Sistema del Derecho Continental en Colombia. Bogota, Colombia: Universidad Del Rosario.
- Martínez Cárdenas, B. (2011). Nueva Perspectiva del Sistema De Derecho Continental en Colombia. *Revista ius et Praxis*, 30.
- Monrroy Cabra, M. G. (2013). *La interpretacion Constitucional*. Bogotá: Libreria Ediciones del Profesional Ltda.
- Parra, M. (2004). El Presedente Judicial en el Derecho Comparado . *Criterio Juridico Santiago de Cali* , (pág. 248). Cali.
- Quinche Ramirez, M. f. (2014). *El control de Constitucionalidad* . Bogotá: Grupo Editorial Ibañez.
- Riascos Gomez, L. O. (2011). *La Administracion Estatal y las Fuentes Del Derecho En El Derecho Administrativo*. Bogota: IBAÑEZ.
- Rico Puerta, L. A. (2013). *El Acto Administrativo*. Medellin: Universidad de Medellin.

Sarmiento, J. (2012). *Hacia la constitucionalización del precedente judicial en Colombia*.
Medellin: Sello Editorial Universidad de Medellin.