



La responsabilidad del Estado por el cambio de precedente jurisprudencial.

Andrés Arcila Chavarría

Trabajo de grado presentado como requisito final para optar el título en la Maestría en  
Derecho Administrativo.

Asesora: Nataly Vargas Ossa.

Universidad Autónoma latinoamericana

Faculta de Postgrados

Medellín

Corte 2018-1.

Dedicatoria...

A mi hermana Diana, pues le debo  
más que agradecimientos en mi vida.

## RESUMEN

La presente tesis, tiene por objeto realizar un análisis de la responsabilidad del Estado, específicamente de la derivada del cambio de los criterios establecidos en la jurisprudencia. Así, se demostrará el papel de importancia que juega la jurisprudencia y específicamente el precedente jurisprudencial en el sistema normativo de Colombia. Para esto, es necesario abordar aspectos legales, doctrinales y jurisprudenciales, e incluso, aspectos del derecho comparado, que posibilitan una respuesta clara y evidente frente al problema planteado.

Palabras Clave: Precedente, jurisprudencia, cambio.

## Contenido

INTRODUCCIÓN .....	6
OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN. ....	13
Objetivo general: .....	13
Objetivos específicos: .....	13
ASPECTOS METODOLÓGICOS .....	13
Estado de la cuestión preliminar .....	13
CAPÍTULO PRIMERO .....	18
La decisión judicial: El debido proceso y el precedente jurisprudencial como sus principales límites.....	18
La decisión judicial como fuente del Derecho.....	18
Elementos de la decisión judicial y el debido proceso.....	25
Las decisiones vinculantes en el marco del sistema normativo de Colombia.....	28
El precedente y la jurisprudencia: criterios que limitan lo denominado precedente jurisprudencial.....	31
Límites constitucionales de la decisión judicial.....	34
CAPÍTULO SEGUNDO: EL APARTAMIENTO DEL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL	36
El precedente jurisprudencial y su obligatoriedad de cara a la teoría del apartamiento del precedente desde el Derecho comparado. ....	36
Autonomía e independencia judicial.....	43
Lineamientos constitucionales y legales para el apartamiento del precedente. ....	45
El cambio del precedente jurisprudencial como causa de violación a Derechos constitucionales y legales.....	47
CAPÍTULO TERCERO: LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO JUEZ.....	54
La responsabilidad del Estado: Definición doctrinal y jurisprudencial. ....	54
Elementos de la responsabilidad del Estado. ....	60
Regimenes de responsabilidad.....	62
El error jurisdiccional y el daño especial como títulos jurídicos de imputación.....	66
CAPÍTULO 4: LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR EL CAMBIO DEL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL.....	76
Elementos de la responsabilidad del estado por el cambio del precedente.....	76
El daño especial como opción para endilgar responsabilidad al Estado Juez.....	80
Elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado derivado del cambio de precedente jurisprudencial.....	83

Los medios de control en la Ley 1437 de 2011.....	88
CONCLUSIONES.....	91
BIBLIOGRAFÍA .....	94

## INTRODUCCIÓN

El Derecho, como ciencia o disciplina encargada de regular la conducta del hombre en la sociedad, es la garantía de la protección individual y colectiva de cada aspecto de la vida. Es por ello por lo que los jueces y todo operador jurídico tiene en sus manos una de las tareas más importantes dentro de la sociedad, siendo esta la protección de los derechos de todos los individuos es por ello, que sus decisiones garantizan los principios generales del Estado y por ende el cumplimiento de los fines del Estado. Razón por la cual, la decisión judicial se vuelve uno de los pilares fundamentales del Estado, pues como una segregación del poder estatal a través de ella se garantiza el orden y la convivencia.

Su importancia es tal, que, en el sistema normativo colombiano, la decisión judicial ha sido calificada como una fuente principal del Derecho. Razón por lo cual, es importante establecer si la misma permanece en el tiempo o a medida que la sociedad cambia ella se ve obligada a hacerlo.

A través de la evolución histórica del Derecho, como rama del conocimiento encargada de regular la conducta del hombre en sociedad por medio de directrices deónticas (obligatorio, permitido, o prohibido), de la doctrina, de la hermenéutica, del precedente judicial en las múltiples situaciones jurídicas que crean, modifican o extinguen situaciones jurídicas de los particulares y con los cambios de los criterios jurisprudenciales, “se hace indispensable recalcar el norte de la función jurisdiccional: la igualdad y la seguridad jurídica” (Gaviria Cardona , 2018,

pág. 12). Por tanto, es necesario tratar de implementar reflexiones que permitan brindar elementos en torno a la seguridad jurídica y la protección de directrices constitucionales, en aras de aportar pautas para fortalecer los vacíos legales, doctrinales y jurisprudenciales que existen en torno a la responsabilidad del Estado por el cambio del precedente jurisprudencial.

Dicha problemática, se evidencia de manera contundente en las altas corporaciones judiciales, por ejemplo, recientemente con la sentencia de la Corte Constitucional, T-109, Mar. 13/19, en donde se establece la preponderancia de los criterios de la Corte Constitucional, sobre las demás corporaciones, contrariando lo establecido incluso por ella misma, en sentencia SU 354 de 2017.

Es menester establecer que, el objeto principal del presente trabajo de investigación es buscar una respuesta a la inquietud que aborda a muchos juristas incluso a aquellos en formación, respecto a la existencia de responsabilidad del Estado por el cambio de reglas y criterios en los pronunciamientos judiciales que constituyen precedente jurisprudencial; y a su vez, si es el caso, examinar si el agravio causado por el Estado en ejercicio de esa actuación legítima es susceptible de ser resarcido o reparado.

Es de gran importancia manifestar que actualmente son pocas las posturas dogmáticas que se caracterizan por ser sólidas respecto al tema que se pretende tratar; tal como se evidencia en el libro “Responsabilidad del Estado por aplicación retroactiva de cambios de jurisprudencia” y “responsabilidad del Estado por simple cambio de jurisprudencia en el Derecho colombiano”, por lo cual, es obligación acudir a diferentes autores nacionales e internacionales que servirán

como referente teórico por su amplio estudio y conocimiento del tema principal de la tesis, dichos autores son: Álvaro Cuesta Simanca, Eduardo Oteiza, Michele Taruffo, entre otros; abordar la jurisprudencia decantada por los diferentes funcionarios jurisdiccionales teniendo como pilar fundamental las sentencias hito de la Corte Constitucional SU047 de 1999, SU836 de 2001, SU 354 de 2017; así como también la jurisprudencia a nivel del Derecho internacional.

Si bien el sistema legal colombiano, a través de la creación de los múltiples cuerpos normativos, ha tratado de regular las posibles situaciones jurídicas que se puedan presentar en ejercicio de las funciones del Estado y específicamente las funciones jurisdiccionales, hay situaciones en cuanto al precedente jurisprudencial que aún no han sido solucionadas; y como consecuencia de ello, se presentan violaciones directas a garantías y derechos fundamentales y por lo tanto constitucionales. El ejemplo claro se presenta cuando los jueces producen fallos judiciales apelando a la autonomía judicial.

Lo anterior, se sustenta en lo que manifiesta el profesor Alejandro Gaviria Cardona:

El punto clave es que el derecho legislado, contrario a lo que se podría estar tentado a pensar, puede representar un obstáculo para la seguridad jurídica, toda vez que frente a una situación en particular o un caso en concreto, la norma puede ser interpretada de forma diferente por cada uno de los funcionarios que tenga a su cargo el “darle vida o sentido” a la norma, además de la complejidad misma que entrañaría el conocer, a cabalidad, la legislación que regula la situación.

Para evitar esas arbitrariedades, la función interpretativa desplegada por los jueces debe estar limitada en algún sentido y no dejarse librada al azar o a la simple liberalidad del interprete (...) (Gaviria Cardona, 2018).

Por tanto, si bien existen directrices deóntico-normativas para que los jueces puedan apartarse de los criterios jurisprudenciales decantados por sus antecesores-tal como se manifiesta en sentencias de la Corte Constitucional C-621 de 2015 y Sentencia SU354/17-, y posibilitar un cambio de dichos criterios, no se puede olvidar, que los jueces deben preservar principios constitucionales como el debido proceso, el principio de uniformidad, entre otros; para no alejarse de los mismos como lo expresaba Hans Kelsen en su libro “Teoría pura del Derecho”. Es aquí donde cobra gran importancia establecer si dichos principios, salvaguardan los derechos fundamentales de igualdad, la seguridad jurídica e incluso los fines del Estado, descritos en la Constitución Política de Colombia.

El cambio de precedente jurisprudencial, contrario a lo que se está tentado a pensar, puede vulnerar directrices constitucionales como lo son el debido proceso, la uniformidad, la seguridad jurídica, la igualdad y el Derecho a la defensa; pues si se realiza una aplicación retroactiva del precedente jurisprudencial (esto es, que se aplica un nuevo criterio de interpretación a casos que se presentan antes de dicho criterio), se genera un daño antijurídico que el ciudadano no está en el deber de soportar, es por ello que dicho cambio debe de hacerse respetando normas convencionales y constitucionales.

Por lo anterior, en el presente trabajo de investigación, se hace necesario abordar temas como la responsabilidad del Estado, la jurisprudencia como fuente de obligaciones, el cambio de los criterios jurisprudenciales y sus consecuencias como problema fundamental planteado, con el propósito de brindar una posible respuesta a la problemática ya descrita.

De todo lo anterior, surge la siguiente pregunta: ¿cuál es la responsabilidad del Estado por el cambio de precedente jurisprudencial?

Ha de indicarse que el desarrollo dogmático, legal y jurisprudencial ha tratado de dar solución a la pregunta y a la problemática anteriormente planteada (que evidencia una violación a diferentes tipos de derechos constitucionales), con el desarrollo de las prerrogativas estructurales de dichas figuras, con miras a garantizar los fines esenciales del Estado. Sin embargo, no se ha logrado el fin propuesto, toda vez que, al realizar los cambios jurisprudenciales, se pueden ver vulnerados los derechos constitucionales, generando perjuicios a una de las partes del proceso judicial, ya sea demandante o demandado. (Cuesta Simanca, 2012).

Es por lo anterior, que el presente trabajo de investigación pretende tener impacto y ser de utilidad para todos, debido que, al establecer la existencia de la responsabilidad del Estado por el cambio de precedente, se concientiza a los operadores judiciales a la hora de realizar los cambios de precedentes jurisprudenciales, evitando así la vulneración de garantías fundamentales a la hora del cambio de criterio jurisprudencial.

Es importante para todos aquellos que poseen una formación integral y profesional en Derecho, entender que dicho problema se ha presentado a través de la evolución del sistema jurisprudencial colombiano, y que en la actualidad se sigue presentando. No obstante, aunque existen decisiones de las altas corporaciones judiciales, es difícil controlar la inseguridad jurídica que se evidencia en diversos casos cuando se presenta un cambio de los criterios jurisprudenciales; pues a través de estos se genera una falta de certeza a la comunidad jurídica respecto a cómo van a decidir los jueces los casos puestos a su consideración. Por ello, incluso los mismos jueces se ven sujetos a confusión y se ven inmersos en el problema planteado, generando inestabilidad del aparato jurisdiccional. Esto indica la pertinencia de la presente investigación con miras a encontrar una propuesta adecuada para la problemática planteada.

De lo anterior se deriva que muchos de los pronunciamientos judiciales ponen en tela de juicio el desarrollo dogmático-constitucional que se incorporó a partir del año 1991, en los diversos preceptos normativos del ordenamiento jurídico colombiano. Esos preceptos, evidencian una fuerte protección a toda persona, que a través de los desarrollos jurisprudenciales se han tratado de proteger, y que se pueden ver afectados por la nueva interpretación y modificación de los fallos judiciales que no aplican los criterios jurisprudenciales establecidos o los cambian en un momento dado.

Es menester entonces, disponer de las herramientas que han brindado las Altas Cortes; los doctrinantes, y en principio la ley; para dar respuesta al problema actual que enfrenta el sistema

de justicia en Colombia, y así poder dar consciencia a los aplicadores y creadores del Derecho; a la hora de cambiar el precedente jurisprudencial.

De lo anterior, se desprende la pertinencia del presente trabajo de investigación con miras a fortalecer el correcto ejercicio del Derecho; facilitando así, un planteamiento teórico que posibilite entender que el cambio de precedente jurisprudencial puede llegar a vulnerar derechos fundamentales que deban ser sujetos de reparación por los daños antijurídicos generados, evitando así la inseguridad jurídica, la vulneración al debido proceso y la igualdad.

## **OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN.**

### **Objetivo general:**

Establecer la responsabilidad del Estado por el cambio del precedente jurisprudencial.

### **Objetivos específicos:**

1. Identificar los criterios que permiten establecer la fuerza vinculante de la decisión judicial y sus principales límites.
2. Estudiar la teoría del apartamiento judicial de cara a la seguridad jurídica y la independencia judicial.
3. Analizar los fundamentos, elementos y título de imputación de la responsabilidad del Estado por el cambio de precedente jurisprudencial.

## **ASPECTOS METODOLÓGICOS**

### **Estado de la cuestión preliminar**

De cara a todo lo anterior, es importante resaltar los referentes principales del presente trabajo, pues se ha encontrado que a nivel doctrinal, existe un autor colombiano que trata de abordar la problemática planteada, ello sin obtener una respuesta satisfactoria a su pregunta de investigación, dicho autor de nombre Álvaro Cuesta Simanca publicó el libro “La responsabilidad del Estado por aplicación retroactiva de cambios de jurisprudencia” abordando únicamente el tema desde el Consejo de Estado, indicando que

“(…) cuando el cambio de jurisprudencia genera daños antijurídicos, ellos son imputables jurídicamente al Estado, como error jurisdiccional, en tanto se presentan los elementos que configuran ese título de imputación (...). Con todo debe reconocerse que aceptar la responsabilidad del Estado por cambio de jurisprudencia y por ende, hay derecho a la reparación de perjuicios ocasionados a quienes se les aplico un criterio jurisprudencial no acertado (...)” (Cuesta Davu, 2019 , págs. 163 - 164).

A nivel internacional y de Derecho comparado, se encuentra que, en Perú, el Tribunal Constitucional en Sentencia del 12 de agosto de 2005, en

expediente Nro. 3361-2004-AA/TC; y sentencia del 5 de julio de 2004, expediente no. 0090-2004-AA/TC. Suprema Corte de la Nación Argentina, caso Téllez, cita de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe no 105/99 del 29 de septiembre de 1999, caso no 10.194, Narciso Palacios – Argentina. VENEZUELA TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. SALA CONSTITUCIONAL. Sentencia del 24 de enero de 2007, expediente no. 06-1260; sentencia no 821 del 5 de mayo de 2006; sentencia no 3057 del 14 de diciembre de 2004 (Cuesta Davu, 2019 , pág. 16).

Los Órganos anteriores, han abordado dicha problemática, absteniéndose de aplicar nueva jurisprudencia al caso que sustenta su nueva interpretación, postergando la aplicación de sus efectos a los casos que se presente a partir de su existencia.

A nivel legal, y más específicamente en el marco normativo de Colombia, no se ha encontrado directrices deóntico-normativas que planteen la responsabilidad del Estado por el cambio del precedente; sin embargo, vale la pena resaltar que, a nivel jurisprudencial, existe un fallo del Consejo de Estado en donde se realizó un adecuado cambio de precedente jurisprudencial, dicho fallo es de la sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera, sentencia del 4 de mayo de 2011, expediente Nro. 19.957. M.P doctora Ruth Stella Correa Palacio, en el mismo se indicó que:

(...) por ello si un órgano de cierre fija en un momento dado un criterio jurisprudencial sobre la acción idónea para reclamar un Derecho, es claro que luego de presentada la demanda no es razonable ni proporcionado que sorprenda al demandante con un intempestivo cambio de criterio en este punto.

Una decisión en ese sentido, claramente obstaculiza el goce y el ejercicio del Derecho a acceder a la justicia y se erige en una barrera ilegítima erigida, paradójicamente, por aquel que está encargado de hacer valer su contenido y alcance.

En otros términos, el Derecho de acceso a la justicia debe traducirse en el terreno práctico en la posibilidad efectiva de plantear pretensiones ante la jurisdicción competente, probarlas y alegar, para que ésta se pronuncie al respecto. De modo que ese Derecho no se agota con su mera proclamación normativa o nominal, sino que exige un mínimo de certidumbre en la manera como los jueces interpretan las acciones previstas al efecto, de suerte que ulteriores cambios en ese punto no tengan por qué menguar su alcance. (Sentencia 19957, 2011).

Según el profesor Cuesta Simanca, dicho fallo, tiene un origen en un pronunciamiento de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo Sentencia del 27 de marzo de 2007, expediente Nro. 2000-02513-01(IJ). M.P. doctor Jesús María Lemos Bustamante, reiterada por la Sección Segunda en sentencia del 11 de marzo de 2010, expediente Nro. 0792-2006. M.P. doctor Alfonso Vargas Rincón.

### **Estrategia metodológica**

De cara a lo anterior, la presente investigación, utilizará un enfoque descriptivo – explicativo, toda vez que es posible llegar a conclusiones determinadas derivadas de una cadena lógica de preposiciones descriptivas de un problema determinado y explicativas de una situación en particular denominada cambio de precedente jurisprudencial. Y analítico, toda vez que partiendo de una base general o de un todo, será posible descomponer cada una de sus partes que permitirá llegar a una conclusión determinada. Analizando el sistema de fuentes del Derecho en Colombia, específicamente la jurisprudencia de las altas Cortes su cambio y aplicación que me permita dilucidar la existencia de un problema aplicativo del precedente en el momento de su cambio. Por lo que se hace necesario, para la presente investigación estudiar los siguientes aspectos generales sin dejar a un lado que a través de la investigación se desprendan otros:

1. La jurisprudencia como fuente de obligaciones en Colombia, lo que implica un estudio conceptual de múltiples sentencias y autores.
2. Posturas de derecho comparado aplicables al tema de investigación.
3. La responsabilidad extracontractual del Estado.

Para así poder analizar y distinguir las consecuencias del cambio del precedente jurisprudencial y determinar si es posible derivar responsabilidad estatal.

## **CAPÍTULO PRIMERO: LA DECISIÓN JUDICIAL: EL DEBIDO PROCESO Y EL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL COMO SUS PRINCIPALES LÍMITES**

La decisión judicial, dentro del marco del Estado social de Derecho constituye la realización de los fines del Estado; pues la misma garantiza el cumplimiento de la teoría de los pesos y contrapesos en cuanto a la regulación de poderes, garantizando así el desarrollo de las libertades y derechos colectivos e individuales. Debido a lo anterior, la misma cobra gran importancia en el sistema normativo colombiano y es considerada como fuente del Derecho.

Es entonces que para el cumplimiento del objetivo trasado, se hace necesario analizar la decisión judicial a profundidad y determinar qué la hace tan importante; cuál es su fuerza vinculante y cuál es su límite.

### **La decisión judicial como fuente del Derecho.**

La decisión judicial, es uno de los pilares fundamentales de la administración de justicia; es por ello que se hace importante resaltar que a través de ella es posible cumplir con uno de los fines esenciales del Estado; debido a lo anterior, el presente capítulo, tiene como propósito establecer qué es la decisión judicial y cuáles son sus límites; puesto que delimitando su definición y su alcance, será posible establecer cuáles son los criterios que permiten establecer la fuerza vinculante de la decisión judicial; y así lograr identificar efectivamente su alcance. Es claro para aquellos que poseen una formación en Derecho, que el panorama judicial y específicamente dicha función es de las que guarda mayor complejidad a la hora de efectuarse, puesto que los

jueces tienen en sus manos los derechos individuales y colectivos de todos los individuos, de manera que la misma es una garantía al cumplimiento de los fines del Estado.

La decisión judicial, constituye uno de los fines esenciales del Estado; siendo este la realización de la función jurisdiccional, por ello para entenderla; se hace necesario conceptualizarla,

función jurisdiccional, [es] entendida como potestad del Estado para declarar el derecho aplicable a un caso determinado, que genera por sí mismo un conflicto, el cual no puede ser objeto de solución de manera espontánea, no solo es ejercida por los órganos pertenecientes a la rama jurisdiccional, sino que también pueden ser resueltos por sujetos no pertenecientes a la misma, razón por la cual, se les han otorgado reconocimientos de orden constitucional para juzgar; por lo cual, se han denominados a estos, equivalentes jurisdiccionales, con potestad para resolver pretensiones procesales (Amorocho Martínez "et al", 2009).

La decisión judicial, constituye una de las manifestaciones que realiza el juez dentro del proceso jurisdiccional. Según lo descrito por el artículo 278 del Código General del Proceso colombiano, las manifestaciones o providencias judiciales son dos:

(...) pueden ser autos o sentencias.

Son sentencias las que deciden sobre las pretensiones de la demanda, las excepciones de mérito, cualquiera que fuere la instancia en que se pronuncien, las que

deciden el incidente de liquidación de perjuicios, y las que resuelven los recursos de casación y revisión. Son autos todas las demás providencias. (Ley 1564 de 2012).

Ahora bien, la anterior afirmación evidencia que la decisión judicial posee uno de los papeles más importantes en la administración de justicia; sin embargo, dicha afirmación puede conllevar a la aceptación de lo manifestado por la teoría legalista en donde se entiende que:

la decisión judicial se constituye como la conclusión de un silogismo en el cual la premisa mayor es la norma, los hechos son la premisa menor, y la sentencia la conclusión (Petev, 1996). El fallo judicial se entiende como la especificación de normas jurídicas en donde no hay espacio para la discrecionalidad del juez ni para valoraciones políticas. (Suárez Manrique, 2012, pág. 148)

Sin embargo, como lo manifiesta el autor anteriormente citado,

Las teorías acerca de la decisión judicial pueden ser tantas que un detallado listado desborda el objeto del presente artículo. Desde ya, se anuncia que se dejan por fuera modelos clásicos para ceder el paso a las teorías que se consideran actualmente como las más importantes. Las teorías escogidas son: la legalista, la actitudinal, la constitucionalista, la estratégica, la sociológica, la económica, la pragmática, la social, la ecléctica, la intuicionista y la escéptica. (Suárez Manrique, 2012, pág. 147)

La decisión judicial,

(...) se puede entender como el resultado del procedimiento que lleva a cabo el juez para resolver un problema con relevancia jurídica que ha sido sometido a su conocimiento y que puede ser reconstruido a través de dos premisas y de una conclusión. Estas premisas suelen denominarse premisa normativa y premisa fáctica. Siguiendo la distinción entre justificación interna y externa, se puede realizar un «juicio de corrección» lógico o «formal» que consiste en corroborar que la conclusión o decisión se deduce de las premisas (justificación interna), y un juicio de corrección «sustantivo» que atiende a la justificación externa de las premisas. (Carbonell Bellolio, 2017, pág. 22).

Ahora bien, para efectos de la presente investigación será considerada la decisión judicial como aquel acto procesal que realiza el juez investido de la facultad jurisdiccional que le permite concluir la litis originada por hechos jurídicamente relevantes; guiado por los principios constitucionales del debido proceso de la mano del Derecho a la defensa, la autonomía e independencia; la imparcialidad, la justicia y la igualdad de la aplicación del sistema normativo tal como se deriva de la interpretación del artículo 228 de la Constitución política de Colombia. Pues es la decisión judicial aquella que garantiza el Estado Social de Derecho, brindando a todos los ciudadanos seguridad jurídica dentro del sistema colombiano.

Dichas decisiones judiciales, pueden establecerse o constituirse como fuente del Derecho en sistemas normativos como el colombiano o el caso español; donde el Civil Law impera en la

creación del Derecho, es así como lo hace saber Victoria Iturralde “El objeto de las páginas siguientes no es poner de relieve la importancia que de facto tienen las decisiones judiciales (hecho hoy en día ampliamente aceptado), sino afirmar que las mismas tienen, de iure, la calidad de fuente de Derecho.” (Iturralde Sesma, 1995, pág. 401).

En Colombia, el sistema legal de fuentes del Derecho lo encontramos desarrollado en el artículo 230 de la Constitución política; este artículo manifiesta al tenor 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.” (Constitución Política de Colombia, 1991).

De lo anterior, claramente se evidencia que existen múltiples fuentes a las que los jueces pueden acudir para fundamentar la actividad judicial. Una fuente, según el doctrinante Alf Ross son aquellos “elementos que ejercen influencia en la formulación por parte del juez, de las reglas en las que éste basa su decisión” (Ross, 2007), esos elementos a la luz del artículo 230 de la constitución son: la jurisprudencia, la ley; la doctrina, la costumbre y los principios generales del Derecho.

Por otra parte, Miguel Reale, indica que las fuentes del Derecho son:

- Fuente Material: la define como los estudios y procesos de creación de leyes, mediante la lógica, razón, cultura, historia, o medio ambiente (...) para brindar seguridad, y orden administrativo, jurídico, y normativo a las personas, y
- Fuente formal: que la define como los estudios filosóficos y sociológicos que son de origen éticos y los hechos que condicionan a la aparición de las transformaciones de las normas. (Reale, 1993 )

Siguiendo lo establecido por el artículo 230, para el doctrinantes como Carlos Bernal Pulido, Hernán Alejandro Olano García y Alejandro Gaviria se vislumbran dos interpretaciones o tesis diversas (Bernal Pulido, La fuerza Vinculante de la Jurisprudencia en el Orden Jurídico Colombiano., 2003) (Olano Garcia , 2010) (Gaviria Cardona, 2018), respecto a la interpretación que debe recibir el sistema de fuentes normativas en Colombia, y más aún la decisión judicial, estas son:

1. Tesis escéptica.
2. Tesis optimista.

La primera, se “fundamenta en una interpretación literal y exegética del artículo 230 del [sic] Constitución Política, que se establece que los jueces sólo están sometidos “al imperio de la Ley” (...)” (Gaviria Cardona, 2018, págs. 41, 42) es decir, que las demás fuentes constituyen “una guía no vinculante para el juez, que podría inspirarlo si se enfrentase a una duda sobre el sentido de la ley” (Gaviria Cardona, 2018)

La segunda,

Se basa en definitiva, en tres argumentos: i) no es posible limitar entre la creación del derecho a través de la ley su aplicación mediante la jurisprudencia, ii) la obligatoriedad del precedente garantiza la coherencia del sistema jurídico y la aplicación del principio de igualdad, iii) la interpretación literal del artículo 230 de la Constitución Nacional es superable y no amenaza la independencia judicial, la que se garantiza con el acatamiento al sistema de fuentes y no a las opiniones o intereses de otros.

Al igual que la Corte Constitucional, la doctrina ha entendido que cuando el artículo 230 de la Constitución Nacional establece que los jueces están sometidos al imperio de la Ley, debe entenderse como ordenamiento jurídico. (Gaviria Cardona, 2018)

De cara a lo anterior, es menester indicar que la decisión judicial; posee una gran importancia en el sistema de creación, interpretación y garantías de derechos fundamentales como lo son la igualdad; la seguridad jurídica, el debido proceso; entre otros, y se puede indicar que “los precedentes judiciales ofrecen al juez un valioso instrumento en la interpretación de normas jurídicas y, además; coadyuvan como técnica argumentativa, a la racionalidad de la argumentación jurídica” (Gaviria Cardona, 2018)

Ahora bien, se sabe que la finalidad de la decisión judicial es garantizar la protección de los derechos individuales y colectivos, es por ello por lo que el poder o rama judicial;

(...) está para custodiar el cumplimiento de la Constitución y para garantizar los derechos de cada uno, incluso si, para hacerlo, debe afrontar la ira de las multitudes. (...)

A los jueces, funcionarios técnicos, está reservado el papel de boca de la ley: frente a un conflicto concreto, ellos deben averiguar los hechos, encuadrarlos en las leyes vigentes y aplicar la solución que ellas dispongan. Les está vedado tomar en cuenta sus propias opiniones y hasta es delito para ellos juzgar contra el mandato legislativo. (Guibourg, 2015, pág. 46)

La decisión judicial, contiene en sí misma una de las garantías al Estado Social de Derecho ya que las normas que son la guía de dichas decisiones, y tal como lo afirma el profesor Javier Tamayo “todas las normas, inclusive las constitucionales están orientadas al logro del valor supremo de la Constitución, la cual es el Estado Social de Derecho” (Tamayo Jaramillo , 2013, pág. 275).

### **Elementos de la decisión judicial y el debido proceso.**

La decisión judicial contiene una cantidad de elementos que le son indispensables para que la misma cumpla con todos los parámetros normativos, ónticos y deónticos; tal como lo propone la profesora Flavia Carbonell Bellolio dichos parámetros son:

- 1) descomponer la decisión judicial en distintos enunciados y subdecisiones; dicho de otra forma, presenta la decisión como un conjunto de enunciados y

decisiones fraccionadas; 2) agrupar esas cadenas de enunciados y subdecisiones bajo las categorías premisa fáctica y premisa normativa; 3) emplear cuatro significados específicos de corrección: corrección epistémica, corrección axiológica, corrección procesal y corrección lógica, según los elementos entre los que se produce la relación de ajuste (enunciados descriptivos o normas y decisiones, respectivamente) y el tipo de operación involucrada; 4) emplear corrección lógica especialmente para dar cuenta de la justificación interna de la decisión judicial; 5) aplicar la corrección epistémica y axiológica para la justificación de los distintos tipos de enunciados que componen las premisas fáctica y normativa; 6) vincular los criterios específicos de estos tipos de corrección con la teoría y/o ideología que quien emite el juicio tenga en materia de concepto de derecho, interpretación y argumentación y aplicación judicial del derecho (criterios de corrección en concreto); y 7) enfatizar que los juicios de corrección se encuentran condicionados por los presupuestos teóricos e ideológicos que asume el juez o el analista que los realiza. (Carbonell Bellolio, 2017, pág. 32)

Se evidencia que las sentencias judiciales deben tener unos elementos de razonamiento por parte del juez fuera de la estructura formal de la *obiter dictum* y la *ratio decidendi*, estas son entendidas de la siguiente manera:

Por *ratio decidendi*, precisó que ella debía considerarse como “la formulación general... del principio, regla o razón general que constituyen la base de la decisión judicial específica. [o] si se quiere, el fundamento normativo directo de la parte resolutive” y finalmente, por *obiter dictum* o *dicta*, “toda aquella reflexión adelantada por

el juez al motivar su fallo, pero que no es necesaria a la decisión; [esto es, las] opiniones más o menos incidentales en la argumentación del funcionario”. (Sentencia T-292/06, 2006).

Es decir que las decisiones judiciales son un conjunto de elementos filosóficos, sociológicos; axiológicos, epistemológicos; normativos, fácticos y jurídicos, pues como se indicó no solamente se debe componer de ese principio de regla o razón jurídica (*ratio decidendi*) ni tampoco solamente de esa reflexión normativa (*obiter dictum*); sino que la decisión debe ser compuesta de manera interdisciplinaria abordando los elementos que brindan áreas como la filosofía, axiología, fenomenología, epistemología y la sociología.

Sin embargo, además de los elementos enunciados hay que indicar la finalidad de la decisión que es de gran importancia y realmente garantiza los fines del Estado Social de Derecho; dicha finalidad es que todo lo anterior debe estar fundado en el respeto de las directrices convencionales, constitucionales y jurisprudenciales, para que se evidencie un debido proceso en la expedición de dicha decisión.

De otro lado, el debido proceso, es entendido como

un derecho fundamental que tiene por objeto la preservación y efectiva realización de la justicia material. Este derecho, ha sido ampliamente reconocido como un límite al ejercicio, in genere, de los poderes públicos; esto, pues tal y como lo preceptúa la

Constitución Política, debe ser respetado indistintamente, tanto en las actuaciones administrativas, como en las de carácter jurisdiccional.

Adicionalmente, esta Corporación ha expuesto en forma reiterativa, que el derecho al debido proceso está conformado por un conjunto de garantías que tienden por el respeto y protección de los derechos de los individuos que se encuentran incurso en una determinada actuación de carácter judicial o administrativa; y en virtud de las cuales, las autoridades estatales cuentan con la obligación de ajustar su accionar conforme a los procedimientos contemplados para cada tipo de trámite. (Sentencia T-317/14, 2014)

Todo lo anterior indica, que la decisión judicial es uno de los mecanismos más importantes para garantizar los fines del Estado Social de Derecho; cumpliendo uno de los presupuestos sustanciales más importantes del Estado para garantizar los derechos y deberes de los individuos.

### **Las decisiones vinculantes en el marco del sistema normativo de Colombia.**

Pero... ¿Pueden los jueces fallar desconociendo las decisiones judiciales de sus pares o superiores?, la respuesta se torna sencilla con la afirmación anotada en los párrafos anteriores, y más aun teniendo en cuenta que la finalidad de la decisión judicial es garantizar el debido proceso, la seguridad jurídica, la igualdad, la confianza legítima, etc. Como se indicó el debido proceso funciona como garantía de seguridad jurídica y cumplimiento a las directrices normativas. Los jueces en sus decisiones deben tener en cuenta las decisiones judiciales tomadas que preceden las suyas, es así como lo afirma la Corte Constitucional al indicar que:

se puede clasificar el precedente en dos categorías: (i) el precedente horizontal, el cual hace referencia a las decisiones proferidas por autoridades del mismo nivel jerárquico o, incluso, por el mismo funcionario; y (ii) el precedente vertical, que se refiere a las decisiones adoptadas por el superior jerárquico o la autoridad encargada de unificar la jurisprudencia. El precedente horizontal tiene fuerza vinculante, atendiendo no solo a los principios de buena fe, seguridad jurídica y confianza legítima, sino al derecho a la igualdad que rige en nuestra Constitución. Asimismo, el precedente vertical, al provenir de la autoridad encargada de unificar la jurisprudencia dentro de cada una de las jurisdicciones, limita la autonomía judicial del juez, en tanto debe respetar la postura del superior, ya sea de las altas cortes o de los tribunales. (Sentencia SU354, 2017).

Todo ello, evidencia que el juez debe atender a las garantías constitucionales fundamentalmente al

principio de igualdad, debido a que está obligado a interpretar la ley en la misma forma, para que casos iguales sean fallados en igual manera, lo cual es una cortapisa impuesta a la jurisprudencia a partir de la Constitución de 1991, ya que sobre ella en la Asamblea Constituyente se expresó: «La jurisprudencia en el país es una niña juguetona» que frente a sus cambios «es tal la inestabilidad jurisprudencial en algunas materias, que asuntos similares se despachan de manera diferente [...] con perjuicios a veces de la inversión privada». La resolución de los conflictos por parte de los jueces sin atender a los criterios expuestos por ellos en sus anteriores providencias supone una sujeción total al principio de la independencia judicial en detrimento del principio de la igualdad, lo cual degenera en inseguridad jurídica para los asociados. (Hernández Meza, 2002, pág. 7)

Es por lo anterior, que se dice que el precedente jurisprudencial es vinculante para todos los jueces, incluso para las altas corporaciones; sin embargo, antes de continuar, se hace necesario pensar en las instituciones jurídicas que han trasado el camino para llegar a la presente conclusión, por ende, es menester abordar definiciones como lo son la doctrina probable y doctrina legal; para lo cual, por doctrina probable, de conformidad con el artículo 10 de la Ley 153 de 1887, el cual fue subrogado por el artículo 4 de la Ley 169 de 1889 se entendió,

Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, como tribunal de casación, sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable, y los jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores. (Ley 153, 1887).

Doctrinalmente se ha entendido como aquella conformada por “tres sentencias uniformes de la Corte suprema de justicia, como tribunal; sobre un mismo punto de derecho” Finalmente, la doctrina “consistía en observar con detenimiento los argumentos que se utilizaban en la resolución del caso concreto para de allí extraer criterios de solución flexibles que fueran afinando el derecho en casos futuros”. (Gaviria Cardona, 2018, pág. 36)

La doctrina probable es entonces el grupo de sentencias (tres) uniformes de un alto tribunal sobre un punto de Derecho determinado que le sirve al juez para tomar una decisión determinada, mientras que la doctrina legal, son esos argumentos que sirven como sustento para basar sus decisiones futuras; ambas figuras, evolucionaron hasta llegar al punto en el que se encuentran

hoy con la sentencia C-836 de 2001 que fue la que redefinió el precedente jurisprudencial, en aras de garantizar directrices de orden constitucional y legal por medio de la seguridad jurídica, es así que se puede indicar que: “La seguridad jurídica, vista como estabilidad y continuidad del orden jurídico y previsibilidad de las consecuencias jurídicas de determinada conducta, es indispensable para para la conformación de un Estado que pretenda ser “Estado de Derecho”. (Fuenmayor, 2010)

### **El precedente y la jurisprudencia: criterios que limitan lo denominado precedente jurisprudencial.**

Ahora, se habla del precedente y de la jurisprudencia; pese a que la “jurisprudencia y precedente pueden ser utilizados como sinónimos” (Ramelli, 2015, pág. 43), es necesario conceptualizar las dos para proceder a determinar cómo se entenderá el precedente jurisprudencial en el presente trabajo.

La jurisprudencia, según el tratadista Felipe Clemente de Diego, es la aplicación del conocimiento teórico-práctico que surge de la aplicación las fuentes del Derecho; pero además consiste en “el arte bien difícil de aplicar el derecho al hecho, es decir, de poner la Ley en acción, de restringir o extender su aplicación a las innumerables cuestiones surgidas en el choque de los intereses y en la variedad de las relaciones sociales” (Clemente de Diego, 1925, pág. 49); se entiende entonces la jurisprudencia como una manifestación de Derecho a través del ejercicio de la jurisdicción, que elabora un juez de manera interpretativa sobre la norma jurídica;

estableciendo así parámetros legales para otro fallador, con el fin de generar posturas idénticas dentro de la jurisdicción, basados en el principio de uniformidad; entendiéndose éste entonces como aquel criterio uniforme y constante que deben tener los jueces en sus decisiones, respetando otros falladores y los criterios establecidos en las providencias judiciales, creando así un precedente jurisprudencial, con el fin de brindar seguridad jurídica. (Arcila Chavarría, 2017, pág. 15).

Por su parte,

Cuando se habla del precedente se hace generalmente referencia a una decisión relativa a un caso particular, mientras que cuando se habla de la jurisprudencia se hace, generalmente, referencia a una pluralidad, a menudo bastante amplia, de decisiones relativas a varios y diversos casos concretos. (Taruffo, Precedente y Jurisprudencia, 2007, pág. 87).

Estas definiciones, posibilitan comprender cuál es el alcance de las palabras que aquí se utilizan, denominadas precedente y jurisprudencia; así mismo, abren la posibilidad de configurar una definición de precedente jurisprudencial; y saber que se tratan de manera indistinta ambas definiciones (precedente y jurisprudencia), es así donde encontramos que el precedente jurisprudencial es definido como:

(...) aquellas decisiones adoptadas por los jueces en un mismo sentido (Pluralidad de decisiones), que tienen como fin garantizar la congruencia de las decisiones judiciales en casos similares (Casos concretos), para que así no exista una distorsión de decisiones con diferentes interpretaciones, siendo no solamente reiterada, sino que debe existir una posición consolidada en dichos pronunciamientos. (Arcila Chavarría, 2017, pág. 15)

El precedente jurisprudencial se puede sustentar bajo el uso de diversas posturas elaboradas desde la filosofía del Derecho, pues

la relación entre la filosofía del derecho y el precedente judicial es de carácter dual. En un polo, para aplicar un precedente a un caso nuevo necesitamos dar argumentos que justifiquen el enlace o la similitud entre los dos casos, y este razonamiento puede ser caracterizado al menos en parte como un argumento filosófico; en el otro polo, no puede existir coordinación racional en un sistema jurídico si los jueces o las instituciones encargadas de su aplicación no siguen sus propios precedentes al menos en cierta medida. (Bernal Pulido, 2015).

Estas tesis explican la racionalidad del uso de dicha figura, pues

(...) existen dos tipos de argumentos para justificar y racionalizar el uso del precedente judicial, los cuales son:

El argumento pragmático,

Este argumento justifica el uso de los precedentes teniendo en cuenta la diversidad de beneficios que se pueden obtener de ello. Entre algunos de estos beneficios se encuentran:

- a. Una correcta y uniforme aplicación de las leyes.
- b. Su rol fundamental en favor de la predicción de las decisiones judiciales y la seguridad jurídica.
- c. Como elemento o factor significativo en la economía procesal y
- d. El realce del prestigio de los jueces y los tribunales (...)

El argumento de justicia formal,

Este argumento justifica el uso de los precedentes sobre la base de la vigencia del principio de igualdad, principio que es entendido como la prerrogativa de recibir trato igual por parte de las instancias judiciales. En síntesis. Se trata de un argumento mediante el cual se reconoce que casos iguales o similares de deben recibir tratamiento igual o similar (Aguilar, 2015).

### **Límites constitucionales de la decisión judicial.**

Todo lo anterior, muestra el camino necesario para indicar que el límite de la decisión judicial es el precedente jurisprudencial, ya que este reúne todos los criterios necesarios para realizar dicho acto procesal sin vulnerar ni amedrantar garantías constitucionales y legales, que propician el correcto desarrollo de cada individuo. El precedente, contiene en sí mismo el espíritu de la Ley,

y como tal del bloque de convencionalidad; además garantiza el debido proceso generando estabilidad al aparato jurisdiccional, y propiciando uniformidad en los criterios interpretativos de los jueces; es así como lo manifestó Kelsen indicando que las decisiones judiciales son previsibles hasta cierto grado, calculables, a tal grado que los sujetos sometidos al ordenamiento jurídico puedan orientarse en su comportamiento según las decisiones judiciales previsibles. (Kelsen, 2009). Con el fin de garantizar derechos como: la igualdad, el debido proceso, el Derecho a la defensa, la legalidad y la uniformidad.

En conclusión, se logra evidenciar que la decisión judicial es parte fundamental para el desarrollo de los derechos constitucionalmente amparados, la misma garantiza el desarrollo de prerrogativas colectivas e individuales, debido a que poseen un grado de previsibilidad en el ejercicio de derechos y cumplimiento de obligaciones; razón por la cual, los jueces tienen el deber de acatar las directrices impartidas por sus pares y superiores para el correcto desarrollo de la función jurisdiccional.

## **CAPÍTULO SEGUNDO: EL APARTAMIENTO DEL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL**

El precedente jurisprudencial, ha tenido un largo recorrido histórico; es un tema que no solamente ha sido de competencia al Derecho colombiano, pues es objeto de estudio en Derecho comparado específicamente en los casos del Derecho anglosajón y Derecho continental. Es por eso, que el presente capítulo tiene como fin acercar al lector a manera de formación del precedente, sus reglas de aplicación y la obligatoriedad de este; ya que se necesita esclarecer cuáles son sus reglas que deben utilizar los jueces para apartarse de dichos postulados jurisprudenciales de cara a garantizar la protección de principios constitucionales como la seguridad jurídica y la independencia.

Pues es a través del estudio del precedente jurisprudencial como se puede utilizar los nuevos criterios judiciales sin generar daños antijurídicos susceptibles de reparación.

### **El precedente jurisprudencial y su obligatoriedad de cara a la teoría del apartamiento del precedente desde el Derecho comparado.**

Karl Llewellyn indica que el precedente es un pilar elemental en el Derecho inglés, el cual es reconocido como el Derecho jurisprudencial o Derecho de los casos, por lo que los tribunales ingleses están obligados a aplicar las decisiones de los predecesores en casos similares; es de vital importancia realizarlo de dicha manera puesto que los recursos judiciales se pueden sustentar en la mala aplicación del precedente (Llewellyn, 2016). de este modo, el Derecho

inglés se ha caracterizado por sacar de dichas interpretaciones una serie de principios y reglas caracterizando el precedente como una de las fuentes del Derecho (Orts Llopis, 2000 -2001).

Por otro lado, en el caso del precedente en Estados Unidos también goza de carácter vinculante tal es su valor que aquellas decisiones de la Corte Suprema son de obligatorio cumplimiento; sin embargo, el profesor Taruffo manifiesta que dicho precedente tiene dos formas, y es similar a lo estipulado por la Corte Constitucional en sentencia SU354 de 2017, esto es un precedente horizontal y un precedente vertical (Taruffo, El precedente judicial en los sistemas de Civil Law, 2012).

Lo anterior indica, que en el sistema de fuentes del Derecho en países como Inglaterra y Estados Unidos el precedente ha existido a lo largo de su historia, pues se considera que la actividad judicial debe ser en cierto grado previsible; como lo indica el jurista Kelsen: los fallos judiciales, tienen que respetar el principio de uniformidad, puesto que de dicha manera las decisiones se vuelven hasta cierto grado previsible, calculables, de tal manera que los sujetos los cuales están sometidos al ordenamiento puedan guiar su comportamiento según las decisiones judiciales anteriores. (Kelsen, 2009).

En el caso Iberoamericano, encontramos que el precedente tiene como fuente una tradición romanística, es así como lo indica Jorge Alejandro Amaya, en su texto “La doctrina del precedente constitucional. Una propuesta institucional para el sistema argentino”, pues Roma dio un gran valor a las sentencias de los jueces, siendo el edicto pretoriano la guía por la cual el juez

debía basarse “unido al poder de imperium para llenar lagunas legales mediante la aequitas, explican las potestas reconocidas a la jurisprudencia romana (tanto el fallo judicial como la explicación razonada del iurisprudents) La permanencia del edicto por su continuidad pretoriana convirtió al ius honorarium en fuente del derecho, que llegó incluso a prevalecer sobre las XII tablas. (Amaya, 2015).

Y cobró mayor vigencia después de la revolución francesa, pues el juez empieza a elaborar nociones consultivas y posteriormente normativa en caso de vacíos legales.

Ahora bien, el desarrollo del precedente en Colombia; es consagrado legalmente como fuente del Derecho en el artículo 230 de la constitución, es este el que si bien lo consagra como una fuente auxiliar; posibilitó el desarrollo de este y fue cobrando mayor importancia en el sistema Judicial. Ha de indicarse que, en Colombia, encontramos que el tema del precedente se ha ido desarrollando como institución legal desde 1896, pues fue con la Ley 169 de dicho año, que se consideró la doctrina probable como guía para los pronunciamientos judiciales.

La Corte Constitucional para garantizar el respeto a dicha fuente, indicó que es necesario que se entienda que las decisiones judiciales están sometidas al imperio de la Ley; puesto que la Ley hace referencia a todo el conjunto de normas jurídicas que componen dicho ordenamiento. (Sentencia C 486/93, 1993).

Fue la Corte Constitucional en el año 2001, aquella que posicionó el carácter vinculante del precedente; y para poder sostener la postura de la sentencia C-486 de 1993, profirió la sentencia 836 de 2001; pues considera que el precedente y su fuerza vinculante “es una consecuencia de

seguridad jurídica y de la confianza legítima en la administración de justicia, cuya garantía resulta indispensable para el ejercicio de las libertades individuales” (Sentencia C 836/01, 2001). Hay que aclarar que no es la única sentencia en que la Corte Constitucional ha hablado de la fuerza vinculante del precedente, puesto que nos encontramos con las siguientes sentencias “T-123 de 1995, SU-640 de 1998, SU-168 de 1999, T-961 de 2000, T-1625 de 2000, T-937 de 1999, SU-047 de 1999, SU-120 de 2003 entre otras (...)” (Gaviria Cardona, 2018, pág. 53), dicho esto, se puede afirmar entonces que el precedente tiene fuerza vinculante en el orden jurídico colombiano; y que, de uno u otro modo; el precedente jurisprudencial siempre la ha tenido (Bernal Pulido, La fuerza Vinculante de la Jurisprudencia en el Orden Jurídico Colombiano., 2003).

Es de suma importancia indicar que el sistema normativo en Colombia, ha tenido una gran evolución en cuanto a la jurisprudencia y su fuerza vinculante, pues la misma fue caracterizada como un criterio “auxiliar” en la interpretación y aplicación del Derecho; sin embargo, a partir del año 1896, empezó a tener valor en las decisiones judiciales; “nótese que Colombia entre los años 1896 y 1991, “se caracterizó por ser un sistema fuertemente legocentrista, en el que la jurisprudencia fue considerada tan solo un criterio recomendable o tal vez aceptable de interpretación. Los jueces sólo estaban sometidos al imperio de la Ley”” (Gaviria Cardona, 2018, pág. 38).

Ahora bien, el precedente tiene la finalidad de garantizar directrices constitucionales como lo son el debido proceso, la igualdad, la seguridad jurídica, la uniformidad del sistema jurisdiccional, la

equidad, entre otros principios; sin embargo, varios autores han indicado que la regla del precedente no es absoluta, ya que “ni el más radical de los seguidores de la tesis optimista, creería a ciegas que la jurisprudencia es siempre obligatoria” (Gaviria Cardona, 2018) Debido a que la regla del precedente, no funciona como una especie de cadena que obliga al juez a su aplicación, pues es el funcionario quien decide si el caso que se le invoca se adecua a las circunstancias particulares para así poder decidir por sí mismo si está o no obligado en las circunstancias particulares del caso a aplicar el precedente. (Ross, 2006).

Es por lo anterior, que la jurisprudencia ha establecido la posibilidad de apartarse o cambiar el precedente jurisprudencial, es así como:

Un tribunal puede apartarse de un precedente cuando considere necesario hacerlo, pero en tal evento tiene la carga de argumentación, esto es, tiene que aportar las razones que justifican el apartamiento de las decisiones anteriores y la estructuración de una nueva respuesta al problema planteado. Además, para justificar un cambio jurisprudencial no basta que el tribunal considere que la interpretación actual es un poco mejor que la anterior, puesto que el precedente, por el solo hecho de serlo, goza ya de un plus, pues ha orientado el sistema jurídico de determinada manera. Por ello, para que un cambio jurisprudencial no sea arbitrario es necesario que el tribunal aporte razones que sean de un peso y una fuerza tales que, en el caso concreto, primen no sólo sobre los criterios que sirvieron de base a la decisión en el pasado sino, además, sobre las consideraciones de

seguridad jurídica e igualdad que fundamentan el principio esencial del respeto del precedente en un Estado de derecho. (Sentencia C 400/98, 1998).

Ello con el fin de garantizar lo establecido en el artículo 228 de la Constitución Política de Colombia, esto es la autonomía e independencia de la función jurisdiccional. Es decir que los jueces deben seguir estas reglas establecidas en la jurisprudencia para apartarse o cambiar el precedente, según Diego Eduardo López:

La doctrina relativa del precedente exige del juez una doble carga en casos que no parezca razonable seguirla: en primer lugar, “una carga de transparencia” en el sentido en que es necesario conocer y anunciar los precedentes vigentes que gravitan 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, que tienen que mostrar con claridad por qué la nueva posición jurisprudencial es superior jurídica y moralmente a la anteriormente adoptada, con lo que se prohíbe el cambio jurisprudencial discrecional. (Lopez Medina, 2006, pág. 85).

La sentencia C-836 de 2001, más allá de todo lo indicado establece claramente que los jueces pueden apartarse del precedente o incluso cambiarlo cuando:

1. Se da un cambio de legislación, ya que el mismo motivaría la modificación o aplicación de un nuevo criterio del precedente jurisprudencial. Según el profesor Medina, la nueva

disposición normativa cambiaría la jurisprudencia interpretativa o aplicativamente, dicho argumento es suficiente y razonable para abandonar la jurisprudencia. (Lopez Medina, 2006).

2. Se da un cambio de las condiciones sociales, políticas y económicas, pese a directrices jurisprudenciales de las altas corporaciones, pues estos cambios pueden llevar a una nueva interpretación del sistema normativo, debido a que la antigua jurisprudencia no resulta eficiente para responder las nuevas exigencias. Ese cambio debe tener injerencia sobre el principio jurídico anterior, y se debe argumentar razonablemente con un análisis de ponderación entre los bienes jurídicos involucrados. (Lopez Medina, 2006)
3. Es posible, de otro lado, que no exista claridad en cuanto al precedente aplicable, debido a que la jurisprudencia sobre un determinado aspecto de derecho sea contradictoria o imprecisa. (Sentencia C 836/01, 2001).
4. Cuando se trate de cambio de precedente en las altas cortes, se deben seguir las mismas reglas; sin embargo, se le debe agregar un factor adicional, debido a que se puede cambiar de jurisprudencia cuando su propia jurisprudencia resulta errónea (Sentencia C 836/01, 2001).

Pero ¿qué debe entenderse por cambio de precedente jurisprudencial? Se puede definir como aquella modificación que se hace a las decisiones judiciales tomadas con anterioridad, es un cambio de opinión a otro que guarda similitudes (Cuesta Davu, 2019 ), un ejemplo se presenta cuando sentencias judiciales niegan o conceden pretensiones aplicando una jurisprudencia que posteriormente es cambiada por cualquier condición indicada anteriormente, por lo que la

rectifican en los casos siguientes, concediendo o denegando pretensiones, vulneran los derechos constitucionales aquí descritos.

### **Autonomía e independencia judicial.**

De conformidad a lo anterior, la autonomía e independencia de la función jurisdiccional; son pilares básicos para el ejercicio de la actividad o función judicial, como ha indicado la Corte Constitucional:

La actividad judicial o la administración de justicia, cuyo principal objetivo es la pacífica resolución de los conflictos generados dentro de la vida en sociedad, es una de las tareas básicas del Estado, según lo advirtieron desde tiempos remotos los pensadores de las distintas civilizaciones, y se acepta sin discusión en las sociedades contemporáneas, o al menos en todas aquellas que pudieran considerarse democráticas. La sin igual importancia de esta función es tal que las personas o funcionarios a cuyo cargo se encuentra constituyen una de las tres ramas del poder público que históricamente, pero sobre todo en las épocas más recientes, conforman los Estados. Según se ha reconocido también, la autonomía e independencia de la Rama Judicial respecto de las otras ramas, así como la de cada uno de los funcionarios que la conforman, es condición esencial y necesaria para el correcto cumplimiento de su misión. (Sentencia 238/11, 2011).

Se puede establecer que,

en suma, los operadores judiciales deben ser autónomos e independientes, pues sólo así los casos puestos a su conocimiento podrán ser resueltos de manera imparcial, aplicando a ellos los mandatos abstractamente definidos por el legislador, de tal modo que verdaderamente se cumpla la esencia de la misión constitucional de administrar justicia. (Sentencia 238/11, 2011)

De cara a lo anterior, se entiende que los jueces no están sometidos ni encadenados al cumplimiento del precedente jurisprudencial; es claro que desde el origen de ambos principios así se estableció, según lo manifestado por el artículo 5 de la Ley 270 de 1996, al tenor literal indica:

La Rama Judicial es independiente y autónoma en el ejercicio de su función constitucional y legal de administrar justicia.

Ningún superior jerárquico en el orden administrativo o jurisdiccional podrá insinuar, exigir, determinar o aconsejar a un funcionario judicial para imponerle las decisiones o criterios que deba adoptar en sus providencias. (Ley 270, 1996).

Lo anterior no implica que el juez, desconozca las decisiones judiciales de sus antecesores; debido a que como bien se ha indicado el precedente jurisprudencial es vinculante, y el solo hecho de ser precedente le da un plus que no puede ser desconocido por los falladores a la hora de la decisión judicial, ya que esto vulneraría las garantías constitucionales indicadas. Si bien la autonomía e independencia son factores y principios fundantes de la actividad judicial, los jueces

tienen el deber de examinar el precedente jurisprudencial decantado; de ahí que el mismo garantiza la coherencia del sistema normativo y la congruencia de las decisiones judiciales.

### **Lineamientos constitucionales y legales para el apartamiento del precedente.**

La Corte Constitucional ha indicado los parámetros pertinentes para aplicar correctamente el cambio de precedente, puesto que el cambio implica en sí un apartamiento; es por ello por lo que, se hace necesario indicar cuales son los parámetros que debe seguir el fallador para realizar dicho apartamiento. Según la Sentencia SU 354 de 2017, el juez se puede apartar cuando:

Según lo establecido en su larga jurisprudencia por este tribunal, una vez identificada la jurisprudencia aplicable al caso, la autoridad judicial sólo puede apartarse de la misma mediante un proceso expreso de contra-argumentación que explique las razones del apartamiento, bien por: (i) ausencia de identidad fáctica, que impide aplicar el precedente al caso concreto; (ii) desacuerdo con las interpretaciones normativas realizadas en la decisión precedente; (iii) discrepancia con la regla de derecho que constituye la línea jurisprudencial. De este modo, la posibilidad de apartamiento del precedente emanado de las corporaciones judiciales de cierre de las respectivas jurisdicciones supone, en primer término, un deber de reconocimiento de este y, adicionalmente, de explicitación de las razones de su desconsideración en el caso que se juzga (Sentencia SU354, 2017).

Es menester destacar que no es necesario que se identifiquen los tres criterios establecidos, puesto que al juez le bastará basarse en solamente uno de ellos para determinar el apartamiento o el cambio del precedente, ya que solamente le bastará exponer sus razones motivadas, de conformidad a como lo establecen sentencias C 836 de 2001, C 621 de 2015, SU 354 de 2017, entre otras.

Por otra parte, el precedente fue impulsado por lo estipulado en el artículo 114 de la Ley 1395 de 2010, que fue derogado por el artículo 309 de la Ley 1437 de 2011, en el mismo se estableció un requisito consistente en que las Autoridades “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 análogo.” (Ley 1395, 2010).

Esto sirvió como precedente para el artículo 10 de la Ley 1437 de 2011, en ésta se estableció que:

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. (Ley 1437, 2011).

Esta Ley, estableció dos figuras de gran importancia para dar cumplimiento a lo establecido en la parte introductoria de la misma; debido a que las mismas tratan de armonizar la problemática de la interpretación judicial y por lo tanto de la aplicación del precedente jurisprudencial, dichas figuras son la extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado a terceros por parte de las Autoridades y el Recurso Extraordinario de Unificación de Jurisprudencia.

### **El cambio del precedente jurisprudencial como causa de violación a Derechos constitucionales y legales.**

Ahora bien, dichos los lineamientos legales y jurisprudenciales para que los jueces realicen correctamente el apartamiento del precedente jurisprudencial, se hace necesario pasar al punto central de la presente tesis, esto es el cambio de precedente jurisprudencial; pero para ello es necesario hacer uso de la definición etimológica de una de las palabras que componen dicha frase, esto es el cambio.

El cambio, proviene del verbo cambiar que según el diccionario de la RAE significa “Dejar una cosa o situación para tomar otra” (RAE, 2019); ahora bien, el cambio del precedente es una consecuencia de la decisión judicial, es ella la que orienta la actividad judicial; y de forma pacífica se acepta que la misma cambie, ya que como se sabe, el Derecho como rama del conocimiento que regula la conducta del hombre en sociedad, no es una actividad estática y está sometida al cambio de los convencionalismos sociales; sin embargo, el cambio del precedente altera las condiciones de los casos judiciales que se han iniciado con anterioridad al cambio, es

así como indica Álvaro Cuesta Simanca “la aplicación retroactiva del nuevo criterio jurisprudencial al caso que se resuelve, altera las condiciones existentes al inicio del proceso en desmedro de los intereses de una de las partes, ocasionándole perjuicios” (Cuesta Simanca, 2012, pág. 18). Es por eso que existen precedentes jurisprudenciales que en países como Perú, Argentina, Venezuela e incluso Colombia (en algunos eventos), se abstienen de aplicar la nueva línea de jurisprudencia al caso que originó la misma, haciendo aplicables los efectos a futuro. (Sentencia 3361-2004-AA/ TC, 2005), (Sentencia 0090-2004-AATC, 2004), (Sentencia 061260, 2007), (Sentencia T.781 , 2011).

Pese a lo indicado, en Colombia, se sigue presentando el problema del mal cambio del precedente, puesto que se evidencia la aplicación retroactiva de la nueva jurisprudencia, y no en todas las salas y secciones de las altas corporaciones y de los despachos judiciales, incluso, se hace de manera correcta; sin embargo, se puede además indicar que el solo hecho de cambiar de jurisprudencia no respeta estas garantías constitucionales y convencionales, generando así un grave perjuicio. (Cuesta Davu, 2019 ).

Dichos perjuicios son derivados de las afectaciones a las garantías constitucionales como se estableció a lo largo del presente capítulo, por lo que se hace necesario entrar a evaluar las definiciones de prerrogativas constitucionales como la seguridad jurídica, la igualdad, el debido proceso y el Derecho a la defensa, para que se establezca si efectivamente el cambio de jurisprudencia genera un daño antijurídico a las garantías ciudadanas y por lo tanto es susceptible de indemnización.

Se tiene que, en primera medida; el precedente busca garantizar el respeto al Derecho a la igualdad, la cual es entendida como:

(...) aquel que ordena dar un trato igual a quienes se encuentran en la misma situación fáctica y un trato diverso a quienes se hallan en distintas condiciones de hecho. Lo anterior, encuentra sustento en el artículo 13 de la Constitución Política, del cual se desprenden las diversas dimensiones de esta garantía constitucional, a saber: (i) la igualdad formal o igualdad ante la ley, relacionada con el carácter general y abstracto de las disposiciones normativas dictadas por el Congreso de la República y su aplicación uniforme a todas las personas; (ii) la prohibición de discriminación, que excluye la legitimidad constitucional de cualquier acto (no solo las leyes) que involucre una distinción basada en motivos definidos como prohibidos por la Constitución Política, el derecho internacional de los derechos humanos, o bien, la prohibición de distinciones irrazonables; y (iii) el principio de igualdad material, que ordena la adopción de medidas afirmativas para asegurar la vigencia del principio de igualdad ante circunstancias fácticas desiguales. (Sentencia SU354, 2017)

Es entonces que encontramos que el precedente funciona como una opción que asegura el respeto de la igualdad, como lo indica la sentencia C-836 de 2001; la igualdad debe de estar presente en toda actividad estatal, la misma indica 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 y en la interpretación en la aplicación de la ley.” (Sentencia C 836/01, 2001).

De otro lado, tenemos que otra de las funciones del precedente es garantizar la seguridad jurídica; ya que lo que se busca con la obligatoriedad del precedente es que exista una coherencia en el sistema normativo, toda vez que es claro que en la actualidad el sistema judicial en Colombia; posee una crisis de inseguridad jurídica, de cara a las múltiples interpretaciones que generan inestabilidad del aparato jurisdiccional, es ahí donde el precedente jurisprudencial posibilita seguridad, la cual debe ser entendida como:

La expectativa que tiene todo operador jurídico de que el marco legal es y será confiable, estable y predecible, y como tal, es por sí sola fundamento esencial de la construcción del Estado y del adecuado funcionamiento de la Administración Pública, lo que implica que su consolidación y garantía constituyan uno de los imperativos de actuación para la administración pública de cualquier Estado. (Rincon Salcedo, 2011, pág. 33).

La Corte Constitucional ha indicado que:

En su aspecto subjetivo, la seguridad jurídica está relacionada con la buena fe, consagrada en el artículo 83 de la Constitución, a partir del principio de la confianza legítima. Esta garantía sólo adquiere su plena dimensión constitucional si el respeto del propio acto se aplica a las autoridades judiciales, proscribiendo comportamientos que, aunque tengan algún tipo de fundamento legal formal, sean irracionales, según la máxima latina *venire contra factum proprium non valet*. El derecho de acceso a la administración de justicia implica la garantía de la confianza legítima en la actividad del Estado como

administrador de justicia. Esta confianza no se garantiza con la sola publicidad del texto de la ley, ni se agota en la simple adscripción nominal del principio de legalidad.

**Comprende además la protección a las expectativas legítimas de las personas de que la interpretación y aplicación de la ley por parte de los jueces va a ser razonable, consistente y uniforme. En virtud de lo anterior, el análisis de la actividad del Estado como administrador de justicia no se agota en el juicio sobre la legalidad de cada decisión tomada como un acto jurídico individual, pues no se trata de hacer un estudio sobre la validez de la sentencia, sino de la razonabilidad de una conducta estatal, entendida ésta en términos más amplios, a partir de los principios de continuidad y de unidad de la jurisdicción.** (Subrayado fuera del texto original) (Sentencia C 836/01, 2001).

La seguridad jurídica, va de la mano con el principio de Uniformidad, el Derecho a la defensa y debido proceso, ya que como se indicó “decisiones se vuelven hasta cierto grado previsibles, calculables, de tal manera que los sujetos los cuales están sometidos al ordenamiento puedan guiar su comportamiento según las decisiones judiciales anteriores” ya que se evidencia la coexistencia plena del sistema normativo, la posibilidad de que las partes estructuren su línea de ataque y defensa lo que implica que dentro de los procesos se garantice el debido proceso.

El debido proceso como se indicó puede entenderse como todo aquel conjunto de garantías normativas que buscan proteger los derechos de los individuos que se encuentran dentro de una actuación judicial o administrativa. (Sentencia C341/14, 2014).

Todo lo anterior, da fe de que el precedente jurisprudencial posee una importancia que reviste carácter constitucional; con él se busca proteger derechos y garantías fundamentales, de esa manera y a través del mismo las partes que acuden al proceso jurisdiccional, poseen una confianza en el sistema de administración de justicia; pues si bien los jueces pueden utilizar la teoría del apartamiento del precedente, el cambio se debe realizar con miras a garantizar las directrices convencionales mencionadas; ya que si bien el solo cambio del precedente genera responsabilidad, la no aplicación retroactiva del precedente es la manera de no generar un daño antijurídico a los administrados.

Lo anterior, indica que el mal cambio de jurisprudencia aparece justo cuando los jueces al observar las directrices constitucionales, legales y jurisprudenciales establecidas para el cambio de precedente lo hacen de manera retroactiva, sin respetar las garantías constitucionales del debido proceso, la igualdad, el Derecho a la defensa y el Derecho de contradicción; pues al cambiar la jurisprudencia y aplicarla de manera retroactiva (es decir para el caso que generó el cambio), genera el daño antijurídico que la parte no está en la obligación de soportar.

Como conclusión, se evidencia que los jueces pueden apartarse del precedente jurisprudencial, pues si bien es de obligatorio cumplimiento; debido al cambio de razones políticas, económicas; fácticas y jurídicas, los operadores jurídicos tienen que realizar nuevas interpretaciones judiciales; sin embargo, poseen una carga argumentativa mayor y dicho apartamiento debe realizarse

conforme a la protección y cuidado de las garantías constitucionales del debido proceso, la igualdad, el Derecho a la defensa y la seguridad jurídica.

### **CAPÍTULO TERCERO: LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO JUEZ.**

El Estado, a través de la función jurisdiccional cumple uno de los fines esenciales descritos en el preámbulo de la Constitución; es por ello que asegurar “la justicia” dentro de un marco normativo como el colombiano es una de las prioridades constitucionales de más importancia, de cara a la teoría de pesos y contrapesos (ramas del poder público: ejecutiva, legislativa y judicial.), se posibilita la existencia del Estado mismo, por lo que es de gran importancia que la actividad judicial se desarrolle con el fin de proteger los derechos convencionales; pues “la separación y el balance de poderes son dos técnicas de organización del poder cuya función es evitar el despotismo y garantizar la libertad de los ciudadanos.” (García López, 2014, pág. 83)

Sin embargo, en virtud del desarrollo de dicha actividad, el Estado-Juez, que es quien desarrolla o ejerce la función jurisdiccional, puede comprometer garantías y derechos individuales, vulnerando de manera directa o indirecta los intereses de los administrados.

Por lo anterior, es que nace la idea de la responsabilidad del Estado por el mal cambio del precedente jurisprudencial, es por ello, que se hace necesario determinar qué es la responsabilidad, cuáles son sus elementos y cómo se configura la misma.

#### **La responsabilidad del Estado: Definición doctrinal y jurisprudencial.**

Según la RAE la responsabilidad es la: “Capacidad existente en todo sujeto activo de derecho para reconocer y aceptar las consecuencias de un hecho realizado libremente.” (RAE, 2019) Es por eso que la responsabilidad “es el presupuesto inmediato y esencial para aplicar las consecuencias jurídicas contenidas en la norma” (Correa Vargas, 2012, pág. 5).

Alf Ros, propone dos definiciones de responsabilidad:

Responsabilidad como exigibilidad: tener (to bear) responsabilidad (coloquialmente: ser responsable) de un estado de cosas es ser la persona a la que puede justificadamente (rightfully) exigirsele cuentas de ello.

Responsabilidad como sancionabilidad: ser responsable de algo significa que se es la persona que puede ser justificadamente (rightfully) sentenciada por algo. (De Larrañaga Monjaraz, 1996, pág. 73).

La responsabilidad debe ser entendida como la obligación de responder por un daño causado, es por ello que de cara a esa obligación de responder, se tienen que comprobar dos aspectos fundamentales:

- a. La comprobación de que una acción u omisión, realiza la hipótesis contenida en la norma.
- b. La atribución o imputación de un daño o de una consecuencia normativa a una o varias personas determinadas. (Correa Vargas, 2012).

Ahora bien, las acciones u omisiones que generan responsabilidad pueden ser atribuibles al Estado, pues la institución de la responsabilidad ha sido ampliada y aplicada en el campo del Derecho administrativo. Estrictamente en Colombia, fue la constitución de 1991 la que estableció normativamente la responsabilidad del Estado, antes de ella “(...) no existía en nuestro país disposición alguna que de manera expresa estableciera tal responsabilidad. Es su artículo 90 el que la instituye por primera vez.” (Cuesta Simanca, 2012).

Antes de dicha norma, “el fundamento jurídico para la imposición al Estado de la obligación de reparar los perjuicios derivados de su accionar positivo o negativo, radicaba sustancialmente en construcciones normativas formuladas por la jurisdicción al momento de examinar cada caso” (Correa Vargas, 2012, pág. 6). Lo anterior apunta a que la construcción de la Responsabilidad del Estado ha sido eminentemente jurisprudencial.

De cara a lo anterior, se ha de afirmar que la responsabilidad del Estado, ha tenido múltiples estadios o etapas avanzando desde la fase de la irresponsabilidad del Estado; a la fase de la responsabilidad directa de cara a lo establecido en la constitución nacional. Es así como lo indica Bustamante Ledesma, pues la construcción de la responsabilidad del Estado ha tenido seis etapas o fases, hasta llegar a la hoy denominada responsabilidad del Estado. (Bustamante Ledesma, 1998, pág. 9). Dichas fases son:

1. Fase de irresponsabilidad del Estado.
2. Etapa de la responsabilidad de los funcionarios.
3. Momento de la admisión de la responsabilidad indirecta del Estado.
4. Periodo de la responsabilidad directa del Estado. Tesis organicista.

5. Ciclo de la responsabilidad directa a partir de las tesis de la falla en del servicio.
6. Época actual, donde se admite la responsabilidad directa del Estado a partir de las tesis de la responsabilidad objetiva. (Correa Vargas, 2012)

Es entonces la Constitución política de Colombia, la que cierra la discusión en materia de responsabilidad patrimonial del Estado; dotando a las personas de un instrumento de gran poder con el que se puede exigir el pago de perjuicios por las acciones u omisiones del Estado,

Es así, como el artículo 90 de la constitución política, no es más que la mera consecuencia de la filosofía que traza la Carta Política, circunscrita por principios y valores superiores del ordenamiento jurídico, como la dignidad, la igualdad, la libertad, la justicia, el pluralismo político, la solidaridad, la equidad, El Estado social de Derecho, etc. (Gil Botero, 2017, pág. 20).

La responsabilidad del Estado, puede ser de carácter contractual o extracontractual; sin embargo, al analizar lo previamente descrito, se evidencia que entre los afectados y el Estado, no existe relación contractual que los vincule a excepción de lo que alguna vez Rousseau denominó el contrato social; es en el presente punto donde se evidencia que este trabajo tiene como fin encausar la responsabilidad del Estado por el cambio del precedente jurisprudencial dentro del marco de la responsabilidad extracontractual. La jurisprudencia colombiana, indica lo siguiente:

Es así como no se consagra en el artículo 90 de la Carta un criterio restringido de responsabilidad como se pudo interpretar por algunos sectores, circunscrito únicamente al campo extracontractual, ya que, según lo expresado, de lo que se encarga su texto es de fijar el fundamento de principio en el que confluyen todos los regímenes tradicionales de responsabilidad estatal, esto es, el contractual, el precontractual y el extracontractual. Al respecto estimó la Corte:

Ahora bien, como se ve, el actual mandato constitucional es no sólo imperativo - ya que ordena al Estado responder- sino que no establece distinciones según los ámbitos de actuación de las autoridades públicas. En efecto, la norma simplemente establece dos requisitos para que opere la responsabilidad, a saber, que haya un daño antijurídico y que éste sea imputable a una acción u omisión de una autoridad pública. Pero el artículo 90 no restringe esta responsabilidad patrimonial al campo extracontractual sino que consagra un régimen general, por lo cual la Corte no considera de recibo el argumento de uno de los intervinientes, según el cual la noción de daño antijurídico no es aplicable en el ámbito contractual. Por el contrario, para esta Corporación el inciso primero del artículo 90 consagra la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado y comprende por ende no sólo la responsabilidad extracontractual sino también el sistema de responsabilidad precontractual (derivado de la ruptura de la relación jurídico-administrativa precontractual) así como también la responsabilidad patrimonial del Estado de carácter contractual. (Sentencia C644 , 2011).

La responsabilidad extracontractual como presupuesto de la responsabilidad patrimonial del Estado, ha tenido origen en la responsabilidad civil extracontractual, según Felipe Navia Arroyo, la responsabilidad del Estado ha tomado parte de los presupuestos de la responsabilidad civil (Navia Arroyo, 2000), por lo que la misma puede ser definida como aquella que:

proviene de un hecho ilícito [o lícito] intencional o no que ha inferido injuria o daño a la persona o propiedad de otro... No hay relación entre el autor del daño y la víctima y si la hay el daño se produjo al margen de ella... . Supone la ausencia de obligación, se produce entre personas jurídicamente extrañas por lo menos en cuanto al hecho de que deriva y es ella la que crea la obligación de reparar el daño. (Alessandri Rodriguez, 1981, pág. 42).

La clausula general de responsabilidad del Estado (artículo 90 de la constitución política), establece lo siguiente:

El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste. (Constitución Política de Colombia, 1991).

De dicho enunciado normativo, se desprenden los elementos estructurales de la responsabilidad patrimoniales del Estado; permitiendo “(...) concluir que los elementos de la responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia son: daño antijurídico e imputabilidad de ese daño a la acción u omisión de un órgano estatal.” (Cuesta Simanca, 2012, pág. 28), pese a ello, autores como Enrique Gil Botero, en múltiples sentencias hace alusión a cuatro elementos de la responsabilidad siendo los otros el hecho dañoso y la causalidad.

### **Elementos de la responsabilidad del Estado.**

Los elementos comunes a todas las tesis son:

1. Daño antijurídico: Según el Consejo de Estado, y el profesor Juan Carlos Henao, se debe entender entonces por daño antijurídico como “la aminoración patrimonial sufrida por la víctima” (Henao Perez, 1998, pág. 36) es entonces aquella afección, detrimento, menoscabo, molestia, perjuicio que el administrado no está en la obligación de soportar debiendo ser personal, cierto y concreto o determinado. (Sentencia 10397, 1998).

Según Francis-Paul Bénéoit, en su libro *Essai sur les conditions de la responsabilité en droit public et privé (problèmes de causalité et d'imputabilité)* “El daño es un hecho: es toda afrenta a la integridad de una cosa, de una persona, de una actividad, o de una situación (...)” (Bénéoit, 1957).

A su vez, el Consejo de Estado indica que el daño será antijurídico “(...) si el daño va más allá de lo que, normalmente y sin compensación alguna, debe soportar una persona por el hecho de vivir en una comunidad jurídicamente organizada y comportarse como un sujeto solidario” (Sentencia 13168 , 2006). En pocas palabras, “un daño será antijurídico cuando la víctima de este no esté obligada por imperativo explícito del ordenamiento jurídico a soportar la lesión de un interés patrimonial garantizado por la norma jurídica.” (Sentencia 6515, 1991).

2. Factor o título jurídico de imputación: Un título jurídico de imputación es la razón por medio de la cual se puede afectar la esfera patrimonial del Estado, en virtud del daño ocasionado, tal cual como lo expresa el profesor colombiano Luis Felipe Botero Aristizábal, el título jurídico de imputación es una razón jurídica suficiente que conlleva diferentes consecuencias económicas producto del daño, que deben ser asumidas por éste y no por la víctima. (Botero Aristizabal , 2007). La imputabilidad es el fenómeno que permite atribuir al organo Estatal el deber de indemnizar, pues no basta la simple relación de causalidad entre el daño y la acción de una Autoridad pública. (Cuesta Simanca, 2012, pág. 49).

Los demás elementos que considera el Dr. Gil, (Sentencia 16898, 2007) considera otros elementos que son:

- Hecho dañoso: definido como aquel detrimento que se produjo como la concreción o materialización de la actuación.

- Y, Causalidad: Es aquel nexo que vincula ese perjuicio con la actuación de la administración.

Pese a lo anterior solo serán analizados los dos primeros elementos de la responsabilidad, debido a que la doctrina y gran parte de la jurisprudencia consideran solo esos dos primeros elementos.

A través de la evolución jurisprudencial, la Responsabilidad Extracontractual del Estado se ha analizado desde dos puntos de vista uno objetivo y otro subjetivo; que según el Profesor Rodolfo Correa y Álvaro Cuesta, esos puntos son los Regímenes de Responsabilidad del Estado.

### **Regímenes de responsabilidad.**

Según el profesor Rodolfo Correa, basado en el estudio de múltiples doctrinantes y sentencias son dos:

- a. Objetivo.
- b. Subjetivo o por falla.

El régimen objetivo, de conformidad a lo indicado por Rodolfo Correa, se clasifica en dos subregímenes que son el riesgo y la solidaridad (daño especial y ocupación de inmuebles). (Correa Vargas, 2012), para aplicar este régimen,

Al actor le bastará probar la existencia del daño y la relación de causalidad entre éste y el hecho de la administración, realizado en desarrollo de la actividad riesgosa. Y de nada le servirá al demandado demostrar la ausencia de falla; para exonerarse, deberá probar la existencia de una causa extraña, esto es, fuerza mayor, hecho exclusivo de un tercero o de la víctima. (Sentencia 16898, 2007).

En el régimen subjetivo, se tiene que probar un elemento adicional al objetivo, dicho régimen depende entonces de la falla, de la culpa que posea el autor, a diferencia del régimen objetivo. Por lo tanto, al afectado le basta probar el hecho dañoso a título de culpa, el daño sufrido y el nexo causal entre uno y otro. (Hernandez, 2007).

De lo anterior se colige entonces que

la diferencia entre uno u otro régimen - subjetivo y objetivo- estriba, simplemente, en que en el objetivo no juega el papel culpabilístico con que haya actuado la administración pública, es decir, no se torna en requisito indispensable la demostración de una falla del servicio (culpa), para configurar responsabilidad. (Sentencia 16898, 2007).

Doctrinariamente, se ha establecido que puede indilgar responsabilidad según la función que el Estado ejecute, es por ello que se ha indicado que existen varios tipos de responsabilidades de la cual se destacará solamente aquella derivada del Estado Juez, es decir aquella responsabilidad derivada de las actuaciones jurisdiccionales.

La responsabilidad del Estado Juez, es aquella que se deriva “de los daños ocasionados como consecuencia del ejercicio de la función jurisdiccional.” (Correa Vargas, 2012). Dicha responsabilidad antes de la expedición de la Ley 270 de 1996, no era posible, debido a que si bien existían disposiciones normativas como el decreto 1400 de 1970, que establecían la posibilidad de ser indemnizado en virtud de un “error jurisdiccional”, dicha indemnización era directa del Juez y no del Estado, pues el artículo 40 de dicha Ley estableció lo siguiente:

**Artículo 40. Responsabilidad del juez.** Además de las sanciones penales y disciplinarias que establece la ley, los magistrados y jueces responderán por los perjuicios que causen a las partes, en los siguientes casos:

1. Cuando procedan con dolo, fraude o abuso de autoridad.
2. Cuando omitan o retarden injustificadamente una providencia o el correspondiente proyecto.
3. Cuando obren con error inexcusable, salvo que hubiere podido evitarse el perjuicio con el empleo de recursos que la parte dejó de interponer.

La responsabilidad que este artículo impone se hará efectiva por el trámite del proceso ordinario. La demanda deberá presentarse a más tardar dentro del año siguiente a la terminación del proceso respectivo. La sentencia condenatoria en los casos de los numerales 1 y 3 no alterará los efectos de las providencias que la determinaron.

En caso de absolución del funcionario demandado, se impondrá al demandante, además de las costas y los perjuicios, una multa de mil a diez mil pesos. (Decreto 1400, 1970).

De cara a lo anterior, obligación de indemnizar estaba a cargo de los funcionarios jurisdiccionales. Sin embargo, a través de la expedición de la Ley 270 de 1996, se determinó que ya era directamente del Estado estableciendo lo siguiente:

ARTÍCULO 65. DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de sus agentes judiciales.

En los términos del inciso anterior el Estado responderá por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, por el error jurisdiccional y por la privación injusta de la libertad. (Ley 270, 1996).

Por medio de sentencia C-037 de 1996, la Corte Constitucional indicó que no solamente responderá por el error judicial, puesto que el artículo 90 no excluye las demás casos de la responsabilidad derivada por la actuación de sus demás agentes en la administración de justicia, puesto que “baste señalar que el principio contemplado en el artículo superior citado, según el cual todo daño antijurídico del Estado – sin importar sus características- ocasiona la consecuente reparación patrimonial(...)” (Sentencia C037, 1996) por lo que dicho artículo requiere una interpretación más amplia en cuanto a la responsabilidad del Estado Juez. Pues también hay que

indicar que las causales para que se dé la responsabilidad del Estado Juez “son meramente enunciativas y no taxativas” (Correa Vargas, 2012).

Ahora bien, es menester indicar que jurisprudencialmente; la responsabilidad del Estado Juez ha sido analizada bajo los presupuestos de la falla en el servicio, es decir que forma parte del régimen subjetivo de responsabilidad del Estado; pero... ¿es posible enmarcar el cambio de precedente jurisprudencial como parte del régimen objetivo de responsabilidad?, este será el tema central de la presente tesis, indicar si el cambio del precedente jurisprudencial genera responsabilidad patrimonial del Estado, si dicha responsabilidad es posible enmarcarla dentro del régimen objetivo de responsabilidad y qué medio de control sería idóneo para establecer dicha responsabilidad.

### **El error jurisdiccional y el daño especial como títulos jurídicos de imputación.**

De cara a lo anterior, se analizarán los siguientes títulos de imputación para la responsabilidad del Estado

- El error Jurisdiccional como parte del régimen subjetivo de la responsabilidad, y
- Daño Especial como parte del régimen objetivo de responsabilidad.

El error jurisdiccional de conformidad a lo establecido por el artículo 66 de la Ley 270 de 1996, se define como:

“Es aquel cometido por una autoridad investida de facultad jurisdiccional, en su carácter de tal, en el curso de un proceso, materializado a través de una providencia contraria a la ley.” (Ley 270, 1996).

Es por ello que para establecer el error jurisdiccional es menester que dicho error sea procedente según las causales que ha fijado el Consejo de Estado en sus sentencias siendo las causales:

1. Defecto Sustantivo, orgánico o procedimental
2. Defecto fáctico
3. Error inducido
4. Decision sin motivación
5. Desconocimiento del precedente, o
6. Una violación directa de la constitución. (Sentencia 15128, 2006)

Y para invocarse alguno de los anteriores, se deberán cumplir los siguientes requisitos:

1. El afectado deberá haber interpuesto los recursos de ley en los eventos previstos en el artículo 70, excepto en los casos de privación de la libertad del imputado cuando ésta se produzca en virtud de una providencia judicial.

2. La providencia contentiva de error deberá estar en firme. (Ley 270, 1996).

Dichos requisitos posibilitan acceder a la jurisdicción, y tienen el fin de agotar los mecanismos judiciales existentes para corregir los errores o los vicios de las providencias, debido a que son los recursos judiciales los primeros que dan la posibilidad de corregir los errores judiciales que afecten a alguna de las partes del proceso judicial, sin necesidad de comprometer la esfera patrimonial del Estado.

Ahora bien, es menester definir cada una de esas causales y verificar si es posible enmarcar la responsabilidad del Estado por el cambio del precedente en alguna de ellas.

### **1. Defecto Sustantivo, orgánico o procedimental**

La Corte constitucional, se da de la siguiente manera:

(i) la decisión cuestionada se funda en una norma indiscutiblemente inaplicable al caso concreto, por ejemplo, porque la norma empleada no se ajusta al caso, no se encuentra vigente por haber sido derogada, o ha sido declarada inconstitucional; (ii) a pesar del amplio margen interpretativo que la Constitución le reconoce a las autoridades judiciales, la interpretación o aplicación que se hace de la norma en el caso concreto, desconoce sentencias con efectos erga omnes que han definido su alcance; (iii) cuando se fija el alcance de una norma desatendiendo otras disposiciones aplicables al caso y que son necesarias para efectuar una interpretación sistemática; (iv) cuando la norma pertinente es inobservada y, por ende, inaplicada; o finalmente, (v) en el evento en que, no obstante la norma en cuestión está vigente y es constitucional, no se adecúa a la situación fáctica a la cual se aplicó, porque a

ésta, por ejemplo, se le reconocen efectos distintos a los expresamente señalados por el legislador. (Sentencia T.781 , 2011).

De lo anterior, se puede inferir que este defecto sustantivo u organico puede ser definido como aquella imprecisión o error que el juez comete a la hora de aplicar una norma a los hechos que sustentan la litis, ó se puede presentar cuando el juez no interpreta de manera correcta una norma.

De otro lado, el defecto procedimental, se da en desarrollo de la actividad judicial cuando el juez se aparta de las normas procesales aplicables, excede las formas establecidas o desconoce dichas normas. Generando un error en cuanto al procedimiento determinado por la Ley, y es por ello que el juez termina produciendo una providencia arbitraria.

También se ha admitido que, en forma excepcional, éste puede configurarse debido a un exceso ritual manifiesto, a consecuencia del cual el operador judicial resta o anula la efectividad de los derechos fundamentales por motivos excesivamente formales. Se han reconocido dos modalidades de defecto procedimental, uno absoluto, que se produce cuando el funcionario judicial se aparta por completo del procedimiento legalmente establecido para el trámite de un asunto concreto, bien sea porque: i) sigue un trámite totalmente ajeno al pertinente y en esa medida equivoca la orientación del asunto, u ii) omite etapas sustanciales del procedimiento establecido, afectando el derecho de defensa y contradicción de una de las partes del proceso. Y un defecto procedimental por exceso ritual manifiesto, que tiene lugar cuando el funcionario arguye razones formales a

manera de un impedimento, que sobrevienen en una denegación de justicia. (Sentencia T.781 , 2011).

## **2. Defecto fáctico**

El defecto fáctico ha sido entendido como la falta de valoración de las pruebas y de los hechos, debido a dicha valoración da por no probado algo que legalmente se probó o cuando da por probado algo por medio de una prueba que carece de legalidad, es válido indicar que dicho error posee dos dimensiones:

Una dimensión negativa y una positiva. La primera tiene lugar cuando el juez niega o valora la prueba de manera arbitraria, irracional y caprichosa, o simplemente omite su valoración, y sin razón valedera da por no probado el hecho o la circunstancia que de la misma emerge clara y objetivamente. Esta dimensión comprende las omisiones en la valoración de pruebas determinantes para identificar la veracidad de los hechos analizados por el juez. Y la dimensión positiva, se presenta generalmente cuando el juez aprecia pruebas esenciales y determinantes para la definición del caso, que no ha debido admitir ni valorar porque, por ejemplo, fueron indebidamente recaudadas (artículo 29 C. P.) o cuando da por establecidas circunstancias sin que exista material probatorio que respalde su decisión. (Sentencia T.781 , 2011).

## **3. Error inducido:**

se configura cuando una decisión judicial pese a haberse adoptado respetando el debido proceso, valorando los elementos probatorios de forma plausible conforme al principio de la sana crítica y con fundamento en una interpretación razonable de la ley sustancial, ocasiona la vulneración de derechos fundamentales “al haber sido determinada o influenciada por aspectos externos al proceso, consistentes en fallas originadas en órganos estatales. (Sentencia T-031, 2016).

#### **4. Decisión sin motivación:**

la jurisprudencia constitucional, a partir de las sentencias T-949 de 2003 y C-590 de 2005, estableció la falta de motivación de las decisiones judiciales, entendiendo aquella como la ausencia de sustento argumentativo o la irrelevancia de las consideraciones aplicadas para dirimir la controversia, como un criterio específico autónomo de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. Ahora bien, la Corte ha sostenido que la comprobación de la ausencia de motivación de las decisiones judiciales está estrechamente ligada a la complejidad del asunto, las materias alegadas y los hechos del caso. De esa forma, mientras que en algunos casos unas breves consideraciones bastarán para dirimir el caso; en otros es indispensable que el juez argumente de manera exhaustiva la decisión que va a adoptar. En todo caso, siempre habrá de emitirse pronunciamiento sobre los asuntos entorno de los cuales gira la controversia y si es del caso, aducir la razón jurídica por la cual el fallador se abstendrá de tratar alguno de los puntos sometidos a su consideración. (Sentencia T-709, 2010).

Dicho yerro es atribuible al Estado, bajo el título jurídico de imputación que se trata en el presente capítulo; sin embargo, existe otra manera de que se constituya éste defecto, para ello, en un pronunciamiento más reciente, la Corte manifestó que :

Éste defecto se origina cuando el juez actúa al margen del procedimiento establecido o vulnera de manera definitiva el debido proceso constitucional del actor. Particularmente, se incurre en defecto procedimental por vulneración del principio de consonancia cuando la sentencia no está en conexión con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda. En términos sencillos, puede afirmarse que el principio de consonancia establece que la competencia funcional del juez se restringe al pedido de las partes; es decir, a las súplicas de la demanda y a las excepciones propuestas por la contraparte. El juez de segunda instancia, por su parte, debe decidir a partir de los aspectos del fallo de primera instancia que fueron objeto de impugnación y la Corte Suprema de Justicia no puede revisar, de manera oficiosa, decisiones del juez de segunda instancia que en forma expresa no le hayan sido sometidas. En un Estado democrático de derecho, la obligación de sustentar y motivar las decisiones judiciales resulta vital en el ejercicio de la función jurisdiccional, como garantía ciudadana. En este sentido, la motivación de los actos jurisdiccionales, puede ser vista como un componente que refuerza el contenido mínimo del debido proceso, dado que constituye una barrera a la arbitrariedad judicial y contribuye a garantizar la sujeción del juez al ordenamiento jurídico y el posterior control sobre la razonabilidad de la providencia. (Sentencia SU424, 2012).

## 5. Desconocimiento del precedente

En reiteradas oportunidades, esta Corporación ha definido el precedente judicial como “la sentencia o el conjunto de ellas, anteriores a un caso determinado, que por su pertinencia y semejanza en los problemas jurídicos resueltos, debe necesariamente considerarse por las autoridades judiciales al momento de emitir un fallo”. Asimismo, la doctrina lo ha definido como el mecanismo jurisdiccional que tiene su origen en el principio stare decisis o estar a lo decidido, el cual consiste en la aplicación de criterios adoptados en decisiones anteriores a casos que se presenten en situaciones posteriores y con circunstancias similares. (Sentencia SU 354, 2017).

De lo analizado con anterioridad, se desprende que el precedente jurisprudencial puede ser clasificado de dos maneras, la primera, denominada precedente horizontal y la segunda, precedente vertical, el primero hace referencia a las providencias proferidas por los jueces de la misma jerarquía, mientras que el segundo hace referencia a las decisiones de los superiores jerárquicos, ha de indicarse que:

El precedente horizontal tiene fuerza vinculante, atendiendo no solo a los principios de buena fe, seguridad jurídica y confianza legítima, sino al derecho a la igualdad que rige en nuestra Constitución. Asimismo, el precedente vertical, al provenir de la autoridad encargada de unificar la jurisprudencia dentro de cada una de las jurisdicciones, limita la autonomía

judicial del juez, en tanto debe respetar la postura del superior, ya sea de las altas cortes o de los tribunales. (Sentencia SU 354, 2017).

## **6. Violación directa de la constitución:**

Se indica que existe una violación directa cuando:

El juez ordinario adopta una decisión que desconoce la Carta Política, ya sea porque: (i) deja de aplicar una disposición ius fundamental a un caso concreto; o porque (ii) aplica la ley al margen de los dictados de la Constitución. En el primer caso, la Corte ha dispuesto que procede la tutela contra providencias judiciales por violación directa de la Constitución (a) cuando en la solución del caso se dejó de interpretar y aplicar una disposición legal de conformidad con el precedente constitucional, (b) cuando se trata de un derecho fundamental de aplicación inmediata y (c) cuando el juez en sus resoluciones vulneró derechos fundamentales y no tuvo en cuenta el principio de interpretación conforme con la Constitución. En el segundo caso, la jurisprudencia ha afirmado que el juez debe tener en cuenta en sus fallos, que con base en el artículo 4 de la C.P, la Constitución es norma de normas y que en todo caso en que encuentre, deduzca o se le interpele sobre una norma que es incompatible con la Constitución, debe aplicar las disposiciones constitucionales con preferencia a las legales mediante el ejercicio de la excepción de inconstitucionalidad. (Sentencia SU198, 2013).

Como conclusión, el error jurisdiccional ha de generar responsabilidad patrimonial del Estado, cuando por parte de una Autoridad jurisdiccional se causa un daño antijurídico a una persona a

través de una providencia judicial; pese a lo manifestado, ha de verificarse que en ninguno de los anteriores elementos se evidencia que el cambio de precedente genere responsabilidad; el desconocimiento del precedente jurisprudencial figura que se acerca más al cambio ha de generar el resarcimiento patrimonial a las víctimas: sin embargo, como se evidenció, la normativa analizada no hace referencia al cambio del precedente jurisprudencial, ya que es muy diferente la figura del desconocimiento a la del cambio.

Es claro que toda la normativa analizada no da pie a la reponsabilidad del Estado por el cambio de precedente; sin embargo, como indicó el profesor Rodolfo Correa la lista del error jurisdiccional no es taxativa, por lo que cabría preguntarse ¿es posible indicar que el cambio de precedente jurisprudencial da lugar a la responsabilidad del Estado y es el error jurisdiccional el título jurídico de imputación ó es necesario acudir al daño especial como título de imputación?. Como se evidenció, el error judicial se descarta como opción, pues como se logró evidenciar, la lista de la responsabilidad por error judicial la jurisprudencia, ni la ley ha desarrollado el cambio del precedente como causal, y al verificar las mismas, el cambio de precedente no se encuentra instituida como posibilidad para imputar responsabilidad al Estado, por lo que solamente se vuelve posible analizarla presente tesis bajo el daño especial

Ese es precisamente el fin del siguiente capítulo, explicar cómo se genera la responsabilidad e indicar el medio de control y el título de imputación que genera la responsabilidad por el cambio de precedente.

## **CAPÍTULO 4: LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR EL CAMBIO DEL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL.**

La responsabilidad del Estado, cuya evolución ha sido eminentemente de carácter jurisprudencial, se encuentra en evolución constante; pues con los cambios políticos, sociales, económicos, culturales y legales, los jueces se ven obligados a reinterpretar los conceptos dados por sus predecesores, es por ello que el precedente jurisprudencial está sujeto a cambios drásticos que posibilitan la causación de un daño antijurídico a los administrados cuando los jueces aplican los nuevos criterios de reinterpretación a casos que iniciaron bajo las premisas interpretativas anteriores; debido a ello, es necesario establecer y examinar cuáles son los elementos actuales de la responsabilidad del Estado, y cómo se puede configurar e imputar responsabilidad por el cambio del precedente jurisprudencial.

### **Elementos de la responsabilidad del estado por el cambio del precedente.**

La responsabilidad del Estado en Colombia ha evolucionado a través de la jurisprudencia, “se puede determinar que el régimen jurídico que regula la responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia, ha sido predominantemente pretoriano(…)” (Correa Vargas, 2012, pág. 6). Es por ello que el presente capítulo, tiene su sustento en la evolución jurisprudencial de la responsabilidad del Estado. A través de las páginas siguientes se analizará el cambio del precedente, sus consecuencias, si ese cambio genera responsabilidad del Estado y bajo qué régimen jurídico se puede encausar.

El cambio de precedente, como ya se definió es aquella modificación argumentativa que se hace a las decisiones judiciales tomadas con anterioridad, es un cambio en la opinión y argumentación que realizó el juez a un caso posterior que guarda similitudes con el ya fallado. Pues como lo indica Ajani Akin Cuesta, “Es un cambio en la decisión (cambio de opinión) en un asunto que se resolvió de manera distinta a otro que guarda similitudes señaladas.” (Cuesta Davu, 2019 , pág. 24). Pues se indica que se trata de un cambio de opinión de cara a que al analizar dos casos se encuentran diferencia en los hechos, normas o contexto histórico de los mismos, lo cual hace imperativo una decisión diferente que contenga la nueva interpretación aplicable.

El precedente jurisprudencial, se puede afirmar que constituye “una autoridad para los jueces en casos siguientes en los que se plantee el mismo asunto; por lo que es vinculante para el mismo juez que dictó la decisión anterior como para los de menor jerarquía(...)” (Cuesta Davu, 2019 , pág. 22); sin embargo, lo anterior según sentencia SU354 de 2017, hay que extenderlo también para los jueces que se encuentran en la misma jerarquía, pues el precedente no solamente es vertical sino también horizontal.

Se ha evidenciado que el precedente jurisprudencial cumple dentro del marco normativo colombiano las siguientes funciones esenciales en los ordenamientos jurídicos:

En primer término, por elementales consideraciones de seguridad jurídica y de coherencia del sistema jurídico, pues las normas, si se quiere que gobiernen la conducta de los seres humanos, deben tener un significado estable, por lo cual las decisiones de los

jueces deben ser razonablemente previsibles. En segundo término, y directamente ligado a lo anterior, esta seguridad jurídica es básica para proteger la libertad ciudadana y permitir el desarrollo económico, ya que una caprichosa variación de los criterios de interpretación pone en riesgo la libertad individual, así como la estabilidad de los contratos y de las transacciones económicas, pues las personas quedan sometidas a los cambiantes criterios de los jueces, con lo cual difícilmente pueden programar autónomamente sus actividades. En tercer término, en virtud del principio de igualdad, puesto que no es justo que casos iguales sean resueltos de manera distinta por un mismo juez. Y, finalmente, como un mecanismo de control de la propia actividad judicial, pues el respeto al precedente impone a los jueces una mínima racionalidad y universalidad, ya que los obliga a decidir el problema que les es planteado de una manera que estarían dispuestos a aceptar en otro caso diferente pero que presente caracteres análogos.

(Sentencia SU 047, 1999) Negrilla, cursiva y subrayado fuera del texto original.

Es por ello por lo que su mal cambio genera una afección a los derechos constitucionales de las partes que forman la litis, debido a que pueden vulnerar derechos como la igualdad, la seguridad jurídica, el Derecho a la defensa y la confianza legítima.

Es claro que el cambio de precedente jurisprudencial puede afectar garantías constitucionales cuando se conceden o deniegan pretensiones por el cambio del precedente anterior, aplicando un nuevo precedente para fallar los casos que se encuentran en curso. (vulnera Derecho a la igualdad en cuanto no tienen las mismas condiciones de los procesos que ya han sido fallados y a

la defensa, debido a que las partes no tuvieron manera de pronunciarse sobre esa nueva postura y no tenían conocimiento del cambio de criterios).

Como se logró establecer en el capítulo anterior, no es posible enmarcar la responsabilidad por el cambio de precedente dentro del error jurisdiccional; es por esa razón que se asumirá el análisis de dicha responsabilidad como daño especial; pues como lo indica el Maestro Enrique Gil Botero,

(...) El cambio de jurisprudencia no da lugar a declarar error judicial

Aunque no se puede afirmar que la intención de la sentencia de 17 de julio de 2002 hubiese sido la de generalizar una tesis, ya que se circunscribe a una Sentencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado en la que no se actualizó una condena, en aplicación de un criterio jurisprudencial que señalaba que la actualización debía solicitarse en la demanda, hubo otra tesis según la cuál el juez estaba obligado a hacerlo de oficio por razones de equidad y porque el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo lo prescribía. La Sección Tercera rechazó las pretensiones de la demanda de reparación directa, y afirmó que la sentencia cuestionada se profirió estando vigente la primera tesis, de allí que no se configuraba el error reclamado; la providencia razona de la siguiente forma:

No obstante lo anterior, las decisiones tomadas en su oportunidad, con fundamento en una tesis distinta, no solo produjeron efectos de cosa juzgada, sino que decidir lo contrario contribuiría a originar inseguridad jurídica frente a las decisiones de

los jueces y abre la posibilidad que frente a todas las sentencias falladas y ejecutoriadas se abra [sic] una nueva posibilidad de debate. (Gil Botero, 2017, pág. 490).

Debido a lo anterior, el cambio de precedente no puede discutirse como un error jurisdiccional, pues en principio evidenciamos que el cambio de precedente no aparece como causales de imputación del error, así mismo, el error claramente me abriría la posibilidad de desconocer lo establecido dentro de las providencias que gozan de cosa juzgada nuevamente se apertura la posibilidad de discusión. Según esto, el daño especial aparece como opción para endilgar la responsabilidad aquí debatida, y es menester afirmar que el mismo pertenece al régimen objetivo de responsabilidad; este régimen posible imputar responsabilidad al Estado *sin necesidad de mediación de falla alguna.*

### **El daño especial como opción para endilgar responsabilidad al Estado Juez.**

El daño especial, ha sido entendido como:

aquel que se inflige al administrado *en desarrollo de una actuación legítima* del Estado, *ajustada en un todo a la legalidad* pero que debe ser indemnizado por razones de equidad y de justicia distributiva, en la medida en que aquel se ha beneficiado a costa de un daño anormal, desmesurado o superior a aquel que deben sufrir los administrados en razón a la naturaleza particular del poder público, el cual entraña de esta suerte un *rompimiento de la igualdad ante las cargas públicas.*(...) esto es, en ejercicio de sus competencias y obrando dentro del marco de las disposiciones legales- puede ocasionar al

administrado un daño anormal, superior al que deben sufrir otros colocados en idénticas condiciones, que por lo mismo excede el sacrificio que el común de los ciudadanos debe soportar, entraña el rompimiento de la “equidad que debe reinar ante los sacrificios que importa para los administrados la existencia del Estado” y compromete así la responsabilidad patrimonial de la administración pública. (Sentencia 16421, 2007)

*Negrilla, cursiva y subrayado fuera del texto original.*

Según el Consejo de Estado:

En síntesis, puede afirmarse que el título de imputación jurídica sobre el cual se edifica el juicio de responsabilidad para el Estado, lo constituye el rompimiento del equilibrio de las cargas públicas, ocasionado por la actividad legítima de autoridades estatales (Congreso y Presidente de la República), que causa daño antijurídico, respecto del cual, el administrado no está en el deber de soportar, pues la carga pública que debe ser colectiva, no debe correr a cargo de una persona en particular. De ahí que sea equitativo, imponer al Estado en representación de la sociedad, la obligación de reparar el perjuicio irrogado a los actores (Sentencia 16421, 2007).

De lo anterior se puede evidenciar que, para la configuración de dicho título jurídico de imputación, se debe acreditar lo siguiente:

- Una actividad legítima que realiza el Estado, en desempeño de sus funciones.
- Ajustada en un todo y por todo a la legalidad
- Rompe con el equilibrio de la igualdad de las cargas públicas.

Para continuar es de gran importancia indicar que este título jurídico de imputación es de aplicación restrictiva; por lo que únicamente opera en aquellos eventos en que los demás regímenes no operan, es decir cuando el daño no es producto de una falla o cuando el daño no se genera por la concreción de algún riesgo o falla por parte del Estado, hay que acudir al presente título. (Correa Vargas, 2012).

Ahora bien, si bien el cambio de precedente jurisprudencial es un ejercicio realizado del Estado Juez dentro de la función jurisdiccional, el único título de imputación que se acomodaría al presente evento es el daño especial, acá no importa si el juez cometió un error o no, acá importa es las afecciones a las garantías constitucionales y legales que sufren los administrados y que no están en el deber jurídico de soportar.

Pese a lo anterior, es menester indicar cómo se configura este error y si el mismo cumple con los presupuestos normativos para afectar la esfera patrimonial del Estado.

Es de gran importancia reconocer que para ciertos doctrinantes es casi nulo el hecho de que se decrete una indemnización por el cambio de precedente, ya que se indica qué:

la posibilidad de que se concrete en la praxis el reconocimiento de una indemnización por los daños antijurídicos derivados de la modificación sorpresiva de un precedente judicial en realidad nos parece muy remota. La parte afectada dispone de los recursos procesales necesarios para evitar la consolidación del daño y por lo mismo, el

hecho de poder controvertir las providencias que les sean adversas abre la posibilidad de que los propios jueces y magistrados que profirieron tales decisiones corrijan el sentido de ellas, ya sea para asegurar la pervivencia de los criterios e interpretaciones precedentes o para adoptar nuevos razonamientos que los sustituyan. (Valbuena Hernández , 2008, pág. 473).

Sin embargo, la anterior afirmación conyeva a aceptar que el cambio de precedente jurisprudencial genera un daño antijurídico, pues al desconocer derechos fundamentales como lo son el debido proceso, el Derecho a la defensa, la igualdad y la seguridad jurídica, las partes involucradas dentro del proceso jurisdiccional a las que de manera intempestiva y retroactiva se le aplica la nueva disposición, sufren como consecuencia de ello la violación a todas las directrices constitucionales indicadas y como tal sí es procedente tratar de alcanzar su reparación. Es por ello que se analizarán los elementos de la responsabilidad en el caso concreto, es decir que se analizará detenidamente los siguientes elementos:

- Daño antijurídico por el cambio del precedente jurisprudencial.
- Imputación por el cambio del precedente jurisprudencial.

### **Elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado derivado del cambio de precedente jurisprudencial.**

- El daño antijurídico generado con el cambio del precedente jurisprudencial:

Como bien se definió, daño antijurídico es el menoscabo de un bien constitucionalmente tutelado, que desequilibra las cargas públicas, daño que no se está en la obligación de asumir, en pocas palabras es “la aminoración patrimonial [ó extrapatrimonial] sufrida por la víctima” (Henaó Pérez, 1998, pág. 36).

El Consejo de Estado, manifiesta qué:

Sobre la noción de daño antijurídico, esta Sección ha definido que consistirá siempre en la lesión patrimonial o extra-patrimonial que la víctima no está en el deber jurídico de soportar. En este sentido, el daño ocasionado a un bien jurídicamente tutelado, impone el deber de indemnizar el consecuente detrimento con el objetivo de garantizar el principio de igualdad ante las cargas públicas. (Sentencia 27136, 2014).

Es decir, que “el daño se torna antijurídico cuando carece de título jurídico válido y excede el conjunto de las cargas que normalmente debe soportar el individuo en su vida social” (Cuesta Davu, 2019 , pág. 71). El consejo de Estado indica qué: “un daño será antijurídico cuando la víctima del mismo no esté obligada por imperativo explícito del ordenamiento a soportar la lesión de un interés patrimonial garantizado por la norma jurídica” (Sentencia 6515, 1991). Es “la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial que la víctima no está en obligación de soportar” (Sentencia 8163, 1993),

la responsabilidad se deriva del efecto de la acción administrativa (el daño que debe ser antijurídico) y no de la actuación del agente estatal que lo causa, por lo que es la

posición de la víctima del daño la que interesa más no la conducta del victimario; de ahí que es perfectamente posible que el Estado responda por daños antijurídicos provenientes de acciones u omisiones lícitas, así como por los generados por conductas ilícitas. (Cuesta Davu, 2019 , págs. 76-77).

Sin embargo, el daño para ser antijurídico tiene que afectar las denominadas cargas públicas,

En Francia, país de origen de la doctrina de la igualdad ante las cargas públicas, el término carga pública ha sido utilizado para englobar a la totalidad de las obligaciones que el poder público impone a los individuos para la satisfacción del interés general e inclusive cualquier daño ocasionado por las autoridades. (Ponce de Leon Solis, 2015).

Es decir, que el menoscabo a los derechos o el quebrantamiento a un interés legítimo que el sujeto no debe soportar pese a estar en un colectivo social, teniendo la posibilidad de ser imputado al actor.

El daño, además de ser antijurídico debe tener las siguientes características:

- a. Debe ser directo, es decir que el presente debe ser producido y el mismo debe ser referible al autor, teniendo una conexión entre el daño y el resultado, (Gil Botero, 2017).
- b. Debe ser personal: El presente requisito “hace referencia a la legitimación, esto es a quién ostente la calidad de perjudicado con el hecho dañoso (...)” (Gil Botero, 2017)

- c. Debe ser cierto: Es decir que se permite la verificación del daño, pues el mismo puede ser pasado, presente o futuro, el mismo debe tener certeza de la ocurrencia de la disminución o lesión del bien jurídicamente tutelado. (Gil Botero, 2017).

El cambio de precedente al vulnerar las garantías constitucionales cumple con las características del daño resarcible, el mismo se le genera a un ciudadano, como consecuencia de un factor externo que el ciudadano no está en el deber jurídico de soportar, tornándose antijurídico por sobrepasar las cargas públicas.

- Imputación:

Una vez constatada las características del daño, y al establecer que el mismo es antijurídico, es menester, realizar el juicio de imputabilidad que permita encontrar acomodar el título jurídico pues el fallador debe analizar los siguientes factores:

1. “la imputatio juris”, además de
2. “la imputatio facti” (Sentencia 8163, 1993),

Hay que indicar que cualquier análisis de responsabilidad extracontractual del Estado presupone el análisis de dichos elementos, por lo que el

análisis de imputación, supone, prima facie, un estudio en términos de atribuidad material (imputatio facti), a partir del cual se determina el origen de

un específico resultado que se adjudica a un obrar –acción u omisión– por consiguiente, es en la imputación fáctica o material, en donde se debe analizar y definir si el daño está vinculado en el plano fáctico con una acción u omisión de la administración pública, o si a contrario sensu, el mismo no resulta atribuible por ser ajeno a la misma o porque operó una de las llamadas causales eximentes de responsabilidad, puesto que lo que éstas desencadenan que se enerve la posibilidad de endilgar las consecuencias de un determinado daño. No obstante, lo anterior, la denominada imputación jurídica (*imputatio iure*) supone el establecer el fundamento o razón de la obligación de reparar o indemnizar determinado perjuicio derivado de la materialización de un daño antijurídico, y allí es donde intervienen los títulos de imputación que corresponden a los diferentes sistemas de responsabilidad que tienen cabida tal como lo ha dicho la jurisprudencia en el artículo 90 de la Constitución Política. (Sentencia 22592, 2012).

Como ya se estableció en el capítulo que antecede, se determinó que el daño se causa por el simple hecho del mal cambio de precedente, y este vulnera los derechos constitucionalmente protegidos, y como dicho daño no se ajusta a lo evaluado en el error jurisdiccional se debe aplicar el daño especial como consecuencia de la actuación legítima del Estado. Pues no se podría indicar que se está en el escenario de un error jurisdiccional de cara a que los jueces aplican las directrices constitucionales, legales y jurisprudenciales para realizar el cambio, pues si bien el mal cambio genera un daño, no se cumplen los presupuestos para enmarcar el daño en un régimen subjetivo de responsabilidad, pues como tal el daño lo genera la retroactividad en los pronunciamientos judiciales.

Ahora bien, es menester hacerse la siguiente pregunta ¿Cuál medio de control a ejercitar para acceder a la jurisdicción como consecuencia del cambio de precedente jurisprudencial?

### **Los medios de control en la Ley 1437 de 2011.**

Según la Ley 1437 de 2011, los medios de control son los siguientes:

- Nulidad por inconstitucionalidad.
- Control inmediato de legalidad.
- Nulidad.
- Nulidad y restablecimiento del Derecho.
- Reparación directa.
- Acción de repetición.
- Controversias contractuales.
- Acción popular.
- Acción de grupo.
- Acción de cumplimiento.
- Control por vía de excepción.
- Extensión de la jurisprudencia.

De todos los anteriores medios de control, aquel que se ajusta a lo pretendido a lo largo de éste trabajo es la reparación directa, pues si bien se cuenta con la posibilidad de

acceder a los recursos ordinarios y extraordinarios en cada caso en concreto, como se indicó, la responsabilidad deriva cuando se hace el cambio intempestivo de jurisprudencia bajo la cual un caso se ha desarrollado, existiendo solamente la posibilidad de exigir el resarcimiento del daño con la acción de reparación directa, pues en caso de que se piense en la acción de tutela contra providencia judicial la misma se descarta porque la acción que se pretende persigue el resarcimiento económico por los daños causados.

La reparación directa ha sido definida así:

La reparación directa es una acción de naturaleza subjetiva, individual, temporal y desistible, a través de la cual la persona que se crea lesionada o afectada (...) podrá solicitar directamente ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo que se repare el daño causado y se le reconozcan las demás indemnizaciones que correspondan. Se trata de una típica acción tendiente a indemnizar a las personas con ocasión de la responsabilidad extracontractual en que pudo incurrir el Estado. (Sentencia C644 , 2011).

Normativamente, la reparación, está consagrada el artículo 140 de la Ley 1437 de 2011, en el mismo se establece que en los términos del artículo 90 de la Constitución Política, aquel afectado con el daño podrá demandar la reparación de este, ya que este es consecuencia del actuar de sus agentes.

Como conclusión se evidencia que el daño producto del cambio de precedente es indemnizable, debido a que ese daño se torna antijurídico por violentar las directrices constitucionales

explicadas, además, ese daño será imputado a título de daño especial, y el medio de control será la reparación directa.

## CONCLUSIONES.

Como primer objetivo se tuvo la meta de identificar los criterios que permiten establecer la fuerza vinculantes de la decisión judicial y sus principales límites, como se evidencia en el capítulo primero, se da cumplimiento a dicho objetivo, pues se logra deducir que todas las decisiones judiciales tienen un carácter vinculante, y las mismas deben garantizar los derechos constitucionales como lo son la igualdad, la justicia, la seguridad jurídica y la confianza legítima que poseen los administrados frente las actuaciones del Estado-Juez.

Pese lo anterior, se evidenció que era necesario estudiar la teoría del apartamiento judicial de cara a la seguridad jurídica y la independencia judicial contenida en el segundo objetivo, y como se evidenció en el desarrollo del capítulo segundo pese a que el precedente jurisprudencial es de obligatorio cumplimiento el mismo puede ser cambiado por las premisas establecidas jurisprudencialmente; sin embargo, al realizar dicho cambio y hacerlo de manera retroactiva se pueden ver afectadas las mismas garantías constitucionales indicadas a lo largo del trabajo se vulneran derechos como la igualdad, la seguridad jurídica, la defensa y la confianza legítima, por lo que el cambio del precedente constituye un daño antijurídico que aunque legal el administrado no debe soportar.

Como consecuencia del daño, es menester establecer cómo se le puede atribuir ese daño al Estado, por lo que fue obligatorio analizar los elementos de la responsabilidad del Estado, y de cara a lo establecido en el capítulo tres y cuatro, se evidencio el cumplimiento de los elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado que permiten atribuir el daño antijurídico que

sufre un individuo por el cambio del precedente jurisprudencial, pues aparece el daño especial como título de imputación y la reparación directa como medio de control para acceder a la jurisdicción contencioso administrativa a reclamar los perjuicios ocasionados con el daño antijurídico.

Todo lo dicho evidencia el cumplimiento a cabalidad el fin propuesto en el objetivo general que fue realizar establecer la existencia de la responsabilidad del Estado por el cambio de precedente jurisprudencial protegiendo las garantías constitucionales, legales y jurisprudenciales.

De manera que, es posible indicar lo siguiente:

- La decisión judicial es garante de igualdad, justicia, Derecho a la defensa, confianza legítima, debido proceso y seguridad jurídica.
- La decisión judicial constituye precedente judicial de carácter vertical y horizontal, por lo que es de obligatorio cumplimiento.
- El apartamiento y el mal cambio de precedente vulneran los derechos de los individuos que conforman la litis.
- El daño especial aparece como título jurídico de imputación por el que se le puede atribuir responsabilidad al Estado.
- La reparación directa se vuelve el medio de control idóneo para perseguir la indemnización causada por ese daño.

Todo lo dicho, apunta entonces a una misma conclusión: a través del desarrollo de la actividad judicial, los jueces no pueden desconocer los criterios doctrinales dados por sus antecesores,

deben velar porque su cambio no afecte directrices constitucionales como procuran hacer los tribunales internacionales y en caso de hacerlo deben reparar el daño causado.

Sin embargo, a pesar de lo indicado en la presente tesis todo implica para los jueces una problemática al momento del cambio del precedente jurisprudencial. No está claro cómo se debe hacer el cambio, como se debe evitar la vulneración de derechos constitucionales y cómo pagar la cantidad de eventuales condenas por cambio de precedente, pues ello implicaría que cada cambio de precedente genera daños antijuridicos, lo que constituiría un déficit fiscal para el país que no se podría cubrir.

Sin embargo, como se evidencia en países como Perú, Argentina, Venezuela e incluso Colombia (en algunos eventos), los jueces se pueden abstener de aplicar la nueva línea de jurisprudencia al caso que originó la misma, haciendo aplicables los efectos a futuro y garantizando así un correcto cambio de precedente protegiendo las directrices deóntico-convencionales.

## BIBLIOGRAFÍA

- Aguilar, G. (2015). El precedente judicial en el Perú: hacia la búsqueda de una identidad y fundamento . En *El Precedente Judicial Y El Ejercicio Del Derecho Ante Las Altas Cortes* (págs. 189- 205). Medellín : Universidad de Medellín.
- Alessandri Rodríguez, A. (1981). *De la responsabilidad extracontractual en el Derecho civil chileno*. Santiago de Chile: Imprenta Universal.
- Amaya, J. A. (2015). La doctrina del precedente constitucional. Una propuesta institucional para el sistema argentino. En *El precedente judicial y el ejercicio del Derecho ante las altas cortes* (págs. 251- 270). Medellín : Universidad de Medellín .
- Amorocho Martínez "et al", F. (2009). La Función Jurisdiccional Ejercida Por Autoridades Administrativas En El Ordenamiento Jurídico Colombiano. *Revista Justicia*, 95.
- Arcila Chavarría, A. (2017). *La responsabilidad del Estado por la no aplicación del precedente jurisprudencial* . Medellín : UNAULA.
- Bénoit, F. P. (1957). *Essai sur les conditions de la responsabilité en droit publicet privé (problèmes de causalité et d'imputabilité)*.
- Bernal Pulido, C. (2003). La fuerza Vinculante de la Jurisprudencia en el Orden Jurídico Colombiano. *Precedente - Revista Jurídica*, 20.
- Bernal Pulido, C. (2015). *Fundamentos filosoficos de la teoria del uso del precedente* . Bogotá: Universidad Externado de Colombia .
- Botero Aristizábal , L. F. (2007). *Responsabilidad patrimonial del legislador*. Bogotá: Legis.

Bustamante Ledesma, A. (1998). *La responsabilidad extracontractual del Estado*. Bogotá: Leyer.

Carbonell Bellolio, F. (2017). Elementos para un modelo de decisión judicial correcta. *Revista De Estudios De La Justicia*, 22.

Clemente de Diego, F. (1925). *La jurisprudencia como fuente del Derecho* . Granada: Editorial Comares.

Congreso de la República de Colombia. (2012). Ley 1564 de 2012.

*Constitución Política de Colombia*. (1991). Bogotá D.C.

Correa Vargas, R. A. (06 de junio de 2012). *La responsabilidad extracontractual del Estado* . . Bogotá, Colombia.: Leyer editores .

Cuesta Davu, A. A. (2019 ). *Responsabilidad del Estado por cambio de jurisprudencia en Colombia*. Medellín : Editorial Académica Española .

Cuesta Simanca, A. (2012). *Responsabilidad del Estado por aplicacion retroactiva de cambios de jurisprudencia*. Bogotá: Grupo editorial Ibañez.

De Larrañaga Monjaraz, P. (1996). *El concepto de responsabilidad en la teoría del Derecho contemporanea*. Alicante.

Decreto 1400. (06 de Agosto de 1970). Presidencia de la República de Colombia . *En ejercicio de las facultades extraordinarias que le confirió la Ley 4ª de 1969 y consultada la Comisión Asesora que ella estableció, decreta: Código de Procedimiento Civil*. Bogotá, Colombia.

- Fuenmayor, R. C. (2010). *Acerca del origen del Derecho: novísimo papel del precedente*. Caracas: Universidad del Zulia Maracaibo.
- García López, L. F. (2014). El juez y el precedente: Hacia una reinterpretación de la separación de poderes,. *128 Universitas*, 83.
- Gaviria Cardona, A. (2018). *La jurisprudencia como fuente del Derecho análisis a partir de la responsabilidad extracontractual*. Medellín: Fondo Editorial UNAULA.
- Gil Botero, E. (2017). *La responsabilidad extracontractual del Estado*. Bogotá : Temis S.A.
- Guibourg, R. A. (2015). La función Judicial. *Pensar en Derecho*.
- Henaó Pérez, J. C. (1998). *El daño*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Hernández Meza, N. (2002). Los principios de igualdad y seguridad jurídica como presupuestos de la doctrina probable. *Revista de Derecho* , 7.
- Hernandez, A. E. (2007). Responsabilidad Extracontractual del Estado. En A. E. HERNÁNDEZ Enríquez, *Responsabilidad Extracontractual del Estado* (pág. Pág. 15.). Bogotá: Nueva Jurídica.
- Iturralde Sesma, V. (1995). Las Decisiones Judiciales Como Fuente de Derecho en los Sistemas de Civil Law: El Caso Español. *Anuario de Filosofía del Derecho*, XII.
- Kelsen, H. (2009). *Teoría pura del Derecho*. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires.
- Ley 1395. (12 de julio de 2010). Congreso de la Republica. *Por la cual se adoptan medidas en materia de descongestión judicial*. Bogotá, Colombia.

- Ley 1437. (02 de julio de 2011). Congreso de la República . *Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*. Bogota , Colombia.
- Ley 153. (agosto de 15 de 1887). MIGUEL A. CARO. *Por la cual se adiciona y reforma los códigos nacionales, la Ley 61 de 1886 y la 57 de 1887*. Bogotá, Colombia .
- Ley 1564 (julio 12 de 2012.). Congreso de la República. Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Bogotá, Colombia. (s.f.).
- Ley 270. (7 de marzo de 1996). Congreso de la República. *Estatutaria De La Administración De Justicia*. Bogotá, Colombia.
- Ley 270. (07 de marzo de 1996). Congreso de la República . *Considerando que la justicia es un valor superior consagrado en la Constitución Política que debe guiar la acción del Estado y está llamada a garantizar la efectividad de los derechos fundamentales, dentro del marco del Estado Social y Democrático de Der*. Bogotá , Colombia .
- Llewellyn, K. (2016). *La Tradición Del Derecho Consetudinario: Decidir Las Apelaciones*. Londres: Quid Pro Libros.
- López Medina, D. E. (2006). *El Derecho de los jueces* . Bogotá: Legis Editores S.A.
- Navia Arroyo, F. (2000). La responsabilidad extracontractual del Estado a la luz del artículo 90 de la Constitución Política. *Revista de Derecho privado Nro. 6*.
- Olano García , H. A. (2010). *Fuentes del Derecho: Ley, Costumbre, Jurisprudencia, Doctrina Y Principios Generales Del Derecho*. Bogotá : Doctrina y Ley .

Orts Llopis, M. A. (2000 -2001). El Sistema Legal Inglés y su Hermenéutica: La Importancia del Lenguaje en el Derecho Anglosajón. *Revista de Lenguas para Fines Específicos N° 7 y 8*.

Ponce de León Solís, V. (2015). La Noción De Carga Pública Y Su Función En La Jurisprudencia Del Tribunal Constitucional Chileno. *Rev. chil. Derecho vol.42 no.3*.

RAE. (24 de 11 de 2019). *Diccionario de la lengua Española*. Obtenido de <https://dle.rae.es/cambiar#:~:targetText=tr.,amor%20%2C%20la%20risa%20en%20lanto%20>.

Ramelli, A. E. (2015). *El precedente Judicial y el ejercicio del Derecho ante las altas cortes*. Medellín : Sello Editorial Universidad de Medellín.

Reale, M. (1993 ). *Introducción al Derecho* . Madrid : Piramide .

Rincón Salcedo, J. G. (2011). *Seguridad jurídica, estabilidad y equilibrio constitucional. Hacia un Derecho eficiente*. U. Javeriana.

Ross, A. (2006). *Sobre el Derecho y la justicia*. Buenos Aires: Eudeba.

Ross, A. (2007). *Teoría de las fuentes del Derecho*. Madrid : Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Sentencia T-709. (08 de septiembre de 2010). Corte Constitucional. *M.P Jorge Iván Palacio Palacio*. Bogotá , Colombia.

Sentencia 0090-2004-AATC. (05 de julio de 2004). Suprema Corte de la Nación Argentina . Argentina .

Sentencia 061260. (24 de enero de 2007). Tribunal Supremo de Justicia Sala Constitucional.  
Venezuela.

Sentencia 10397. (07 de mayo de 1998). Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso  
administrativo, Sección tercera. *M.P Ricardo Hoyos Duque*. Bogotá , Colombia.

Sentencia 13168 . (04 de diciembre de 2006). Consejo de Estado, Sala de lo contencioso  
administrativo, sección tercera . *M.P Mauricio Fajardo Gómez*. Bogotá, Colombia:  
25000232600019940981701.

Sentencia 15128. (05 de 12 de 2006). Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo,  
sección tercera. *M.P Ramiro Saavedra Becerra*. Bogotá, Colombia.

Sentencia 16421. (08 de marzo de 2007). Consejo de Estado, sala de lo contencioso  
administrativo, sección tercera. *M.P Ruth Stella Correa Palacio*. Bogotá, Colombia:  
66001233100019970361301.

Sentencia 16898. (31 de mayo de 2007). Consejo de Estado, Sala de lo contencioso  
administrativo, Sección tercera. *M.P Enrique Gil*. Bogotá, Colombia:  
76001232500019960279201.

Sentencia 22592. (23 de Mayo de 2012). Consejo de Estado, Sala de lo contencioso  
administrativo, Sección tercera. *M.P Enrique Gil Botero* . Bogotá , Colombia : 17001-23-  
3-1000-1999-0909-01.

Sentencia 238/11. (01 de abril de 2011). Corte Constitucional. *M.P Nilson Pinilla Pinilla*. Bogotá  
, Colombia : T-2.860.298.

Sentencia 27136. (20 de octubre de 2014). Consejo de Estado, sala plena, sección tercera. *M.P Olga Melida Valle De De La Hoz*. Bogotá , Colombia: 25000232600019980190601.

Sentencia 3361-2004-AA/ TC. (12 de agosto de 2005). Tribunal Constitucional. Lima, Perú.

Sentencia 6515. (31 de 10 de 1991). Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera. *M.P Julio César Uribe Acosta*. Bogotá, Colombia.

Sentencia 6525. (31 de octubre de 1991). Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, Sección tercera. *M.P Julio César Uribe Acosta*. Bogotá , Colombia.

Sentencia 8163. (13 de julio de 1993). Consejo de Estado, Sala de lo contecioso administrativo, Sección tercera. *M.P Juan de Dios Montes Hernández*. Bogotá, Colombia.

Sentencia C 400/98. (10 de agosto de 1998). Corte Constitucional. *M.P Alejandro Martínez Caballero*. Bogotá , Colombia : Expediente L.A.T.-108.

Sentencia C 486/93. (28 de Octubre de 1993). Corte Constitucional. *M.P Eduardo Cifuentes Muñoz*. Bogotá, Colombia: Demanda N° D-244.

Sentencia C 836/01. (9 de agosto de 2001). Corte Constitucional. *M.P Rodrigo Escobar Gil*. Bogotá, Colombia: Expediente D-3374.

Sentencia C037. (5 de febrero de 1996). Corte Constitucional . *M.P Vladimiro Naranjo* . Bogotá, Colombia .

Sentencia C341/14. (04 de junio de 2014). Corte Constitucional. *M.P Mauricio González Cuervo*. Bogotá, Colombia: Expediente D-9945.

Sentencia C644 . (31 de 08 de 2011). Corte Constitucional. *M.P Jorge Iván Palacio Palacio*. Bogotá, Colombia: Expediente D-8422.

Sentencia SU 047. (29 de enero de 1999). Corte Constitucional. *M.P. Carlos Gaviria Díaz*.

Bogotá, Colombia: T-180.650.

Sentencia SU 354. (25 de mayo de 2017). Corte Constitucional . *M.P Iván Humberto Escrucería*

*Mayolo*. Bogotá , Colombia: T-5.882.857.

Sentencia SU198. (11 de abril de 2013). Corte Constitucional. *M.P Luís Ernesto Vargas Silva*.

Bogotá , Colombia : T-3258107.

Sentencia SU354. (25 de 05 de 2017). Corte Constitucional. *C.P. Iván Humberto Escrucería*

*Mayolo*. Bogotá, Colombia: T-5.882.857.

Sentencia SU424. (06 de junio de 2012). Corte Constitucional . *M.P. Gabriel Eduardo Mendoza*

*Martelo*. Bogotá , Colombia .

Sentencia T.781 . (20 de octubre de 2011). Corte Constitucional. *M.P Humberto Antonio Sierra*

*Porto*. Bogotá, Colombia.

Sentencia T-031. (08 de febrero de 2016). Corte Constitucional. *M.P Luis Guillermo Guerrero*

*Pérez*. Bogotá, Colombia.

Sentencia T-292/06. (06 de 04 de 2006). Corte Constitucional. *C.P Manuel José Cepeda*

*Espinosa*. Bogotá, Colombia : T-1222275.

Sentencia T-317/14. (29 de 05 de 2014). Corte Constitucional . *C.P. Alberto Rojas Ríos*. Bogotá,

Colombia : T-4.192.086.

Suárez Manrique, W. Y. (2012). La Decisión Judicial Limitada. *Iustitia*, 148.

Tamayo Jaramillo , J. (2013). *La decisión judicial* . Medellín : Biblioteca Jurídica Diké.

Taruffo, M. (2007). *Precedente y Jurisprudencia*. Santiago de Cali: Precedente. Revista Jurídica.

Taruffo, M. (2012). El precedente judicial en los sistemas de Civil Law. *IUS ET VERITAS N° 45*, 88-95.

Valbuena Hernández , G. (2008). *La defraudación de la confianza legitima. Aproximación crítica desde la teoría de la responsabilidad del Estado*. Bogotá: U. Externado de Colombia.