

La responsabilidad del Estado por la no aplicación del precedente jurisprudencial

Autor:

Andrés Arcila Chavarría.

Asesor:

Alejandro Gaviria Cardona

Trabajo de grado para obtener título de:

Abogado

Universidad Autónoma Latinoamericana

Facultad de Derecho

Medellín-Antioquia

2017

**Dedicatoria.**

La presente monografía, está dedicada a mi familia, que ha sido pilar fundamental en mi formación como profesional del derecho; así mismo, a mis grandes maestros de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma Latinoamericana Dra. Edilma del Socorro Agudelo Zapata, Dr. Manuel Antonio Echavarría, y a mi asesor Alejandro Gaviria Cardona.

**Agradecimientos.**

Quiero agradecer profundamente a mi Universidad, que ayudó a mi formación como persona y como profesional, enseñándome los pilares fundamentales para el ejercicio del derecho.

## **Tema**

La responsabilidad del Estado por la no aplicación del precedente jurisprudencial

## **Justificación**

De conformidad a la evolución histórica del derecho como rama del conocimiento, encargada de regular la conducta del hombre en sociedad por medio de directrices deónticas de dar, hacer o no hacer, y a su vez, de acuerdo a la cantidad de doctrinantes, formas de interpretar y por ende a las distintas formas de fallar de las altas Cortes y de los jueces en las múltiples situaciones jurídicas que crean o modifican la posición que tienen los administrados frente al Estado, además, debido a la incongruencia de dichos pronunciamientos frente a la cantidad de casos judiciales similares o no, y a sus criterios y parámetros jurisprudenciales en dichas situaciones jurídicas, estimo necesario implementar un método investigativo que busque una solución efectiva, para así, poder crear seguridad jurídica, justicia e igualdad; así mismo, evitar disidencias en cuanto conceptos violatorios de los derechos constitucionalmente relevantes.

Es importante resaltar entonces, que el principal objeto del presente escrito, es establecer si por la no aplicación del precedente jurisprudencial por parte de alguna de las altas Cortes o en su defecto los jueces, es viable enmarcar una responsabilidad Estatal, y que por medio de la reparación directa, el afectado por el daño ocasionado en virtud a inaplicabilidad del precedente jurisprudencial pueda reparar dicho daño, para así, lograr alcanzar los presupuestos

constitucionalmente relevantes que se mencionaron con anterioridad. Por ende, es importante acudir a varios autores, doctrinantes, sentencias y leyes que actualmente rigen el Estado Colombiano, y a su vez, abordar temas de gran importancia que actualmente, e incluso con la entrada en vigencia del Nuevo Código General del Proceso, no se han podido solucionar, y más aún, cuándo dicho código, brinda libertad a los jueces para desarrollar, y fallar en sus providencias.

Es de gran importancia resaltar temas como la evolución del derecho y las formas de establecer la responsabilidad del Estado, para así, proceder con el punto principal del presente ensayo, buscando derivar la responsabilidad por el incumplimiento de las directrices jurisprudenciales.

Por tanto, si bien existen directrices deóntico-normativas para que los jueces puedan apartarse del precedente jurisprudencial decantado por sus antecesores, es de gran importancia y no se puede olvidar, que los jueces deben preservar el principio de uniformidad, tal como lo expresaba el tratadista Hans Kelsen en su libro “Teoría pura del Derecho”. Es aquí donde cobra gran importancia establecer si dicho principio, salvaguarda algunos derechos fundamentales como son la igualdad, la seguridad jurídica e incluso los fines del Estado, descritos en la Constitución Política de Colombia.

Vale destacar que se hace necesario acudir de manera ordenada a múltiples pronunciamientos que brinden una luz para enmarcar la responsabilidad Estatal, y si dicha responsabilidad corresponde de manera directa o indirecta al Estado, en virtud de los pronunciamientos de sus funcionarios; y

a su vez, establecer las posibilidades de acudir a la jurisdicción por medio de los mecanismos de control.

### **Planteamiento del problema.**

El presente planteamiento da al lector un vistazo sobre la evolución de la jurisprudencia que han tenido las Altas Cortes respecto a la responsabilidad patrimonial, tanto así, que es necesario establecer un breve análisis histórico que evidencie dicho objeto, y así llegar al problema jurídico que se desarrolla e inquieta varios juristas, incluso aquellos en formación.

Es menester entonces, disponer de varias herramientas que han brindado las Altas Cortes para quizá proceder a dar una respuesta satisfactoria al lector, y que posiblemente lleve a replantear conceptos básicos del derecho mismo. Dichas herramientas, pueden ser consideradas como pilares fundamentales de la estructura del derecho.

Con la evolución histórica, las herramientas que se han brindado por las altas corporaciones han tomado fuerza para que a través de ellas se resuelvan problemas jurídicos que con el pasar del tiempo aparecen. Es así entonces, donde por medio de las estructuras o fuentes-materiales y formales-, se desarrolla la presente investigación.

Si bien la evolución de las altas cortes ha sido en periodos históricos conjuntos, la opinión doctrinal que se ha implementado en las corporaciones ha sido distinta en criterios, tesis y parámetros, apareciendo allí una notable diferencia, posibilitando a los operadores jurídicos criterios razonables pero contradictorios, que a la luz de toda teoría general del derecho ve

comprometido uno de los pilares esenciales: la unificación de criterios jurídicos, entendiéndose dicha unificación como un criterio uniforme y constante que deben tener los jueces en sus decisiones, respetando otros falladores y los criterios establecidos en las providencias judiciales.

En la actualidad se ha visto comprometido el fin de la unificación de conceptos y se ha creado gran controversia a medida que los jueces y los altos tribunales generan inconformidades en las víctimas a la hora de fallar casos similares. Es allí donde aparece la reparación directa como posible mecanismo judicial que persigue la igualdad en los pronunciamientos judiciales, cuando se falla de manera distinta en casos similares.

Dichos pronunciamientos ponen en tela de juicio el desarrollo dogmático-constitucional que se incorporó en la legislación colombiana a partir del año 1991. 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 creación dogmática de los jueces que no aplican el precedente decantado y realizado a través del tiempo.

Si bien, la sociedad es cambiante y se presentan nuevas situaciones jurídicas a resolver, los aplicadores del derecho se deben guiar por los pronunciamientos ya existentes. Dicho lo anterior, nacen preguntas que, hasta el momento, no han podido ser solucionadas a satisfacción, preguntas como ¿Cuál de las diversas posiciones dadas por las altas Cortes prevalece?, ¿qué sucede cuando hay criterios diferentes en los altos tribunales?, ¿qué sucede cuando un juez se aparta del precedente?, ¿se puede obtener la reparación cuando un juez va en contra de dicho precedente?, entre otras.

Es evidente para todos aquellos que poseen una formación integral y profesional en derecho, que la problemática se ha presenciado a través de la historia y que en la actualidad se sigue presentando, y, aunque existen decisiones de las altas corporaciones judiciales, no se hace posible acabar con la inseguridad jurídica que se evidencia en la totalidad de los casos judiciales. Por ello, incluso los mismos jueces se ven sujetos a confusión y se condenan a verse inmersos en el presente problema, generando entonces una inestabilidad total del aparato jurisdiccional.

Si bien con el desarrollo dogmático, legal y jurisprudencial se ha tratado de dar solución a la presente problemática que evidencia diferentes tipos de violación a los derechos constitucionales, con el desarrollo de las prerrogativas estructurales de dichas figuras se trata de garantizar los fines esenciales del Estado.

### **Pregunta de investigación**

¿Existe obligación indemnizatoria a cargo del Estado por la no aplicación del precedente jurisprudencial?

### **Objetivos**

#### **Objetivo general:**

- Analizar la existencia de la responsabilidad estatal, derivada de los pronunciamientos judiciales, cuando en éstos no se aplique el precedente jurisprudencial

**Objetivos específicos:**

- Identificar las consecuencias jurídicas que genera la inaplicación del precedente jurisprudencial en los fallos judiciales.
- Analizar los medios de control y títulos de imputación más idóneos para generar la vinculación frente a la responsabilidad estatal generada por la no aplicación del precedente jurisprudencial.

## Capítulo I. El precedente jurisprudencial como opción de seguridad jurídica.

A través del tiempo, en las facultades universitarias, la enseñanza del derecho en los primeros años, muestra la llave que abre la mente del jurista en formación, brindándole la posibilidad de entrar en el amplio mundo de la investigación socio jurídica, la creación de normas jurídicas y, así mismo, a su análisis e interpretación. Ésta llave, es la teoría general del derecho, donde se puede evidenciar, a través de diversos conceptos teóricos, la cantidad de formas de interpretación social, análisis y creación legal que acontecen la historia de esta ciencia. Es así, que “la base de la formación del jurista es su formación en la teoría general.” (Morchon, 1998, pág. 111).

La teoría general del derecho, tal como lo expresa el renombrado profesor de Washington University Law, Brian Tamanaha, es “La habilidad de recabar información de todo tipo de escenarios sociales, de todo sistema jurídico estatal y de otros tipos de derecho (...)” (Tamanaha, 2001, pág. 233). Por tanto, es posible inferir que la teoría general del derecho es entendida como la ciencia que estudia los elementos que componen el derecho.

Todas estas teorías o métodos investigativos que se enmarcan en la teoría general del derecho, han cambiado en la formación de métodos legales, incluyendo así para su fin, la ayuda de nuevas disciplinas a la ciencia jurídica, con el fin de garantizar la eficacia y eficiencia normativa. Dichas posturas han tenido en común los principios y las fuentes generales del derecho.

Según lo anterior, es importante aclarar los conceptos de eficacia y eficiencia: la *eficacia* parte de la concepción de que la norma sea válida, tal como lo afirma el tratadista Hans Kelsen “la

eficacia de una norma es, pues, una condición de su validez” (Kelsen, edición, 9a reimpresión: abril de 2009, pág. 30). Se puede entender en un contexto jurídico como: la obligatoriedad que posee la norma, y en un contexto social como el grado de efectividad en su cumplimiento.

En cuanto a la eficiencia, según la RAE se define como la “Capacidad de disponer de alguien o de algo para conseguir un efecto determinado.” (Diccionario de la Real Academia Española, recuperado el 10 de 04 de 2017, de <http://dle.rae.es/srv/search?m=30&w=eficiencia>). Será entonces:

El elemento que vincula el precepto lógico, escrito, a la realidad subyacente. La ley es más eficaz tanto más se proyecta en el medio social, en el que debe actuar cuanto más sus términos abstractos se enriquecen del contenido social, del derecho cultural, más eficaz es. Sin un mínimo de eficacia la ley no pasará de una mera construcción teórica. (Silva, 1964, pág. 236).

Para la doctrina existen diferentes tipos de fuentes y principios de creación del derecho. Una fuente, según la RAE se define como: “Principio, fundamento u origen de algo.” (Diccionario de la Real Academia Española, recuperado el 10 de 04 de 2017, de <http://dle.rae.es/srv/search?m=30&w=fuente>). Y el principio se define como: “Base, origen, razón fundamental sobre la cual se procede discuriendo en cualquier materia.”(Diccionario de la Real Academia Española, recuperado el 10 de 04 de 2017, de <http://dle.rae.es/srv/search?m=30&w=principio>).

En derecho, para uno de los grandes tratadistas del trialismo jurídico, Miguel Reale, las fuentes o principios son susceptibles de clasificación en:

- 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, 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, Introducción al derecho , 1993).

Dentro de la clasificación doctrinal de los tipos de fuentes, las formales, destacan como foco de creación del derecho y dichas fuentes según el autor ya mencionado son: la ley, la jurisprudencia, la doctrina, la costumbre y los principios generales del derecho.

De cara a abordar el objeto principal del presente escrito, hay que considerar que dentro de las fuentes históricas de la ciencia jurídica se ha considerado que la ley, es el referente principal de los jueces en la cual deben soportar sus fallos. Es así como lo establece el artículo 230 de la constitución política colombiana que reza 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”. Sin embargo, la Ley 1395 del 12 de julio de 2010, abre la posibilidad legal de la aplicación del precedente jurisprudencial por parte de los operadores jurídicos. Es así donde la jurisprudencia continúa cobrando importancia a la hora de fallar.

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” (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.

La seguridad jurídica, según Javier G. Rincón Salcedo es:

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. (2011, pág. 33).

Para la Corte Constitucional, se ha entendido la seguridad jurídica así:

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.**

(Corte Constitucional, 09 de agosto de 2001, Sentencia C-836/01, M.P RODRIGO ESCOBAR GIL, 2001) (Negrilla, cursiva y subrayado fuera del texto original)

Según lo descrito anteriormente, los pronunciamientos de los aplicadores del derecho, deben respetar el principio de uniformidad, entendido como la homogeneidad que poseen los pronunciamientos de los jueces, con el fin de favorecer la previsibilidad que posee la ciudadanía para con los jueces, en virtud de fallos anteriormente dados por sus antecesores; es así que las decisiones de los tribunales deben poseer varios factores fundamentales que guarden dicho principio y que por ende 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).

Dicho lo anterior, es importante resaltar que la seguridad jurídica se logra a través de la aplicación uniforme del precedente jurisprudencial que expiden los tribunales de alzada, en los cuales se identifica un gran problema en la aplicación del precedente, ya que carecen de armonía jurisprudencial (Monti, 1995, pág. 45) aplicando conceptos y parámetros diferentes a la hora de fallar. Es en éste punto, dónde se ve cuestionada la seguridad jurídica y se pone en tela de juicio la justicia, ambos siendo parte de los fines del derecho (Monti, 1995, pág. 45) y por ende los fines de la administración de justicia.

Se puede establecer que hay seguridad jurídica “cuando los derechos y obligaciones del individuo, como sujeto activo y pasivo de las relaciones sociales se hallan previstos por un cuerpo normativo conocido, objetivo y generalmente observado.” (Monti, 1995, págs. 45-46).

Y se dice que hay justicia cuando la sola existencia del ordenamiento jurídico sigue determinadas situaciones y conductas también previamente descritas, asegurando un mínimo indispensable de seguridad para los ciudadanos, es así donde este mínimo de seguridad, crea una expectativa razonable por parte de la ciudadanía para con los jueces, sobre que dichas normas y pronunciamientos serán efectivamente aplicadas de manera imparcial por los tribunales o los jueces (Monti, 1995). Entendiéndose entonces como la aplicación igualitaria del precedente jurisprudencial a los administrados.

Luego, es importante definir lo que es considerado como precedente jurisprudencial, pero para ello, es viable establecer la definición de las dos palabras que la conforman, es decir de precedente y jurisprudencia:

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, 2007, pág. 87).

Se puede entender entonces que el precedente jurisprudencial, está conformado por 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.

En Colombia, existió un momento fundamental sobre el precedente jurisprudencial, enmarcado por la expedición de la Sentencia de unificación No. SU 047 de 1999, proferida por la Corte Constitucional con ponencia de los doctores Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero, en donde se manifiesta:

Los precedentes cumplen funciones esenciales en los ordenamientos jurídicos, incluso en los sistemas de derecho legislado como el colombiano. Por ello, tal y como ésta Corte lo ha señalado, todo tribunal, y en especial el juez constitucional, debe ser consistente con sus decisiones previas, al menos por cuatro razones de gran importancia constitucional.

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.

(Negrilla, cursiva y subrayado fuera del texto original)

Cabe resaltar que la decisión judicial genera una expectativa razonable de parte de los ciudadanos que esperan de los jueces una interpretación sistemática, coherente y equitativa sobre la interpretación de las normas y su aplicación, por lo que puede resultar válido exigirles a los aplicadores del derecho respeto por decisiones previas, para que se configuren cada uno de los elementos del precedente anteriormente expuestos.

Con la evolución histórica y la exposición del precedente jurisprudencial como fuente del derecho en Colombia, surgieron múltiples conceptos compatibles a la hora de la aplicación del precedente, es así donde nace el concepto de doctrina legal y doctrina probable.

La Corte Constitucional, ha manifestado que se entenderá por doctrina legal:

la interpretación que la Corte Suprema dé a unas mismas leyes en dos decisiones uniformes. También constituyen doctrina legal las declaraciones que la misma Corte haga en dos decisiones uniformes para llenar los vacíos que ocurran, es decir, en fuerza de la necesidad de que una cuestión dada no quede sin resolver por no existir leyes apropiadas al caso. (Corte Constitucional, 09 de agosto de 2001, Sentencia C-836/01, M.P Rodrigo Escobar Gil, 2001)

Antes de seguir con el desarrollo del presente escrito, es necesario y de gran importancia, realizar un análisis y una crítica sobre la anterior cita, ya que según lo establecido en Ley, la jurisprudencia e incluso en la doctrina, sólo será considerada doctrina legal, aquella que se haga respecto a tres decisiones uniformes dadas por la misma Corte sobre un mismo asunto.

En tanto, se entiende por doctrina probable aquella conformada por tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema como Tribunal de Casación sobre un mismo punto de derecho, y los Jueces podrán aplicarla en casos análogos. (Sentencia C Nro. 836 de 2001).

Es de exigencia resaltar que la Ley 169 de 1896 estableció la facultad de los jueces inferiores y de la Corte Suprema para apartarse de las decisiones de esta última, y la institución de la doctrina legal fue remplazada por la de doctrina probable.

Sin embargo, a pesar de la evolución histórica que ha tenido el precedente jurisprudencial, existe una gran tensión en la aplicación o no del precedente jurisprudencial, es así, dónde en Sentencia No. C-400 de 1998, con ponencia del Magistrado Alejandro Martínez Caballero, se manifiesta que:

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 de 1998).

Es justo en este punto dónde se evidencia una posible problemática que pone en tela de juicio la seguridad jurídica, la igualdad y la homogeneidad que deben guardar los pronunciamientos judiciales, la posibilidad de que el fallador se aleje de ese precedente jurisprudencial que como fuente “auxiliar” es entendida “en el sentido de que no es obligatorio para el juez observar las pautas que de ellas se desprenden” (Sentencia No. C-083 de 1995). Así mismo, lo establece un pronunciamiento más reciente de la Honorable Corte Constitucional, que sigue los mismos lineamientos anteriormente citados, dicha sentencia es la Nro. T-464/11, dónde se establece que se puede optar o no por su aplicación.

Sin embargo, y ante ésta problemática, con la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011, en Colombia se incluyeron dos figuras que tratan de armonizar dicho conflicto generado por las múltiples interpretaciones normativas que realizan los jueces a la hora de tomar sus decisiones. Dichas figuras, serán la guía para que el Estado garantice un trato equitativo, igualitario y justo a todos sus ciudadanos; de ésta manera se trata de acercar la función judicial a los verdaderos fines del Estado, establecidos como normas fundantes en la constitución política.

Esas 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. Sin embargo, ¿Será la existencia de éstas dos figuras la solución a la problemática de la no aplicación del precedente jurisprudencial?

No, ya que, si se analiza la historia jurisprudencial más a fondo, se evidencia en Colombia la existencia de tres clases de precedentes judiciales: el que elabora la Corte Constitucional, el que elabora la Corte Suprema de Justicia y el que elabora el Consejo de Estado. Es justo en éste punto, dónde se evidencia la problemática planteada en el presente escrito, con el denominado choque de trenes y por ende la no aplicación del precedente jurisprudencial.

Según lo anterior, la no aplicación del precedente jurisprudencial por parte de los jueces a la hora de fallar, es propensa a vulnerar varios principios constitucionalmente relevantes como lo son el principio de igualdad, de justicia, seguridad jurídica, entre otros; que como bienes jurídicamente tutelados, son de especial protección, y corresponde a los mismos jueces proteger dichos derechos.

Sin embargo, actualmente, no hay pronunciamientos jurisprudenciales que arrojen la totalidad de la administración de justicia, ni tampoco criterios imperantes de obligatorio cumplimiento para todas las circunscripciones judiciales, mal denominadas jurisdicciones (CSJ, Consejo de Estado, Corte Constitucional), en tanto en que:

el termino Jurisdicción no tiene contornos exactos(...) la jurisdicción es abstracta, única e inclasificable(...) Finalmente, se ha asociado el concepto de jurisdicción con la función que realiza cualquier órgano o conjunto de órganos, preferentemente del Estado, al intervenir en la esfera de las atribuciones que le son propias, se trata de una acepción demasiado amplia en la que no se reconocen los principales elementos materiales y formales que han de tenerse en cuenta para comprender el contenido de lo propiamente jurisdiccional. (Agudelo Ramirez, 2007).

Se dice entonces, que no se puede optar por llamar jurisdicción a cada una de las circunscripciones judiciales, toda vez que como la jurisdicción es inclasificable, y no se puede denotar de un concepto algo que lo carece, se debe optar por denominarlas corporaciones u órganos judiciales.

Un funcionario se ve inmerso con su propia responsabilidad, en el momento en el que dicho servidor incumple las directrices deónticas que se le exige en el desarrollo de su función, que es la de administración de justicia, es decir, con la configuración de eventos constitutivos de culpa grave o dolo. Es allí en dónde se encuentra inmerso el elemento subjetivo del juez (Sentencia C-030 de 2012, Corte Constitucional, M.P Luis Ernesto Vargas Silva y Sentencia C-908 de 2013, Corte Constitucional, M.P. Alberto Rojas Rios), por ende, si bien la responsabilidad no debe ser

directamente del Estado (sino del funcionario tal como lo establecía el Decreto 01/84), dicha responsabilidad Estatal se deriva en virtud del principio de autonomía judicial que posee el operador jurídico a la hora de fallar y es aquí donde el funcionario vincula entonces al Estado de manera directa como lo prescribe el ordenamiento constitucional.

En este punto, el artículo 90 de la Constitución Política de Colombia le da al que sufre un daño a sus derechos constitucionales por la no aplicación del precedente, la posibilidad de optar por reclamar el pago de la afección directamente al Estado, por el actuar de sus agentes. Dicho artículo establece que: “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.” (Constitución Política de Colombia , 1991), y aquí nace la responsabilidad patrimonial del Estado que: se presenta entonces como un mecanismo de protección de los administrados frente al aumento de la actividad del poder público, la cual puede ocasionar daños que son resultado normal y legítimo de la propia actividad pública, al margen de cualquier conducta culposa o ilícita de las autoridades, por lo cual se requiere una mayor garantía jurídica a la órbita patrimonial de los particulares. Por ello el actual régimen constitucional establece la obligación jurídica a cargo del Estado de responder por los perjuicios antijurídicos que hayan sido cometidos por la acción u omisión de las autoridades públicas, implicando que una vez causado dicho perjuicio y éste sea imputable al Estado, se origina un traslado patrimonial del Estado al patrimonio de la víctima por medio del deber de indemnización. (Sentencia C-333 de 1996).

Sin embargo, el argumento de los jueces a la hora de fallar es que no aplicarán el precedente, sustentando constitucionalmente su autonomía y relativa independencia, bajo el pretexto de estar

garantizando el principio de la independencia y el de la autonomía judicial, viéndose así vulnerados principios como la igualdad, confianza legítima, entre otros, sin tener en cuenta que la

*razón de ser de las autoridades públicas es defender a todos los ciudadanos y asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado. Omitir tales funciones entraña la responsabilidad institucional y la pérdida de legitimidad. El Estado debe utilizar todos los medios disponibles para que el respeto de la vida y derechos sea real y no solo meramente formal.* (Consejo de Estado, Sentencia Exp. AG-2001-213, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, 2006). (Negrilla y cursiva fuera del texto original).

## **Capítulo II. Formas de establecer la responsabilidad patrimonial del Estado**

Actualmente, a través de la creación legal, se han establecido diversos mecanismos encaminados a obtener por parte de los ciudadanos la posibilidad de remediar múltiples situaciones que se crean en el transcurso de actuaciones u omisiones de las entidades administrativas, tales mecanismos, según la Ley 1437 de 2011, son:

- 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.

Dichos mecanismos sirven para mantener el control de la administración en el desarrollo de sus funciones. Ahora bien, de cara a abordar el problema planteado, es importante, mencionar que no todos ellos buscan atribuir responsabilidad alguna al Estado, pero sí sirven para su control.

Existen varios mecanismos dentro de los ya mencionados, que buscan imputar responsabilidad al Estado. El presente ensayo se centra en el estudio de uno de ellos como posibilidad de protección a derechos y garantías fundamentales.

No sobra aclarar que para continuar con el presente escrito, la definición actual de responsabilidad, según la RAE es: “Capacidad existente en todo sujeto activo de derecho para reconocer y aceptar las consecuencias de un hecho realizado libremente.” (Diccionario de la Real Academia Española, recuperado el 10 de 04 de 2017, de <http://dle.rae.es/srv/search?m=30&w=responsabilidad>). La responsabilidad entonces, “es el presupuesto inmediato y esencial para aplicar las consecuencias jurídicas contenidas en la norma” (Correa Vargas. 2012).

Entendiendo la aplicación de la norma como la formulación de un juicio imperativo que tiene una estrecha relación con los sujetos, que a consecuencia de la realización del supuesto normativo resultan obligados (Máñez, 2003). Debido a lo anterior, es válido establecer que dicha responsabilidad, para que se configure como acto de aplicación, debe cumplir con unos momentos que según el profesor Rodolfo Andrés Correa Vargas son dos:

- a. La comprobación de que un hecho realiza la hipótesis contenida en la norma.
- b. La atribución o imputación de la consecuencia normativa a determinadas personas. Se trata pues de la identificación de los sujetos destinatarios de la norma, es decir, los sujetos pasibles de las obligaciones o titulares de los derechos condicionados por la realización del hecho jurídico. (2012).

Los anteriores presupuestos, son aquellos que configuran de la responsabilidad patrimonial del Estado. Sin embargo, entrando en materia administrativa son aquellos que se denominan como:

- Daño antijurídico: Según el Consejo de Estado, basados en las definiciones dadas por el profesor Eduardo García de Enterría, se debe entender entonces por daño antijurídico (para terminar de comprender las afirmaciones anteriores) aquella afección, detrimento, menoscabo, molestia, perjuicio que el administrado no está en la obligación de soportar, fundamentado, en el artículo 90 de la Constitución descrito con anterioridad. A su vez, el Consejo de Estado establece que “ha de corresponder al juez determinar 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 de 4 diciembre de 2006. de Exp. 13168, Mauricio Fajardo Gómez, 2006).

- Factor o título jurídico de imputación: Un título jurídico de imputación es la razón atribuible al Estado de manera tal que sea comprometida 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)

Además de lo anterior, el Consejo de Estado, (Sentencia Nro. 76001-23-25-000-1996-02792-01(16898) del 31 de mayo de 2007, M.P. Enrique Gil Botero , 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.

Es así que, después de realizado el estudio de los elementos para la configuración de la responsabilidad patrimonial del Estado, es importante aclarar que los anteriores elementos de la responsabilidad patrimonial, se necesitan en aquella denominada extracontractual. (Sentencia Nro. 05 001 23 31 000 2002 03487 01 (32912), M.P Jaime Orlando Santofimio Gamboa, del 28 de enero de 2015 del Consejo de Estado).

La responsabilidad extracontractual como presupuesto de la responsabilidad patrimonial del Estado, es de gran importancia definirla, la cual ha sido entendida 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, 1981 pag 42).

A través de la evolución jurisprudencial de la Responsabilidad Extracontractual del Estado, han surgido dos conceptos o tesis que sostienen diferentes juristas como, el Profesor Rodolfo Correa y Álvaro Cuesta, clasificando dichos conceptos como los Regimenes de Responsabilidad del Estado. 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, se clasifica en dos subregímenes que son el riesgo y la solidaridad (daño especial y ocupación de inmuebles). (Correa Vargas, Responsabilidad Extracontractual del Estado, 2012).

Según el Consejo de Estado, éste régimen no se trata, en consecuencia, de un régimen de falla del servicio probada, ni de falla presunta, en el que el Estado podría exonerarse demostrando que actuó en forma prudente y diligente. 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 Nro. 76001-23-25-000-1996-02792-01 (16898) del 31 de mayo de 2007, Consejo de Estado M.P Enrique Gil Botero).

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. (HERNÁNDEZ, 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 Nro. 76001-23-25-000-1996-02792-01 (16898) del 31 de mayo de 2007, Consejo de Estado M.P Enrique Gil Botero).

Dicho análisis, abriría el paso para que aquellos que sientan vulnerados derechos y garantías interpongan la reclamación respectiva por medio de alguno de los mecanismos de control ya mencionados.

Cabe aclarar que cuando se pretende el pago de una responsabilidad extracontractual del Estado, el medio más idóneo para que dicha reclamación sea efectiva será entonces el denominado como "Reparación directa", en virtud a que:

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 C- 644 de 2011, M.P Jorge Iván Palacio Palacio)

De lo anterior, es posible encausar la reparación directa como el medio más idóneo para pretender que el Estado responda por las actuaciones de sus funcionarios que, a través de sus pronunciamientos judiciales, violan garantías y derechos fundamentales como la igualdad, la seguridad jurídica y la justicia.

A nivel histórico, es importante resaltar que antes de la Constitución de 1991, no existía disposición alguna que de manera expresa estableciera la responsabilidad del estado (Cuesta Simanca, 2012). En la actualidad, y con la evolución doctrinal, jurisprudencial y legal, se han

otorgado diferentes mecanismos de control; y a través de la evolución histórica de dichos medios se ha reconocido que la reparación directa es un camino procesal que puede ser utilizado para ejercer control en las actuaciones de la administración.

Cuando un particular se vea afectado por algún tipo de actividad estatal, dicho mecanismo, está consagrado el artículo 140 de la Ley 1437 de 2011, dónde se establece que en los términos del artículo 90 de la Constitución Política, la persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño antijurídico producido por la acción u omisión de los agentes del Estado.

De conformidad con el inciso anterior, el Estado responderá, entre otras, cuando la causa del daño sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa imputable a una entidad pública o a un particular que haya obrado siguiendo una expresa instrucción de la misma.

Dicho lo anterior, como conclusión de las presentes ideas, se argumenta que la reparación directa se utiliza como mecanismo de control para resarcir el daño que de manera extracontractual produce el Estado.

Pero... ¿Según el desarrollo de la responsabilidad del Estado, es posible que la no aplicación del precedente jurisprudencial genere responsabilidad estatal?, y, además, ¿es viable por medio de la reparación directa acudir ante los jueces de lo contencioso administrativo por la no aplicación del precedente jurisprudencia a la hora de la administración de justicia?

Posiblemente. A través de la evolución histórica que ha tenido la responsabilidad extracontractual del Estado, se ha evidenciado el nacimiento de diferentes posturas dentro del régimen objetivo y subjetivo de la responsabilidad.

Para el presente escrito, se analizará detalladamente aquellos que posiblemente pueden acogerse para enmarcar la responsabilidad del estado por la no aplicación del precedente jurisprudencial, los cuales serán

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

En el régimen objetivo de responsabilidad, se han creado varias formas de imputar responsabilidad al estado sin necesidad de mediación de falla alguna; es así, donde los juristas, han creado entre otros, aquel subrégimen denominado Daño especial.

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 Nro. 66001-23-31-000-1997-03613-01(16421) del 8 de marzo de 2007, Consejo de Estado M.P Ruth Stella Correa Palacio).

Éste subrégimen es subsidiario para la imputación de la responsabilidad, toda vez que si no se logra por otro título jurídico de imputación se recurrirá a éste.

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 Nro. 66001-23-31-000-1997-03613-01 (16421) del 8 de marzo de 2007, Consejo de Estado M.P Ruth Stella Correa Palacio).

Existiendo entonces, diferentes presupuestos para la configuración de dicho título jurídico de imputación, que son:

- Una actividad legítima que realiza el Estado, en desempeño de sus funciones, que recaea sobre un particular, y que
- Rompe con el equilibrio de las cargas públicas.

Cabe anotar que, de acuerdo a lo anterior, dicho régimen, señala que para que se configure el daño especial, el estado debe infligir daño en desarrollo de una actuación legítima ajustada en un todo a la legalidad; sin embargo y a pesar de que se puede asemejar la providencia judicial a una actuación legítima del estado, como lo manifiesta El profesor Rodolfo Andrés Correa, éste título jurídico de imputación, es de aplicación restrictiva; 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 por parte del Estado. (Correa, 2009).

Sin embargo, como existe otro título jurídico de imputación creado por la doctrina y los tratadistas para endilgar responsabilidad al estado por el actuar de sus jueces, tenemos que pasar por alto el anterior subrégimen de responsabilidad y estudiar la posibilidad de la responsabilidad por el denominado: Error jurisdiccional como parte del régimen subjetivo de responsabilidad.

Antes de continuar, es necesario manifestar que, según el Profesor Rodolfo Correa, la responsabilidad del Estado juez posee diferentes títulos de imputación, que son denominados como:

- a. Error jurisdiccional.
- b. Privación injusta de la libertad.
- c. Defectuoso funcionamiento de la administración de justicia.

Dicho lo anterior, cabe resaltar que, para poder demandar reparación directa por la no aplicación del precedente, habría que encausar dicho medio de control por el error jurisdiccional, siendo necesario demostrar los elementos constitutivos del daño y por lo tanto de la falla; toda vez que dicho título hace parte del régimen subjetivo de responsabilidad estatal.

La Ley 270 de 1996, regula la administración de justicia, en donde se establece en el artículo primero que:

La administración de justicia es la parte de la función pública que cumple el Estado encargada por la Constitución Política y la ley de hacer efectivos los derechos, obligaciones, garantías y libertades consagrados en ellas, con el fin de realizar la convivencia social y lograr y mantener la concordia nacional

Así mismo, el artículo 65 de mencionada Ley, establece que “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de sus agentes judiciales.”

Al analizar los presupuestos anteriormente expuestos, es importante resaltar que, para demandar la responsabilidad Estatal por medio de la reparación directa, hay que encausar todo lo anterior, en lo que la ley estatutaria define en el artículo 66 como el error jurisdiccional, entendido como “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”. Es importante resaltar varios conceptos que provienen de dicha definición para poder entender la totalidad del

concepto de error jurisdiccional, para lo cual, se abordarán las siguientes definiciones establecidas por la RAE y por la doctrina:

- Autoridad: “Poder que gobierna o ejerce el mando, de hecho o de derecho.” (Diccionario de la Real Academia Española, recuperado el 10 de 04 de 2017, de <http://dle.rae.es/srv/search?m=30&w=autoridad>).
- Facultad: “Poder o derecho para hacer algo.” (Diccionario de la Real Academia Española, recuperado el 10 de 04 de 2017, de <http://dle.rae.es/srv/search?m=30&w=facultad>).
- Proceso: “Es un método de orden formal para la consecución de una decisión de fondo, dirigido por un tercero imparcial, en el que se requiere el respeto de los principios procesales y las garantías correspondientes a la legalidad del juez y a la legalidad de la audiencia” (Agudelo Ramirez, 2007. pag 45.).
- Jurisdicción: entendida como la función por medio de la cual se dice o se declara el derecho. Se concibe como la potestad de decir el derecho que le corresponde a las partes con apoyo en criterios de enjuiciamiento claro (Agudelo Ramirez, 2007. pag 93.).
- Providencia judicial: “Resolución judicial que tiene por objeto la ordenación material del proceso.” (Diccionario de la Real Academia Española, recuperado el 10 de 04 de 2017, de <http://dle.rae.es/srv/search?m=30&w=providencia>).

Entonces, para ahondar de manera interpretativa en la definición dada, el error jurisdiccional es aquel error (culposa o dolosamente) cometido por el juez, quien es el que ejerce mando en el proceso y además quien posee la facultad de juzgar dentro del curso de las actuaciones procesales, a través de una providencia que contraría los conceptos de obligatorio cumplimiento.

Es válido profundizar un poco más respecto a la definición de providencias, cuáles son y sobre qué tipo de providencias recae éste título jurídico de imputación. Según la Corte Constitucional:

Tanto el ordenamiento legislativo colombiano como la doctrina procesal ha clasificado las providencias judiciales en autos y sentencias. Según el artículo 302 del Código de Procedimiento Civil, "son sentencias las que deciden sobre pretensiones de la demanda o las excepciones que no tengan el carácter de previas, cualquiera que fuere la instancia en que se pronuncien, y las que resuelven los recursos de casación y revisión." Y, "son autos todas las demás providencias de trámite o interlocutorias. (Auto 230 de 2001, Corte Contitucional, M.P Marco Gerardo Monroy Cabra).

El Código General de Proceso, identificado con las siglas "CGP", en su artículo 278, establece que:

Las providencias del juez 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.

Es vital aclarar que, el error jurisdiccional reace unicamente sobre providencias que impulsan el proceso, tal y como se expondrá a lo largo del presente escrito.

La doctrina ha evolucionado a tal punto de diferenciar el “error jurisdiccional” del “error judicial”, y tal como lo manifiesta el Profesor Colombiano Álvaro Cuesta Simanca citando a Javier Jiménez Lechuga,

hay quienes diferencian el “error jurisdiccional” del “error judicial”, ya que la doctrina se ha dividido entre quienes consideran que el error jurisdiccional presupone un resultado no ajustado a la ley porque no se aplicó correctamente el derecho o porque se establecieron unos hechos contrarios a la realidad; y los que opinan que se presenta error judicial cuando por dolo, negligencia o equivocado conocimiento o apreciación de los hechos, se dicta una resolución judicial que no se ajusta a la verdad y a la realidad de los hechos, lo que la hace injusta. (2012. pag 57).

Sin embargo, la Corte Constitucional y el Consejo de Estado se refieren indistintivamente respecto al error jurisdiccional y al error judicial; pero siguiendo con la cita del profesor Simanca, se establece que para la Corte deben existir los requisitos de la vía de hecho que ella misma ha definido, mientras que el Consejo de Estado Manifiesta que tal exigencia desborda el alcance del artículo 90 de la Constitución Política.

Pero, para enmarcar la reparación directa dentro del error jurisdiccional, es menester que dicho error sea procedente según las causales que ha fijado la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en sus sentencias (Sentencia del 5 de diciembre de 2007, exp. 15128, Consejo de Estado, M.P Ramiro Saavedra Becerra , 2007).

Son entonces, causales de procedibilidad:

- Defecto Sustantivo, orgánico o procedimental
- Defecto fáctico
- Error inducido
- Decision sin motivación
- Desconocimiento del precedente, o
- Una violación directa de la constitución.

Es importante resaltar que el error jurisdiccional requiere, además de lo anterior, presupuestos configurativos, establecidos por el artículo 67 de la Ley 270 1996:

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.

El primer requisito, se da en virtud de que por medio de los recursos de ley, se corrijan los diferentes yerros judiciales que existen en la providencia. Por ello, para acudir a la presente figura, es de vital importancia haber agotado los mecanismos respectivos o recursos judiciales, lo cual implica que dicha providencia quede en firme.

El agotamiento de los recursos posibilita instaurar la acción de reparación directa por error jurisdiccional, siendo éste agotamiento, un requisito esencial de procedibilidad para la reparación.

Para entender lo anterior y tener la posibilidad de avanzar en el escrito, es de gran importancia desarrollar varias ideas como lo son:

- qué son los recursos judiciales,
- su importancia y,
- su agotamiento.

Los recursos, tal como se manifiesta en el “Diccionario Jurídico Elemental”, son entendidos “en lo procesal, la reclamación que, concedida por la ley o reglamento, formula quien se cree perjudicado o agraviado por la resolución de un juez o tribunal, para ante el mismo o su superior inmediato, con el fin de que la reforme o revoque”. (Cabanellas de Torres, 1993). Por agotamiento, acudiendo a su definición etimológica, según la RAE, agotar es “Gastar del todo, consumir.” (Diccionario de la Real Academia Española, recuperado el 10 de 04 de 2017, de <http://dle.rae.es/srv/search?m=30&w=agotar>).

Los recursos judiciales entonces, son de gran importancia pues dan la posibilidad de corregir los errores judiciales que afecten a alguna de las partes del proceso judicial, para que así sea posible la evaluación y revisión de dicha actuación judicial.

Tal y como lo sostiene el procesalista español Juan Montero Aroca: “Siempre es aconsejable, en aras de la seguridad, que un mismo asunto sea examinado por más de un órgano jurisdiccional, pues de éste modo existen mayores posibilidades de acierto en la decisión judicial” (1997 Pag.165).

- Defecto Sustantivo, orgánico o procedimental:

Según la Corte Contitucional el defecto sustantivo u orgánico, puede ser considerado como aquella impresión realizada por el juez a la hora de aplicar la norma a hechos concretos, o dando de manera equívoca una interpretación normativa, dicho error entonces, se podría configurar cuando:

(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 de 2011, Corte Constitucional, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto). (negrilla, cursiva y subrayado fuera del texto original).

El defecto procedimental, es aquel ocasionado en desarrollo de la actividad judicial porque el funcionario se aparta de manera evidente y grotesca de las normas procesales aplicables.

Desconociendo completamente el procedimiento determinado por la ley, el juez termina produciendo un fallo arbitrario que vulnera derechos fundamentales.

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 de 2011, Corte Constitucional, M.P Humberto Antonio Sierra Porto).

- Defecto fáctico:

Dicho lo anterior, se hace obligatorio definir aquello conocido como defecto fáctico; según la Corte, el defecto fáctico ha identificado, así, 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 de 2011, Corte Constitucional, M.P Humberto Antonio Sierra Porto).

Con base en lo anterior, se dice entonces, que el defecto fáctico es entendido como aquel yerro judicial en la valoración probatoria, que debido a la negligencia, inobservancia, o capricho del fallador, da por no probado un hecho susceptible de prueba cuando existe material que evidencia lo contrario; así mismo, se da cuando el juez valora una prueba y determina el proceso (toma la decisión) con base en dicho medio probatorio, pero obvia que el material recaudado carece de legalidad; o en caso contrario, cuando no existe prueba alguna que respalde su decisión.

- Error inducido y decision sin motivación:

Por otra parte, el error inducido, según la Corte Constitucional, :

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. (Corte Constitucional, Sentencia T-031 de 2016, M.P Luis Guillermo Guerrero Pérez).

Continuando con la definición de las causales de procedibilidad, la decisión sin motivación, puede ser entendida como la falta de un argumento o la falta de relación de las consideraciones aplicadas por el juez para dar solución a cualquier controversia, es así como según

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. (Corte Constitucional, Sentencia T-709 de 2010, M.P Jorge Ivan Palacio Palacio).

Según la Corte Constitucional, en pronunciamiento T-709 de 2010 de M.P Dr. Jorge Ivan Palacio Palacio, apunta a que la sentencia que posea falta de motivación, que carece de sustento argumentativo, o que provoca que dicha sentencia posea un error, dicho yerro, puede ser 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. (Corte Constitucional, Sentencia SU 424/ de 2012, M.P Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

- Desconocimiento del precedente:

De cara a lo anteriormente tratado, se vuelve evidente que el desconocimiento del precedente contraria principios constitucionales que brindan seguridad jurídica e igualdad, es así que el principal punto de discusión en el presente escrito, demuestra la importancia que tiene garantizar la aplicación del precedente jurisprudencial, todo ello para cumplir con los fines constitucionales y salvaguardar los derechos que a través de la investigación se ven vulnerados cuando se hace caso omiso a las directrices jurisprudenciales, y a su vez, que a través de esta figura, se cumplen los principios mismos del derecho. Sin embargo, es importante resaltar que existe una providencia judicial de uno de los altos tribunales que establece lo siguiente:

salvo en materia constitucional cuya doctrina es obligatoria, la regla del respecto del precedente **no es absoluta, debido a que la interpretación judicial no puede tornarse inflexible frente a la dinámica social, ni petrificarse, así como tampoco convertirse en el único criterio tendiente a resolver una situación concreta,** sino que debe armonizarse, de tal manera que se asegure la eficacia de los principios y derechos fundamentales que indican seguir el precedente, dentro de los que se encuentran la igualdad, buena fe, seguridad jurídica y confianza legítima, así como el debido proceso y el acceso efectivo a la administración de justicia. (Corte Constitucional, Sentencia SU-198 de 2013, M.P. Luís Ernesto Vargas Silva, 2013).

Dicho esto, y para poder continuar con la cita de la sentencia, se hace necesario establecer que la presente sentencia condiciona entonces, a que si bien el precedente jurisprudencial es necesario para poner fin a cualquier situación determinada, el juez tiene que valorar además del mismo precedente, las situaciones concretas de cada caso para así adecuar éste a la realidad, siendo

flexible en cuanto a su aplicación. Lo anterior no significa que se desconozca todo lo decantado jurisprudencialmente.

Según lo anterior, y de conformidad a lo manifestado por la Corte Constitucional, dicha sentencia, da por lo menos una luz a los jueces, en cuanto a que:

La correcta utilización del precedente judicial implica que un caso pendiente de decisión debe ser fallado de conformidad con el(los) caso(s) del pasado, sólo (i) si los hechos relevantes que definen el caso pendiente de fallo son semejantes a los supuestos de hecho que enmarcan el caso del pasado, (ii) si la consecuencia jurídica aplicada a los supuestos del caso pasado, constituye la pretensión del caso presente y (iii) si la regla jurisprudencial no ha sido cambiada o ha evolucionado en una distinta o más específica que modifique algún supuesto de hecho para su aplicación.

Bajo este contexto la jurisprudencia de esta corporación ha indicado que el respeto y coherencia con sus propias decisiones es un deber de obligatorio cumplimiento de los funcionarios judiciales y no una simple facultad discrecional, lo que se explica por lo menos por estas cinco razones:

i) el principio de igualdad que es vinculante a todas las autoridades e, incluso, a algunos particulares, exige que supuestos fácticos iguales se resuelvan de la misma manera y, por consiguiente, con la misma consecuencia jurídica; ii) el principio de cosa juzgada otorga a los destinatarios de las decisiones jurídicas cierto grado de seguridad jurídica y previsibilidad de la interpretación, pues si bien es cierto el derecho no es una ciencia exacta, sí debe existir certeza razonable sobre la decisión; iii) la autonomía judicial no puede desconocer la naturaleza reglada de la decisión judicial, pues sólo la interpretación

armónica de esos dos conceptos garantiza la eficacia del Estado de Derecho; iv) los principios de buena fe y confianza legítima imponen a la administración un grado de seguridad y consistencia en las decisiones, pues existen expectativas legítimas con protección jurídica; y v) por razones de racionalidad del sistema jurídico, porque es necesario un mínimo de coherencia a su interior. (Sentencia T. 620 de 2013, Corte Constitucional, M.P Jorge Iván Palacio Palacio, *negrilla, cursiva y subrayado fuera del texto original*).

Esto significa que de la función jurisdiccional que desempeñan los jueces, se pueden derivar múltiples errores que se expresan en las sentencias, y que pueden vulnerar los derechos de las personas que están sometidas al fallo, y que sólo en materia constitucional, aparentemente, se vuelve exigible la aplicación del precedente jurisprudencial; sin embargo, como ya se mencionó, no se puede obviar ni dejar al lado lo que la Ley, y los altos tribunales, han expresado para tratar de acabar con la problemática actual que se evidencia en el aparato jurisdiccional, y que se presenta fuertemente en las altas Cortes, que a través del desarrollo jurisprudencial, tratan de imponer sus conceptos, obviando aquellos presupuestos establecidos por sus colegas.

Pareciera entonces, que dicha situación, es un choque constante entre jueces, que imponen criterios y olvidan principios básicos del derecho que ya han sido mencionados con anterioridad en el presente escrito; que incluso, con las sentencias anteriormente citadas, se presenta ya la problemática, cuando se manifiesta que: “salvo en materia constitucional cuya doctrina es obligatoria, la regla del respeto del precedente no es absoluta”, desconociendo entonces la existencia del precedente vinculante de las demás circunscripciones judiciales, en tanto que se

desconoce lo esbozado por el Consejo de Estado, en cuanto a las sentencias de unificación y a la obligatoriedad en su aplicación, y frente al precedente en general de la Corte Suprema de Justicia. Si bien en todo lo anterior se encuentra una problemática, es válido resaltar que por lo menos, se tienen claras las reglas de aplicación del precedente jurisprudencial, pero no se ha establecido, cuándo, cómo y por qué aplicar el de una corporación y no el de otra.

- Violación directa de la constitución:

Por último, y para terminar las presentes definiciones que se han desarrollado a lo largo de éste capítulo, se habla de una violación directa de la constitución, según la Corte, 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. (Corte Constitucional, Sentencia SU-198 de 2013, M.P. Luís Ernesto Vargas Silva, 2013).

### **Capítulo III. La responsabilidad del Estado por la no aplicación del precedente jurisprudencial**

Al analizar los presupuestos para establecer la responsabilidad del Estado bajo diferentes supuestos, por medio del presente capítulo, es necesario edificar la existencia de la responsabilidad estatal por la no aplicación del precedente Jurisprudencial que derive en una responsabilidad patrimonial cumpliendo con el articulado de la constitución y de la ley.

Sin embargo, como dice el doctor Valbuena Hernandez:

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. (2008. pag. 473).

Así mismo, es poco probable que sea reconocida la indemnización por la no aplicación del precedente jurisprudencial, por las razones expresadas por el Dr. Valbuena y así mismo toda vez

que, las directrices de los altos tribunales son distintas, en cuanto a parámetros y conceptos, dando la posibilidad al juez de escoger cualquier tipo de precedente basado en la autonomía judicial que posee. Sin embargo, no se ha tachado la posibilidad de la existencia de una responsabilidad administrativa por la no aplicación del precedente jurisprudencial por parte de los jueces.

El desarrollo del objetivo planteado en el inciso primero del presente capítulo, se abordará de la siguiente manera:

- Daño antijurídico por la no aplicación del precedente jurisprudencial.
- Hecho dañoso e imputación por la no aplicación del precedente jurisprudencial.
- Causalidad.
- Procedibilidad de la acción de reparación directa.

(i) Daño antijurídico por la no aplicación del precedente jurisprudencial.

Como bien ya se dijo, el daño antijurídico se da cuando se produce el menoscabo de un bien constitucionalmente tutelado, desequilibrando las cargas públicas que todos los ciudadanos poseemos, daño que no se está en la obligación de asumir.

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 del 20 de octubre de 2014, Consejo de Estado, Rad: 25000-23-26-000-1998-01906-01(27136) M.P Olga Melida Valle De De La Hoz).

Es así donde se puede ver reflejado el daño y la culpa con una providencia judicial, que el juez al desarrollar posturas diferentes, siguiendo los criterios establecidos por alguno de los máximos tribunales y por sus antecesores (que de por sí poseen conceptos diferentes en algunos de sus fallos), puede estar ocasionando una grave vulneración a principios constitucionales como lo son la igualdad, la seguridad jurídica y la justicia.

Tal cual como lo reconoce Alvaro Cuesta Simanca

En efecto, una vez el alto tribunal acoge de manera reiterada una tesis aceptando un determinado requisito, una manera de probar supuesto de hechos o una forma de acceder a la jurisdicción, y desconoce luego sus decisiones anteriores denegando el derecho reclamado; en estos eventos incluso ha regresado a la posición original que había desconocido. (2012, Pag. 87).

Provocando un daño evidente a los derechos constitucionalmente protegidos, por el desconocimiento del precedente jurisprudencial anteriormente establecido, posibilitando el desequilibrio de las cargas públicas, generando así, una evidente responsabilidad administrativa. Por tanto, para poder dar más peso a dicha afirmación, se debe continuar con el análisis respectivo de los elementos, aplicados al caso en concreto del presente texto.

(ii) Hecho dañoso

En el presente caso, el hecho sería aquella actuación judicial que culposa o dolosamente produciría un detrimento que se dio como la concreción o materialización de la actuación judicial, que bien puede ser considerada como el no reconocimiento de precedentes a la hora del fallo judicial y no otorgar los mismos beneficios a las víctimas.

El daño, puede ser consistente en otorgar menores beneficios a las víctimas de un perjuicio. Es así, donde para evitar el daño, el juez, basado en los pronunciamientos jurisprudenciales anteriores y teniendo como principal argumento la igualdad de condiciones y la seguridad jurídica, concreta sus fallos en igualdad de condiciones indemnizatorias.

- Imputación del daño antijurídico por la no aplicación del precedente jurisprudencial.

Así mismo, después de analizados los elementos anteriores de la responsabilidad del Estado, establecida la relación de causalidad entre la acción o la omisión del Estado, se vuelve indispensable analizar la imputabilidad para declarar dicha responsabilidad, es así, dónde en un pronunciamiento del Consejo de Estado establece que:

Para imponer al Estado la obligación de reparar un daño, es menester, que además de constatar la antijuricidad del mismo, el juzgado elabore un juicio de imputabilidad que le permita encontrar un título jurídico distinto de la simple causalidad material que le legitime la decisión; vale decir, “la imputatio juris”, además de “la imputatio facti” (Sentencia del 13 de julio de 1993, Exp Nro. 8163, Consejo de Estado, M.P Juan De Dios Montes Hernández) “En este sentido, se tiene que el daño antijurídico puede ser ocasionado por el funcionamiento anormal de la administración que se concreta en el incumplimiento de una obligación legal” (Sentencia del 20 de octubre de 2014, Consejo

de Estado, Rad: 25000-23-26-000-1998-01906-01(27136) M.P Olga Melida Valle De De La Hoz). Donde se posibilita por medio del denominado error jurisdiccional la reclamación a través del medio de control de la reparación directa la reparación del daño ocasionado por la no aplicación del precedente jurisprudencial.

(i) Causalidad

La causalidad es vista en este ángulo como aquel hilo conductor que une el hecho dañoso con el daño antijurídico, producto de la no aplicación del precedente jurisprudencial que conlleva al desequilibrio de la igualdad, a la vulneración de la confianza legítima que poseen los ciudadanos para con el Estado, en tanto que las decisiones actuales se deben basar en criterios decantados con anterioridad, y la seguridad jurídica toda vez de que se perderían los criterios previamente establecidos.

(ii) Procedibilidad de la acción de reparación directa.

La procedibilidad puede ser entendida como: aquellas condiciones sin cuya concurrencia no puede hacerse uso del derecho de acción, y por lo tanto, alguna actuación, y en caso de haber sido iniciada, no puede legalmente continuar.

El artículo 13 de la Ley 1285 de 2009 instituyó la realización de una audiencia de conciliación ante el Ministerio Público, como requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción de reparación directa. Es así, dónde en sentencia del Consejo de Estado se manifiesta que:

solo era viable demandar una vez se tuviera certeza sobre el fallido trámite conciliatorio, anterior a lo cual la suscrita apoderada de la parte actora no podía demandar a riesgo de actuar con temeridad y despreciando el cabal cumplimiento de las disposiciones legales, en cuanto la normatividad atrás analizada obliga a las partes a cumplir y agotar cabalmente el requisito de Conciliación Prejudicial. (Sentencia del 1 de diciembre de 2014 Rad 44001-23-31-000-2012-00026-01 (44586) Consejo de Estado, M.P Jaime Orlando Santofimio Gamboa).

Según lo anterior, se ha establecido entonces que, para poder proceder a demandar la responsabilidad del Estado por medio de la reparación directa, es obligatorio agotar dicho requisito de procedibilidad; para lo cual, el artículo 2 del Decreto 1716 de 2009 establece:

Asuntos susceptibles de conciliación extrajudicial en materia contencioso administrativa: Podrán conciliar, total o parcialmente, las entidades públicas y las personas privadas que desempeñan funciones propias de los distintos órganos del Estado, por conducto de apoderado, sobre los conflictos de carácter particular y contenido económico de los cuales pueda conocer la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a través de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo o en las normas que los sustituyan.

Cumplidos los requisitos exigidos por la ley, y los presupuestos para configurar la responsabilidad extracontractual de Estado, es viable por medio de la reparación directa, ejercer la reclamación de los perjuicios ocasionados por la no aplicación del precedente jurisprudencial.

A manera de conclusión, y a través del desarrollo investigativo del presente escrito, se evidencia la viabilidad de instaurar un proceso de reparación directa por la no aplicación del precedente jurisprudencial. Dicho proceso, como ya se mencionó, tiene como finalidad respaldar garantías constitucionales, consagradas en la Carta Política.

Por ende, después de la realización exhaustiva del presente escrito se considera que:

1. El proceso de reparación directa busca garantizar una igualdad proporcional o distributiva entre los ciudadanos, y no necesariamente una igualdad aritmética.
2. El Juez podrá apartarse del precedente jurisprudencial y crear uno nuevo, siempre y cuando la jurisprudencia existente no se pronuncie al respecto del problema jurídico a resolver, quedándose corto para sustentar su pronunciamiento de fondo.

Para el desarrollo de las presentes conclusiones, me debo remitir a los conceptos quizá filosóficos de la igualdad aritmética y distributiva, que para Aristóteles es entendida como:

la misma división exactamente con relación a las personas que a las cosas, lo mismo que el término A es a B, el término C es a D; y recíprocamente, lo mismo que A es C, lo mismo B es D. Por consiguiente, el total de dos de los términos está[n] en la misma relación con el total de los otros dos términos; y se forma en ambos casos este total, adicionando los dos términos que se separan de los que les siguen.[sig]. Y así la correspondencia de A con C y de B con D es el tipo de la justicia distributiva; y lo justo de esta especie es un medio entre extremos que sin esto no estarían ya en proporción;

porque la proporción es un medio, y lo justo es siempre proporcional. (Azcárate, 2017. Pag 127-128).

De lo anterior, se deduce entonces, que la justicia buscada por medio de la reparación debe ser proporcional, y no necesariamente numérica a la hora del reconocimiento de las indemnizaciones a las víctimas; y con respecto al desarrollo de nuevo precedente jurisprudencial, se da siempre y cuando, la jurisprudencia aplicada por el juez se quede corta para la resolución de una situación determinada, que dicho postulado, por ende está acorde con la autonomía judicial; es así que se exige que cualquier providencia sea sustentada de manera clara y de acuerdo a la normatividad existente. Para entender lo anterior es de gran importancia saber que la Corte Constitucional, en un pronunciamiento reciente, ha manifestado lo siguiente:

Respecto del cargo por dar a la jurisprudencia un valor preponderante en el sistema normativo colombiano, al obligar al juez que pretenda apartarse de la doctrina probable y el precedente judicial a exponer sus razonamientos, la Corte Constitucional concluyó primeramente que a pesar de las reiteradas decisiones en la materia no existían los requisitos para declarar cosa juzgada material constitucional. La Corte determinó que la doctrina probable y el precedente judicial, son dos vías distintas para darle fortaleza a la decisión judicial y con ello contribuir a la seguridad jurídica y al respeto por el principio de igualdad. Encontró que mientras la doctrina probable establece una regla de interpretación de las normas vigentes, que afecta la parte considerativa de la decisión judicial, el precedente judicial establece reglas sobre la aplicación de las normas en casos precisos, afecta por lo tanto aquellos casos cuyos hechos se subsuman en la hipótesis y están dirigidos a la parte resolutive de la decisión. La Corte reconoció que la utilización

de estas fórmulas, lejos de atentar contra el artículo 230 de la constitución, vienen a reforzar el sistema jurídico nacional y son perfectamente compatibles con la jerarquización de las fuentes que establece el postulado constitucional, puesto que la jurisprudencia no crea normas, sino que establece las fórmulas en que el juez, tanto en la parte considerativa como en la parte resolutive, debe llevar la normatividad a los casos concretos. En cuanto al deber del juez de sustentar las razones por las cuales se aparta de la jurisprudencia, consideró la Corte que ese tema ya había sido objeto de profundos estudios de constitucionalidad, que explicaban la coherencia de la exigencia frente a los objetivos perseguidos con la doctrina probable y el precedente judicial, y su ponderación frente a la libertad decisiva del juez, ante lo cual se remitió a sus decisiones anteriores, y en particular aquella de la sentencia C-836 de 2001. En ese orden de ideas, concluyó la Corporación que la norma demanda[dada], al establecer la obligación del juez de sustentar las razones por las cuales se aparta de la jurisprudencia, no hace otra cosa que recoger lo que ya ha sido plasmado por las sentencias de la Corte Constitucional en su reiterada jurisprudencia al interpretar el mandato constitucional del artículo 230. (Corte Constitucional, 30 de septiembre de 2015, Sentencia C-621/15 M.P Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, 2015).

Entonces, se entiende que la existencia de múltiples herramientas argumentativas que posee el juez para desarrollar sus decisiones, no atentan contra su principio de autonomía judicial, más bien, brindan un soporte fundamental para que el fallador no viole evidentemente el principio de uniformidad que debe poseer todo el desarrollo del derecho a través del aparato jurisdiccional, por ende, el juez no puede pasar por alto los pronunciamientos de aquellas personas que a través

del desarrollo histórico han logrado. Todo ello, con el fin de dotar el derecho de seguridad jurídica.

Así mismo, la Corte Constitucional en Sentencia C-539 de 2011, ratifica la obligatoriedad de la jurisprudencia, dicha corporación reitera y se fundamenta en:

(i) el respeto al principio de la seguridad jurídica, el cual implica el respeto por las normas superiores y la unidad y armonía de las demás normas con éstas, de manera que al ser la Corte Constitucional el órgano de cierre de la jurisdicción constitucional, “sus determinaciones resultan ser fuente de derecho para las autoridades y particulares, cuando a través de sus competencias constitucionales establece interpretaciones vinculantes de los preceptos de la Carta”; (ii) la diferencia entre *decisum*, *ratio decidendi* y *obiter dicta*, ratificando la obligatoriedad no solo de la parte resolutive sino de los contenidos de la parte motiva de las sentencias, en el control abstracto de constitucionalidad como en el concreto, que son determinantes para la decisión o constituyen la *ratio decidendi* del fallo; y (iii) las características de la *ratio decidendi* y, por tanto, de la jurisprudencia como fuente de derecho, por cuanto “la *ratio decidendi* de las sentencias de la Corte Constitucional, en la medida en que se proyecta más allá del caso concreto, tiene fuerza y valor de precedente para todos los jueces en sus decisiones, por lo que puede ser considerada una fuente de derecho que integra la norma constitucional”. (Corte Constitucional, Sentencia C-621 del 30 de septiembre de 2015 M.P Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

Así, para finalizar el presente escrito, es menester desarrollar el objetivo principal que se desarrolló a través de lo mencionado en los acápites que preceden; y es así, que en caso de incumplimiento de las directrices anteriormente planteadas, y en virtud al precedente jurisprudencial decantado, se evidencia la responsabilidad estatal cuando en los fallos judiciales no se aplica el precedente jurisprudencial y por tanto, se hace viable instaurar una acción legal, como mecanismo de reparación, por el incumplimiento a las directrices dadas por los tribunales, en virtud del desarrollo dogtrinal, legal y jurisprudencial.

Lo anterior significa que, el precedente funciona como una directriz deóntica que rige la actividad judicial que evoluciona con los pronunciamientos judiciales, que de acuerdo a la realidad del caso, es posible que dicho precedente se pueda flexibilizar, lo que no implica desconocerlo, como tampoco dejarlo de aplicar a los diferentes casos que se presentan a diario dentro del Estado; en pocas palabras, de ahí del desconocimiento proviene entonces la responsabilidad Estatal, y que si dentro de un caso en concreto se flexibiliza la aplicación, el juez debe sustentar su decisión con un buen peso argumentativo en su motivación; de no ser así, se presenta la acción de reparación directa como el mecanismo ideal de control de la actividad judicial en los casos de desconocimiento y no aplicación del precedente jurisprudencial.

#### **Capítulo IV. Conclusiones**

De cara a abordar el acápite final del presente escrito, se hace necesario evaluar entonces la viabilidad y cumplimiento de cada uno de los objetivos descritos en la introducción del mismo. Dicho esto, se procede a desarrollar lo ya mencionado. Para el mismo, se evidencia que de los

objetivos específicos que se propusieron, con la presente investigación y el estudio exhaustivo de Jurisprudencia, Doctrina y Ley, se concluye:

El primer objetivo, que versa sobre identificar las consecuencias que trae consigo la inaplicación del precedente Jurisprudencial, se deduce que la no aplicación, genera múltiples problemas jurídicos que ponen en tela de juicio garantías constitucionales como la igualdad y la justicia, así mismo, la seguridad jurídica, destruyendo principios fundantes del derecho, como por ejemplo: la uniformidad, que es descrito por el gran tratadista Kelsen como la homogeneidad que poseen los pronunciamientos de los jueces, con el fin de favorecer la previsibilidad que posee la ciudadanía para con los jueces, en virtud de fallos anteriormente dados por sus antecesores. Es así que las decisiones de los tribunales deben poseer varios factores fundamentales que guarden el principio de uniformidad que por ende son previsibles hasta cierto grado, calculables, en tal medida que los sujetos sometidos al ordenamiento jurídico puedan orientarse en su comportamiento según las decisiones judiciales previsibles. Todo lo anterior, evidencia que la no aplicación, genera a su vez un desequilibrio en las cargas públicas que los ciudadanos no están en el deber de soportar, es allí, dónde cobra gran importancia el segundo objetivo específico que evidencia que, a través de los mecanismos judiciales establecidos por la Ley, se puede vincular al Estado y derivar una responsabilidad administrativa de la inaplicación del precedente jurisprudencial, dónde a través de la reparación directa a título de error jurisdiccional se puede imputar dicha responsabilidad por el error cometido culposa o dolosamente por el juez a través de una providencia que contraría los conceptos de obligatorio cumplimiento tales como la Ley o la Jurisprudencia. Dicho error, es susceptible por tanto de ser corregido, y más aún si recae de manera directa sobre un ciudadano el cual no debe soportar el daño generado por la no aplicación del precedente jurisprudencial,

generando la vinculación del Estado, que, a través del título jurídico de imputación ya mencionado, se hace susceptible la corrección de dicho error y de la reparación como tal.

De lo anterior, se observa que por medio del esquema esbozado en el presente escrito, se cumple a cabalidad con el fin propuesto en el objetivo general que fue realizar un análisis sobre la posible existencia de la responsabilidad del Estado, derivada de la inaplicación en los fallos judiciales del precedente jurisprudencial. Dicha responsabilidad, se vuelve susceptible de reparación, salvaguardando el esquema general de la seguridad jurídica.

De manera que, de lo anterior, es posible identificar lo siguiente:

- La no aplicación del precedente jurisprudencial genera: Desigualdad, injusticia, y no brinda seguridad jurídica.
- La no aplicación del precedente jurisprudencial hace entrar en conflicto los pronunciamientos decantados por los antecesores del juez que opta por su no aplicación.
- La no aplicación del precedente vulnera el principio de uniformidad del derecho
- La no aplicación del precedente jurisprudencial genera responsabilidad Estatal.
- La reparación directa, aparece entonces, como mecanismo de reparación para tratar de salvaguardar los principios constitucionales.
- El error jurisdiccional es el título jurídico de imputación por el cual se le atribuye responsabilidad estatal
- El choque de pronunciamientos judiciales puede ser objeto de debate.
- Se debe garantizar que este choque no afecte las garantías fundamentales ya descritas.
- Si se evidencia la afeción de una garantía fundamental, se puede solicitar la reparación.

Todo ello, 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, su motivación no puede contrariar los criterios técnicos dados, sino que debe guardar consonancia con lo previamente establecido; y en caso de que no exista precedente alguno, debe aplicar otras fuentes del derecho que le ayuden a resolver la problemática que evidencia, sin que ello signifique el desconocimiento de criterios auxiliares.

En caso de que dicho funcionario desborde sus atribuciones, y pretenda hacer valer su criterio desconociendo los preceptos ya dados, hace partícipe al Estado de la responsabilidad que ello implica.

Dado lo anterior, es de gran importancia establecer que: Si bien no existe posición unificada respecto al criterio ponderante entre las altas Cortes, es de obligación para el juez guardar consonancia con los pronunciamientos jurisprudenciales; además, y de conformidad con lo decantado por la Corte Constitucional, el único criterio que es de obligatorio cumplimiento es aquel que se da por esta corporación, pero... ¿Qué sucede con los pronunciamientos dados por las otras corporaciones cuando contrarían éste criterio?

Se evidencia entonces que el problema continúa, y se supone que hasta que no haya una directriz deóntica por parte del legislador que dé más claridad a diferencia de la establecida en la ley 1437 de 2011 y el Código General del proceso, no se acabará el conflicto. Aquel choque de trenes parece una guerra de egos que debe acabar, para el bienestar no solamente del derecho sino incluso de la Constitución Política y los fines del Estado.

Lo anterior implica para los jueces una problemática al momento de la aplicación del precedente. Para ellos no está claro cuál de todos los pronunciamientos aplicar, y en caso de que apliquen alguno que contraríe otro, dan pie a la responsabilidad Estatal por la no aplicación del precedente jurisprudencial.

### **Bibliografía.**

#### **Textos doctrinales:**

Agudelo Ramirez, M. (2007). *El proceso Jurisdiccional* (Segunda Edición ed.). Bogotá: Librería Jurídica Comlibros y Cia Ltda.

Alessandri, A. (1981). *De la responsabilidad extracontractual en el*. Santiago de Chile: Imprenta Universal.

Azcárate, P. d. (16 de 05 de 2017). *Obras de Aristóteles*. Obtenido de Proyecto Filosofía en español: [www.filosofia.org](http://www.filosofia.org)

Botero Aristizabal , L. F. (2007). *Responsabilidad patrimonial del legislador*. Bogotá: Legis.

Cabanellas de Torres, G. (1993). *Diccionario Juridico Elemental* . Buenos Aires: EDITORIAL HELIASTA S.R.L.

Constitución Política de Colombia (1991).

Correa Vargas, R. A. (2012). *Responsabilidad Extracontractual del Estado análisis sistematico*. En R. A. Vargas, *Responsabilidad Extracontractual del Estado análisis sistematico*. Bogotá: Leyer.

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

Diego, F. C. (1925). *La jurisprudencia como fuente del derecho*. Comares, S.L.

- Española, R. A. (10 de 04 de 10 de 04 de 2017). *Diccionario de la lengua española*. Recuperado el 10 de 04 de 2017, de Diccionario de la lengua española: <http://www.rae.es/>
- HERNÁNDEZ, A. E. (2007). Responsabilidad Extracontractual del Estado. En A. E. HERNÁNDEZ Enríquez, *Responsabilidad Extracontractual del Estado* (pág. Pág. 15.). Bogotá: Nueva Jurídica.
- Kelsen, H. (edición, 9a reimposición: abril de 2009). *Teoría pura del derecho*. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires.
- Máynez, E. G. (2003). Introducción al Estudio del Derecho. En E. G. Máynez, *Introducción al Estudio del Derecho* (pág. 319). Bogotá: Esquilo.
- Montero Aroca , J. (1997). *Principios del proceso penal*. España: Tirant Lo Blanch.
- Monti, I. P. (1995). Seguridad jurídica, justicia y jurisprudencia. *Revista del instituto peruano de derecho tributario*, 45-46.
- Morchon, G. R. (1998). *Derecho Como Texto (cuatro Estudios de Teoria Comunicacional del Derecho)*. Madris: Civitas.
- Reale, M. (1993 ). *Introducción al derecho* . Madrid : Piramide .
- Salcedo, J. G. (2011). *Seguridad jurídica, estabilidad y equilibrio constitucional. Hacia un derecho eficiente*. U. Javeriana.
- Silva, J. A. (1964). *Principios do processo de formação das leis no direito constitucional*.
- Tamanaha, B. Z. (2001). *A General Jurisprudence of Law and Society*. Oxford Socio-Legal Studies.
- Taruffo, M. (2007). *Precedente y Jurisprudencia* .
- Valbuena Hernández , G. (2008). *La defraudación de la confianza legitima. Aproximación crítica desde la teoria de la responsabilidad del Estado*. Bogotá: U. Externado de Colombia.

**Sentencias y autos:**

Auto 230/01, Corte Contitucional, M.P MARCO GERARDO MONROY CABRA, T-450182  
(Corte CONstitucional 07 de 06 de 2001).

Corte Constitucional, 09 de agosto de 2001, Sentencia C-836/01, M.P RODRIGO ESCOBAR  
GIL, D-3374 (Corte Constitucional 09 de 08 de 2001).

Corte Constitucional, 30 de septiembre de 2015, Sentencia C-621/15 M.P JORGE IGNACIO  
PRETELT CHALJUB, Expediente D-10609 (Corte Constitucional 30 de 09 de 2015).

Corte Constitucional, Sentencia T-709/10, M.P JORGE IVAN PALACIO PALACIO, T-2690952  
(Corte Constitucional 08 de 09 de 2010).

Corte Constitucional, Sentencia SU 424/12, M.P GABRIEL EDUARDO MENDOZA  
MARTELO, T-3.038.260 (Corte Constitucional 06 de 06 de 2012).

Corte Constitucional, Sentencia SU198/13, M.P LUÍS ERNESTO VARGAS SILVA, Sentencia  
SU198/13 (Corte Constitucional 11 de 04 de 2011).

Corte Constitucional, Sentencia T-031/16, M.P LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ. , T-  
4.721.581 (Corte Constitucional 08 de 02 de 2016).

Sentencia C 400 de 1998, C 400 de 1998 (Corte Constitucional 1998).

Sentencia C- 644/11 M.P Jorge Iván Palacio Palacio, Sentencia C- 644/11 (Corte Constituciona  
2011).

Sentencia C-030/12, Corte Constitucional, M.P LUIS ERNESTO VARGAS SILVA, expediente  
D-8608 (Corte Constitucional 01 de 02 de 2012).

Sentencia C-333 de 1996 (Corte Constitucional 1996).

Sentencia C-908/13, Corte Constitucional, M.P. ALBERTO ROJAS RIOS, expediente D 9662  
(Corte Constitucional. 03 de 12 de 2013).

Sentencia de 4 diciembre de 2006. de Exp. 13168., Exp. 13168 (Consejo de Estado. Sala de lo  
Contencioso Administrativo. Sección Tercera. 4 de 12 de 2006).

Sentencia del 1 de diciembre de 2014 Rad (2014)44001-23-31-000-2012-00026-01 (44586)  
Consejo de Estado, M.P JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, (2014)44001-  
23-31-000-2012-00026-01 (44586) (Consejo de Estado 1 de 12 de 2014).

Sentencia del 13 de julio de 1993, Exp Nro. 8163 Consejo de Estado, M.P JUAN DE DIOS  
MONTES HERNANDEZ, Exp Nro. 8163 (Consejo de Estado 13 de 07 de 1993).

Sentencia del 20 de octubre de 2014, Consejo de Estado, Rad: 25000-23-26-000-1998-01906-  
01(27136) M.P OLGA MELIDA VALLE DE DE LA HOZ, 25000-23-26-000-1998-  
01906-01(27136) (Consejo de Estado 20 de 10 de 2014).

Sentencia del 5 de diciembre de 2006, exp. 15128, Consejo de Estado, M.P RAMIRO  
SAAVEDRA BECERRA , Expediente Nro. 15128 (Consejo de Estado 07 de 12 de 2007).

Sentencia Exp. AG-2001-213., Exp. AG-2001-213. (Consejo de Estado 26 de 01 de 2006).

Sentencia No. C-083/95, No. C-083/95 (Corte Constitucional 1995).

Sentencia Nro 05001233100020020348701, 05001233100020020348701 (Consejo de Estado 28  
de 01 de 2015).

Sentencia Nro. 05 001 23 31 000 2002 03487 01 (32912), M.P JAIME ORLANDO  
SANTOFIMIO GAMBOA, del 28 de enero de 2015 del Consejo de Estado, 05 001 23 31  
000 2002 03487 01 (32912) (CONSEJO DE ESTADO 28 de 01 de 2015).

Sentencia Nro. 66001-23-31-000-1997-03613-01(16421) del 8 de marzo de 2007, Consejo de Estado M.P RUTH STELLA CORREA PALACIO , 66001-23-31-000-1997-03613-01(16421) (Consejo de Estado 8 de marzo de 2007).

Sentencia Nro. 76001-23-25-000-1996-02792-01(16898) del 31 de mayo de 2007, Consejo de Estado M.P ENRIQUE GIL BOTERO , 76001-23-25-000-1996-02792-01(16898) (Consejo de Estado sección tercera 31 de Mayo de 2007).

Sentencia Nro. 836/01 , Nro. 836/01 (Corte Constitucional 2001).

Sentencia SU 047, SU 047 de 1999 (Corte Constitucional 1999).

Sentencia T. 620 de 2013, Corte Constitucional, M.P JORGE IVÁN PALACIO PALACIO., T-3540786 (Corte Constitucional 09 de 09 de 2013).

Sentencia T.781 de 2011, Corte Constitucional, M.P HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO , T-3106156 (Corte Constitucional 20 de 10 de 2011).