

**Violación de principios constitucionales por la inaplicación del precedente  
jurisprudencial: una mirada desde la aplicación en el tiempo de la teoría del  
precedente**

**Jhon Marlio Gutiérrez Castañeda**

Maestrante en Derecho Público

Asesor

**Sergio Luis Mondragón Duarte**

Doctor en Seguridad Humana y Derecho Global

**Universidad de Caldas**

**Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales**

**Maestría en Derecho Público V Cohorte**

**Línea de Investigación en Función Pública**

**Manizales**

**2023**

## Tabla de contenido

Introducción.....	8
1. Concepto y Elementos de la Teoría del Precedente .....	14
1.1. El Precedente Jurisprudencial en la Doctrina Inglesa .....	15
- Case Law. Reglas del Precedente y Jerarquía de los Tribunales Ingleses .....	16
- La Estructura de las Sentencias en el Derecho Inglés .....	18
- Stare Decisis y sus Excepciones .....	19
- El Precedente como Fuente de Derecho en la Doctrina Inglesa .....	21
1.2. El Precedente en el Modelo Norteamericano .....	25
- Origen, Definición y Justificación del Precedente en los Estados Unidos .....	25
- Estructura y Flexibilidad del Precedente en Norteamérica.....	30
- Aplicación del precedente: Las Técnicas de Distinción y Derogación .....	35
- Precedentes Persuasivos y Vinculantes .....	36
1.3 A Modo de Conclusiones.....	38
2. La teoría del precedente judicial en Colombia .....	41
2.1 Acercamiento a la Historia del Precedente Jurisprudencial en Colombia.....	42
2.2 Sobre la Doctrina Probable.....	50
2.3 Sobre la Doctrina Constitucional .....	52
2.4 Sobre el Sistema de Precedente .....	54
2.5 Elementos y Particularidades de la Teoría del Precedente en Colombia .....	58
2.5.1 Precedentes Horizontales y Verticales.....	61

2.5.2 Causales de Inaplicación del Precedente Jurisprudencial en Colombia .....	62
3. Principios constitucionales afectados por la inaplicación de la teoría del precedente .....	70
3.1. Estado Social y su Modelo según la Constitución de 1991 .....	71
3.2 Principios Constitucionales que Fundamentan la Teoría del Precedente	
Jurisprudencial en el Sistema Colombiano .....	77
3.2.1 Principio de Legalidad.....	83
3.2.2 Principio de Igualdad.....	85
3.2.3 Principio de Seguridad Jurídica.....	87
3.2.4 Principio de Confianza Legítima en la Administración de Justicia .....	89
3.3 Consecuencias Axiológicas del Desconocimiento o Inaplicación del Precedente	
Jurisprudencial en Colombia.....	93
4. La prohibición de retroactividad y su conjugación con la prospectividad: propuesta de una subregla de la aplicación del precedente en el tiempo.....	98
4.1 Recapitulación.....	98
4.2 Aplicación del Precedente Judicial en el Tiempo según los Órganos de Cierre .....	103
4.2.1 Precedente Jurisprudencial y su Aplicación en el Tiempo desde la Corte Constitucional. ....	103
4.2.2 Precedente Jurisprudencial y su Aplicación en el Tiempo desde la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado .....	106
4.3 Análisis del Precedente Jurisprudencial desde dos Posiciones Encontradas del Consejo de Estado .....	110
4.3.1 Posición de irretroactividad en una Decisión del Consejo de Estado .....	110

4.3.2 Posición de Retrospectividad en una Providencia del Consejo de Estado .....	116
4.4 Una Propuesta de Prospectividad .....	122
5. Conclusiones.....	129
6. Referencias Bibliográficas .....	133

## Resumen

El gobierno del juez, un sistema jurídico que aparece como respuesta a la necesidad de la sociedad de ofrecer respuestas a las diferentes problemáticas. Tal necesidad de antaño se materializó en la teoría del precedente jurisprudencial desde los “reports” (colecciones de jurisprudencia – sistema inglés) o desde el “judicial review” (sistema estadounidense), la que se asumió en Colombia bajo las particularidades de un sistema propio. Si bien es cierto que se considera un acierto haber asumido el sistema de precedentes en el sistema jurídico local, también lo es que en la práctica el órgano judicial se aparta en cierta medida de la técnica propia del sistema de precedentes jurisprudenciales, especialmente por los efectos de las decisiones y de la jurisprudencia en el tiempo; lo cual a juicio de este tesista puede llegar a generar, según sean los efectos que se dan y el tipo de decisión por adoptar, la violación de principios constitucionales como lo son: legalidad, seguridad jurídica, igualdad y confianza legítima. En tal virtud, se genera una propuesta a modo de conclusión de aplicar prospectivamente el precedente jurisprudencial, de tal forma que se optimicen los mandatos constitucionales en las decisiones del órgano judicial.

El objetivo es identificar los valores y principios constitucionales que pueden transgredirse por la aplicación antitécnica, o en su defecto, inaplicación del precedente jurisprudencial en el sistema colombiano y como se dijo, generar una propuesta para superar tales dificultades. En el desarrollo del trabajo se acude a fuentes bibliográficas primarias y secundarias, además de la verificación y análisis de la jurisprudencia que pueda contener elementos de interés para estas líneas.

Finalmente se logra identificar que la Jurisprudencia como fin del derecho pretende la solución justa de los conflictos sociales, por tal motivo la aplicación antitécnica del sistema

de precedentes jurisprudenciales conlleva a un riesgo de la seguridad jurídica de los administrados, por cuanto pudiera decidirse un caso concreto con normas diferentes y desfavorables al administrado, de cuando se presentó la demanda.

### **Palabras claves**

Control de constitucionalidad; Precedente jurisprudencial, Seguridad jurídica; Antiformalismo jurídico, jurisprudencia

### **Abstract**

Judge made law, a legal system that appears as a response to the social need to offer solutions to the different problems. Such a need was materialized in case law (English system) or judicial review (US system), which was assumed in Colombia under the particularities of its own system. Although it is true that it is considered a success to have assumed the system of precedents in the local legal system, which depending on the time effects and the type of decision to be adopted, generate the violation of constitutional principles like a legality, legal certainty, equality and rights legitimate. A proposal is to prospectively apply of jurisprudential precedent, in such a way that the constitutional mandates are optimized in the decisions.

The objective is to identify the constitutional values and principles that can be transgressed by the anti-technical application, or non-application of the reports and generate a proposal

to overcome such difficulties. In the development of the work, primary and secondary bibliographic sources are used, and the jurisprudence that may contain elements of interest for these lines.

Finally, it is possible to identify that the Jurisprudence as the end of the rigths seeks the fair solution of social conflicts, for this reason the anti-technical application of a reports entails a risk of the legal security of the administered, since a specific case could be decided with different rules and unfavorable to the administered, from when the claim was filed.

**Key words**

Judicial review, reports, jurisprudential precedent, rights certainty; Antiformalism, jurisprudence.

## Introducción

En Colombia, con fundamento en las diferentes teorías del constitucionalismo, han existido distintas posiciones respecto de quién debe ejercer una defensa activa del sistema legal y constitucional que, por lo general, confluyen en tres: (i) presidencialista, donde la defensa es en cabeza del órgano ejecutivo con sus funciones de hacer cumplir los estamentos normativos; (ii) legislativa, donde se plantea la expedición de leyes para tal fin y; (iii) judicial, donde los jueces en ejercicio de sus tareas se encargan de proteger los planteamientos generales del Estado de los ciudadanos.

Si bien, en algunos sistemas jurídicos le corresponde al órgano legislativo la función de proteger el sistema normativo y constitucional, la crisis en la institucionalidad y representación, han conllevado a una variación, donde, la teoría clásica del Estado desde su configuración francesa cedió espacio debiendo asumirse nuevos retos en cuanto a la producción del derecho y su evolución (variación de las fuentes clásicas del derecho), apareciendo el poder judicial, como encargado de dinamizar la producción jurídica y dar garantías a las personas, a través de sus fallos.

Esa dinamización del sistema jurídico en cabeza del órgano judicial, siempre y cuando busque garantizar la más plena vigencia de los postulados normativos y la progresividad de los derechos y valores constitucionales (Carnotta, 2008), genera el llamado gobierno judicial (Rousseau, Dominique, 1999). En tal sentido, cuando la evolución jurídica depende del precedente, las decisiones judiciales se convierten en un parámetro de progresividad y democratización del derecho, pues, en la medida que más y mejores garantías se defiendan por medio de las sentencias, éstas más democráticas y humanizadoras serán. Tal corriente

es propia del derecho anglosajón arraigado principalmente en Estados Unidos y Gran Bretaña.

En Colombia de antaño se tenía un sistema normativo de origen francés con predominancia legislativa, lo cual, como se verá más adelante, tuvo un cambio en el transcurso del siglo XX, donde se realizó la transición a la teoría del precedente judicial, lo que, por su novedad y alcances normativos de las sentencias, ha generado una serie de inconsistencias en la praxis judicial; en estas se encuentran las relacionadas con la inaplicación del precedente judicial o algunos problemas prácticos respecto de su aplicación en el tiempo.

Lo que se pretende es identificar los valores y principios constitucionales que en Colombia se pueden ver afectados por la inaplicación de la teoría del precedente, lo cual se realizará mediante una comparación de esta teoría y sus distintas variables, con los principios y valores superiores que deben respetarse en las actuaciones judiciales, logrando de esta manera, determinar las consecuencias de la inaplicación del precedente judicial en el sistema jurídico colombiano y proponer una nueva causal del desconocimiento de esta teoría en el sistema jurídico nacional. Para ello se propone una descripción del precedente jurisprudencial desde sus generalidades en el derecho comparado; acto seguido se desarrolla la teoría del precedente en Colombia con sus particularidades, se identifican los principios constitucionales que pueden verse afectados al momento de aplicarse erróneamente el estudio del precedente, para terminar con la propuesta de una sub regla jurisprudencial en donde se limite la aplicación del precedente en el tiempo a través de la armonización con un caso concreto.

La investigación es aplicada, pues se parte de la teoría general del precedente y sus particularidades en el derecho colombiano, para identificar las consecuencias de la aplicación errónea del precedente jurisprudencial en el caso concreto. El tipo de estudio será histórico, lógico y documental y el método de investigación a desarrollar será hermenéutico, al partir de una teoría general y dilucidarla en casos particulares que afectan a los ciudadanos colombianos.

Se desarrollarán cuatro capítulos donde se partirá de las generalidades históricas del precedente jurisprudencial y su recorrido por los sistemas británico y norteamericano, con una descripción de las particularidades que éste denota en Colombia. Por otro lado, se desarrollará un abordaje sobre los fundamentos del Estado Social de Derecho en las particularidades del sistema colombiano, que permite la identificación de aquellos valores propios del Estado de Derecho y que se relacionan directamente con el principio de legalidad y seguridad jurídica, para así determinar cuáles son aquellos límites axiológicos que se transgreden voluntaria o involuntariamente con la desatención o aplicación antitécnica de los precedentes jurisprudenciales. Como lo anterior es una consecuencia más que obvia del abordaje, se termina con un estudio de la aplicación en el tiempo de precedente judicial, de tal forma que se propone a modo de subregla de unificación, dejar de manera taxativa la prohibición de aplicación retroactiva de los precedentes judiciales, salvo aquellos momentos en los que, por favorabilidad con los administrados, se pueda plantear un efecto prospectivo.

El primer capítulo realizará un abordaje del concepto y los elementos de la teoría del precedente jurisprudencial desde sus principales vertientes, el derecho inglés y norteamericano para determinar la legitimación de la fuerza vinculante de los fallos.

Con la claridad de la teoría del precedente desde ambas latitudes que le han nutrido (Inglesa y Estadounidense), se aborda el segundo capítulo que busca entender las particularidades de ésta en el modelo colombiano desde el “judicial review” o control de constitucionalidad, de donde se ha derivado la legitimidad del imperio del juez y con ello el carácter vinculante de las sentencias en un sistema jurídico jerarquizado. Se destacan las condiciones que ha desarrollado especialmente la Corte Constitucional para aplicar la teoría del precedente de tal manera que se entienda en sus condiciones vertical y horizontal, además de su importancia. Por el tema que se desarrolla de particular importancia es el estudio de las llamadas formas legítimas de interpretación que permiten inaplicar los precedentes: (i) el proceso de distinción; (ii) argumentar un error del precedente o; (iii) el cambio de los paradigmas normativos.

Para el capítulo tercero en la descripción del Estado Social de Derecho Colombiano y permite identificar los valores que erigen el desarrollo del derecho y con ello la administración de justicia, legitimando a su vez el imperio del juez y la fuerza vinculante del precedente que son: i) legalidad; (ii) seguridad jurídica; (iii) igualdad y; (iv) confianza legítima en la administración de justicia. Tales principios se vulneran cuando se desconoce o inaplica de manera antitécnica la doctrina del precedente judicial.

Finalmente se propone que los principios de: i) legalidad; (ii) seguridad jurídica; (iii) igualdad y; (iv) confianza legítima en la administración de justicia, se violentan de manera común por los jueces, pues la aplicación antitécnica de los precedentes tiene una consideración poco estudiada, y es la modulación de los efectos en el tiempo, de tal forma que, si la jurisprudencia es equiparable o reemplazable por el concepto amplio de “ley”, debe aplicársele también en principio, la prohibición de retroactividad y cuando resulte más

favorable para los ciudadanos, se desarrolle desde la prospectividad. Idea que se armoniza con un caso concreto que permite proponer a modo de sub regla jurisprudencial, la limitación en el tiempo de la aplicación del precedente jurisprudencial, de la siguiente manera: (i) Sin retroactividad o hacia el futuro, cuando se generen condiciones procesales o que puedan resultar lesivas a los administrados y; (ii) prospectiva, cuando lo que se logre en el caso concreto, sea la optimización de mandatos constitucionales, de tal manera que se genere una evolución del derecho y una solución más justa de la controversia planteada.

Así las cosas, esta investigación beneficiará a la comunidad académica y a la administración de justicia por las siguientes razones:

A la comunidad académica, pues le aportará un estudio serio y riguroso que beberá de los principales doctrinantes y teóricos sobre sistema de precedentes como fuente de derecho, lo cual será acompasado con la realidad colombiana para determinar, en el marco constitucional, cuáles son las implicaciones del desconocimiento de la teoría del precedente, además que se propondrá una sub regla jurisprudencial que permite limitar los efectos del precedente en el tiempo, de tal forma que no se afecten principios como el de legalidad, confianza legítima, igualdad, estabilidad jurídica, entre otros. A la administración de justicia, ya que contará con una herramienta importante que le brinde el entendimiento real de su función y el alcance del precedente, situación que además de dignificar la función judicial, podrá ayudar a jueces unipersonales y colegiados, a adoptar nuevas fórmulas decisorias de tal forma que, en acatamiento del precedente sea más pronta y segura la impartición de justicia, sin dar lugar a la vulneración de principios constitucionales.

Se debe precisar en este punto que el análisis no recae sobre la construcción de una línea jurisprudencial del sistema de precedentes ni en el derecho comparado ni en Colombia, pues ello es un tema más que investigado, lo que se pretende es partir de una recapitulación de esa teoría y de los principales principios rectores del procesalismo en Colombia, evidenciar las consecuencias de las fallas en la aplicación de los precedentes por parte de los jueces de la República y generar una propuesta que permita limitar la aplicación del precedente en el tiempo, con la prohibición de retroactividad y en virtud de la favorabilidad, permitirse estudiar el modelo prospectivo.

Finalmente, lo más importante es que dará una valiosa contribución a los actores judiciales, para determinar las reglas claras bajo las cuales se debe desarrollar la teoría del precedente y se dilucidará un aspecto hasta hoy inconcluso, como lo es su aplicación en el tiempo, de tal forma que no se transgreda la axiología procesal o jurídica en el intento de su implementación.

El paradigma jurídico que se abordará es el del realismo jurídico, pues lo que se pretende es analizar en el marco del derecho vivo o jurisprudencial, cuáles son las falencias de los jueces colombianos en la aplicación de la teoría del precedente y las consecuencias que ello pueda implicar desde el punto de vista constitucional.

## 1. Concepto y Elementos de la Teoría del Precedente

El primer capítulo realizará un abordaje del concepto y los elementos de la teoría del precedente jurisprudencial, desde la doctrina inglesa, donde el poder decisorio del juez y su capacidad vinculante se derivan de la compilación jurisprudencial. Las sentencias adquieren un valor objetivo de norma cuyo principio básico es *“que los casos similares deben ser decididos de manera similar”* (Rupert Cross y J. W. Harris, 2012).

Las sentencias para el caso británico, deben guardar la estructura que contenga un resumen de las pruebas, los hechos que se tienen como probados, los pronunciamientos de las partes, los argumentos de derecho y la decisión, de ahí que se pueda establecer lo que realmente configura las razones de la decisión (*ratio decidendi*), y aquellas demás proposiciones generales que se expresan pero que no llevan implícita la materialización de una norma (*obiter dictum*); ahora, en pro del dinamismo jurídico, se explicarán las tres excepciones a la aplicación de los precedentes, las cuales son: su invalidación por parte del superior (*overruling*), debilitamiento (*undermining*), e inaplicación por existir dos o más que entran en conflicto.

Sobre el precedente en el modelo norteamericano se explicará su origen desde el *“judicial review”* o control de constitucionalidad que, de manera temprana, permitió que la Corte Suprema de Justicia consolidara un sistema judicial fuerte y generador del dinamismo evolutivo del derecho. Las características se concretan en la existencia de una jerarquía judicial; la estructura que se ha desarrollado de las sentencias, donde se establecen los

hechos jurídicamente relevantes, se enuncian los principios aplicables y se resuelve el caso concreto; además que tiene como protagonista la relativa flexibilidad de la vinculatoriedad del precedente, pues la resolución de los casos queda sujeta a las condiciones más acertadas y verificadas por la experiencia, de tal forma que el antiformalismo como método hermenéutico, juega un papel importante en la resolución de los litigios. Finalmente, la relativa vinculatoriedad del precedente, genera dos fenómenos bajo los cuales es preciso apartarse de las decisiones anteriores, que son, el proceso de distinción, y el de derogación.

### **1.1 El Precedente Jurisprudencial en la Doctrina Inglesa**

La doctrina del precedente, estudiada desde el sistema jurídico inglés genera una serie de pautas en cuanto al poder decisorio del juez y su capacidad vinculante, donde *“el Derecho legislado se deja a un lado y son las colecciones de sentencias «reports» las que forman la masa principal del Derecho, y al mismo tiempo la gloriosa galería de antepasados de la judicatura inglesa”* (Calvo: citado en Deik, 2018). El derecho romano es la fuente original de este tipo de derecho, que más allá del *corpus iuris* planteado por Justiniano, se enfoca en la concepción jurídica fundada en casos y decisiones anteriores:

*Santofimio explica las características del derecho inglés refiriéndose a la absorción de la influencia romana clásica ‘por el Derecho anglo-normado que comenzó a denominar a Inglaterra desde el siglo x`. Esto es, no del corpus iuris de Justiniano, sino de aquel derecho romano introducido en la época de la cristianización de las islas, `inspirada en una concepción fundada en casos, no escrita, y donde la jurisprudencia se sustenta y se hace norma en las soluciones a los casos específicos’. Según explica Cossio, la concepción jurídica anglosajona responde ‘a los juristas*

*romanos, antes de haber pasado por el tamiz de las escuelas italianas (fueron los glosadores y los posglosadores los que, en virtud de un procedimiento de abstracción, se preocuparon de reducir a principios generales del derecho toda la riqueza de soluciones contenidas en la obra de Justiniano)`, o a la de los jueces germanos antes de recibir el derecho romano´.(Deik, 2018)*

El *stare decisis* tiene como característica única que la sentencia judicial adquiere un valor objetivo de norma, cuyo principio básico es “*que los casos similares deben ser decididos de manera similar*” (Cross & Harris, 2012). De esa forma, el precedente judicial se dota de una fuerza persuasiva con aplicaciones casi universales. Para su entendimiento, se realizará un abordaje de los distintos términos e instituciones propias del sistema anglosajón del precedente judicial, de manera que se pueda identificar cuál es su forma de operar y qué implica que se conciba como una fuente del derecho debiendo señalar de manera previa que su estudio será desarrollado desde los autores Rupert Cross y James W. Harris.

### **- Case Law. Reglas del Precedente y Jerarquía de los Tribunales Ingleses**

El derecho que se concibe a través del origen jurisprudencial es aquel que se denomina *case law*, donde “*el juez que resuelve un caso posterior forzosamente debe tener en cuenta los casos anteriores, ya que los mismos no se consideran simples materiales [criterios] auxiliares que el juez puede tener en consideración al dictar la sentencia, como si ocurre en otros sistemas jurídicos*” (Cross & Harris, 2012, p. 24). Así, al desarrollarse el derecho inglés desde el estudio del *case law*, tiene la tendencia de la concreción del derecho a través del precedente cuyas características se han consolidado con el paso del tiempo. En este sistema, el órgano judicial puede: (i) tener como criterio orientador un fallo anterior; (ii)

estar obligado a resolver de igual forma a una anterior o apartarse expresando sus razones y (iii) aun teniendo razones de peso para decidir de una manera distinta, estar en la obligación de fallar conforme una decisión anterior por la existencia de un precedente vinculante u obligatorio (Cross & Harris, 2012, p. 24).

Los puntos enumerados anteriormente, han sido objeto de consolidación desde la expedición de la declaración de práctica «*Practice Statement*» por parte de la Cámara de los Loes donde se indicó que tal estamento “*se reservaría la posibilidad de separarse de una decisión anterior cuando considerara que ello era lo correcto, aunque por regla general continuaría tratando como vinculantes sus precedentes*” (Cross & Harris, 2012, p.25).

*Actualmente podemos decir que la doctrina inglesa del precedente hasta cierto punto continúa en un proceso de permanente transformación, sin embargo existen tres características que se mantienen constantes, a saber: (i) Se deben respetar, esto es, seguir y acatar las decisiones dictadas por los tribunales superiores; (ii) las decisiones dictadas por los tribunales superiores constituyen un precedente vinculante para los tribunales de inferior jerarquía respecto de aquéllos; y (iii) una decisión constituye siempre un precedente vinculante para los tribunales de inferior jerarquía respecto de aquel que la dictó (Cross & Harris, 2012, p. 26).*

Es importante señalar que, en el marco del Derecho del precedente, toma especial interés la organización jerárquica de los tribunales, de forma que se siga una estructura piramidal donde, a partir del de mayor importancia —sea tribunal estatal de loes, de casación o supremo, entre las distintas denominaciones que pueda tener de continente a continente— se construye una subordinación en materia judicial respecto de la forma de

decidir casos similares. Se quiso hacer la denominación de estructura piramidal de la justicia, pues, sin importar la cantidad o calidades distintas de los jueces presentes en determinado Estado, siempre se partirá de un tribunal, corte o juez colegiado que represente la mayor jerarquía, importancia y obligatoriedad en sus decisiones, seguidos de otros jueces o tribunales que estén subordinados a él.

A modo de ejemplo, parte de la Jurisdicción en el derecho inglés se organiza de mayor a menor: (i) Cámara de los Lores, (ii) *High Court* y (iii) *Country Courts* o *Magistrates Courts*. De igual manera que en Colombia se tienen, de acuerdo con las distintas jurisdicciones y especialidades: (i) Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado o Corte Constitucional, (ii) Tribunales de distrito judicial, (iii) Jueces del circuito, y (iv) Jueces civiles municipales. En ese orden de ideas se puede indicar que el *case law* o derecho del precedente desde su óptica inglesa se centra en la jerarquía de los tribunales o jueces para generar la vinculatoriedad de sus decisiones y la correlativa obligación en que se encuentran los jueces de menor denominación de adoptar las decisiones de sus superiores en los fallos que emitan. Esa es justamente, como se verá más adelante, una de las principales características adoptadas en el marco del precedente jurisprudencial en Colombia.

### **- La Estructura de las Sentencias en el Derecho Inglés**

Señalar las decisiones judiciales como fuente del derecho —tema que se abordará posteriormente—, exige un ejercicio estructurado e inteligible que permita, de un lado, determinar las condiciones fácticas y jurídicas que se tienen en cuenta para adoptar determinada posición y, con ello, entender cuáles son las normas o reglas que se crean con la Jurisprudencia. Así, en la sentencia proferida por el juez inglés se resumen las pruebas,

los hechos que se tienen como probados, los pronunciamientos de las partes, las razones de derecho correspondientes y la decisión. De ahí que se haga imperativo diferenciar en una sentencia: (i) aquello que verdaderamente “*configura un antecedente vinculante o precedente propiamente dicho*” (Santofimio, 2010) —figura que técnicamente se ha denominado *ratio decidendi* o la razón de la decisión—; de (ii) aquellas “*proposiciones generales expresadas en el curso de una decisión [que], no guardan relación con las peculiaridades del caso*” (Cross & Harris, 2012, p. 64) y que por tanto son carentes de autoridad u obligatoriedad —conocidas como *obiter dictum*.

De lo anterior, es importante señalar que las posiciones sentadas en un precedente tienen especial significancia y obligatoriedad cuando se estudian a la luz de los hechos objeto del fallo y cuando las decisiones están debidamente fundamentadas en razones; es decir, cuando existe una congruencia entre las razones de hecho, de derecho y la decisión adoptada. Este aspecto tiene una similitud importante con el derecho colombiano y su desarrollo jurisprudencial, pues como se verá, la Corte Constitucional desde sus inicios, desarrolló el entendimiento de la *ratio decidendi* cómo fuente vinculante y del *obiter dictum* a modo accesorio dentro de la decisión.

### **- *Stare Decisis* y sus Excepciones**

Si bien el *stare decisis* es algo a lo que se viene haciendo mención desde el inicio del capítulo, corresponde señalar que la doctrina edificadora es el *common law*, cuyo planteamiento general se identifica desde el respeto por las decisiones antecesoras en un determinado tema o simplemente del precedente, que según Moreno (2014), se percibe como la respuesta científica al “*tráfico jurídico y que en la Europa continental había*

conducido, al menos desde el punto de vista normativo, a la hegemonía del formante legislativo”, con la famosa fórmula del *judge made law* o el juez hace la ley. Como cualquier otro punto debatido en el derecho, carece de una aplicación absoluta pues como lo dijo (Taruffo, 2007), desde el famoso “*Practice Statement*” la “*house of Lords*” señaló no sentirse vinculada por sus propias decisiones, pues mantener esa visión podría llevar a injusticias en determinados casos e impedir el desarrollo del derecho.

A partir de tal planteamiento en el transcurso de la historia, se han logrado identificar determinadas excepciones respecto de la aplicación del *stare decisis*, siendo las principales: (i) precedente invalidado por un superior; (ii) Debilitamiento del precedente; (iii) separarse del propio precedente; y (iv) decisiones en conflicto. Entonces, el primero de los fenómenos enunciados como excepción, cuando el precedente se invalida por un superior también denominado *overruling*, se circunscribe a que existen dos tipos de invalidación: (a) la expresa que proviene de la decisión de juez o tribunal superior, cuando, de manera taxativa indica invalidar o dejar sin efecto un precedente del juez jerárquicamente inferior, y la segunda (b) es cuando, sin realizar mención alguna sobre la invalidación de un precedente, el juez superior asume una posición contraria a lo que su *ad quo* ha decidido.

El segundo escenario es el debilitamiento del precedente «*underminig*», que puede ser descrito como la pérdida de fuerza vinculante del precedente, el cual, sin ser derogado o invalidado, se hace menos fuerte en su aplicación u obligatoriedad, a modo de ejemplo se explicó:

*Si un juez de primera instancia está obligado a seguir una decisión del Tribunal de Apelaciones que no ha sido derogada de manera expresa por la Cámara de los Lores,*

*eventualmente puede dejar de estar obligado a seguirla si en una decisión posterior de la Cámara de los Lores, ésta consideró que el Tribunal de apelaciones había malinterpretado los precedentes al dictar la decisión. En tal caso, el juez no estará obligado a seguir la decisión del Tribunal de Apelaciones, pero tampoco estará obligado a llegar a una conclusión diferente a la que éste había llegado. Si ello ocurre, se afirma que el caso anterior no fue invalidado o derogado, sino que simplemente fue debilitado. (Cross & Harris, 2012, p. 158)*

Entonces, este punto puede contraerse en el debilitamiento que llega a tener una postura fijada por determinada autoridad judicial, cuando en una decisión posterior, el superior sin invalidar lo antes dicho, se aparta realizando consideraciones y obteniendo resultados sustancialmente diferentes.

El tercer punto a tener en cuenta es cuando determinada autoridad judicial decide, aduciendo distintas razones, separarse de su propio precedente, situación que en la práctica jurídica inglesa goza de poca diferencia con invalidar o dejar sin valor el precedente. Finalmente se habla sobre las excepciones de la aplicación del precedente cuando existen decisiones en conflicto, en el entendido que determinada autoridad reconoce que alguna decisión anterior puede entrar en conflicto o ser contraria a otra que se esté adoptando. Entonces, teniendo claros los elementos expuestos se analizará la manera en que la doctrina inglesa tiene el precedente judicial como fuente del derecho.

### **- El Precedente como Fuente de Derecho en la Doctrina Inglesa**

En torno a la validez del derecho anglosajón, se partirá desde los planteamientos de Bentham y su discípulo Austin. Jeremy Bentham desde el utilitarismo, critica la corriente iusnaturalista y señala que el único derecho que puede ser válido es el positivo, sustrayendo, a través de la inducción, los principios generales de proposiciones menos generales positivizadas: *“El reconocimiento de la vacuidad de las leyes de la naturaleza y de los derechos del hombre que han sido fundados en ellas, es una rama del conocimiento de tanta importancia para un inglés (...) como la más perfecta familiaridad que pudiera obtener de las leyes que existen en Inglaterra”* (Bentham, 1987, p. 69); es enfático en señalar que, desde su perspectiva, la única regla de reconocimiento de un derecho natural es la *“utilidad general”* (Bentham, 1987, p. 70). Lo anterior permite entender que, para este autor, la validez normativa depende de su utilidad como metanorma, o de su preexistencia en el ordenamiento jurídico bajo la fórmula de *“órdenes del soberano”* con *“ordenes de amenaza por castigo”*:

*Una ley puede ser definida como una reunión de signos declarativos de una voluntad concebida o adoptada por el soberano en un Estado, concerniente a la conducta que debe ser observada en un cierto caso por una cierta persona o clase de personas, que en el caso en cuestión están o se supone que están sujetas a su poder: esta voluntad confía para su cumplimiento en la expectativa de ciertos hechos (...), la perspectiva de los cuales se pretende que deberían actuar como motivos respecto de aquellos cuya conducta está en consideración. (...) [sin embargo] para el caso usual, el castigo es sin comparación el más eficaz. Mediante el castigo solo no parece imposible que toda la tarea de gobierno pueda ser llevada a cabo (...). Pero mediante la recompensa sola, es muy cierto que ninguna parte material de esa tarea podría ser sostenida por media hora* (Bentham, 1970, p. 135)

Bentham reconoce la utilidad de la norma como su fuente de validez, entendiendo la utilidad como la persuasión efectiva a los miembros de la sociedad hacia el cumplimiento del derecho a través de la amenaza de castigo por parte del soberano. Es decir, el derecho será a la vez efectivo y válido, en la medida en que la amenaza de castigo del soberano tenga la capacidad de persuadir a los ciudadanos para que cumplan las normas.

Sobre ese punto se apoyó Austin, quien desligó la posibilidad de existencia de metanormas útiles, al considerar que era más preciso referirse a leyes divinas que a las del derecho natural. A su vez, plantea que la totalidad de las leyes hacen parte del derecho positivo, en el entendido que solo son establecidas por los hombres, y su validez emana de la exigibilidad de una sanción<sup>1</sup>: *“orden, deber y sanción son términos inseparablemente conectados: cada uno de ellos se refiere a las mismas ideas que los otros, aunque cada uno denota esas ideas en un orden peculiar.”* (Austin, 1911, p. 91)

En este punto debe precisarse que la validez del derecho se fijó en torno al soberano o a quien estaba legitimado para ejercer el poder legislativo. Sin embargo, en el derecho anglosajón la norma escrita es fuente primaria del derecho y, subsecuentemente, la jurisprudencia es entendida como una forma de interpretación válida y móvil de la ley. En ese sentido, pese a que los autores del utilitarismo sean enfáticos en sus planteamientos de

---

<sup>1</sup> *Austin distingue orden de cualquier deseo, al decir: “no por el estilo en el cual el deseo es manifestado, sino por el poder y el propósito de la parte que ordena infligir un dolor o un daño en caso de que el deseo sea descartado (...). Estar sujeto a un daño de parte suya si yo no cumplo con un deseo que usted manifiesta, indica que yo estoy obligado por su orden, que tengo un deber de obedecerla.”* Jhon Austin: *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*. p. 79. Trad a.

la validez normativa del derecho, la cultura jurídica inglesa permite que tales consideraciones terminen aplicándose a las reglas jurisprudenciales que se fijan en torno al precedente jurisprudencial.

De manera posterior, la validez del derecho en el *common law* se fundamentó en teóricos del realismo jurídico norteamericano. Según Hart (1961), la validez del derecho se predica del obedecimiento que el conglomerado haga de la norma, siempre y cuando sea algo que los funcionarios judiciales acepten y apliquen. Regla de validez última que pareciera ser la aplicable en la actualidad dentro del derecho inglés, en el entendido que, las colecciones de jurisprudencia, según Calvo Vidal (1992), *“forman la masa principal del Derecho, y al mismo tiempo la gloriosa galería de antepasados de la judicatura inglesa”*. Justamente eso es lo que actualmente se reconoce como vinculante por parte del conglomerado y por el órgano judicial. Por lo tanto, en los términos de Rupert Cross y J.W, Harris, corresponde entender la manera en la cual el precedente se convierte en una fuente del derecho inglés. Si bien existen distintas acepciones y tratos que se pueden dar a la expresión *“fuente del derecho”*, la que interesa a estas líneas, es la que se deriva, no de las causas directas o remotas, sino la que lleva implícita la validez del sistema y sus reglas como *“reglas jurídicas”*.

*Debe tenerse en cuenta que los criterios de validez varían y cada sistema legal se basa en ciertas reglas fundamentales o en principios últimos con base en los cuales se determina si una específica regla constituye o no regla jurídica. Por supuesto, existe un amplísimo margen de controversia en la relación con la cual puede ser la mejor manera de formular estas reglas fundamentales. Por lo menos en cuanto se refiere al sistema inglés, se acepta de manera generalizada que tanto la legislación –*

*directa o subordinada- como la ratio decidendi de los casos fallados por los tribunales superiores constituyen reglas jurídicas y son Derecho.*

*(...) Conviene precisar que para Sir John Salmond las fuentes de las cuales derivan su validez las reglas pueden denominarse [fuentes jurídicas] por oposición a las [fuentes históricas], que son aquellas reconocidas por el derecho mismo. Así en concepto de este autor los precedentes, la legislación y las costumbres son fuentes del Derecho inglés porque: “Es, en sí mismo considerado, un principio de Derecho inglés que cualquier principio subyacente en una decisión judicial constituye Derecho. Además, jurídicamente se les ha dado un reconocimiento similar a los efectos de las leyes y de las costumbres inmemoriales, por lo cual puede afirmarse que reglas como éstas constituyen fuentes de Derecho” (Harris, 2012).*

## **1.2 El Precedente en el Modelo Norteamericano**

La doctrina del precedente jurisprudencial en el modelo norteamericano sin lugar a dudas, tiene una estrecha relación con la doctrina en el modelo inglés, más no por ello puede decirse que son iguales o que sus principales marcadores son comunes. En este aparte se ilustrará sobre el origen de la doctrina conocida como «*judicial review*», propia del sistema jurídico estadounidense y que se consolidó en la Corte Suprema; intentará explicarse su composición y las principales formas en las que se aplica.

### **- Origen, Definición y Justificación del Precedente en los Estados Unidos**

Aún en el estadio actual de la evolución jurídica y su historiografía, se debate cuál fue el origen real del *judicial review*, pues es dable situarlo en los fallos de finales del siglo XVIII. En fallos como el Commonwealth vs. Caton, que data de 1782, es posible advertir criterios de la supremacía judicial, pues se pueden leer las siguientes afirmaciones:

*Los tribunales, los llamados a declarar el Derecho de manera imparcial, entre aquellos [órgano ejecutivo y legislativo]. Así, (...) las funciones respectivas son reafirmadas, y los límites de autoridad establecidos pacíficamente” (...). “[si el legislativo] se atreviera a traspasar los límites impuestos sobre él y por el pueblo, entonces [nosotros] [...] señalando hacia la Constitución diremos hasta aquí llega el límite de su autoridad [...] y no más allá (González, 2011).*

Expresiones categóricas que desde ese momento, intentaron demarcar el imperio del juez por encima de las demás ramas del poder público como expresión democrática en defensa de la Constitución. De manera posterior, se exploraron algunas fórmulas que, tímidamente, fueron demarcando el examen de constitucionalidad y primacía de la Constitución, pero el poder de revisión judicial sólo vuelve a ser objeto de pronunciamiento en 1796 al momento de decidir el caso Hylton vs Estados Unidos, donde uno de los colegiados, el magistrado Chase, fue contundente en considerar la competencia de la Corte Suprema para estudiar e invalidar leyes del congreso (Sentencia Hylton vs. United States, p. 175). Manifiesta un sector de la doctrina que ya en 1803 tales pronunciamientos se consolidaron mediante el fallo Marbury vs. Madison, expedido por el magistrado Jhon Marshall, quien afirmó el deber del Tribunal Supremo de examinar leyes del Congreso, lo que denotó un espaldarazo a la labor judicial sobre la legislativa:

*En los Estados Unidos «los poderes del legislativo están definidos y limitados; y, con el fin de que estos límites no puedan ser mal interpretados u olvidados, la constitución es escrita. Es expreso cometido y deber del poder judicial decir cuál es la ley. Los que aplican la regla a los casos particulares deben necesariamente exponer e interpretar esta regla. (...)» Quien examine esta sentencia, en la que culmina el constitucionalismo americano, con una óptica medieval y no moderna, la entenderá mejor partiendo de la antigua dicotomía entre gubernaculum y iurisdictio. Ciertamente, los contenidos están radicalmente transformados: en lugar del rey encontramos un proceso político democrático de una sociedad pluralista; en lugar de la vieja ley consuetudinaria, una constitución escrita, que contiene los derechos garantizados a los ciudadanos por un juez, que fija y declara la ley (Marbury vs. Madison, 1803).*

Dos de las enseñanzas según Garay (2009) de tal decisión. La primera de ellas es la facultad para expedir *write of mandamus* por parte de la Corte Suprema en los casos que tratan de usos y principios del derecho “*respecto de cualquier tribunal o funcionario que actúe bajo la autoridad del gobierno de los Estados Unidos*” (Garay, 2009 p. 128). En ese sentido, el Tribunal Supremo se constituye como hacedor de mandatos jurídicos, pues en él recae la responsabilidad última de analizar usos y principios del derecho. La segunda de las reflexiones gira en torno a la Corte como intérprete de la Constitución, pues según indica la sentencia “*es competencia y deber de los tribunales decir lo que es la ley (...) Si dos leyes entran en conflicto, los tribunales deben decidir cómo opera cada una de ellas. Así, si una ley estuviera en contradicción con la Constitución; si ambas, la ley y la Constitución se aplicaran a un caso particular, la Corte debería decidir el caso de conformidad con la ley, desechando la Constitución; o de acuerdo con la Constitución, desechando la ley; la Corte*

*debe resolver cuál de estas reglas en conflicto gobierna el caso*” (Marbury vs. Madison, 1803 cita en Garay, 2009).

Desde el fundamento doctrinal del *judicial review*, se puede decir que el sistema fue explicado y defendido por Jhon Adams desde su obra *The Defence of The Constitutions of Government of the United States*. Además, que su labor real se constituyó en la traducción al idioma jurídico europeo, de aquella realidad del *judicial review* que ocurría en Estados Unidos. Lo anterior, en el entendido de que para los ingleses —con una tendencia más conservadora— el juez “*solamente debe aplicar la ley, mientras que para los americanos debe garantizar la constitución contra una ley ilegal, y es, por tanto, bajo ciertos aspectos, superior y no inferior al poder legislativo*” (Matteucci, 1988). En ese sentido, se puede afirmar que, dentro del sistema norteamericano, existe una teoría del precedente con mayor arraigo en el poder judicial y que, en suma, permite al juez mayor movilidad y capacidad de decisión.

En un sentido menos romántico y desde una visión republicana minada del pesimismo antropológico y político de Hobbes y Maquiavelo, se redactó *the Federalist* por parte de Alexander Hamilton, John Jay y James Madison, donde, respecto del poder judicial, se establece:

*que debe manifestarse la majestad de la autoridad nacional. Por la naturaleza de sus funciones, es el menos peligroso para los derechos políticos sancionados por la constitución, porque no tiene ni fuerza ni voluntad: puede lesionar los derechos de un sujeto, pero no los de un pueblo... [además] si la constitución es rígida, el poder legislativo es limitado; y tales limitaciones pueden ser eficaces sólo a través de los tribunales de justicia* (Matteucci, 1988).

La situación plasmada redundaba en beneficios políticos y sociales acerca del poder y preeminencia judicial, en cuanto políticamente es el que menos riesgo representa y por su labor, se encuentra en un contacto constante con la sociedad, de tal manera que le está permitido a través de la experiencia y la realidad, adoptar decisiones más justas, lo cual, se constituye en la “*desconfianza de la democracia*”. Argumento último que fue desarrollado por Alexander Bickel, quien, sin compartir algunas ideas y fundamentos del *judicial review* con el juez Marshall respecto del fallo *Marbury vs. Madison*, ejerció una defensa teórica de tal postulado, al punto de definirla como “*el poder de aplicar y construir la Constitución, en asuntos de grandes momentos contra los deseos de la mayoría legislativa, la cual es a la vez impotente para afectar la decisión judicial*” (Bickel, 1962, p. 19):

*En otros términos, el legislador tiene la -primera palabra- en políticas públicas, después de un tiempo prolongado de deliberación en la sociedad sobre lo que el legislador ha dicho o dejado de decir, las cortes entran prudencialmente a decidir el -asunto constitucional-. Las cortes pueden cerrar el debate o simplemente exhortan al legislador a tomar ciertas medidas para resolver la demanda social; si el legislador no atiende tales sugerencias, entonces, después de un tiempo de espera queda en firme lo que el juez constitucional ha decidido que se haga con fundamento en lo solicitado por la ciudadanía (Agudelo C, 2014, p.109).*

Palabras más, palabras menos, esa es la esencia del *judicial review*: el Juez, sin ser la figura más promisoría y visible de un Estado, guarda en el ejercicio de sus labores la defensa última del texto constitucional y del derecho como bien superior, pues en el desarrollo de sus funciones, le está encargado escuchar, atender y solucionar las

necesidades sociales, por medio de decisiones que se expiden ante la ausencia de medidas de los órganos legislativo y ejecutivo.

En estos términos puede explicarse el origen y fundamentos del *judicial review* con una alta influencia del *common law* anglosajón, pero acuñado en respuesta a una necesidad de la dinámica social del pueblo norteamericano. A través de distintas decisiones judiciales que se materializaron con la sentencia del caso *Marbury vs Madison*, se determinó, de manera falaz para su momento, que el poder judicial, en defensa principalmente de la Constitución, es titular de la función definitoria del derecho y su evolución. Sin embargo, esta última afirmación fue ganando fuerza y adeptos hasta el punto de que, bajo argumentos distintos, es la que rige el derecho estadounidense en la actualidad.

- ***Estructura y Flexibilidad del Precedente en Norteamérica***

Como se estudió respecto de la doctrina inglesa, resulta propio hacer una reseña sobre la estructura del sistema jurídico del precedente en Norteamérica, de tal forma que se puedan determinar los grados de importancia y vinculatoriedad de las decisiones que se adopten, además de los determinados grados de flexibilidad que se dan para la evolución de las teorías jurídicas y garantías judiciales. Por sus características, el punto más importante del derecho estadounidense de acuerdo con la teoría del *common law*, es la sentencia, que en su esencia más pura se compone de: (i) hechos jurídicamente relevantes, (ii) enunciación del principio aplicable y (iii) resolución del caso. En este punto, resulta propio traer a colación una precisión terminológica que, en desarrollo de Esser y Dworkin, realiza Londoño (2007), al decir que se deben diferenciar el concepto de regla (*rule*) del concepto de principio del derecho (*principle of law*), conforme al significado contemporáneo. El primero se define como

aquella norma no principal, esto es, la ley (*the law*), mientras que los principios, según Dworkin, son “esos arquetipos que son observados (...) porque así lo demanda la justicia, la imparcialidad o alguna otra dimensión de la moralidad” (Dworkin, 1967, como se citó en Londoño, 2007).

De tal forma, según dice Fine (2012), de la jurisprudencia como fuente creadora de derecho y del carácter obligatorio de los precedentes de Estados Unidos, corresponde señalar la importancia de la jerarquía existente y sumisión de las diferentes Cortes a las decisiones anteriores y casos similares expuestos en el precedente de la Corte Suprema de Justicia. A la par del *stare decisis* en el sistema inglés, el precedente en Estados Unidos toma gradual importancia de conformidad con la jerarquía de las Cortes que adoptan las decisiones y su ámbito territorial; pues como se explicará brevemente, el sistema político federalista influye también en la judicatura. Esto, en el entendido que el sistema federado de justicia se distingue en tres cortes distintas, que son: (i) Cortes de distrito o estatales -*United State District Courts*-; (ii) Cortes de apelación -*Appellate Courts*- y, por último, la Corte Suprema de Justicia -*Supreme Court of de United States (Supreme Court of the United States, 2019)*. Se deduce, entonces, que las decisiones adoptadas por la Suprema Corte tienen un mayor grado de vinculatoriedad y aplicabilidad a nivel nacional, que las de apelación y las de distrito.

Ahora, de conformidad con distintas corrientes jurídicas, filosóficas y de argumentación que, sin perjuicio de su peso e importancia en la evolución del derecho de Estados Unidos, no son el objeto principal del presente estudio, deberá señalarse que la flexibilidad propia del sistema estadounidense parte de una regla expuesta por la propia Corte Suprema de Justicia de EE.UU. que en su momento refirió:

*Reconocemos que la doctrina del stare decisis encarna un importante principio social, que representa un elemento de continuidad en el derecho y está arraigada en la necesidad psicológica de satisfacer expectativas razonables. Pero el stare decisis es un principio procedimental y no una fórmula mecánica de adherencia a la decisión anterior, sin importar cuán reciente o cuestionable, cuando dicha adherencia envuelve una colisión con una doctrina anterior más apropiada en su alcance, intrínsecamente más acertada y verificada por la experiencia (Hilvering vs. Hallock, 1940).*

En ese punto, se genera una diferencia importante con el *stare decisis* inglés, Estados Unidos lo genera como un principio jurisprudencial que parte de la función democrática del Juez, así, por ser quien más contacto tiene con la comunidad y corresponderle la resolución de los problemas que se le presentan en el diario de su función, es éste el que tiene la capacidad innovadora y de respeto por las reglas que se generan en el marco de las decisiones previamente expuestas; y no, de una necesidad sacramental de adherencia al precedente judicial.

Ahora, tal deber no es tan claro respecto del precedente horizontal, entendiéndolo como aquellas decisiones adoptadas por un mismo órgano judicial y que le podrían generar necesidad de adherencia, sobre él:

*Aunque adherirse a la doctrina del stare decisis es usualmente la mejor manera de proceder, está no es una directriz inexorable. Esta Corte nunca se ha sentido compelida a seguir un precedente cuando éste gobierna decisiones impracticables o*

*erróneamente interpretadas. Smith v. Allwright, 321 U.S. 649, 655. Especialmente en casos constitucionales, cuando la corrección a través de la acción legislativa es prácticamente imposible. Burnet v. Coronado Oil & Gas Co., 285 U.S. 393, 407 (Payne vs. Tennessee, 1991)*

Entiéndase entonces que, para el sistema de administración de justicia estadounidense, el precedente horizontal no es una directriz inexorable en la doctrina del precedente. Esto es así, dado que no resulta adecuado seguir una regla o un principio fundado en decisiones impracticables o resultantes de un error de interpretación. Lo anterior, es razón suficiente del órgano correspondiente para apartarse de sus anteriores dichos, lo cual en términos similares a los del derecho inglés, puede denominarse como *overrule*.

Respecto de la flexibilización del derecho de precedente en el sistema norteamericano, quizá el tópico pendiente por analizar es el correspondiente a su inaplicación por una corte de menor jerarquía, es decir cuando siendo obligatorio para determinada institución, toma decisiones que desconocen o se apartan de las reglas jurisprudenciales desarrolladas por sus superiores. Punto que si bien, ha sido el más debatido en la historia, análisis recientes han sido constantes y consecuentes en decir:

*El stare decisis está justificado porque tiene en cuenta la predictibilidad en la regulación de la conducta, promueve la necesaria percepción de que la ley es relativamente estable, ahorra recursos y promueve la eficiencia judicial. Conway v. Wilton, 238 Conn. 653, 658-59 (1996). Como un órgano de apelaciones, somos fieles a la doctrina del stare decisis. Sin ella, no podría existir una garantía de consistencia*

*en la toma de decisiones en nuestro sistema legal y la eliminación de tal influencia normativa disminuiría el valor del derecho en general.*

*Naturalmente, excepciones al principio son necesarias, y principios del derecho que son inicialmente valiosos pueden llegar a ser perjudiciales para el funcionamiento del derecho, por consiguiente, requieren modificación. Jolly, Inc. v. Zoning Board of Appeals, 237 Conn. 184, 196 (1996). Además, valoramos la habilidad de jueces y comisionados de pensar independientemente. Sin embargo, una corte, agencia o tribunal no debe apartarse de un precedente, a menos que exista una ineludible y crucial necesidad de hacerlo en interés de la justicia (Weymouth vs Windsor Police Dep., 2003).*

Posiciones que, en suma, destacan la flexibilidad de este sistema, lo cual goza de reconocida trayectoria entre distintos académicos.

*Por varias razones la doctrina del precedente no ha gozado en los Estados Unidos de la autoridad absoluta que parece haber alcanzado en Inglaterra. La enorme cantidad de fallos, que establecen precedentes diferentes en distintas jurisdicciones, tienden a disminuir la autoridad de las decisiones individuales. La rapidez del cambio social ha debilitado a menudo la aplicabilidad de precedentes a casos posteriores surgidos después de que las condiciones económicas y sociales se han alterado. Aun así, la doctrina del precedente, aunque aplicada con menos rigidez que en Inglaterra, todavía está firmemente arraigada en los Estados Unidos (Farnsworth, E, 1990).*

Pronunciamiento similar al realizado por Taruffo (2003) quien considera que, en el sistema norteamericano, además, la *stare decisis* es muy elástica, porque las cortes se reservan el poder de no seguir el precedente, al cual no están formalmente vinculadas, todas las veces en las que podría llevar a decisiones injustas. De ahí que los jueces americanos ... no se consideran vinculados ni siquiera a los precedentes propios.

Con lo anterior puede concluirse de manera clara que el sistema de precedentes desde su construcción americana se hace flexible en el entendido que las decisiones previas adoptadas desde la forma horizontal o vertical, presente inconsistencias, sea antiquísima o simplemente se considere como producto de una errónea interpretación jurídica.

#### **- Aplicación del precedente: Las Técnicas de Distinción y Derogación**

El aparte anterior lleva a un punto sobre la aplicación del precedente y las fórmulas que se atienden en la práctica, destacando la distinción y derogación como los elementos más comunes y de mayor usanza al momento de desatender o inaplicar el sistema de precedentes.

*Si bien el concepto genérico de precedente en el Derecho de EE. UU. es el mismo que en el Derecho inglés, allí la regla del precedente tiene mucha mayor flexibilidad. La doctrina estadounidense del *stare decisis* se aproxima a la doctrina inglesa hasta el siglo XX, pero la tendencia presente está caracterizada por la derogación y distinción de los precedentes en una medida que conmocionaría a un abogado y a un juez inglés (Iturrálbe, 1995).*

En este punto, corresponde señalar que la técnica de la derogación guarda estrecha similitud con lo que arriba se estudió bajo el nombre de *overruling* que, al recapitular, se da cuando el operador judicial considera que los principios jurídicos provenientes de un precedente deben ser cambiados, sea por una posición progresista o al haber detectado error en el mismo. Ahora, el llamado proceso de distinción (*distinguishing*) consiste en la identificación de las razones de hecho y de derecho que llevaron a adoptar una decisión previa, de tal forma que determinada variación o particularidad en el caso nuevo que está por decidirse, se constituye en el fundamento para apartarse del precedente.

*“Es una técnica, típica del common law, consistente en no aplicar el precedente cuando el caso que ha de ser decidido presenta una peculiaridad, que autoriza apartarse de la norma (rule) y que la decisión se tome independientemente de dicha norma” (Andrews, 2008).*

En otras palabras, sea por el precedente vertical u horizontal, determinada corte reconoce su existencia. Sin embargo, explica diferencias que justifican no acogerse a tal tesis y concluye que la situación obedece a razones de hecho y de derecho distintas. Tales instituciones, brevemente explicadas, son la fuente de la flexibilidad en el derecho de precedentes estadounidense mediante las cuales se permite determinada movilidad en las decisiones y establecer nuevas ideas decisorias.

#### **- Precedentes Persuasivos y Vinculantes**

La diferencia entre los precedentes persuasivos y vinculantes depende del grado de obligatoriedad que representa su acatamiento para la autoridad judicial, sobre tal aspecto:

*“Cada órgano jurisdiccional, así como las partes que acuden a juicio, diferencian los precedentes vinculantes de los persuasivos utilizando como criterio de clasificación la propia organización del sistema de tribunales: si se conoce la posición que ocupa un determinado tribunal en el organigrama judicial, se sabe cuáles son los precedentes que le vinculan” (Magaloni, 2001).*

Quiere ello decir que gran parte de la vinculatoriedad del precedente se deriva del órgano que haya expedido la decisión, situación que fue protocolizada de la siguiente manera:

*“1) El Tribunal Supremo nunca se ha considerado a sí mismo estrictamente obligado por sus propias decisiones, y los demás tribunales federales y tribunales estatales han seguido esta misma regla en relación a sus propias decisiones.*

*2) Una decisión del Tribunal Supremo de los EE.UU. es obligatoria en cuestiones federales en todos los demás tribunales (federales y estatales).*

*3) Una decisión de un tribunal federal, sobre una materia federal, puede tener un efecto persuasivo en un tribunal estatal, pero no es obligatoria puesto que el tribunal estatal solo debe obediencia a un tribunal federal: el Tribunal Supremo. Y a la inversa: una decisión de un tribunal estatal sobre una cuestión federal puede ser persuasiva en materias federales, pero no es obligatoria.*

*4) Las decisiones de los tribunales federales (además de las del Tribunal Supremo) no son obligatorias para otros tribunales federales de igual o inferior rango, a menos que el tribunal posterior deba obediencia al tribunal que aplica la decisión” (Iturrallbe, 1995).*

### 1.3 A Modo de Conclusiones

Si bien el presente escrito busca argumentar falencias en la aplicación contemporánea de la teoría del precedente en Colombia, a esa conclusión no es posible llegar sin antes hacer un recorrido por las particularidades que dibuja su historia y antecedentes.

Dos son los hitos históricos y de los cuales se jacta la teoría del precedente en Colombia y que fueron puestos en consideración de manera precedente. El primero, el caso británico desde sus colecciones de jurisprudencia -reports-, con sus reglas de aplicación y el segundo, el estadounidense bajo el llamado control de constitucionalidad -judicial review- que ha servido para la definición de diferentes casos en el sistema nacional y que ambos en suma, integran desde diferentes planos, los lineamientos y el modo de decisión en Colombia.

La legitimidad del precedente en del derecho inglés parte del valor objetivo de norma que se da a la sentencia y que genera cierto grado de obligatoriedad para que así mismo se definan casos similares. El nivel de vinculatoriedad de los fallos gira en torno a la jerarquía de los tribunales que adoptan la decisión, según las tres principales reglas que soportan la vigencia del sistema: i. se deben respetar las decisiones dictadas por los tribunales superiores; ii. Las decisiones de tribunales superiores constituyen precedente vinculante para los inferiores y; iii. una decisión constituye siempre precedente vinculante para los tribunales de inferior jerarquía respecto de aquel que la dictó.

Es precisamente el *common law* el planteamiento en donde se identifica el respeto por las decisiones antecesoras de un determinado tema, o simplemente que bajo las reglas

previamente descritas, hacen precedente; se identifica como una respuesta al tráfico jurídico europeo y en contradicción a la hegemonía legislativa bajo la fórmula del juez como edificador de la ley. A partir de allí, adquirió un desarrollo fuerte y estable, fijándose distintas pautas sobre el alcance de las decisiones judiciales —que, por demás, adquieren una fuerza vinculante—, y los momentos en los cuales es propio inaplicar el precedente: (i) precedente invalidado por un superior, de manera expresa o tácita, —técnicamente conocido como *overruling*—; (ii) debilitamiento del precedente, también conocido como *undermining*, que se materializa con la pérdida de fuerza vinculante del precedente; (iii) separación del propio precedente; y finalmente (iv) la existencia de decisiones en conflicto, lo cual lleva a que una tome fuerza y la otra entre en desuso.

Este punto y como será objeto de estudio sobreviniente, es el de mayor usanza en la práctica judicial en Colombia, toda vez que es ampliamente enseñado y desarrollado en los módulos de estudio de jueces y magistrados de la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, además de ser objeto de estudio obligado en las facultades de derecho a través de la obra cumbre del maestro Diego López Medina, “El Derecho de los Jueces” y la sentencia de constitucionalidad C-486 de 1993, en donde la Corte Constitucional explicó la teoría del precedente y la posibilidad de su inaplicación, en términos muy similares a los expuestos.

De manera similar a la teoría proveniente del derecho inglés, debe realizarse una especial mención del precedente en el modelo norteamericano que, pese a tener marcadores comunes, se ha desarrollado especialmente desde la idea del *judicial review*, figura adaptada en Colombia bajo el régimen del control de constitucionalidad, que parte en años cercanos a 1782 con fallos como el *Commonwealth vs. Caton*, mediante el cual se estableció que los

tribunales deben estar encargados de imponer límites desde el constitucionalismo y son quienes tienen que declarar los derechos de manera imparcial y justa.

Posición que, con el paso del tiempo maduraría hasta llegar a la Sentencia *Hylton vs. United States*, donde el Juez Chase de la Corte Suprema de Justicia, decidió estudiar e invalidar una ley del Congreso en virtud de un juicio de constitucionalidad, acuñando el concepto de “*write of mandamus*” o mandato jurídico mediante el cual se permite estudiar usos y principios de derecho de la confederación y por parte de la Corte Suprema de los Estados Unidos, o puede actuar en calidad de intérprete de la Constitución bajo un aparente control de constitucionalidad, en donde se compare o armonice el contenido de una ley con la Constitución, en el marco de un caso específico. Así, en el caso Norteamericano, la regla del “*stare decisis*” opera de una manera relativamente flexible y se rige por la jerarquía de las cortes.

Para el sistema estadounidense no es solo aplicar la ley y respetar la interpretación previamente expuesta, el ejercicio que parte del control de constitucionalidad es realmente garantizar los principios constitucionales sobre una ley ilegal, sea de manera general, o injusta en su aplicación del caso específico, así, se edifica una teoría con mayor arraigo en el poder judicial y que en suma permite al juez, mayor movilidad como defensor de la constitución, que como intérprete de la misma y de las leyes. Su mayor fuerza, como lo describe el fallo *Marbury vs Madison*, es el poder de aplicar y construir la Constitución en asuntos de grandes momentos “incluso en contra de los deseos de la mayoría legislativa”. Es el juez quien guarda en sus manos la defensa del texto constitucional como derecho y bien superior, es el escucha y mediador entre las necesidades sociales y el Estado por medio

de las decisiones que se expiden, ante la ausencia de los órganos legislativo y ejecutivo – teoría del gobierno del judicial-.

Lo anterior lleva a determinar sobre la flexibilidad que se da al precedente en el sistema estadounidense desde la finalidad de la decisión y no de la necesidad en la uniformidad o como fórmula sacramental, en los términos que si lo hace el derecho inglés. Así, es más importante garantizar los principios constitucionales en el caso concreto a través de la función democrática del juez, que mantener una línea decisoria que pudiera ser precedente. En ese orden de ideas, dicha flexibilidad parte del fenómeno que previamente se denominó como “*overrule*”, y es que no resulta adecuado seguir una regla respecto de una decisión que pueda ser impracticable en el caso concreto o resultante de un error de interpretación. Así, en este sistema prima la interpretación y la labor democrática del juez, sobre el precedente horizontal y de ahí su flexibilidad.

De igual manera, se destaca que la fuerza normativa en esta teoría, como en la del derecho inglés, proviene de la estructura jerárquica del órgano judicial, así, las decisiones adoptadas por la Suprema Corte tienen un mayor grado de vinculatoriedad y aplicabilidad a nivel nacional, que las de apelación y las de distrito. Cuando se pretende la inaplicación de un precedente expedido por el superior, dicha flexibilidad se mantiene y para ello puede acudirse a que el raciocinio presenta inconsistencias en sí mismo o respecto del caso concreto, es antiquísimo o parte de una interpretación errónea.

## 2. La teoría del precedente judicial en Colombia

En el capítulo anterior quedaron establecidos los antecedentes y la evolución de la teoría del precedente en los modelos inglés y estadounidense. Resulta correcto señalar que la teoría jurídica colombiana ha adaptado algunos elementos de esas teorías de una manera ecléctica, pues, si bien es cierto la Corte Constitucional y la doctrina han desarrollado la teoría del precedente en Colombia desde las enseñanzas del Derecho Inglés, también se ve influenciado en su esencia, naturaleza y desarrollo, desde aquella rama que proviene del derecho estadounidense desarrollado esencialmente desde el «*judicial review*».

El segundo capítulo que busca entender las particularidades de la teoría del precedente en el modelo colombiano. Así, los antecedentes históricos permitirán entender que su fundamento bebe en mayor porcentaje del modelo norteamericano, pues el elemento esencial del desarrollo de la teoría del precedente en Colombia es el “judicial review” o control de constitucionalidad, en coadyuvancia con la guarda de la Constitución que ejerce la Corte Constitucional, de donde se ha derivado la legitimidad del imperio del juez y con ello el carácter vinculante de las sentencias en un sistema jurídico jerarquizado.

Teniendo como una realidad la concepción y aplicación del sistema de precedentes en Colombia, se precisarán las condiciones que ha desarrollado especialmente la Corte Constitucional para su aplicación, de tal manera que se entiendan los conceptos de precedentes verticales, horizontales y su importancia, además de las formas legítimas de

interpretación que permiten inaplicar los precedentes: (i) el proceso de distinción; (ii) argumentar un error del precedente o; (iii) el cambio de los paradigmas normativos.

En este capítulo se particularizan los distintos enunciados normativos que en Colombia expresan el deber de aplicar los precedentes judiciales, y se analizan, con el lenguaje propio de la Teoría del Derecho, los elementos y las características de las normas jurídicas que prescriben dicho deber. Se pretende, pues, exponer de manera comprensiva ‘el ser de la teoría del precedente judicial en Colombia’.

En ese sentido, en este capítulo se desarrollará (i) un acercamiento a la historia del precedente jurisprudencial en Colombia, (ii) una descripción de la doctrina probable, (iii) la doctrina constitucional, (iv) el sistema de precedente y, finalmente (iv) los elementos y particularidades de la teoría del precedente en Colombia.

## **2.1 Acercamiento a la Historia del Precedente Jurisprudencial en Colombia**

Para llegar al estadio actual del desarrollo de la teoría del precedente en Colombia se deben abordar dos puntos, el histórico y el teórico. Para iniciar, corresponde traer a colación la diferencia que desde los inicios se ha realizado entre los sistemas jurídicos desarrollados en torno al «*civil law*» y al «*common law*». Respecto del último, su definición y reglas ya fueron más o menos abordadas en el capítulo anterior; sin embargo, es pertinente decir que obedece a las condiciones de aquellos sistemas que les dan calidad normativa a los fallos, dotándolos de un mérito intrínseco. Por otro lado, se tiene el *civil law*, que parte del estudio y aplicación de la norma válidamente expedida, cuyo principio básico es el razonamiento deductivo que parte de lo abstracto para llegar a lo particular y así poder

adoptar un fallo que se enmarque en las condiciones de un caso concreto: *“El juez, al abordar un supuesto concreto, lo que hace es, desde la norma general que le ha proporcionado previamente el legislador, tratar de encajar el caso sometido a examen en aquella norma”* (Calvo Vidal, 1992, p. 92). Así, la diferencia de mayor relevancia entre ambos sistemas está relacionada con el valor que tiene la jurisprudencia en cada sistema, *“mientras un juez del civil law continental es libre de descartar una decisión de un juez superior, esto nunca ocurre en el Common Law, salvo que la corte superior haya cometido un error palpable”* (Deik A, 2017, p. 16).

Dicho lo anterior, debe precisarse que el desarrollo jurídico en Colombia se ha dado desde el *civil law*, pues la adopción de un sistema normativo partió de los planteamientos del derecho francés y las adaptaciones realizadas en el continente americano. Sin embargo, la dinámica propia de la sociedad, los momentos y avances generados, dieron lugar a ausencias o vacíos legislativos que debieron ser suplidos, con el tiempo, por la fuerza de la jurisprudencia. Esa situación, se ha materializado en que el respeto por el precedente jurisprudencial se esté imponiendo en las corrientes del derecho continental (Monroy Cabra, 2003).

En ese orden de ideas, puede situarse el primer punto de análisis para Colombia en 1858, con la expedición del actual Código Civil desde la Confederación Granadina y su paulatina adopción por los distintos estados, que terminó en 1873 con la adopción como código de la unión (López Medina, 2006). Sin embargo, esa codificación se caracteriza por el espíritu legocéntrico que, desde el artículo diecisiete, niega la fuerza obligatoria de las sentencias, salvo para la causa que fue dirimida. Sin perjuicio de lo anterior, desde 1864 un

visionario del derecho colombiano planteó que de igual manera como se realizaba en Francia o en Inglaterra, existía la necesidad de elaborar colecciones o compendios jurisprudenciales:

*El derecho patrio no ha tenido hasta hoy un solo expositor ni un simple Comentador. En nuestros archivos se encuentran doctrinas preciosas, decisiones admirables, en que resalta un criterio jurídico tan exacto y perfecto, que para nada necesita ir a mendigarse del foro francés —el más justamente afamado sin duda; pero todo yace en el olvido más deplorable, si ya no es también la incuria y en el desgreño más completos. Obtenida una decisión en un negocio cualquiera, surte sus efectos de actualidad ... i luego va a confundirse con el voluminoso caudal de expedientes de un archivo, sin dejar la más pequeña huella luminosa para que encamine al litigante que viene después, o aparte del mal sendero al que vaya extraviado, o contenga pretensiones absurdas o temerarias del ignorante y malicioso, u obligue al juez voluntarioso a mantener i respetar las tradiciones de la ley... Para estos casos es entonces de un grande interés social una colección de decisiones judiciales, que irradiarán —por decirlo así— una gran luz en el campo del foro, y que ayudará eficazmente a formar —por comparación— el juicio de los Tribunales (Álvarez, 1864, p. 40).*

Ese ideal legocéntrico, adoptado desde el seno del espíritu postrevolucionario del derecho francés, poco tardaría en ser matizado a través de la adopción de teorías de otros orientes. En este caso, el español, que serviría de inspiración para traer la llamada “doctrina legal”, cuya inadvertencia era causal de nulidad. Dicha figura se potencializó con la ley 61 de 1886, donde se generó mayor disciplina por el derecho jurisprudencial cuyo artículo 37 consagró que:

*Es doctrina legal la interpretación que la Corte Suprema dé a unas mismas leyes en tres decisiones uniformes. También constituyen doctrina legal las declaraciones que la misma Corte haga, en tres 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 (Consejo Nacional Legislativo Frances -CNL., 1886).*

Así pues, esta fue la primera vez en que, a través de una ley de la república, se reconocía la importancia de las decisiones judiciales como fuente de derecho. Eso sí, limitándose al cumplimiento de la función de llenar los vacíos legales para poder resolver los casos en que no había una disposición legal aplicable.

Posteriormente, a través del artículo octavo de la ley 153 de 1887 se planteó la estructura de fuentes en el derecho colombiano. Así, quedó establecido que “*cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulan casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales del derecho*” (CNL, 1887). Así, se reconoce como fuente primaria a la ley y como fuentes supletorias a la analogía, la doctrina constitucional y las reglas generales del derecho. Además, se desarrolló el término de «doctrina legal más probable», entendido como tres decisiones, con igual sentido, adoptadas por la Corte Suprema de Justicia en calidad de Tribunal de Casación (CNL, 1887, art. 10). Finalmente, esta ley modifica los planteamientos de respeto y obediencia de la jerarquía jurisprudencial proveniente de la Corte Suprema de Justicia como órgano de cierre, puesto que añadió el respeto por las decisiones de un mismo tribunal al establecer que también serían casables aquellas posiciones adoptadas por

tribunales que contrariaran su propio precedente. Esta disposición, en particular, generó una resistencia notable por parte de la Corte Suprema de Justicia que en ese momento consideraba el precedente de una manera diferente:

*Para la Corte, en cambio, "la verdadera doctrina legal" consistía en observar con detenimiento los argumentos que se utilizaban en la resolución del caso concreto para de allí extraer criterios de solución flexibles que fueran afinando el derecho en casos futuros. La idea de "verdadera doctrina legal" resultaba más flexible porque le permitía a la Corte (que para la época apenas era una institución joven en el primer decenio de su vida institucional) ir avanzando mediante prueba y error hasta lograr, con el tiempo, una verdadera tradición jurisprudencial. Para la Corte existía una doble razón para criticar la institución de la doctrina legal: primero, la resistencia a aplicar la doctrina legal (en el auto-precedente o precedente horizontal) radicaba en que "congelaba" prematuramente la jurisprudencia; y segundo, la objeción a la aplicación de la doctrina legal en la relación vertical con los jueces de instancia (ordenada en la Ley 153 de 1887) radicaba en que obligaba a los inferiores a buscar la "regla general" explícitamente anunciada por la sentencia y no la ratio decidendi de la misma, es decir, los argumentos y consideraciones que permitían que un determinado caso se hubiera decidido de determinada forma (López Medina, 2006, p. 23).*

Posteriormente, se expidió la ley 105 de 1890, que bajo el término de «doctrina legal aplicable» en su artículo de «enjuiciamiento en negocios criminales» dio un paso definitivo en el papel vinculante del sistema de precedentes en Colombia, pues según su artículo 371 se necesitaban dos decisiones uniformes para constituir la doctrina legal aplicable (Deik Acostamadiedo, 2017). Además, en el artículo 383 se estableció que en aquellas sentencias

de casación propuestas por violación de la ley o de la doctrina legal, *“la Corte fijará siempre en dicha parte resolutive, en términos claros, precisos y generales que constituyan regla de derecho la genuina inteligencia de las leyes aplicadas en el caso de que se haya alegado la violación directa o error en la interpretación de tales leyes”* (CNL, 1890). Así, es plausible pensar que, desde ese preciso momento, existieron sentencias en Colombia con la virtualidad de generar reglas aplicables en el derecho, así solo se hubiera considerado como la regla derivada de la aplicación correcta de una norma.

Esta posición se reformuló mediante la Ley 169 de 1896, donde se moduló un poco el tema, adoptando un «sistema de libre jurisprudencia», que menguó el carácter vinculante de la misma, plasmándose a través de una fórmula opcional y quedando sujeta a mejor proveer del operador judicial, bajo una fórmula normativa que se mantiene aún en estos días:

*Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema como Tribunal de Casación sobre un mismo punto de derecho constituyen doctrina probable, y los Jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores* (Senado de la República, Ley 169 de 1896).

Finalmente, un aspecto que tiene que destacarse para comprender el desarrollo de la teoría del precedente en Colombia, es el papel que desarrolló la llamada «Corte de Oro» en la evolución de la interpretación entre 1936 y 1940, pues gracias a las lecturas de los grandes teóricos en los sitios de producción, lograron poner en descrédito al legalismo imperante en el derecho colombiano. Para retratar este cuadro, Agudelo (2014) manifestó:

*Fue sólo a partir de la reforma del 36 que los jueces empezaron a fallar de una forma distinta a como lo venían haciendo, pero motivados más por el aire de un nuevo sistema jurídico acorde con las necesidades sociales; no porque la Ley 153 o el Acto Legislativo No. 3 de 1910 así lo ordenaran. Claro, estos precedentes legislativos aunados a la recepción tardía de la obra de GÉNY a través de la “libre investigación científica” en la “Corte de Oro” y, posteriormente, con las lecturas que introdujera ARTURO VALENCIA ZEA en Colombia, hicieron que el legalismo estuviera en descrédito (Agudelo, 2014).*

Sin perjuicio de lo anterior, debe señalarse con vehemencia que, de manera previa a la expedición de la Constitución Política de 1991, en Colombia no podía hablarse como tal de la existencia de un sistema consolidado y claro de precedente judicial o jurisprudencial, pues, pese a los limitados avances que se habían obtenido, el desarrollo jurisprudencial que en cierta parte era vinculante había quedado confinado “*al pobre espacio de los casacionistas, quienes establecieron un sistema rígido de exclusiones que pervive, caracterizado por un formalismo extremo*” (Ramírez, 2016, p. 30).

El siguiente paso fue la expedición de la Constitución Política de Colombia donde se adoptaron distintas fórmulas tendientes a la constitucionalización del derecho nacional, tales como la supremacía de la constitución, el control de constitucionalidad difuso, y la Corte Constitucional en calidad de guardiana de la Constitución Política (Asamblea Nacional Constituyente, 1991). Sin embargo, no se plasmó articulado alguno tendiente a desarrollar la fuerza vinculante de las decisiones o del precedente judicial, lo cual, debió arraigarse a través de un proceso lento de entendimiento e interpretación constitucional en cabeza de su nueva protectora y bajo la figura ya conocida como el control de constitucionalidad.

Proceso que inició con la ampliación del término «Ley», vía interpretación de la Corte Constitucional. Así, a través de la C-486 de 1993, la Corte señaló que dicho término no se refería exclusivamente a una norma expedida por el legislador, sino a un ordenamiento jurídico complejo, *“que se integra por poderes organizados que ejercen un tipo específico de control social a través de un conjunto integrado y armónico de normas jurídicas”* (Corte Constitucional, 1993). Este fue el inicio del respeto por el institucionalismo del engranaje estatal y de los órganos del poder público, dándole un privilegiado lugar a la posición del órgano administrador de justicia y en especial a la Corte Constitucional como guardiana de la Constitución Política naciente. El estadio siguiente en este desarrollo fue a través de lo que inicialmente fue acuñado bajo el término de «valor pedagógico» o incluso «normativo - general» de las sentencias, especialmente de aquellas expedidas por la Corte Constitucional en materia de acciones de tutela, que se fue afianzando lentamente hasta el año 1996. Allí, a través de la sentencia C-037 se asumió una postura fuerte en relación con la recientemente acuñada «doctrina constitucional».

El desarrollo de este esnobismo se erigió como herramienta fundamental para la protección activa de la Constitución Política, pues dio lugar a la construcción de líneas decisorias que más tarde serían estudiadas como vinculantes, tanto en la jurisdicción constitucional, como en la ordinaria y en la contenciosa administrativa. Lo anterior, generó un movimiento inspirado en la jurisprudencia constitucional que se apartó rápidamente de la interpretación común del concepto de «criterio auxiliar» y de la exclusión de su fuerza vinculante. En esa medida, se defendió la supremacía constitucional a través del órgano judicial y se enfatizó en que la jurisprudencia formaba parte del imperio de la ley al que el juez estaba sometido.

*Que las sentencias judiciales a través de las cuales se deciden acciones de tutela sólo tienen efectos en relación con las partes que intervienen en el proceso (Decreto 2591/91, art. 36). Sin embargo, la doctrina constitucional que define el contenido y alcance de los derechos constitucionales, sentada por la Corte Constitucional, con ocasión de la revisión de los fallos de tutela, trasciende las situaciones concretas que le sirven de base y se convierte en pauta que unifica y orienta la interpretación de la Constitución. El principio de independencia judicial tiene que armonizarse con el principio de igualdad en la aplicación del derecho, pues, de lo contrario, se corre el riesgo de incurrir en arbitrariedad. La jurisprudencia de los altos órganos jurisdiccionales, por medio de la unificación doctrinal, persigue la realización del principio de igualdad (Corte Constitucional, Sentencia C-037/1996).*

Así, el recorrido que se desarrolló en Colombia para llegar al sistema del precedente y su fuerza vinculante, sin embargo, desde 1996 esa teoría se ha afianzado aún más, por tanto, se enunciará desde los tres aparentes sistemas que pueden confluir actualmente en Colombia: (i) Doctrina probable, (ii) Doctrina Constitucional y (iii) Sistema de precedente.

## **2.2 Sobre la Doctrina Probable**

Como ya se dijo, la doctrina probable tiene origen en el artículo 4 de la Ley 169 de 1896 subrogado por el 10 de la Ley 153 de 1887 cuyo tenor señala a modo de criterio auxiliar de interpretación, que tres decisiones uniformes sobre un mismo punto de derecho dadas por la Corte Suprema como tribunal de casación, constituyen doctrina probable y los jueces

pueden aplicarla en casos análogos. Esta figura ha sido explicada de manera clara en los siguientes términos:

*“Dispone el artículo 4 de la Ley 169 de 1896 que “tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema como Tribunal de Casación sobre un mismo punto de derecho constituyen doctrina probable, y los Jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte variara la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores”.*

De acuerdo con la disposición, varios son los elementos, cuantitativos y cualitativos requeridos para que las decisiones adopten tal carácter. Como elementos cualitativos se pueden identificar: i. Que se trate de decisiones proferidas por la Corte Suprema de Justicia; ii. Que se adopten en sede de casación; iii. Que sean dadas sobre un mismo punto de derecho y; iv. Que se trate de la interpretación de la ley.

El elemento cuantitativo se satisface con la doble repetición, pues la ley exige al menos tres decisiones para que exista una probabilidad –alta- de confirmación. Necesario es, sin embargo, realizar algunas precisiones en torno a los elementos cualitativos. Respecto de la competencia, importante resulta señalar que se le atribuye exclusivamente a la Corte Suprema de Justicia, en cualquiera de sus tres salas de casación, Laboral, Penal o Civil, por virtud del mandato contenido en el artículo 235 de la Constitución Política, lo que impide que cualquier otra corte o tribunal pueda ser génesis de este tipo de precedente. En segundo lugar, la norma exige que las decisiones se profieran como tribunal de casación, (...) El tercer elemento cualitativo gira en torno al tema abordado por la Corte, ya que, para

que se trate de una verdadera doctrina legal, debe referirse a un mismo punto de derecho, es decir, que no basta con que se refiera a textos legales citados como apoyo de argumentos no centrales de la decisión -obiter dicta- o que incluso se refiera a un mismo postulado normativo, sino que tiene que tratarse de la interpretación y aplicación uniforme de una misma regla o principio de derecho en tres casos similares.” (Nisimblat, 2020)

En ese orden de ideas, la doctrina probable como figura aplicable en Colombia, guarda estrecha relación con el clásico derecho francés, pues niega la esencia misma de la jurisprudencia como creadora de principios jurídicos, para relegarla al simple criterio de auxiliar o indicativo, dando la posibilidad al juez, de adoptar una decisión a partir de tres precedentes en condiciones similares o, si lo considera, proveer de una mejor manera, lo que anteriormente se explicó como el «sistema libre de jurisprudencia».

### **2.3 Sobre la Doctrina Constitucional**

El segundo de los elementos por analizar es la doctrina constitucional que tuvo unos planteamientos tímidos desde el código civil y la Ley 153 de 1997, donde adoptó una fuerza integradora e interpretadora del derecho, siempre y cuando existieran lagunas o ambigüedades normativas. Al respecto:

*(...) el concepto de doctrina constitucional ha sido entendido como las decisiones proferidas inicialmente por la Corte Suprema de Justicia en sede de constitucionalidad –hasta 1992-, y ahora por la Corte Constitucional, en ejercicio del control abstracto contemplado en el artículo 241 de la Constitución Política. Control*

*que, tiene por objeto estudiar la ejecutabilidad de las leyes –o normas de tal categoría-, que expidan las autoridades y en particular el Congreso de la República, mediante mecanismos previos, automáticos o posteriores a su promulgación, en un contexto de objetividad, de acuerdo con el medio de control establecido por la propia Constitución.*

*Caracteriza este control, entonces, el estudio abstracto de las normas de rango legal, a partir de problemas de compatibilidad con las de linaje superior o aun de situaciones hipotéticas que puedan surgir de la aplicación de tales postulados, sin que en tal cometido puedan injerir situaciones personales o subjetivas. Así, para la realización efectiva de esta función, la Corte Constitucional define, en primer lugar, el sentido y el alcance de la norma legal, es decir, su correcto entendimiento de acuerdo con metodologías hermenéuticas fijadas por la misma Corte o por el legislador para, a partir de allí, determinar su compatibilidad con la Constitución vigente, la cual también es definida en cuanto a su sentido y alcance.*

*El resultado de este ejercicio jurídico será la sentencia de constitucionalidad, en la que, bien se declare la ley exequible o inexecutable, se habrá definido tanto el sentido de la norma estudiada como el sentido de la Constitución, razón por la que la decisión, una vez adoptada, cumple dos funciones integradoras: la primera, respecto del postulado legal analizado y la segunda frente*

*Razón por la cual el mismo legislador mediante ley estatutaria (Ley 270 de 1996, art. 48, numeral 1), definió el carácter vinculante y obligatorio de tales decisiones, ya que pasan a conformar un solo postulado, sentencia -ley, sentencia- constitución, y en tal*

*medida gozan de la misma entidad que las normas que en su momento fueron analizadas. (Nisimblat, 2020)*

La doctrina constitucional es un aparte del sistema de precedentes que acuñan algunos teóricos del derecho en Colombia, que parte del control abstracto de constitucionalidad en cabeza de la Corte Constitucional para determinar el contenido o alcance de la norma legal y su compatibilidad con la Constitución Política. De este ejercicio se desprenden decisiones vinculantes, especialmente en la hermenéutica e interpretación que se debe dar a las normas bajo determinadas condiciones y en el caso concreto, por tanto, un análisis que pueda resultar diferente atenta en contra de la misma Carta.

#### **2.4 Sobre el Sistema de Precedente**

Finalmente está la figura del precedente judicial o jurisprudencial que partió del precedente constitucional y el ejercicio del control de constitucionalidad teniendo como base fundante el artículo 86 superior, situación que genera decisiones vinculantes en el marco del derecho vivo que armonizan las leyes existentes con la constitución política, generando verdaderas decisiones con carácter vinculante.

*En este tipo de control, lo que se busca es proteger a los sujetos de derechos de violaciones o amenazas a sus derechos fundamentales, bien sea por parte de las autoridades o aun por personas de derecho privado encargadas de la protección o satisfacción de derechos, de acuerdo con los reglamentos constitucionales. Se caracteriza este control por los siguientes elementos: i. Un sujeto titular de derechos constitucionales; ii. Un derecho constitucionalmente reconocido; iii. Una autoridad o*

*persona encargada de protegerlo o satisfacerlo; iv. Una situación particular y concreta en que el derecho esté siendo vulnerado o amenazado. (Nisimblat, 2020)*

Más allá de lo expuesto y en el marco del control de constitucionalidad, la Corte Constitucional, en consecuencia de lo que venía exponiendo desde el año 1992 y que consolidó en 1996 a través de la sentencia hito en el papel de la Jurisprudencia dentro del sistema de fuentes en Colombia: la C-836 de 2001, lo que realmente hizo fue plasmar la importancia del respeto hacia el precedente dentro del ordenamiento jurídico Colombiano, definiendo además alguno de los elementos relevantes de la aplicación de esta teoría y su adaptación en el marco del derecho Colombiano como receptor de la doctrina del precedente y donde además, se armonizó el desarrollo de la doctrina probable con la función judicial en el marco de la Constitución Política y de los fines esenciales del Estado. Así, el poder del Juez como creador de jurisprudencia y con ello normas aplicables, se basa en la labor de interpretación e integración del ordenamiento, de manera que se atribuye a la ley un significado concreto, coherente y útil, además, que esa interpretación se de en términos de igualdad que garantice a los ciudadanos el respeto por la igualdad y la seguridad jurídica.

*“Para interpretar correctamente el concepto de sometimiento de los jueces a la ley y establecer el nivel de autonomía que tienen para interpretar el ordenamiento, el juez constitucional debe partir de la premisa de que las potestades y prerrogativas otorgadas a las autoridades estatales en la parte orgánica de la Constitución están sometidas a un principio de razón suficiente. En esa medida, la autonomía e independencia son garantías institucionales del poder judicial, que se legitiman constitucionalmente en tanto que son necesarias para realizar los fines que la Carta les asigna. (...) Esta función creadora del juez en su jurisprudencia se realiza*

*mediante la construcción y ponderación de principios de derecho, que dan sentido a las instituciones jurídicas a partir de su labor de interpretación e integración del ordenamiento positivo. Ello supone un grado de abstracción o de concreción respecto de normas particulares, para darle integridad al conjunto del ordenamiento jurídico y atribuirle al texto de la ley un significado concreto, coherente y útil, permitiendo encausar este ordenamiento hacia la realización de los fines constitucionales. Por tal motivo, la labor del juez no pueda reducirse a una simple atribución mecánica de los postulados generales, impersonales y abstractos consagrados en la ley a casos concretos, pues se estarían desconociendo la complejidad y la singularidad de la realidad social, la cual no puede ser abarcada por completo dentro del ordenamiento positivo.*

*(...) La fuerza normativa de la doctrina probable proviene (1) de la autoridad otorgada constitucionalmente al órgano encargado de establecerla, unificando la jurisprudencia ordinaria nacional; (2) del carácter decantado de la interpretación que dicha autoridad viene haciendo del ordenamiento positivo, mediante una continua confrontación y adecuación a la realidad social y; (3) del deber de los jueces respecto de a) la igualdad frente a la ley y b) la igualdad de trato por parte de las autoridades y; (4) del principio de buena fe que obliga también a la rama jurisdiccional, prohibiéndole actuar contra sus propios actos. (...) La autoridad de la Corte Suprema para unificar la jurisprudencia tiene su fundamento en la necesidad de garantizar los derechos fundamentales de las personas y esta atribución implica que la Constitución le da un valor normativo mayor o un “plus” a la doctrina de esa alta Corporación que a la del resto de los jueces de la jurisdicción ordinaria. Ello supone que la carga argumentativa que corresponde a los jueces inferiores para apartarse de la*

*jurisprudencia decantada por la Corte Suprema es mayor que la que corresponde a éste órgano para apartarse de sus propias decisiones por considerarlas erróneas.*  
(Sentencia C - 836, 2001)

De esta manera se afianzó la teoría del precedente en Colombia, más allá de si es constitucional, o tiene origen en el sistema de fuente libre de derecho a través de la doctrina probable, las sentencias emitidas por los órganos judiciales basan su vinculatoriedad en la confianza legítima, el derecho a la igualdad, el respeto por la jerarquía judicial, la capacidad interpretativa y decisoria de los jueces respecto de las normas que de manera general son impersonales e indeterminadas. Puede señalarse entonces de manera breve, que el sistema de precedente en Colombia parte de principios constitucionales dotando de vinculatoriedad a las decisiones judiciales, especialmente en virtud de la jerarquía propia del órgano pretor, de tal forma que los pronunciamientos de las altas cortes se vuelven de *“obligatorio”* cumplimiento y desarrollo, para ellas mismas y por los jueces colegiados o unipersonales que se encuentren en una menor escala en la organización. Empero, ello no es absoluto pues, así como se planteó en el capítulo inicial, el dinamismo del derecho en un sistema de precedentes sólo se logra bajo el examen irrestricto de las condiciones actuales de la sociedad, siendo necesario que se desarrollen maneras de apartarse de los precedentes y que se verán más adelante a través de los fenómenos de la diferenciación, error en la jurisprudencia, o cambio de norma, los cuales deben ser debidamente motivados, posición similar que fue asumida por la Corte Constitucional en sentencia relativamente reciente al decir:

*A diferencia de la forma en que se abordaba en el régimen jurídico de la Constitución de 1886, la doctrina probable en la Constitución de 1991 tiene el valor de fuente*

*normativa de obligatorio cumplimiento, tal como claramente lo estableció la Corte Constitucional a lo largo de su jurisprudencia.*

*En la sentencia C-836 del 2001, la Corte Constitucional analizó la constitucionalidad del artículo 4 de la Ley 169 de 1896 que consagra la doctrina probable desde hace más de 100 años [...] la Corte no solo reconoce la constitucionalidad de la doctrina probable de la Corte Suprema, sino que fortalece su rigurosidad, exigiendo que el apartamiento de la misma por parte de los jueces de instancia, no sea caprichoso, sino que requiere una justificación de acuerdo con la seguridad jurídica, en concordancia con los principios de buena fe y la igualdad frente a la ley.*

*Sin embargo, pese a la importancia, fuerza normativa y garantía de seguridad jurídica y de la confianza legítima en la administración de justicia que contiene la doctrina probable, el acatamiento de la misma no constituye una obligación absoluta para el juez, en la medida en que tiene la posibilidad de apartarse de la doctrina probable siempre que dé a conocer de manera clara las razones por las cuales se aparta en su decisión” Fuente especificada no válida..*

## **2.5 Elementos y Particularidades de la Teoría del Precedente en Colombia**

En el capítulo primero del presente texto se buscó desarrollar y entender las particularidades de la teoría del precedente jurisprudencial desde la perspectiva inglesa y la norteamericana. En lo que antecede del capítulo segundo se intentaron plasmar, de manera general, las condiciones que han forjado una teoría del precedente en Colombia. Sin embargo, la adaptación que se ha tenido conlleva unas particularidades especiales del uso

de esta teoría a nivel nacional, en el entendido que se han tomado partes de uno y de otro continente para materializar un concepto y elementos propios del precedente.

Así, más allá del desarrollo normativista y los primeros pasos dados por la Corte Constitucional desde su entrada en funcionamiento con la Constitución Política de 1991, realmente fue la sentencia C - 836 de 2001 donde se plasmó el uso del precedente jurisprudencial como modelo de justicia en Colombia a través de la sistematización y unificación de la jurisprudencia nacional y partiendo de la reinterpretación de la doctrina probable y el error como causal de casación:

*(...) Sólo mediante la aplicación consistente del ordenamiento jurídico se pueden concretar los derechos subjetivos. Como se dijo anteriormente, la Constitución garantiza la efectividad de los derechos a todas las personas y los jueces en sus decisiones determinan en gran medida su contenido y alcance frente a las diversas situaciones en las que se ven comprometidos. Por lo tanto, una decisión judicial que desconozca caprichosamente la jurisprudencia y trate de manera distinta casos previamente analizados por la jurisprudencia, so pretexto de la autonomía judicial, en realidad está desconociéndolos y omitiendo el cumplimiento de un deber constitucional.” (Sentencia C-386, 2001).*

Más adelante, esa fuerza ha tomado otros pilares desde las normas procesales que se han expedido en Colombia. Por ejemplo, a través del Código General del Proceso (Ley 1562 de 2012) se adoptó la obligatoriedad del precedente jurisprudencial: específicamente, en el artículo séptimo, se recogió el deber del juez en aplicar el precedente en casos análogos o cuando existe “*doctrina probable*”. A su vez, esta norma ha sido aprovechada por

la Corte Constitucional para reafirmar la teoría del precedente con base en los principios, al decir que *“la doctrina probable en la Constitución de 1991 tiene el valor de fuente normativa de obligatorio cumplimiento”* (Sentencia C 621, 2015).

Una situación similar acaeció con el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437, 2011) y su reciente reforma (Ley 2080, 2021). En estas normas, el Consejo de Estado adopta una posición de órgano de cierre y sus principales funciones son las de crear precedente jurisprudencial a través de las sentencias y autos de unificación. Esto, según indican (Deik Acostamadiedo, 2017) y (Sierra Porto) genera una conciencia del juez como artífice del Estado Social de Derecho, en tanto la protección de los derechos a cargo de la administración se convirtió en un problema judicial.

Resulta meridianamente claro que el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo desde su expedición y a través de sus modificatorios, adoptó una idea del sistema de precedentes como norte en la jurisdicción, a tal punto de otorgarle valor normativo de obligatorio cumplimiento, tanto en sede administrativa, como en la judicial. En este marco, la expedición de sentencias y autos de unificación en los cuales se fijan reglas y sub reglas interpretativas de obligatorio cumplimiento (Artículo 270 - CPACA), no solo por el operador judicial, sino también por la autoridad administrativa (Artículo 10 Y 102- CPACA) es el elemento procesal de mayor respaldo a la teoría del precedente y que deja atrás una interpretación judicial o constitucional como fundamento, para que sea una ley escrita y debidamente expedida por el órgano legislativo, la que otorgue a la jurisprudencia contenciosa dicha fuerza.

La Corte Constitucional es enfática en generar la distinción entre el precedente constitucional –cuando las sentencias son expedidas por la Corte Constitucional y la doctrina probable –cuando las sentencias son expedidas por otras jurisdicciones, en realidad no existe diferencia, sin que tal diferenciación tenga aplicación en la praxis judicial.

Así, la finalidad o esencia última del sistema de doctrina del precedente se liga íntimamente con el antiformalismo, pues el precedente es un fundamento que tiene peso jurídico específico y cuenta como argumento con cierta fuerza gravitacional (Dworkin, 1984). Sin embargo, permite que se aborden nuevos argumentos por medio de la exposición suficiente y razonada de un caso nuevo y concreto generando con ello el dinamismo social y la evolución de las teorías jurídicas.

### **2.5.1 Precedentes Horizontales y Verticales**

Como se ha defendido a lo largo de las líneas que anteceden, el sistema de precedentes lleva implícito un respeto superior por dos elementos: la jerarquía judicial y la aplicación de las reglas que contienen las decisiones anteriores sobre un caso. Estas decisiones generan vinculatoriedad en virtud de principios como el de legalidad, igualdad y confianza legítima en la administración de justicia. De estos principios el más importante, a juicio de la Corte, es el de igualdad: *“[el precedente es] un mecanismo realizador de la igualdad jurídica, pues los ciudadanos pueden contar con que el derecho ya reconocido a una persona habrá de serle concedido a otra u otras que se hallaren en la misma situación fáctica y jurídica inicialmente decidida”* (Sentencia C - 811). Por ello será necesario hacer mención a lo que comúnmente se denomina como precedente horizontal y vertical. Sobre tal punto, la Corte Constitucional se ha expresado de la siguiente manera:

*“La jurisprudencia ha distinguido entre precedente horizontal, que es aquel que debe observarse por el mismo juez o corporación que lo generó o por otro(a) de igual jerarquía funcional, y precedente vertical, que es el que proviene de un funcionario o corporación de superior jerarquía, particularmente de aquellas que en cada uno de los distintos ámbitos de la jurisdicción se desempeñan como órganos límite”* (Sentencia T-014, 2009).

De forma simple, el precedente horizontal o autoprecedente es aquella decisión anterior que toma un juez, sea personal o colegiado, en un determinado y que debe aplicar nuevamente en casos similares en el futuro. Por su parte, el precedente vertical se refiere a aquellas decisiones vinculantes que adoptan los jueces ubicados en una mayor escala jerárquica y que, bajo determinadas condiciones, se vuelven de obligatoria consideración por parte de sus inferiores.

### ***2.5.2 Causales de Inaplicación del Precedente Jurisprudencial en Colombia***

Como bien se anunció de manera anterior, el sistema de precedentes en Colombia no es absoluto: las decisiones anteriores tienen un alto grado más no un grado total. Tres conceptos permiten entender esto: diferenciación, error de la jurisprudencia y cambio de norma. Haciendo uso de estas figuras, puede un órgano judicial replantear las tesis de fallos anteriores y justificar el cambio en la jurisprudencia.

*En suma, i) una misma autoridad judicial -individual o colegiada- no puede introducir cambios a sus decisiones sin la debida justificación, ii) los jueces no pueden apartarse*

*por su sola voluntad de las interpretaciones que sobre el mismo asunto ha hecho la Corte Suprema de Justicia, y iii) ésta (La Corte Suprema de Justicia) no puede renunciar a su labor de darle unidad al ordenamiento jurídico (Sentencia C - 120, 2003).*

En ese orden de ideas, se mantiene la idea del precedente vinculante, tanto horizontal como vertical, y sólo bajo una “debida justificación”, es decir, partiendo de una carga argumentativa del juez, se le permite apartarse. De acuerdo con Diego López Medina en su libro *El derecho de los Jueces*:

*“La doctrina relativa del precedente exige del juez una doble carga en casos en que no parezca razonable seguirla: en primer lugar, “una carga de transparencia” en el sentido en que es necesario conocer y anunciar los precedentes vigentes que gravitan en contra de la nueva posición que se va a tomar, con lo que se prohíbe el cambio oculto de jurisprudencia, y, en segundo lugar, los jueces tienen que cumplir con una “carga de argumentación”, es decir, tienen que demostrar con claridad por qué la nueva posición jurisprudencial es superior jurídica y moralmente a la anteriormente adoptada...”(López Medina, 2006, p.85).*

Es pertinente, a raíz de esta cita, profundizar en segundo deber: la carga de argumentación. Este deber se sustenta en tres supuestos. El primero de ellos, el de distinción, permite al juez explicar que, pese a existir una decisión anterior para un caso similar, las consideraciones por desarrollar en uno nuevo deben variar y con ello podría ser diferente la decisión por adoptar. El segundo es el del error, bajo el cual se debe hacer caer en cuenta de un yerro en la jurisprudencia anterior, de tal forma que se pueda corregir y con ello tener

un supuesto fáctico y una correcta norma aplicable al caso concreto. El tercero es el de cambio normativo, el cual permite, ante un fundamento legal o jurisprudencial distinto, realizar consideraciones diferentes. Lo anterior, en palabras de Bernal Pulido:

*A pesar de que existen similitudes entre el caso que debe resolver y uno resuelto anteriormente por una alta corte, “existen diferencias relevantes no consideradas en el primero y que impiden igualarlos”. Como sostiene la Corte Constitucional, en un pasaje que merece ser citado a pesar de su extensión:*

*a contrario sensu, puede haber dos casos que en principio parezcan diferentes, pero que, observados detalladamente, tengan un término de comparación – tertium comparationis – que permita asimilarlos en algún aspecto. En esta medida, resulta adecuado que el juez emplee criterios de igualación entre los dos, siempre y cuando la equiparación se restrinja a aquellos aspectos en que son equiparables y solamente en la medida en que lo sean. En este caso, el juez debe hacer explícitas las razones por las cuales, a pesar de las similitudes aparentes, los casos no merezcan un tratamiento igualitario o, a la inversa, debe argumentar por qué, a pesar de las diferencias aparentes, los casos deben recibir un trato idéntico o similar. Tanto en una como en otra hipótesis, los criterios de igualación o de diferenciación deben ser jurídicamente relevantes, y el trato debe ser proporcional a la diferencia en la situación de hecho.*

*De esta manera la Corte Constitucional contempla la posibilidad de que en Colombia se aplique la idea del distinguish, es decir, de que el juez pueda inaplicar la jurisprudencia a un determinado caso posterior, cuando considere que las diferencias*

*relevantes que median entre este segundo caso y el primer caso en que se estableció la jurisprudencia, exigen otorgar al segundo una solución diferente. Como es evidente en la lectura del pasaje, la Corte no determina cuándo las diferencias con “reales” o sólo “aparentes”. Expresado de otra forma, la Corte no esboza los criterios de los que el intérprete puede valerse para distinguir u homologar dos casos similares. Como es bien sabido, este es uno de los problemas teóricos más interesantes que se plantean, no sólo frente a la duda del tratamiento igual o diferente de casos, sino, en general, frente a la aplicación del principio de igualdad. Aquí no podemos profundizar en este aspecto. Baste señalar que la Corte acierta al indicar que la similitud o diferencia decisiva debe ser jurídicamente relevante, es decir, debe referirse a la ratio decidendi o norma adscrita del primer caso. El tratamiento debe ser igual, si la ratio decidendi o norma adscrita del primer caso puede aplicarse al segundo, porque éste puede subsumirse bajo el supuesto de hecho de aquella ratio o norma. Si esta subsunción no es posible o si la ratio decidendi del segundo caso es distinta, el juez deberá apartarse de la norma adscrita del primer caso y fundamentar una nueva para el segundo o introducir una excepción a la norma adscrita del primero.*

*2. El segundo supuesto en que, de acuerdo con la Corte Constitucional, es posible apartarse de la jurisprudencia, se presenta cuando ésta “habiendo sido adecuada en una situación social determinada, no responda adecuadamente al cambio social posterior”. La alta Corte sostiene que, en este supuesto, el juez posterior debe considerar que la jurisprudencia es “errónea”. Si se quiere conservar esta terminología, deberá hablarse de un error de idoneidad. Este tipo de error se presenta, porque los efectos fácticos (E) que la norma adscrita (N) generó al regular la situación (S) en el momento histórico (1), ya no se producirían en el momento histórico (2),*

*pues, por variación de las circunstancias, la aplicación de (N) a (S) ya no conduce a (E), sino a otros efectos fácticos (E'). En este caso, la carga de argumentación del juez es una carga de argumentación fáctica que debe demostrar que dadas las circunstancias (S), en el tiempo (2), la aplicación de (N) no conduce a (E), sino a (E'). Si el juez puede demostrar esta afirmación, estará legitimado para llevar a cabo un overruling de la jurisprudencia anterior.*

*3. El tercer supuesto es análogo al anterior. En este caso, el juez "puede considerar que la jurisprudencia resulta errónea, por ser contraria a los valores, objetivos, principios y derechos en los que se fundamenta el ordenamiento jurídico". Como bien sostiene la Corte Constitucional, "en estos casos también está justificado que la Corte Suprema cambie su jurisprudencia para evitar prolongar en el tiempo las injusticias del pasado, haciendo explícita tal decisión". Este sería un segundo tipo de jurisprudencia "errónea". El error en este caso sería de tipo "axiológico". Observada desde la red coherente en que consiste el ordenamiento jurídico, la decisión jurisprudencial se considera "incorrecta" o "injusta" desde el punto de vista material, pues responde a valores predominantes en un momento histórico anterior.*

*Es bien sabido que esta causal es el motor principal de evolución de la jurisprudencia, y en general del derecho. Por citar un ejemplo, se puede evocar decisiones como el famoso caso *Brown vs. Board Education*, o como aquellas que impregnaron el derecho privado norteamericano de la doctrina de la igualdad entre negros y blancos, como paradigmas de cambios jurisprudenciales motivados en la variación de los valores predominantes en la sociedad. Cuando el juez invoca esta causal, debe demostrar la incompatibilidad axiológica entre la norma adscrita relevante y el*

*contenido de los derechos fundamentales y principios básicos que rigen el ordenamiento jurídico en el momento histórico del nuevo caso.*

*Por último, el juez posterior también puede apartarse de la jurisprudencia, “por cambios en el ordenamiento jurídico positivo, es decir, debido a un tránsito constitucional o legal relevante”. Es apenas obvio que si varía la disposición deben variar las normas adscritas. En este cuarto supuesto, la carga argumentativa del juez posterior debe demostrar que la norma (N1) adscrita a la disposición (D1), ya no puede adscribirse a la disposición (D2), porque, dentro del campo semántico de esta última, ya no puede incluirse la norma (N1), sino la norma (N2). De este modo, estará justificado que el juez posterior se aparte de (N1) y aplique (N2). (Bernal, 2008).*

De tiempo atrás el legocentrismo ha sido un movimiento de amplia adopción en Colombia, a tal punto que en el mismo Código Civil se da primacía a la Ley por encima de cualquier otra forma o sistema de decisión judicial. No obstante, desde la ley 61 de 1886 se dio inicio a la disciplina del derecho jurisprudencial al contemplar la figura de la “doctrina legal” como aquella interpretación que se dé de una misma ley en tres decisiones uniformes por parte de la Corte Suprema de Justicia, y en 1887 se planteó la “doctrina legal más probable” entendida como tres decisiones con igual sentido adoptadas por la Corte Suprema en sede de casación y con la Ley 105 de 1980 se acuñó el término “doctrina legal aplicable” como dos decisiones uniformes que podían hacer precedente; lo que en suma ilustra sobre los antecedentes históricos de la aplicación del precedente en Colombia.

La Constitución Política de 1991, si bien no plasmó de manera directa un sistema de fuentes del derecho diferente al que se venía trabajando, fue determinante a través de su

pliego de principios para la implementación del llamado control de constitucionalidad – *judicial review*- a través del cual se dio lugar a una apertura del derecho y su interpretación por parte de los jueces y tribunales. Es precisamente como en el sistema estadounidense que el control de constitucionalidad se hace determinante en la protección y defensa de la carta, sobre las demás normas y así, se empezaron a adoptar las nuevas teorías del precedente jurisprudencial.

De esta forma, confluyeron los dos elementos más determinantes respecto del sistema de precedentes, el primero, el control de constitucionalidad que sirvió para revisar de manera directa o indirecta la compatibilidad de las demás normas con ésta; y a través de dicho control, se logra consolidar en la sentencia C-486 de 1993, el precedente jurisprudencial como fuente jurídica, cargando la sentencia de un valor pedagógico e incluso normativo. De manera posterior, a través de la sentencia C-836 de 2001, la Corte Constitucional desarrolla todo el sistema de precedentes y su forma de aplicación en Colombia a través de reglas y subreglas jurisprudenciales de tal forma que además de vida, se logra dar forma y método al mismo. La Corte Constitucional asumió un papel propositivo y renovador, que dotó a la jurisprudencia de fuerza vinculante al interior de un órgano judicial jerarquizado e interdependiente, con deber de obediencia al superior, lo que lleva a un sistema con estrecha semejanza al inglés y norteamericano que se caracterizan por: (i) Justicia jerarquizada y; (ii) vinculatoriedad de la jurisprudencia.

Así, la propuesta y corriente impuesta por la Corte Constitucional detenta la jerarquía en el órgano judicial, con la existencia de precedentes horizontales y verticales, además que en la praxis se permite de manera legítima la inaplicación del precedente, bajo los tres supuestos que se explicaron como: (i) la distinción, (ii) el error; (iii) el cambio normativo.

Puede considerarse que, la doctrina y la jurisprudencia colombianas son uniformes en desarrollar las características principales de la teoría del precedente y sus elementos fundamentales, incluyendo las excepciones a su aplicación. Sin embargo, se advierte la teoría del precedente en Colombia está lejos de tener la fuerza vinculante del anglosajón. Desde su origen hay marcadas diferencias, como el hecho de que en el caso colombiano hayan sido los propios jueces quienes, a través del control de constitucionalidad, justificaron la idea de precedente. Ello al tomar decisiones más justas y adecuadas a los momentos que se viven.

Quiere dejarse claro aquí que no puede decirse, en ninguna circunstancia, que la teoría del precedente en Colombia es una copia o adaptación de la versión anglosajona. De hecho, un requisito fundamental para la vinculatoriedad es la correcta documentación de la jurisprudencia a través de reportes, colecciones u otras herramientas. A pesar de los avances en esta materia, la situación en Colombia no es la mejor, pues ni las altas cortes cuentan con sistemas eficientes y precisos de relatoría que permitan conocer y hacer seguimiento de las reglas jurisprudenciales vigentes. Con este desafío técnico sin resolver, es difícil pensar en precedentes claros y de aplicación expedita a casos similares.

### **3. Principios constitucionales afectados por la inaplicación de la teoría del precedente**

En este capítulo se deja parcialmente la teoría del precedente judicial, para desarrollar la configuración del Estado Social de Derecho, explicando orígenes y alcances, tanto del Estado de Derecho como del de Bienestar que se materializa bajo la fórmula de “Social”, y su influencia en el desarrollo del sistema constitucional, legal y político colombiano. El sistema de precedentes para en Colombia es entendido como un planteamiento democrático en el cual coexisten los principios del Estado de Derecho, tales como el principio de legalidad e igualdad, respeto por la propiedad privada y por las libertades del hombre. Ahora, los valores que erigen el desarrollo del derecho y con ello la administración de justicia, legitimando a su vez el imperio del juez y la fuerza vinculante del precedente, son: i) legalidad; (ii) seguridad jurídica; (iii) igualdad y; (iv) confianza legítima en la administración de justicia; componentes axiológicos que se vulneran por razones más que obvias, cuando se desconoce o inaplica de manera antitécnica la doctrina del precedente judicial.

En este capítulo se tiene por finalidad desentrañar y exponer la dificultad para determinar los alcances de los principios constitucionales afectados por la inaplicación de la teoría del precedente jurisprudencial en Colombia, esto debido a la falta de claridad en los enunciados. Se trata, por tanto, de un problema conceptual, en cuanto no versa sobre ciertos hechos, sino sobre el significado de ciertas palabras.

El presente capítulo tiene una composición compleja, pues partiendo de la teoría del Estado social de derecho y sus elementos, se identificarán los principios fundamentales que rigen en materia desarrollo y preservación del marco constitucional y jurídico de un Estado

como el colombiano, lo que permitirá abordar las principales afectaciones que derivadas de la inaplicación de la teoría del precedente jurisprudencial como teoría jurídica que respalda el marco de la legalidad, permitiéndose un especial hincapié en principios como el de legalidad, confianza legítima, o confianza institucional, que como se verá, son comunes en el planteamiento de un Estado especialmente de derecho y los prolegómenos que identifican los teóricos del precedente jurisprudencial.

### **3.1. Estado Social de Derecho y su Modelo según la Constitución de 1991**

*La fórmula del Estado social de derecho no es autónoma ni nació así, debe señalarse que ésta resultó como la conjunción de un planteamiento histórico desde el respeto por el principio de legalidad y la demarcación histórica de límites a un estado o su rey conocida propiamente como estado de derecho; y aquella fórmula que nacida del Estado bienestar buscó garantizar mínimos vitales a las personas. Esta idea no es novedosa, dado que se adopta teniendo como base los planteamientos de la ley fundamental de Bonn de la República Federal Alemana que, recién terminada la segunda guerra mundial resultó promulgada en 1949 por imposición de los países aliados y entidades de derechos humanos, la cual también fue adaptada y a su vez adoptada en términos similares como norma rectora en España en 1978, en ambos textos puede leerse leer indistintamente la formulación del estado de derecho y social. De igual manera, para entender un poco más el planteamiento que pretende realizarse en estas líneas, deberá desarrollarse de manera breve lo que implica cada uno de estos tipos de Estados, el social y el de derecho.*

El **Estado de Derecho** es un término de supremacía de la ley utilizado por (J.W.F, 2007) en la “*Historia de la Constitución Inglesa*” significó que “*las ideas generalmente*

*asociadas con el estado de Derecho gozaran de una vigencia que nunca había tenido”* (Bingham, 2018). De ahí en adelante, el Estado de Derecho se entendió como una característica que dotaba al establecimiento, donde, ningún hombre podía estar por encima de la ley, sino que, cada persona, sin importar rango, cargo, o condición debía cumplir las disposiciones legales. Este concepto tiene origen en el *“rule of law”*, como legado de los movimientos reformistas que llevaron a la revolución gloriosa, donde su pretensión primaria fue el reconocimiento de un Estado bajo el imperio de la ley y el ejercicio de límites reales al Rey. Tal idea se transmutó con el paso de los años y se convirtió en uno de los principios que dieron vida a la Revolución francesa, a tal punto que la libertad reclamada por los revolucionarios tomó como fundamento las teorías del liberalismo económico británico, que derivaría en el reconocimiento de libertades y derechos de los ciudadanos.

Con el paso del tiempo y la evolución jurídica que trajo los devenires del siglo XX el concepto en estudio se desarrolló al punto que no sólo pretendió abarcar principios como el de legalidad, sino que se le convertían como inherentes algunas cargas regulatorias y hasta asistencialistas, para *“ir abriendo camino a la aceptación de todo un catálogo de derechos sociales y la postulación del Estado como garante de resolución de las necesidades más apremiantes para la supervivencia humana.”* (Mendoza, 1992).

Así, la legalidad como base de obligaciones y prerrogativas se convierte en el mayor valor de las constituciones que defienden un orden establecido a través del conocido Estado de Derecho, pues las leyes y especialmente la constitucional, deben generar un marco de obligaciones y garantías a las personas públicas y privadas, de tal forma que se fijen límites del actuar común y del estatal, se garantice un trato de igualdad material entre las personas y se determinen distintos tipos de control que den lugar a la confianza en lo preestablecido y

con ello en el Estado como organización. Lo que se reclamó y adoptó bajo la **fórmula social del Estado**, que se generó como una respuesta al ejercicio del capitalismo desmedido proveniente del liberalismo económico. La demanda por parte de las personas sobre una regulación e intervención del Estado fue tomando fuerza, de tal forma que se empezó a hablar de una economía del bienestar general y de la justicia social.

Ahí apareció el **carácter social del Estado**, como *“una de las directrices de la política y de la actividad de los poderes públicos. El Estado Social, entendido como idea regulativa, significa que para el Estado existe una obligación de buscar la justicia social en sus actuaciones. Este debe promover la igualdad para los diferentes grupos sociales, lo cual no significa la implantación del <<igualitarismo>>, sino que todos los sectores de la población deben tener igualdad de posibilidades para el pleno goce de sus derechos, Del principio de Estado social no deriva la implantación de un modelo económico específico para el país. Sin embargo, tanto la dictadura económica del Estado, como la libertad irrestricta del capitalismo privado, serían contrarias a los preceptos del estado social.”* (Manrique, 1991)

Así, emergieron concepciones paternalistas de Estado cuyo fin último se convirtió en garantizar al ser humano condiciones mínimas de igualdad, interviniendo o regulando las relaciones sociales y económicas de tal forma que se impidiera el uso de posiciones ventajosas que pudieran atentar en contra de las personas o sus nacientes derechos. En ese marco, finalizada la segunda guerra mundial y con la intención de adaptar los textos constitucionales a los tiempos modernos y con ello darle eficacia a los límites impuestos al Estado y dando las garantías correspondientes del sentir social (*Matteucci, 1988*), se dio un nuevo alcance a la teoría social del Estado, cuando la (Constitución Alemana, 1949) desarrolló los principios de igualdad, legalidad, y respeto por la primacía de derechos y

principios inherentes al ser humano, siendo en últimas del que se nutre el concepto social, sobre el cual se erige la constitución colombiana de 1991.

Partiendo de los dos conceptos antes desarrollados, resulta propio afirmar que el Estado Social de Derecho busca mediar entre el concepto de derecho y el social, cuyas significancias y alcances pueden ser tan amplios como lectores o intérpretes existan, sin embargo, para el caso colombiano debe acudir al contenido del debate que al respecto sostuvo la Asamblea Nacional Constituyente y que ha modulado la Corte Constitucional, al respecto se plasmó en la Gaceta Constitucional N° 53:

*“sí nuestra opción más firme es por la de un Estado social, en sentido estricto, o que como tal no actúa obedeciendo los dictados de la beneficencia y de la caridad sino como respuesta a los más elementales derechos y valores horizontales que lo sustenta, el panorama se hace muchísimo más claro, y de entrada, se perfila como una opción cualitativamente distinta de las que abogan por un Estado de Corte vertical. En este no es la reciprocidad entre personas lo que primero cuenta; por el contrario, allí son muy bien vistas las acciones de quienes movidos por el afán de dar auxilios – versión laica de la beneficencia y la caridad- pretenden arraigar la imagen de un Estado Vertical benefactor cuyas principales virtudes son la compasión, la obediencia y la sumisión y que, en definitiva, sirve más a los intereses de quienes detentan el poder que a la comunidad que supuestamente es beneficiada. Se crea, así, una ética que no se da entre iguales y, por lo mismo, convierte en agente de desigualdad.*

*(...) En el primer modelo –el Estado Social- el Estado sirve, en el segundo –el Estado de corte vertical- auxilia, el primero actúa siempre y continuamente en las más disímiles*

*circunstancias, el segundo reacciona esporádicamente –frecuentemente convulsiona- ante situaciones críticas y agudadas cuando ya no hay otra salida; en el primero, todos –dirigentes y dirigidos- se sienten obligados en una causa común, en el segundo, en cambio, el mayor peso de las obligaciones recae sobre las mayorías, cuyo poder más que simbólico es real; en fin, el primero es más un Estado de derechos que un Estado de Privilegios, como suele suceder característicamente en el segundo, en el Estado social, los derechos de todos los ciudadanos están mediados únicamente por la constitución y por tanto son inalienables, mientras que en el otro suelen estar mediados por favores o contraprestaciones personales o de partido que hacen de estos meras figuras jurídicas que pueden ser negociables en circunstancias particulares.*

*(...) en consecuencia, si nos decidimos a conformar un pacto social y una renovada sociedad en Colombia deberemos optar por un auténtico Estado Social de Derecho en el cual los ciudadanos tengan, como ya lo hemos dicho, igualdad de oportunidades no sólo ante la ley sino ante la vida” (Asamblea Nacional Constituyente , 1991)*

Posición que se empezó a desarrollar desde los anales de la Corte Constitucional, que en sentencias como T-406 de 1992 presentó su acercamiento al Estado Social de Derecho en los siguientes términos:

*“1.-Lo primero que debe ser advertido es que el término "social", ahora agregado a la clásica fórmula del Estado de Derecho, no debe ser entendido como una simple muletilla retórica que proporciona un elegante toque de filantropía a la idea tradicional del derecho y del Estado. Una larga historia de transformaciones institucionales en las*

*principales democracias constitucionales del mundo, está presente para dar testimonio de la trascendencia de este concepto.*

*2.- La incidencia del Estado social de derecho en la organización sociopolítica puede ser descrita esquemáticamente desde dos puntos de vista: cuantitativo y cualitativo. Lo primero suele tratarse bajo el tema del Estado bienestar (welfare State, stato del benessere, L'Etat Providence) y lo segundo bajo el tema de Estado constitucional democrático. La delimitación entre ambos conceptos no es tajante; cada uno de ellos hace alusión a un aspecto específico de un mismo asunto. Su complementariedad es evidente*

*a. El estado bienestar surgió a principios de siglo en Europa como respuesta a las demandas sociales; el movimiento obrero europeo, las reivindicaciones populares provenientes de las revoluciones Rusa y Mexicana y las innovaciones adoptadas durante la república de Weimar, la época del New Deal en los Estados Unidos, sirvieron para transformar el reducido Estado liberal en un complejo aparato político-administrativo jalonador de toda la dinámica social. Desde este punto de vista el Estado social puede ser definido como el Estado que garantiza estándares mínimos de salario, alimentación, salud, habitación, educación, asegurados para todos los ciudadanos bajo la idea de derecho y no simplemente de caridad (H.L. Wilensky, 1975).*

*b. El Estado constitucional democrático ha sido la respuesta jurídico-política derivada de la actividad intervencionista del Estado. Dicha respuesta está fundada en nuevos valores-derechos consagrados por la segunda y tercera generación de derechos humanos y se manifiesta institucionalmente a través de la creación de mecanismos de democracia participativa, de control político y jurídico en el ejercicio del poder y sobre*

*todo, a través de la consagración de un catálogo de principios y de derechos fundamentales que inspiran toda la interpretación y el funcionamiento de la organización política”.*

Entonces, para el caso colombiano, lo que se logró bajo el reconocimiento de la fórmula de un Estado social de derecho, fue el reconocimiento de un estado democrático que coexiste con los principios del estado de derecho, tales como el principio de legalidad e igualdad, respeto por la propiedad privada y por las libertades del hombre. Pudiendo decir que el Estado colombiano desde su planteamiento más puro y constitucional, tiene implícita la existencia de garantías democráticas, del control político y del ejercicio judicial del poder desde la consagración de principios y garantías fundamentales resultantes de un preciso balance entre el Estado Social y el de Derecho donde coexiste el respeto por la propiedad privada, libertades del hombre, la función social estatal y la intervención económica de tal manera que se logre una igualdad real y no aparente entre los habitantes del territorio nacional.

Todo lo que se planteó en este punto, resulta de necesario análisis, en el entendido que aquellas cláusulas tanto del Estado Social como del de Derecho y que buscan la protección de prerrogativas como justicia e igualdad entre las personas, se convierten en los basamentos de la administración de justicia y su modelo actual, debiendo entonces analizarse cuáles son los principios en los que se funda el poder judicial para un correcto ejercicio de sus funciones.

### **3.2 Principios Constitucionales que Fundamentan la Teoría del Precedente Jurisprudencial en el Sistema Colombiano**

Teniendo en cuenta las particularidades que se han dado en el marco del derecho colombiano para el desarrollo del Estado Social de Derecho, debe señalarse que, en el ejercicio del poder judicial, siempre han existido determinados principios bajo los cuales se demarca el correcto funcionamiento del sistema judicial y con ello el respeto por lo establecido y por los administrados. Dice la Corte Constitucional que el Estado de Derecho no es posible si el órgano judicial no ejerce de manera independiente y las normas que componen el ordenamiento dejan de vincular a los órganos que las ponen en vigencia. *“La aplicación judicial del ordenamiento es el momento en el que se prueba asimismo el estado de derecho en cuanto que sus normas cobijan por igual a gobernantes y gobernados. El juez, órgano autónomo e imparcial, debe apelar únicamente al ordenamiento - desligado de toda injerencia de los demás poderes - para definir la causa si lo que se quiere es que el estado de derecho adquiera en verdad el sentido de garantía y de objetividad que lo justifican históricamente”* (Sentencia C 483, 1993).

Como ya se dijo, la finalidad última del órgano judicial se concretó a través de la historia, en juzgar bajo los parámetros de las leyes existentes, con el debido proceso y respetando las condiciones de igualdad de las personas, aquellos casos que les fueran presentados y que requirieran una solución en jurídica. Particularmente en Colombia desde la Constitución de 1991, se ligó la administración de justicia con el respeto por el *“imperio de la ley”*, concepto que no tardaría en ser modulado, en el sentido que hacía referencia a un conjunto armónico de normas para el cumplimiento de los valores y objetivos trazados en la Carta:

“Limitar el universo de las fuentes del derecho, como se propone, a la ley entendida en su acepción formal, conlleva una serie de consecuencias absurdas que le restan al

planteamiento toda plausibilidad. En efecto, la Constitución, norma de normas (CP art. 4), por no ser equiparable formalmente a la ley, no podría ser aplicada ni observada por la jurisdicción (1); las leyes, no obstante que pudieran vulnerar la Carta, en todo caso deberían acatarse y ejecutarse, y no podrían ser inaplicadas por los jueces (CP art. 4) (2); los derechos fundamentales de aplicación inmediata requerirían de una ley previa para poder ser aplicados por los jueces en los diferentes procesos (CP art. 85) (3); los valores y principios constitucionales, no estando incorporados en leyes ni necesítandolo, podrían ser dejados de lado por los jueces (4); los decretos del Presidente, las ordenanzas de las Asambleas, los acuerdos de los Concejos y, en general, todas las normas jurídicas, diferentes de las leyes, cuyo proceso de creación y cuya existencia se regula y reconoce en la Constitución, pese a su pertinencia para solucionar el asunto o controversia, no podrían aplicarse por los jueces (5); los contratos y demás actos con valor normativo, fruto de las relaciones intersubjetivas del orden privado, quedarían por fuera de la función jurídica (6); los derechos y garantías no consagrados expresamente en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, pese a ser inherentes a la persona humana, no podrían ser reconocidos judicialmente (CP art. 94).

Podría continuarse la enumeración de consecuencias irrazonables que se derivarían de dar curso favorable a la tesis formulada. Sin embargo, las esbozadas son suficientes para concluir que el cometido propio de los jueces está referido a la aplicación del ordenamiento jurídico, el cual no se compone de una norma aislada - la "ley" captada en su acepción puramente formal - sino que se integra por poderes organizados que ejercen un tipo específico de control social a través de un conjunto integrado y armónico de normas jurídicas. El ordenamiento jurídico, desde el punto de vista normativo, no puede reducirse a la ley. De ahí que la palabra "ley" que emplea el primer inciso del artículo 230 de la C.P.

necesariamente designe "ordenamiento jurídico". En este mismo sentido se utilizan en la Constitución las expresiones "Marco Jurídico" (Preámbulo) y "orden jurídico (CP art. 16). (Sentencia C 483, 1993)

Teniendo claro el nuevo alcance que se debió dar al concepto "imperio de la ley" contenido en el artículo 230 de la constitución como lastre de planteamientos legales y constitucionales pasados, la Corte Constitucional de manera posterior, señaló que, *"siendo la Constitución y la ley, los puntos de partida necesarios de la actividad judicial, que se complementan e integran a través de la formulación de principios jurídicos más o menos específicos, construídos judicialmente y que permiten la realización de la justicia material en casos concretos"* (Sentencia C-836, 2001), fijando con ello, las bases de la jurisprudencia como fuente del derecho, en tanto permite un trato igual, y garantiza la confianza legítima de los administrados. *"Precisamente en virtud de la sujeción a los derechos, garantías y libertades constitucionales fundamentales, estos jueces están obligados a respetar los fundamentos jurídicos mediante los cuales se han resuelto situaciones análogas anteriores. (...) esto constituye una garantía general para el ejercicio de los derechos de las personas y una garantía específica de la confianza legítima en la administración de justicia. (...)"*(Sentencia C-836, 2001).

De igual manera, la misma Corte Constitucional en el desarrollo de su jurisprudencia, ha señalado que el respeto por el precedente implica la salvaguarda de las exigencias de igualdad e independencia judicial (Sentencia T 123, 1995). Sobre esto, en el Módulo de Interpretación Constitucional de la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla se dice que *"en efecto, la Corte construye un sistema presente el pasado en principios y derechos constitucionales tales como el derecho a la igualdad, la seguridad jurídica, el principio de*

*buena fe y confianza legítima y, finalmente, en la autoridad entregada a las altas cortes como unificadores de la jurisprudencia nacional.*

Podría entonces decirse que el nuevo planteamiento constitucional colombiano que inició con la Carta de 1991 y dio continuidad con los distintos pronunciamientos de la Corte Constitucional como guardiana del texto superior, posición que además se aplaude y comparte en el entendido del ejercicio democrático del poder judicial, fija en el juez una tarea donde, a través de la interpretación legal y constitucional se desarrollan normas de derecho aplicables, siempre y cuando se respete el principio de legalidad, pues a dicha rama del poder le está vedado, entre otros, crear nuevos delitos, o categorías sancionatorias o incluso ampliar su alcance a personas no contempladas, y a través del respeto del precedente debe mantener el orden jurídico y se preserven los principios de igualdad, seguridad jurídica, confianza legítima y confianza en la administración de justicia. De tal forma que los pronunciamientos judiciales que mantengan estos lineamientos constitucionales, son aplicables a modo de norma interpretativa.

Sobre los principios y su caracterización en el marco del derecho colombiano, es necesario que puedan definirse como lo ha hecho la doctrina al decir que son *“Un concepto fundamental sobre el que se apoya un razonamiento, los principios Jurídicos son cláusulas de derecho condensado; [...] se trata de una norma con estructura abierta, indeterminada; proposiciones en las que no aparecen unos supuestos de hecho a los cuales atribuirles consecuencias jurídicas y determinadas”* (Daza, 2009, pág. 7), posición armónica con los pronunciamientos de la Corte Constitucional:

*Los Principios Constitucionales [...] consagran prescripciones jurídicas generales que suponen una delimitación política y axiológica reconocida y, en consecuencia, restringen el espacio de interpretación, lo cual hace de ellos normas de aplicación inmediata, tanto por el legislador como por el juez constitucional. (...) son una pauta de interpretación ineludible por la simple razón de que son parte de la Constitución misma y están dotados de toda la fuerza normativa que les otorga el artículo cuarto del texto fundamental. (Sentencia T-406, 1992, Ap. I literal b)*

En este punto es necesario aclarar que no se hará mayor elucubración respecto del aparente conflicto sobre exigibilidad y primacía en los conceptos de valor, principio y regla, pues, lejos de necesitarse un debate al respecto, la misma Corte Constitucional, con apoyo en teorías modernas de la argumentación jurídica, dejaron atrás aquella idea del carácter único de exigibilidad de las reglas, para hablar de lo axiológico del ordenamiento jurídico plasmado a través de valores y principios, como un carácter que nutre, da alcance e imprime a las reglas toda su valía. Así, partiendo de los principios que dan vida al Estado derecho y particularmente en Colombia a la aplicación de la teoría del precedente como fuente de derecho, es propio realizar un acercamiento a sus definiciones, para poder así, entrar a definir en qué medida podrían verse afectados por una inaplicación antitécnica de los precedentes. Corresponde señalar desde ya que, por lo general los principios son conceptos jurídicos indeterminados (Atienza Rodríguez , 1987), en la medida que sus límites no pueden ser fijados de manera precisa, sino que su alcance estará dado como una fórmula de optimización conforme los demás conceptos con los cuales se correlacione. Razón por la cual, acá se buscará abordar aquellos principios que erigen la teoría del precedente, desde la conceptualización del Estado de Derecho, Estado Constitucional o Precedente Jurisprudencial y que resultaron brevemente enlistados en las líneas precedentes.

### **3.2.1 Principio de Legalidad**

El principio de legalidad es por excelencia el que caracteriza un Estado de Derecho, sin embargo, existe una difícil tarea en su conceptualización, pues si es visto desde lo político, es aquel que limita el poder de un Estado e impide a los servidores públicos ir más allá de lo prescrito, o definido de manera clara, expresa y precisa por la ley. Por otro lado, es el que legitima la división de poderes y pone en cabeza de legislador, la función última de expedir leyes como órgano de representación democrática. Por tanto, su posición dentro del Estado funge como principio rector y limitante al ejercicio del poder y del uso de las facultades legislativas. Sobre este asunto (García de Enterría, 1984) señala que, en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho, el término se debe utilizar para la convivencia dentro de las leyes que se produzcan bajo el orden constitucional y por voluntad popular, siempre y cuando respeten la garantía plena de los derechos fundamentales. Señalando de manera precisa y bajo el régimen de garantías constitucionales y legales español:

*“De ese destacamiento resuelto que la Constitución hace de la Ley, en su sentido estricto de Ley escrita procedente del Parlamento, como técnica de gobierno o de «imperio» y como pivote central de todo el sistema de fuentes, las cuales sólo como complemento de la Ley o «en virtud de la Ley». serán ya invocables, podría deducirse que la Constitución, con todo su peso, fuerza a un positivismo jurídico estricto, esto es, impone al intérprete la necesidad de buscar todo el Derecho en las palabras de la Ley y sólo en ellas, a indagar como objeto último de su esfuerzo hermenéutico la voluntad del legislador, que es «la voluntad popular» a través del mecanismo de representación*

*política (art 66), proscribiendo decididamente toda otra «construcción jurídica» que no sea esa indagación.» (García de Enterría, 1984)*

Si bien este planteamiento es adecuado y guarda estrecha relación con el régimen constitucional y legal donde se da primacía a las leyes, lo cierto es que estados como el colombiano han desarrollado una serie de mutaciones e interpretaciones para supeditar el término “imperio de la ley”, al orden jurídico que incluye a su vez la interpretación constitucional y legal que realiza el órgano judicial, por tanto, se considera más adecuado para el momento actual, partir de un pronunciamiento sobre el principio de legalidad, en razón del Estado de derecho inglés, donde se describe desde la certeza jurídica de las reglas por las cuales los ciudadanos se obligan y su accesibilidad, de manera que se entienda con suficiente precisión como se está regulando la conducta humana (Bingham, 2018), al respecto se ha pronunciado también la Corte Constitucional colombiana, que ha señalado:

El ejercicio de las funciones administrativa y judicial transcurre en el marco del estado constitucional de derecho y entraña la concreción del principio de igualdad de trato y protección debidos a los ciudadanos, en cumplimiento del fin estatal esencial de garantizar la efectividad de los derechos, y en consideración a la seguridad jurídica de los asociados, la buena fe y la coherencia del orden jurídico. Lo que conduce al deber de reconocimiento y adjudicación igualitaria de los derechos, a sujetos iguales, como regla general de las actuaciones judiciales y administrativas (Sentencia C 816 , 2011)

En ese orden de ideas, puede concluirse que, desde las decisiones judiciales, para el derecho colombiano el principio de legalidad se contrae en el respeto por las normas o el orden jurídico aplicable a determinado caso, de tal forma que se tenga certeza y claridad de

la misma y que se dé bajo el reconocimiento y adjudicación de igualdad en los derechos de las personas.

### **3.2.2 Principio de Igualdad**

El principio de igualdad como ya se vio, hace parte de la correlación de principios y garantías que blindan el sistema jurídico actual en Colombia y es uno de los más relevantes en el marco del Estado constitucional de derecho, donde se busca garantizar a las personas un trato símil a quienes están en la misma condición y uno diverso a quienes tienen diferentes condiciones de hecho. Lo cual se plasmó en el artículo decimotercero Constitucional al decir:

*“Artículo 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.*

*El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.*

*El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.” (Asamblea Nacional Constituyente, 1991)*

La Corte Constitucional en Colombia señala que ya no basta que las personas gocen de igualdad de derecho ni que sean juzgados por iguales órganos, sino que se exige

realmente la aplicación real de un trato igualitario en materia de derechos y su aplicación (Sentencia C - 104, 1993), llegando al punto que éste es una prerrogativa de las personas en la administración de justicia. Para ello se han desarrollado dos lineamientos importantes desde la jurisprudencia constitucional, el primero de ellos es el que hace eco de la igualdad y su carácter relacional, en el entendido que deben identificarse las condiciones fácticas de dos grupos a comparar, de tal forma que se logre verificar si les merece un trato idéntico; y el otro, es el que se deriva del vínculo que tiene la igualdad con la seguridad jurídica, donde se ha señalado que la uniformidad de las decisiones adoptadas por los jueces permite, que se tenga certeza sobre el derecho con lo cual se concretan la seguridad jurídica y la igualdad en materia de actuaciones judiciales (Sentencia SU 354 , 2017) .

*“La uniformidad de las decisiones adoptadas por los jueces permite, entonces, que los ciudadanos tengan certeza sobre el ejercicio de sus derechos y la efectividad de los mecanismos para su protección, con lo cual se concreta la seguridad jurídica y la igualdad en las actuaciones judiciales. Para ello, la jurisprudencia ha fijado diferentes instrumentos: (i) la Constitución reconoce que la actividad de los jueces está sometida al imperio de la ley, “lo que constituye no solo una garantía de autonomía e imparcialidad, sino también de igualdad en tanto el punto de partida y llegada de toda la actuación judicial es la aplicación de la ley”; (ii) la ley establece un conjunto de pautas orientadoras para resolver los diferentes problemas que se suscitan al interpretar y aplicar las normas jurídicas; (iii) la Constitución ha previsto órganos judiciales que tienen entre sus competencias “la unificación de jurisprudencia como forma de precisar con autoridad y vocación de generalidad el significado y alcance de las diferentes áreas del ordenamiento jurídico”; (iv) la jurisprudencia constitucional ha incorporado un grupo de doctrinas que, como la cosa juzgada y el deber de respeto del precedente judicial, “tienen entre sus propósitos garantizar la estabilidad de las*

*decisiones y reglas judiciales fijadas con anterioridad”; y (v) algunos estatutos como el CPACA incorporan normas que tienen por propósito asegurar la eficacia de la jurisprudencia unificada del Consejo de Estado a través, por ejemplo, de su extensión (arts. 10 y 102).”* (Sentencia SU 354 , 2017)

Así, el principio de igualdad en Colombia visto desde el ejercicio de la administración de justicia, se identifica por el carácter relacional, en el sentido que debe permitirse la comparación de dos grupos focales para determinar si deben ser tratados de manera equiparable o no y el respeto por la uniformidad de las decisiones que se adopten en materia judicial, de tal forma que, más allá de las cláusulas de igualdad de derecho en los ordenamientos jurídicos, se logre una igualdad real en materia de aplicación de derechos de las personas.

### **3.2.3 Principio de Seguridad Jurídica**

El principio de seguridad jurídica en estados constitucionales como Colombia, ha sido definido a razón de una adaptación de la justicia a las decisiones que, de modo general estructuran el precedente jurisprudencial. Así, se erige bajo dos exigencias, la primera de corrección estructural que se liga directamente con la correcta formulación de las normas del ordenamiento jurídico y de corrección funcional que es mediante el cual se garantiza el cumplimiento de los derechos por y para sus destinatarios. Éste se desprende del derecho a la administración de justicia, y que el ciudadano al momento de plantear un litigio, pueda por un lado, tener *“la certeza del derecho en cuanto al conocimiento de cuáles serán las normas aplicables en un caso concreto y por otro, algún grado de seguridad en cuanto a la interpretación uniforme que jueces y tribunales darán a dichas normas”* (Arrázola Jaramillo,

2013). Concepto que se liga directamente con los pronunciamientos de la Corte Constitucional que analizan este principio desde el ámbito de la certeza y de la estabilidad jurídica, de tal forma que las decisiones que se adopten no sorprendan de manera alguna a los administrados.

La seguridad jurídica es un principio que atraviesa la estructura del Estado de Derecho y abarca varias dimensiones. En términos generales supone una garantía de certeza. Esta garantía acompaña otros principios y derechos en el ordenamiento. La seguridad jurídica no es un principio que pueda esgrimirse autónomamente, sino que se predica de algo. Así, la seguridad jurídica no puede invocarse de manera autónoma para desconocer la jerarquía normativa, en particular frente a la garantía de la efectividad de los derechos constitucionales y humanos de las personas.

(...) Al considerarse, en el ámbito de la certeza y estabilidad jurídica (seguridad jurídica), la existencia de precisos términos para que la administración o el juez adopten decisiones y el principio de conocimiento de las normas aplicables al caso concreto, se sigue que dichos términos fijan condiciones de estabilización respecto de los cambios normativos. De ahí que, durante el término existente para adoptar una decisión, la persona tiene derecho a que sean aplicadas las normas vigentes durante dicho término. No podría, salvo excepcionales circunstancias en las cuales opera la favorabilidad o por indiscutibles razones de igualdad, solicitar que se le aplicaran aquellas disposiciones que entren en vigencia una vez se ha adoptado la decisión. Es decir, una vez vencido el término fijado normativamente para adoptar una decisión opera una consolidación de las normas jurídicas aplicables al caso concreto. Consolidación que se torna derecho por razón del principio de seguridad jurídica y,

además, constituye un elemento del principio de legalidad inscrito en el derecho al debido proceso. (Sentencia T 502, 2002).

Entonces, pese a que puedan existir otras corrientes enfocadas en definir el principio de seguridad jurídica desde el derecho positivo y las formas en las cuales debe construirse la ley, lo cierto es que, en el marco del neo constitucionalismo colombiano, la definición de éste debe ser armónica con el sistema de precedentes, por tanto una manera sencilla y clara de hacerlo, es en los términos correlativos que utilizó la Corte Constitucional, que se hizo énfasis en la certeza de la norma o de la consecuencia jurídica de determinado acto y en la estabilidad jurídica que permitiera que esos supuestos preexistentes se mantengan en el tiempo.

#### **3.2.4 Principio de Confianza Legítima en la Administración de Justicia**

Este es un principio de origen jurisprudencial que se edifica desde la confianza legítima como garantías y expectativas que tiene determinado sujeto respecto del comportamiento o relación con el Estado y para este caso con el órgano judicial, donde “el particular debe estar protegido frente a cambios bruscos e inesperados efectuados por las autoridades públicas” (C 131, 2004). Este principio es entonces un límite a las actividades estatales frente a eventuales *“modificaciones intempestivas en su manera tradicional de proceder, situación que además puede poner en riesgo el principio de seguridad jurídica. Se trata pues, de un ideal ético que es jurídicamente exigible.”* (Sentencia T 443, 2018).

La doctrina sobre la materia ha señalado que puede entenderse como *“la confianza que la Administración ha generado en los administrado de que las condiciones, de una*

*determinada situación son de tal manera, por tanto el Estado no puede intempestivamente cambiar esas circunstancias dadas, porque, de obrar así, se quebrantaría la confianza legítima que ha depositado en aquellos”* (Herrera Carrascal, 2009)<sup>2</sup>, también se ha dicho en términos que el Estado debe respetar sus actos propios y la confianza que genera en los administrados.

Entrando en materia, este principio *“le otorga al administrado el poder de exigir una protección jurídica de sus expectativas legítimas cuando, al tener razones objetivas para confiar en la estabilidad de la situación jurídica preexistente, la alteración repentina de la misma, sin haber sido proporcionados el tiempo y los mecanismos necesarios para su adaptación a la nueva situación, desencadena una alteración grave de sus condiciones económicas y patrimoniales”* (Viana Cleves, 2007). La doctrina internacional precisa:

“Tanto el principio de seguridad jurídica como el de confianza legítima emergen de la misma filosofía y persiguen metas comparables, pero sin que pierda sentido su distinción puesto que uno es más extenso que el otro y, por lo tanto, con mayores posibilidades de aplicación. A diferencia del principio de seguridad jurídica, que reposa sobre consideraciones objetivas, y que si no si bien no se traduce en un principio material, por lo menos sí en un “principio unificador” de otros principios semejantes (no retroactividad, protección de derechos adquiridos, estabilidad de las relaciones contractuales; entre otros), el principio de confianza legítima se construye a partir, de una idea subjetiva: la confianza justificada del sujeto de derecho (o del operador económico) respecto de la estabilidad y la previsibilidad del marco jurídico vigente y de

---

<sup>2</sup> Conferencias dictadas en la Pontificia Universidad Javeriana – Especialización en Derecho Urbanístico, Promoción 2009.

la aplicación que de él hagan los distintos operadores jurídicos institucionalizados. Mientras que la seguridad jurídica interesa al conjunto de operadores jurídicos (público y privados), la protección de la confianza legítima interesa sobre todo a las personas físicas o morales que se colocan en relación de subordinación respecto del agente o autoridad pública, de ahí que la protección jurisdiccional asociada a este principio se despliegue sólo sobre aquéllos cuya situación personal sea afectada por la incertidumbre de las disposiciones o por las variaciones erráticas en su interpretación. La protección de la confianza legítima interesa, en particular, tratándose de las situaciones favorables de los sujetos que la invocan; en tanto que la seguridad jurídica es indiferente al beneficio que signifique para un agente determinado.” (Moderne, 2005)

La confianza legítima es aquella garantía que tiene un sujeto de derecho que da certidumbre sobre las situaciones jurídicas, tanto en lo judicial como en lo administrativo en torno a cierto tema o situación de derecho, en tal virtud, no es posible que sin previo aviso y bajo determinadas garantías de los sujetos, se cambien las posiciones legales o jurisprudenciales que den un orden preestablecido a la solución de las controversias que puedan llegar a plantearse entre administrados o en la relación con el Estado.

Sobre este punto la Corte Constitucional señala que es un principio edificado en otros valores constitucionales y adquiere identidad propia en relación con las reglas que se imponen en la relación entre administración y administrado:

*“Es éste un principio que debe permear el derecho administrativo, el cual, si bien se deriva directamente de los principios de seguridad jurídica (arts. 1º y 4 de la C.P.) y buena fe (art. 83 de la C.P.), adquiere una identidad propia en virtud de las*

*especiales reglas que se imponen en la relación entre administración y administrado. Es por ello que la confianza en la administración no sólo es éticamente deseable sino jurídicamente exigible. Así las cosas, el principio de confianza legítima tendrá tres presupuestos. En primer lugar, la necesidad de preservar de manera perentoria el interés público; en segundo lugar, una desestabilización cierta, razonable y evidente en la relación entre la administración y los administrados; por último, la necesidad de adoptar medidas por un período transitorio que adecuen la actual situación a la nueva realidad. Por lo tanto, el principio de la buena fe exige a las autoridades y a los particulares mantener una coherencia en sus actuaciones, un respeto por los compromisos a los que se han obligado y una garantía de estabilidad y durabilidad de la situación que objetivamente permita esperar el cumplimiento de las reglas propias del tráfico jurídico, como quiera que "así como la administración pública no puede ejercer sus potestades defraudando la confianza debida a quienes con ella se relacionan, tampoco el administrado puede actuar en contra de aquellas exigencias éticas" (Sentencia T-0759/99, 1999).*

Entonces el principio de confianza legítima se materializa como una garantía para el administrado, permite que éste tenga certeza sobre un orden jurídico estable y previsible que obedezca a características de confiabilidad y se mantenga en el tiempo, que no, un sistema con cambios constantes e intempestivos que llenen de incertidumbre a los administrados sobre sus derechos y la forma de exigirlos administrativa o judicialmente. No es amparar derechos adquiridos, es garantizar la estabilidad de una posición jurídica que genera la expectativa legítima de un derecho; se materializa en que el Estado, sea administración o el órgano judicial, no puede cambiar sin previo aviso las condiciones preexistentes que regulan las relaciones entre los particulares o entre estos y el Estado sin

la existencia de un periodo de “transición” que permita ajustarse en comportamiento y expectativas a las nuevas reglas.

### **3.3 Consecuencias Axiológicas del Desconocimiento o Inaplicación del Precedente Jurisprudencial en Colombia**

En este aparte debe señalarse que, partiendo de los desarrollos que se realizaron de manera anterior sobre el precedente jurisprudencial y sus reglas, lo que se pretende no es bajo ninguna óptica, retomar y explicar nuevamente los eventos en los cuales está permitido que se inaplique el precedente jurisprudencial que rige determinada situación de hecho o de derecho, de tal forma que será suficiente recordar especialmente para el caso colombiano, la existencia de tres fenómenos que permiten apartarse de las reglas del precedente: (i) la distinción; (ii) el error o; (iii) el cambio normativo, pues ellos ya están claros.

Por el contrario, lo que se pretende es visualizar las consecuencias que puede tener en el ámbito de la administración de justicia, inaplicar un precedente judicial sin fundamento en las “causales” arriba enumeradas, o simplemente por desconocimiento del mismo. Tales ideas han sido identificadas por la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla e intituladas como técnicas ilegítimas de interpretación del precedente a modo de negación, ignorancia o desobediencia.

**Negación**, la primera de ellas, es una crítica al valor del precedente jurisprudencial, so pretexto de razones formalistas o derivadas del tradicionalismo de fuentes, posición ampliamente superada con el estudio previo que se ha realizado sobre pronunciamiento de la Corte Constitucional en materia del precedente; la **ignorancia**, en cuanto se relaciona con

la falta de conocimiento de los jueces sobre las decisiones que le hacen precedente, no puede ser un argumento legítimo para apartarse de los precedentes jurisprudenciales, pues es su deber actualizar el conocimiento y estar al tanto de los avances jurisprudenciales que se adoptan.

La desobediencia se da cuando el juez, aún después de conocer el precedente jurisprudencial aplicable, partiendo de una similitud considerable en hechos y derechos debatidos, sin razón aparente y sin mediar explicación o fundamentación legítima, decide, apartarse del precedente.

Podrían ampliarse las líneas al respecto y retomar sobre la legitimidad o ilegitimidad del discurso judicial al momento de aplicar el precedente jurisprudencial, sin embargo, es un estudio ya realizado en los tratados jurisprudenciales y doctrinales que hasta acá se han citado, además que la discusión sobre la obligatoriedad del precedente está zanjada desde tiempo atrás, en el entendido que las normas procesales y las decisiones de la Corte Constitucional a ello han llevado.

Es una conclusión inexorable decir que, en el marco de estas tres causales denotadas por la misma doctrina como “ilegítimas” de inaplicación o desconocimiento del precedente, se configura una violación obvia del Estado Social de derecho que se edificó desde la Constitución de 1991. Desconocer las teorías del precedente bajo el argumento que se adopte, envuelve el discurso del juez en un manto ilegítimo, por cuanto, desconoce la principalística previamente desarrollada.

El principio de legalidad, si se analiza desde la inaplicación injustificada del precedente jurisprudencial, deriva en menguar garantías a los asociados desde el punto de vista del planteamiento del Estado en si mismo. El Juez u operador jurídico desde aplicación ilegítima del sistema, lo que hace es la promoción de un Estado anárquico y sin un orden preestablecido, dejando la interpretación del derecho y el ejercicio de impartir justicia sin el respeto del imperio de la ley y a la entera voluntad del operador, situación que pone en riesgo las bases del Estado.

Si se analiza este mismo fenómeno de la aplicación ilegítima del precedente en el marco del principio de la igualdad, el operador jurídico promueve el ejercicio inequitativo de los derechos y contraría los postulados de igualdad real y material. La falta de certeza en el derecho genera un halito de inseguridad e inequidad pues la decisión de determinadas garantías o derechos queda a la entera voluntad de cada operador jurídico en su individualidad, sin que puedan predicarse condiciones uniformes de decisión ante situaciones jurídicas similares o iguales.

Si se habla de la seguridad jurídica y la confianza legítima en la administración de justicia, son dos principios de similar contenido y cuyo núcleo gira en torno a la certeza y estabilidad de las decisiones que se adopten por el operador, sin embargo, el desconocimiento de la teoría del precedente en un sistema como el colombiano cuyo arraigo se debe al desarrollo jurisprudencial de las altas cortes en temas que el órgano legislativo no se ha pronunciado o se queda corto, además de condiciones de inequidad, carencia de certeza y una incertidumbre en cuanto al modo de decidir del juez, lo que enrostra es un estancamiento de la evolución de las instituciones jurídicas. Los derechos dejan de estar a la vanguardia de las necesidades de las personas y en tal perspectiva, los administrados

pierden las expectativas legítimas que pudieran tener y con ello desaparece la predictibilidad del derecho.

En este punto es claro que el desconocimiento motivado del precedente jurisprudencial bajo los presupuestos de negación, desobediencia o ignorancia, entraña una profunda afrenta en contra de los principios y deberes constitucionales, hasta el punto de afectar la legitimidad estatal y los fines esenciales del Estado, pues, al permitirse que en el sistema judicial colombiano se tome una decisión diferente o contraria y que tenga supuestos similares a los de otra que hacía las veces de precedente, se está contraviniendo la estabilidad del sistema normativo, junto con la certeza que tendrían los administrados sobre las normas y su modo de interpretación. También se tendría una violación flagrante del principio a la igualdad, en tanto, se está permitiendo un trato diferenciado de personas que ostentan condiciones similares y que debaten sus derechos en sede judicial.

Si bien lo anterior podría ser la conclusión más que obvia del presente asunto, se busca ir más allá y después de corroborar que en efecto se vulneran principios constitucionales cuando los jueces son negacionistas, renuentes o simplemente ignorantes de los precedentes jurisprudenciales, este tesista considera que hay, al menos un caso más que no ha sido abordado por la Corte Constitucional, donde la vulneración de tales principios es consecuencia necesaria en el marco de la indebida aplicación del precedente en el tiempo. Lo cual, se abordará en el próximo capítulo de una manera profunda y se armonizará con el estudio de una sentencia de unificación jurisprudencial expedida por el Consejo de Estado, donde los efectos retroactivos de su decisión vulneraron igualdad, seguridad jurídica y legalidad de un sin número de docentes que reclamaban reliquidaciones pensionales que eran reconocidas de manera pacífica por la jurisprudencia.

#### **4. La prohibición de retroactividad y su conjugación con la prospectividad: propuesta de una subregla de la aplicación del precedente en el tiempo.**

En este punto se desarrolla una recapitulación de las líneas que le anteceden, planteando además que los principios de: i) legalidad; (ii) seguridad jurídica; (iii) igualdad y; (iv) confianza legítima en la administración de justicia, se violentan de manera común por los jueces, pues la aplicación antitécnica de los precedentes tiene una consideración poco estudiada, y es la modulación de los efectos en el tiempo, de tal forma que, si la jurisprudencia es equiparable o reemplazable por el concepto amplio de “ley”, debe aplicársele también en principio, la prohibición de retroactividad y cuando resulte más favorable para los ciudadanos, se desarrolle desde la prospectividad.

Armonizando lo anterior con un caso concreto permitirá proponer a modo de sub regla jurisprudencial, la limitación en el tiempo de la aplicación del precedente jurisprudencial, de la siguiente manera: (i) Sin retroactividad o hacia el futuro, cuando se generen condiciones procesales o que puedan resultar lesivas a los administrados y; (ii) prospectiva, cuando lo que se logre en el caso concreto, sea la optimización de mandatos constitucionales, de tal manera que se genere una evolución del derecho y una solución más justa de la controversia planteada.

##### **4.1. Recapitulación**

En el recorrido realizado, se ha logrado identificar la teoría del precedente como aquella que en respuesta a la evolución del derecho desde las decisiones judiciales, genera unas pautas respecto del poder decisorio del juez y con ello la fuerza vinculante de sus decisiones, donde el derecho legislado se aparta, para dar lugar a las colecciones y recopilaciones de sentencias que conforman “*la masa principal del Derecho, y al mismo tiempo la gloriosa galería de antepasados de la judicatura inglesa (...)*” (Acostamadedo, 2018). Es así como las dos características más importantes de esta teoría, giran en torno a: (i) la organización y jerarquía judicial, en el orden que deben existir jueces y tribunales de mayor o menor peso y; (ii) la sentencia judicial adquiere el valor de norma, dotándose así de una fuerza vinculante especial.

Este sistema se desarrolló esencialmente en dos urbes, la primera es la isla británica donde se tienen unas particularidades especiales dentro de las cuales debe establecerse en cada sentencia el contenido de las razones de la decisión (*ratio decidendi*) y las demás consideraciones o proposiciones que adornan la resolución del caso (*obiter dictum*), de tal forma que solamente, la primera (la *ratio*) se torna vinculante y adquiere esa fuerza normativa propia de la jurisprudencia en el derecho de precedente. En la evolución de ese planteamiento jurídico se ha logrado determinar que no es absoluto, pues existen momentos en los cuales deben aplicarse excepciones que den paso a una nueva teoría o concepto jurídico para lo cual se han identificado las siguientes figuras: (i) *Overruling*, o invalidación del precedente por un superior; (ii) *Undermining*, debilitamiento o pérdida de fuerza vinculante del precedente; (iii) apartarse razonadamente del propio precedente y (iv) la existencia de diferentes decisiones precedentes que son conflictivas.

La otra latitud donde se desarrolló el derecho de precedentes fue la norteamericana, que se edificó sobre la teoría de la “judicial review” o control de constitucionalidad, que permitió a la Corte Suprema de Justicia adoptar un papel fundamental en la regulación de las relaciones y establecimiento del derecho. Sus particularidades parten del órgano judicial jerarquizado; de la organización de la sentencia en tres partes: (i) establecer hechos jurídicamente relevantes, (ii) enunciación del principio aplicable y, (iii) resolución del caso; y de la relativa flexibilidad que encarna frente al stare decisis, pues la resolución de los casos queda sujeta las condiciones más acertadas y verificadas por la experiencia, de tal forma que el antiformalismo como método hermenéutico, juega un papel importante en la resolución de los litigios. Se precisa que, para el sistema de administración de justicia norteamericano, el precedente horizontal no es un límite inexorable, en tanto puede provenir de reglas inaplicables o de errores interpretativos; sin embargo, el acatamiento del precedente vertical se considera importante en el marco de la predictibilidad y estabilidad del derecho, empero puede ser inaplicado en el marco del interés de la justicia. Finalmente, respecto de la inaplicación del precedente, se desarrollaron dos técnicas, (i) la distinción (distinguishing) que consiste en la identificación clara de las razones que fundan una decisión y distinguirlas de los presupuestos fácticos que tiene el caso bajo estudio y, (ii) la derogación que se expone cuando el juez considera una mejor posición jurídica o un error en las decisiones anteriores. Bajo los lineamientos anteriores, la fuerza normativa y con ello validez del derecho que nace en el seno de la teoría del precedente, se deriva de la idea generalizada donde, tanto las leyes escritas como las razones de derecho expuestas en la jurisprudencia, constituyen reglas jurídicas y con ello se convierten en derecho (Harris, 2012).

En cuanto a la teoría del precedente en Colombia, es preciso señalar que se considera como una recepción o apropiación jurídica de la doctrina que se generó en los

países ya indicados y que, con el paso del tiempo ha ido ganando fuerza. Como punto inicial se precisa que el proceso de adopción de la teoría del precedente en Colombia se inspiró fuertemente en el desarrollo norteamericano, pues se inició desde los paradigmas del control de constitucionalidad y el papel de la Corte Constitucional como guardiana suprema de la Carta Magna, donde, si bien, existen algunos componentes históricos que plantean la doctrina probable o el sistema libre de jurisprudencia en Colombia, sin la expedición de la nueva constitución y los alcances dados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional al control concentrado y difuso de constitucionalidad además de la redefinición del principio de legalidad, el sistema jurídico en esta nación seguiría atado a las bases inamovibles del sistema de fuentes francés.

Dicho lo anterior, la jurisprudencia de la Corte Constitucional (C-836 de 2001) permitió consolidar el poder del juez como hacedor de derecho a través de las normas derivadas de las interpretaciones de leyes que se hacen en las sentencias, fundamentándose esa teoría en la nueva definición del principio de legalidad, la confianza legítima en la administración de justicia y otros principios como el de igualdad y seguridad jurídica. De esta manera se construyó un sistema de precedentes propio, donde, legitimada por el control de constitucionalidad, la Corte Constitucional asumió un papel propositivo y renovador, que le permitió dotar a la jurisprudencia de fuerza vinculante convirtiéndola en obligatoria, al interior de un órgano judicial jerarquizado e interdependiente, con deber de obediencia al superior. Llegando entonces a un estadio de evolución del precedente judicial, que guarda estrecha semejanza con los dos supuestos comunes a los sistemas de precedentes inglés y norteamericano: (i) Justicia jerarquizada y; (ii) vinculatoriedad de la jurisprudencia.

Siendo entonces una realidad que la teoría del precedente llegó a Colombia para quedarse, en el seno de su propuesta se han desarrollado especialmente por la Corte Constitucional, las características de aplicación, así, la jerarquía en el órgano judicial, se ve reflejada en la existencia de precedentes horizontales y verticales, los primeros, son aquellas interpretaciones que fija determinado juez unipersonal o colegiado y que lo ata, llamado también auto-precedente; el segundo, con mayor fuerza vinculante, es el vertical, que se da en torno a la obligatoriedad de las sentencias de las corporaciones de mayor jerarquía o autoridad, en quienes está el deber de unificar jurisprudencia (órganos de cierre) y el de la defensa de la constitución. El otro punto importante por destacar es el que se deriva de la praxis judicial, y que permite de manera legítima la inaplicación del precedente, bajo los tres supuestos que se explicaron como: (i) la distinción, (ii) el error; (iii) el cambio normativo.

Teniendo claro el desarrollo del sistema de precedentes desde sus dos grandes vertientes y haciendo un énfasis en Colombia, se pasó a un desarrollo del Estado Social de Derecho plasmado en la Constitución de 1991 haciendo un énfasis especial en los principios rectores de la administración de justicia y sobre los cuales se erigió históricamente la fuerza vinculante del precedente, a decir: (i) legalidad; (ii) seguridad jurídica; (iii) igualdad y; (iv) confianza legítima en la administración de justicia. Lo cual permitió determinar sin vacilo alguno, que tales valores se ven violentados ante el desconocimiento o inaplicación antitécnica de los precedentes jurisprudenciales, sin embargo, al momento de estudiar lo que la doctrina acuñó como técnicas ilegítimas de interpretación del precedente, se encuentran vacíos, pues, más allá de la negación, ignorancia o desobediencia, se considera la existencia por lo menos de un escenario adicional, donde, aún reconociendo el valor del precedente como fuente del derecho y aplicándolo, se vulneran los principios arriba mencionados. Así, con apoyo en una corta jurisprudencia, se buscará demostrar que la aplicación del

precedente jurisprudencial según los efectos en el tiempo también puede generar afectación de los principios constitucionales que rigen la administración de justicia.

Ello se intentará plasmar en el siguiente ejemplo: En el ejercicio de un medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, una persona presentó, ante un juzgado administrativo demanda para el reconocimiento de un incremento pensional, cumpliendo para tal fin, con los supuestos de hecho y derecho que hasta el momento venían siendo contemplados de manera pacífica por el precedente del Consejo de Estado, surtidas distintas etapas del proceso y encontrándose a despacho para fallo, el órgano de cierre en lo contencioso administrativo, expidió una sentencia de unificación, donde cambió el precedente, fijando como regla de unificación, que tal reliquidación no era procedente. Por tal motivo, el juzgado de conocimiento declaró la improcedencia de las pretensiones prestacionales.

En este punto, se logra advertir que en el ejercicio de la administración de justicia aplicó el último precedente expedido sobre el tema en litigio, sin embargo, se cambió el paradigma normativo vigente para la fecha en la cual se demandó, afectando con ello, la certeza y estabilidad de los derechos que se concretan en la seguridad jurídica, e inclusive el principio de legalidad y de igualdad que le acudía al demandante, pues se le alteraron las condiciones existentes al momento de demanda, tanto de hecho como de derecho, lo cual llevó al desconocimiento de la confianza que el administrado tenía sobre la justicia y a la predictibilidad del derecho como elemento fundamental de la adopción de decisiones justas. Quiere esto decir que, para la correcta aplicación del precedente jurisprudencial en Colombia, deben tenerse en cuenta los efectos en el tiempo de las sentencias de unificación o de

aquellas que tengan la virtualidad de afectar el precedente, pasando entonces a realizar un breve recuento de las posiciones adoptadas por los distintos órganos de cierre.

## **4.2 Aplicación del Precedente Judicial en el Tiempo según los Órganos de Cierre**

En este punto, debe señalarse que las posiciones adoptadas por las altas cortes no son pacíficas entre sí, pues mientras la Corte Constitucional desarrolla una posición de efectos retroactivo, el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia consideran como correcto el manejo retrospectivo del precedente, lo cual pasará a explicarse de manera breve.

### ***4.2.1 Precedente Jurisprudencial y su Aplicación en el Tiempo desde la Corte Constitucional.***

La Corte Constitucional, pese a algunos pronunciamientos que serán objeto de estudio más adelante, se ha mostrado renuente en reconocer como tal el principio de irretroactividad de las sentencias que hacen precedente, pues considera que su aplicación debe ser “inmediata”, sin embargo, deja la decisión al juez de conocimiento, para que sea quien determine si la variación de las normas jurídicas, generan una afectación a los derechos fundamentales de las personas (Sentencia SU 406, 2016):

“Así las cosas, la jurisprudencia fijada por los órganos de cierre se convierte en aplicable de manera general e inmediata, en sentido horizontal y vertical. A partir de ello, la lectura de la normatividad debe hacerse a la luz de los lineamientos y definiciones establecidas por el tribunal de cierre, sin perjuicio de las reglas

establecidas para efectos de que de manera excepcional una autoridad judicial pueda apartarse del precedente judicial.

Lo anterior significa que la realización de la igualdad material en la administración de justicia exige que el precedente no ha de aplicarse de forma automática e irreflexiva, de manera que, si por un lado, ante casos semejantes debe darse el mismo tratamiento legal, por el otro, frente a casos distintos se dé un trato diferenciado, cuando ello resulte razonablemente justificado.

Es decir que, ante el presupuesto de la vinculación general e inmediata de la jurisprudencia, deben tenerse en cuenta las condiciones sustanciales y procesales de cada caso para evitar que, so pretexto de la aplicación formal del precedente, se desconozcan derechos fundamentales. De modo que, en tanto que la garantía del principio de igualdad no obedece a un quantum matemático, la aplicación de la jurisprudencia debe atender las situaciones particulares del caso, para que, cuando éstas lo ameriten y con una adecuada sustentación, el operador judicial adopte las medidas necesarias para que la aplicación del precedente se corresponda con la garantía de los derechos fundamentales de los sujetos procesales.”

Si se pensara la manifestación anterior desde el punto de vista de su finalidad, tendría sentido una aplicación inmediata del precedente jurisprudencial bajo la consideración ideal o premisa que los cambios de precedente usualmente deben tener un elemento de favorabilidad y evolutivo en los derechos de las personas, lo cual se creería principalmente del precedente de la Corte Constitucional en su función de máxima defensora de la Constitución Política, sin embargo, tal postura solo partiría desde una suposición que podría

llegar a afectar gravemente la estabilidad del sistema jurídico y normativo, pues, si se mira desde un punto de vista objetivo, se da al precedente jurisprudencial un efecto retroactivo de manera general, poniendo en cabeza del juez de conocimiento que se estudie cada caso concreto de tal manera que no se vulneren derechos fundamentales de las partes. Pensamiento último que se expone, pues de manera posterior a la sentencia de unificación a la que se hizo referencia, la misma Corte Constitucional alejándose de estudios como el de favorabilidad, seguridad jurídica, legalidad u otros postulados fundamentales de los administrados, cambiando una regla constitucional que venía aplicándose en materia de protección a la madre gestante y en detrimento de los derechos de ese grupo poblacional, reconociendo el efecto inmediato del fallo (Sentencia de Unificación 075, 2018), situación que fue rebatida en el salvamento de voto que presentó la Magistrada Diana Fajardo Rivera, en cuanto se permitió cuestionar la intempestiva variación de la regla constitucional y que dejó de un momento a otro desprovistas de derechos que tenían las mujeres embarazadas, sin embargo, pese a su argumento, no puede decirse que se hubiera manifestado de manera taxativa frente a la aplicación del precedente en el tiempo.

En el orden de lo dicho, si bien pudiera creerse la finalidad positiva de la aplicación inmediata en el tiempo del precedente, desde el ejercicio de más y mejores derechos a partir del momento en el que se expide un nuevo parangón jurisprudencial (siempre que resulte beneficioso), en la práctica judicial esa generalización del uso inmediato o efectos retroactivos del precedente judicial se torna peligrosa, en el entendido que puede llegar a generarse una delgada línea que separe la aplicación inmediata de la vulneración de derechos fundamentales o principios de la administración de justicia como los mandatos de legalidad, de seguridad jurídica, igualdad, entre otros. Lo cual se resume en la consideración de este tesista en que esos efectos sólo deben darse al precedente cuando la decisión

adoptada sea más beneficiosa para su destinatario y se convierta en un juicio o decisión más justa.

#### **4.2.2 Precedente Jurisprudencial y su Aplicación en el Tiempo desde la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado**

De manera general, estos dos órganos de cierre han aplicado recientemente la teoría de los efectos hacia el futuro del precedente jurisprudencial con un enfoque prospectivo, es decir, de manera preferente los efectos de sus decisiones que varían las normas o reglas aplicables sólo se aplican hacia el futuro, salvo cuando existen posiciones pudieran resultar más beneficiosas para los administrados. Para iniciar, la Corte Suprema de Justicia habló de la variación del criterio jurisprudencial en el sentido que no debía afectar hechos o situaciones pasadas (Corte Suprema de Justicia 26 de agosto , 2018), complementando esa idea de manera posterior al decir que “el mero cambio de jurisprudencia no habilita, en modo alguno afectar la intangibilidad de una sentencia que ya ha definido el derecho debatido entre quienes fueron partes” (Corte Suprema de Justicia sentencia 7 de julio, 2009). Sin perjuicio de lo anterior, para el año 2017 se materializó la posición jurisprudencial donde se buscaba era mantener una posición más favorable del sujeto vulnerable en la relación jurídica:

*“(...) el ámbito de comprensión de la nueva tesis jurisprudencial es para casos ulteriores o por venir, lo cual, de manera general, excluye su aplicación retroactiva.” La imposibilidad de que se aplique la nueva jurisprudencia con efectos retroactivos, cuando comporta una situación o efecto nocivo o negativo para el procesado, fue acogida recientemente por esta Sala Penal a partir de la decisión contenida en CSJ SP, 27 sep 2017, Rad. 39831. (Corte Suprema de Justicia sentencia del 8 de noviembre , 2017)*

En este punto podría decirse que se está privilegiando el análisis ultractivo de los efectos del precedente por parte de la Corte Suprema de Justicia, sin embargo, a la postre se generó un nuevo pronunciamiento que tomando como base la protección de los derechos de las personas más vulnerables en materia de relaciones sociales y en la administración de justicia, sostuvo la tesis de los efectos prospectivos al señalar que *“un cambio no puede generar sobresaltos, ambivalencias, crisis, desestabilizando un sistema jurídico o la situación social de un país o de una comunidad, aniquilando lo ya juzgado y sentenciado. No. Por la seguridad jurídica y la confianza legítima se impone la prudencia y el respeto al pasado y a lo ya juzgado, cuando no está en juego la libertad del ser humano. Por esta razón la doctrina ahora adoptada no procura menoscabar los derechos adquiridos con justo título ni sembrar el desconcierto. Por esa razón se dejarán intactas las situaciones consolidadas al estar ya sentenciadas con cosa juzgada, que de removerse quedarían incursas en causal de nulidad, consistente en “(...) reviv[ir] un proceso legalmente concluido (...)”;* de modo que la nueva doctrina se aplicará desde su adopción el 1o de diciembre de 2018 en sentido genérico.” (Corte Suprema de Justicia Sentencia del 21 de enero , 2019). Entonces, sin hacer distinción alguna entre salas o temas que se están juzgando, de los pronunciamientos encontrados y traídos en cita, puede concluirse que la Corte Suprema de Justicia privilegia los efectos hacia el futuro de las decisiones que adopte y que hagan precedente, sin embargo, cuando está en juego la libertad del ser humano, existe la posibilidad de dar efectos inmediatos, lo cual se traduce en la prospectividad como tal.

Por otro lado, el Consejo de Estado ha sido ambivalente a la hora de adoptar una posición respecto de los efectos en el tiempo del precedente, en un pronunciamiento inicial y que data del 2007, su posición fue la de respetar principios como el de igualdad, seguridad

jurídica y confianza en la administración de justicia para señalar que los procesos iniciados de manera anterior a la expedición de una sentencia deberían ser fallados con la posición que hasta ese momento se sostenía y que su precedente habría de ser criterio jurisprudencial desde la fecha en que quedara ejecutoriado (Consejo de Estado Sentencia del 27 de marzo, 2007), lo cual se afianzó con el paso del tiempo, siendo objeto específico de pronunciamiento por dicha colegiatura al decir:

*“lo que debe indagarse es el efecto que debe reconocerse a esa situación de transición jurídica o, dicho de otra manera, cómo debe ser el trato que la Autoridad debe dispensar a quienes acuden a la justicia en un contexto histórico siguiendo una directriz jurídica que luego resulta modificada por esa misma autoridad judicial. ¿Habrá lugar a predicar alguna protección a quien actuó amparado por un criterio jurisprudencial ya revaluado por el Juez al momento de desatar el litigio? o acaso el interés de actualizar y dinamizar el derecho impone hacer abstracción de esas situaciones jurídicas particulares que han caído en esa etapa de transición.*

*4.4.- Esta Sala considera que una razonable aproximación a esa problemática desde un enfoque basado en derechos impone asumir una premisa fundamental: las buenas razones que impulsan el progreso del pensamiento jurídico, por la vía del cambio de jurisprudencia, no justifican que a costa de tal evolución sea legítimo y proporcional el sacrificio de los derechos de quienes obraron en el pasado movidos por lo que mandaba el antiguo precedente. (...).*

*4.5.- Entonces, la garantía de los derechos individuales en el marco de las actuaciones administrativas y jurisdiccionales lleva a afirmar por regla general que todo cambio de*

*jurisprudencia que altera de manera sustantiva el contenido y alcance de las competencias estatales, de los derechos de las personas o los mecanismos de protección de los mismos, necesariamente debe ser adoptado e interpretado con efecto prospectivo o a futuro, esto es, que de manera ínsita se encuentra envuelto en él su radio de acción temporal o racione temporis gobernando las situaciones problemáticas que se susciten a partir de la fecha posterior a su adopción, lo que excluye cualquier suerte de aplicación retroactiva del nuevo criterio jurisprudencial”* (Consejo de Estado Sentencia del 4 de septiembre, 2019)

Posición que se vio fortalecida en una decisión que a la postre afectaría algunos derechos pensionales de un grupo focal de administrados, pues se varió la forma de reliquidación pensional por una menos favorable en la forma que interpretaba el cálculo del Ingreso Base de Liquidación (IBL), donde se indicó que, *“en aras de salvaguardar esas expectativas legítimas, resulta más razonable aplicar el precedente de la sentencia SU-230 de 2015 solo en aquellos casos en los que la controversia judicial se formule (presentación de la demanda) con posterioridad a la existencia del precedente (29 de abril de 2015), pues solo a partir de ese momento podría exigírsele al administrado que conozca la nueva postura jurisprudencial. Si después del 29 de abril de 2015, el interesado opta por reclamar judicialmente ese derecho -IBL con régimen anterior-, es admisible suponer que lo hace a sabiendas del nuevo precedente”* (Consejo de Estado Sentencia del 26 de septiembre, 2016). Si bien hasta ese momento, el órgano de cierre en lo contencioso administrativo se mantenía en esa posición, al inicio de este aparte se habló de la ambivalencia que se ha desarrollado en el tema, pues de manera posterior, a través de la sentencia de unificación jurisprudencial 014 del 2019, premió la aplicación inmediata del precedente jurisprudencial bajo la figura de los efectos retrospectivos del precedente, lo cual de por sí varía la posición

que se sostenía y deja en una incertidumbre respecto de la posición final que adoptará o “unificará” en materia de los efectos en el tiempo de las sentencias de unificación.

### **4.3 Análisis del Precedente Jurisprudencial desde dos Posiciones Encontradas del Consejo de Estado**

En este punto y para terminar el capítulo, se analizarán dos casos suscitados al interior del Consejo de Estado en un periodo relativamente corto de tiempo, el primero que, en defensa de los argumentos sostenidos durante las líneas pasadas, plasmó el principio de irretroactividad del precedente y el otro, donde desconociendo los argumentos ya mencionados, se aplicó un precedente judicial con efectos retrospectivos.

#### ***4.3.1 Posición de irretroactividad en una Decisión del Consejo de Estado***

En el marco de lo hasta acá expuesto, especialmente sobre la teoría del precedente, los principios constitucionales que garantizan una correcta administración de justicia y el último tema abordado sobre la aplicación de la jurisprudencia en el tiempo, se abordará un caso expuesto por el Consejo de Estado, en donde se plasmó de manera taxativa la irretroactividad de sus efectos como precedente:

“... Esta Sala considera que una razonable aproximación a esa problemática desde un *enfoque basado en derechos* impone asumir una premisa fundamental: las buenas razones que impulsan el progreso del pensamiento jurídico, por la vía del cambio de jurisprudencia, no justifican que a costa de tal evolución sea legítimo y proporcional el sacrificio de los derechos de quienes obraron en el pasado movidos por lo que

mandaba el antiguo precedente. Así, aun cuando no existe un derecho subjetivo de persona alguna de impedir la evolución y cambio de las soluciones que provea el derecho de fuente jurisprudencial, sí es razonable demandar que tales mutaciones sean respetuosas de los derechos subjetivos de los justiciados.

5.5.- Entonces, la garantía de los derechos individuales en el marco de las actuaciones administrativas y jurisdiccionales lleva a afirmar por regla general que todo cambio de jurisprudencia que altera de manera sustantiva el contenido y alcance de las competencias estatales, de los derechos de las personas o los mecanismos de protección de los mismos, necesariamente debe ser adoptado e interpretado con efecto prospectivo o a futuro, esto es, que de manera ínsita se encuentra envuelto en él su radio de acción temporal o *ratione temporis* gobernando las situaciones problemáticas que se susciten a partir de la fecha posterior a su adopción, lo que excluye cualquier suerte de aplicación retroactiva del nuevo criterio jurisprudencial.

5.6.- O, lo que es lo mismo, todo caso donde el juez abandona una solución previamente acogida en anteriores pronunciamientos y que conduce a la adopción de una nueva contraria que altera la tendencia sobre la cual se venían resolviendo pleitos similares, lleva consigo una regla de modulación temporal de transición en cuya virtud se considera que la nueva posición se acoge sin perjuicio del estatus jurídico de las situaciones consolidadas surtidas antes de ese pronunciamiento.

5.7.- Y es que, si la ley y en general cualquier precepto o criterio jurídico normalmente no pueden regular de manera retroactiva hechos anteriores a su vigencia, a esa elemental consideración no escapa la jurisprudencia, pues si de esta se predica su

carácter de fuente de derecho vinculante, claro resulta que sus enunciados (*ratio decidendi*), que son auténticas normas o directrices jurídicas, están llamadas a correr esa misma suerte. Con otras palabras, si la aspiración más elemental del orden jurídico es la de pretender autoridad y orientar el comportamiento humano conforme al derecho va de suyo que la preexistencia de la exigencia de conducta jurídicamente relevante es presupuesto elemental de racionalidad del sistema jurídico.

5.8.- Como se dijo, la razón de ser de este planteamiento está basado en un enfoque de derechos, pues resulta evidente que la prohibición de aplicación retroactiva de la jurisprudencia viene a estar respaldada por el debido proceso y las garantías judiciales, la máxima de libertad personal, el principio de igualdad y la confianza legítima, cuestiones éstas que pasan a revisarse enseguida. (Consejo de Estado. Exp. 58890, 2018)

Palabras más o menos, lo que hizo el Consejo de Estado en la cita que se realizó, fue explicar la prohibición de retroactividad cuando se cambia el precedente jurisprudencial en busca de garantizar el debido proceso, las garantías judiciales, el principio de igualdad y de confianza legítima de aquellas personas que, bajo condiciones iguales, hayan ejercido el derecho de acción de manera anterior a la variación de la tesis que hasta el momento se venía aplicando. Los hechos que dan fundamento a esas consideraciones pueden resumirse de la siguiente manera.

Una demanda se presentó el día **2 de marzo de 2010**, ante el Tribunal Administrativo de Antioquia mediante la entonces acción de controversias contractuales, buscando que se declararan como imputable al Departamento de Antioquia, diversos hechos generadores del

rompimiento del equilibrio económico y financiero de un contrato, consecuencialmente buscando la indemnización para el restablecimiento del equilibrio económico, actualizada y con intereses moratorios. Tal demanda fue admitida en proveídos del **3 de mayo** y **1 de junio de 2010**, surtiéndose las distintas etapas del proceso. El día **7 de diciembre de 2016** se dictó sentencia, en el siguiente sentido:

“el *a-quo* encontró que no le asistía jurisdicción para conocer la controversia debido a que -en el contrato- ... se incorporó una cláusula compromisoria en la que se acordó someter a la justicia arbitral las diferencias relativas a la ejecución, desarrollo, terminación o liquidación del contrato. Consideró que esa cláusula surte efectos jurídicos a plenitud aun cuando el Departamento no excepcionó este asunto, toda vez que en providencia de 18 de abril de 2013 la Sección Tercera del Consejo de Estado unificó su criterio jurisprudencial relativo a la improcedencia de la llamada renuncia táctica de la cláusula compromisoria. Como el litigio promovido versa sobre hechos que se presentaron en la etapa de ejecución del contrato, corresponde a la justicia arbitral conocer del asunto, con lo cual se declaró oficiosamente la falta de jurisdicción y competencia y, consecuentemente, la inhibición para fallar el asunto.” (Consejo de Estado. Exp. 58890, 2018)

El recurso de apelación se presentó en término, cuestionando la aplicación retroactiva de un criterio jurisprudencial acogido por el Consejo de Estado el 18 de abril de 2013, que fue expedido de manera posterior a la presentación de la demanda el 29 de marzo de 2010, situación que consideró vulneradora del principio de igualdad, pues cuando presentó la demanda, el criterio del órgano de cierre era distinto y se convalidaba la renuncia tácita a la cláusula compromisoria. “Por tal razón la acción judicial se formuló bajo la confianza creada

por ese precedente judicial, entonces vigente”. El problema jurídico que interesa al presente trabajo fue el siguiente:

“De los antecedentes que informan la causa, son dos los problemas jurídicos que deben ser desatados en esta controversia: i) determinar si se ajusta a derecho declarar la falta de jurisdicción por existir una cláusula compromisoria pactada pero no alegada por la demandada, con fundamento en un criterio jurisprudencial acogido por esta Corporación con posterioridad a la presentación de la demanda contenciosa que dio origen a esta controversia” (Consejo de Estado. Exp. 58890, 2018)

Para resolver ese problema jurídico planteado, el Consejo de Estado entre otras consideraciones importantes, señaló de manera precisa:

No obstante, en criterio de esta judicatura, el Tribunal debió considerar con rigor que la controversia contractual se introdujo por el Consorcio el 2 de marzo de 2010, esto es, en época anterior al pronunciamiento de 18 de abril de 2013 de la Sala Plena de la Sección Tercera que modificó la tesis jurisprudencial sobre la materia; pues a partir de tal averiguación se advierte la inaplicabilidad temporal de ese precedente a la controversia *sub judice*, en razón a que el mismo era inexistente para entonces y no puede ser invocado de manera retroactiva, toda vez que desconocería los fundamentos de derecho –legales y jurisprudenciales– preexistentes con arreglo a los cuales se determinó favorablemente la jurisdicción de lo contencioso administrativo como competente para conocer y tramitar un litigio contractual en el que las partes habían pactado una cláusula compromisoria, aspecto éste definitorio de la garantía constitucional y convencional de acceso a la justicia.

8.1.4.- En ese sentido, la Sala reitera el criterio fijado en la sentencia de 4 de septiembre de 2017 recaída dentro del exp. 57279 en la que se afirmó, en sujeción a la cláusula de Estado de Derecho y conforme a la garantía de los derechos de igualdad, libertad personal y acceso a la administración de justicia, que los cambios de precedente jurisprudencial tienen, por regla general, efecto prospectivo o a futuro. En consecuencia, está proscrito a la Administración o a la autoridad jurisdiccional, aplicar una norma adjetiva o de derecho sustantivo de fuente jurisprudencial inexistente para cuando la controversia jurídica fue introducida.” (Consejo de Estado. Exp. 58890, 2018)

En ese orden de ideas, es palmario afirmar que, dado el alcance del precedente como norma jurídica, o inclusive equiparado este término con el de “ley” en sentido amplio, la aplicación retroactiva de los cambios jurisprudenciales viola en principio, los principios de igualdad, libertad personal, legalidad, confianza legítima, seguridad jurídica, pues, permite que se resuelvan las controversias judiciales con normas aplicables que pudieran resultar sustancialmente distintas a las del momento en el que se llegó a presentar la demanda. Además, que está en la virtualidad de imponer condiciones menos beneficiosas a los administrados. Ahora, cosa distinta debería suceder, si el planteamiento jurisprudencial nuevo, es más beneficioso para su destinatario, pues, en virtud del principio de favorabilidad, lo que correspondería hacer, es una aplicación retrospectiva que permita la optimización y progresividad de los derechos reclamados.

#### ***4.3.2 Posición de Retrospectividad en una Providencia del Consejo de Estado***

En este punto, debe señalarse que la sentencia de unificación SUJ 014 -CE-S2-2019 del Consejo de Estado analizó la reliquidación pensional del personal docente y varió el

criterio que hasta el momento se venía aplicando, pues hasta ese momento dicha prestación se reconocía por vía judicial con todos los factores salariales que un docente devengaba en el último año previo a su retiro y unificó la jurisprudencia en el sentido de precisar que esa prestación sólo podía ser reconocida sobre los aportes realizados al sistema pensional, dándole efectos de retrospectividad a tal decisión, abarcando incluso los derechos que hubieran sido reclamados en sede administrativa o judicial, incluyendo el que se debatía en el caso concreto:

“De acuerdo con el párrafo transitorio 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, son dos los regímenes prestacionales que regulan el derecho a la pensión de jubilación y/o vejez para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial. La aplicación de cada uno de estos regímenes está condicionada a la fecha de ingreso o vinculación al servicio educativo oficial de cada docente, así:

a. En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo aquellos sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1o de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo.

b. Los docentes vinculados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, les aplica el régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en dicho régimen, con excepción de la edad que será de 57 años para hombres y mujeres. Los factores que se deben incluir en el ingreso base de liquidación son los previstos en el Decreto 1158 de 1994 sobre los que se efectuaron las respectivas cotizaciones.

Segundo: Advertir a la comunidad en general que las consideraciones expuestas en esta providencia en relación con los temas objeto de unificación, constituyen precedente obligatorio en los términos de los artículos 10 y 102 de la Ley 1437 de 2011, para todos los casos en discusión tanto en vía administrativa como judicial, toda vez que los efectos de la presente sentencia de unificación son retrospectivos, en atención a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

De igual manera, debe precisarse que los casos respecto de los cuales ya ha operado la cosa juzgada, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables.” (Sentencia SU 014 CE - S2 2019)

Para argumentar lo dispuesto en cuando a la retrospectividad de su decisión, se valió de los siguientes argumentos:

73. Como se dijo en la sentencia de unificación de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de 28 de agosto de 2018, “La Corte Constitucional, en sentencia C-816 de 2011, estableció que las decisiones de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura -autoridades de

cierre de las correspondientes jurisdicciones- y la Corte Constitucional - como guardiana de la Constitución - , tienen valor vinculante por emanar de órganos diseñados para la unificación de la jurisprudencia, y en virtud de los principios de igualdad, buena fe y seguridad jurídica previstos en los artículos 13 y 83 de la Constitución Política. Por lo tanto, su contenido y la regla o norma jurídica que exponen, tienen características de permanencia, identidad y carácter vinculante y obligatorio”.

74. En esta oportunidad y retomando lo indicado la Sala Plena de la Corporación, se acudirá al método de aplicación en forma retrospectiva del precedente, disponiendo para ello, que las reglas jurisprudenciales que se han fijado en este pronunciamiento se acojan de manera obligatoria en todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias; salvo los casos en los que ha operado la cosa juzgada que, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables.

75. Como se ha dicho, los efectos que se dan a esta decisión garantizan la seguridad jurídica y dan prevalencia a los principios fundamentales de la Seguridad Social, por ello no puede invocarse el principio de igualdad, so pretexto de solicitar la no aplicación de esta sentencia.

76. No puede entenderse, en principio, que por virtud de esta sentencia de unificación las pensiones que han sido reconocidas o reliquidadas con fundamento en la tesis que sostenía la Sección Segunda del Consejo de Estado a partir de la sentencia de 4 de agosto de 2010, lo fueron con abuso del derecho o fraude a la ley; de manera que si se llegare a interponer un recurso extraordinario de revisión contra una sentencia que

haya reconocido una pensión bajo esa tesis, será el juez, en cada caso, el que defina la prosperidad o no de la causal invocada.” (Sentencia SU 014 CE - S2 2019)

En este punto se generan distintos elementos para analizar, el primero de ellos es que el Consejo de Estado debió aclarar que su decisión surtía efectos desde la ejecutoria, sin embargo, no afectaba los derechos ya consolidados mediante sentencia judicial sin que hubieran sido objeto de abuso del derecho o fraude a la ley, evitando con ello que se ventilaran nuevamente ante la Jurisdicción. Situación que si bien fue objeto de aclaración, hubiera bastado definir los efectos no retrospectivos, sino retroactivos de las normas jurídicas derivadas de la sentencia de unificación. El siguiente punto por analizar, es el concerniente a los docentes que aún habiendo causado la pensión, no se hubieren presentado en sede administrativa o judicial a reclamar los derechos que jurisprudencialmente se venían reconociendo, caso en el cual, si bien podría existir una expectativa sobre la forma en la cual les podían reliquidar la pensión, la no exigencia de sus “derechos pensionales”, lleva a que no se materializara confianza alguna sobre la predictibilidad de la decisión judicial, pudiendo señalar que esa falta de actividad en el ejercicio de las acciones contenciosas correspondientes, se tornan en suficientes para demeritar cualquier tipo de reparo frente a la nueva posición jurisprudencial.

Ahora, llegan cuatro puntos donde se evidencia que la nueva norma aplicable, fue contraria a los intereses de los administrados y con ello contravino los principios de seguridad jurídica, igualdad y predictibilidad judicial propios de la administración de justicia en un Estado Social y de Derecho como lo es el colombiano:

i. Si el administrado ya había realizado la reclamación en sede administrativa, es por que conocía los derechos que le acudían según las leyes y reglas jurisprudenciales que se venían aplicando, de tal manera que se encontraba agotando las reclamaciones y requisitos preliminares para acceder a la administración de justicia y con ello reclamar la reliquidación pensional. Al grupo de docentes que se encontraban en este punto, los efectos definidos en la sentencia le faltaron especialmente a la predictibilidad del derecho, confianza legítima en la administración de justicia y seguridad jurídica, en el entendido que la posición que se aplicaba con anterioridad, demarcó su puesta en funcionamiento de la administración a través de las reclamaciones correspondientes.

ii. En igual posición a la anterior, se puso a aquellos administrados que además de haber realizado la reclamación en sede administrativa se habían presentado ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa a reclamar por vía judicial sus derechos, pues en el transcurso del ejercicio jurisdiccional se les cambiaron las reglas aplicables y con ello se defraudó su confianza legítima, seguridad jurídica y la predictibilidad de los derechos reclamados, poniéndose en juicio la estabilidad jurídica y en suma, la concepción de justicia.

iii. El otro punto objeto de análisis, es el que se da en el marco de la administración de justicia, cuando ya se hubiere expedido sentencia de primera instancia y en la segunda instancia se revoca la decisión, bajo el convencimiento de los efectos retrospectivos de la sentencia de unificación arriba esbozada, lo cual, además de la violación de los principios enunciados en el segundo punto, afectan de manera directa un principio general del derecho tal cual es la no reforma en perjuicio o “non reformatio in pejus”, pues la segunda instancia lo que hizo fue adoptar de manera inmediata esa posición, sin lugar a generar transición alguna.

iv. El cuarto y último de los puntos que se piensan, sin que ello excluya que en la práctica se puedan presentar algunos otros, es que ejecutoriada la sentencia de primera y/o segunda instancia, la entidad, en este caso el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio incurra en el impago de lo ordenado bajo el pretexto del cambio del precedente, lo cual genera una serie de actuaciones posteriores tendientes al cumplimiento del fallo, entre ellas la más importante es la acción ejecutiva partiendo de un título complejo integrado por la decisión judicial. Sin embargo, contrario a toda idea de razonabilidad y en contra, inclusive de la cosa juzgada, se niega la procedencia del proceso ejecutivo, aduciendo que el cambio de jurisprudencia en materia de reliquidación de la pensión de los docentes lleva a que en la actualidad la sentencia no sea exigible.

En análisis realizado con anterioridad es concluyente en advertir los riesgos de posiciones retroactivas o retrospectivas cuando se fijan parangones de interpretación normativa a través de la jurisprudencia y que generan una regresión o posición menos favorable para los administrados, pues claro está que de manera general se afectan los principios que dan vida y fundamento a la función estatal de administrar justicia y con ello, se atenta con los planteamientos históricos y propios del Estado de Derecho, especialmente en lo que trata con la seguridad jurídica.

#### **4.4 Una Propuesta de Prospectividad**

En este punto se acudirá a la edificación de una estructura sobre criterios lógicos y holísticos, en el sentido que se mire el sistema jurídico como lo que es, un gran sistema en el que actualmente influyen distintos factores y actores, de tal manera que no se

mire el precedente jurisprudencial como un elemento aislado y exógeno dentro del marco colombiano, sino que deberá integrarse desde distintos puntos de vista y en especial, manteniendo un hilo conductor de su naturaleza y finalidad. Así las cosas, si se retoma la (Sentencia C - 836, 2001) donde se fijó la fuerza normativa del precedente jurisprudencial, es claro que las decisiones del administrador de justicia, adquieren un valor más allá de una simple idea o determinación aislada, para convertirse en norma vinculante, pues la *“función creadora del juez en su jurisprudencia se realiza mediante la construcción y ponderación de principios de derecho, que dan sentido a las instituciones jurídicas a partir de su labor de interpretación e integración del ordenamiento positivo”* (Sentencia C - 836, 2001) de tal forma que su análisis de la ley presenta un contenido *“concreto, coherente y útil”* que permite mantener un criterio de interpretación legal válido.

Tal posición, debe armonizarse con uno de los fundamentos explicados con anterioridad, donde la Corte Constitucional redibujó el principio de legalidad en Colombia, y dijo que la expresión “ley” o “imperio de la ley” debía entenderse de manera amplia, de tal forma que pueda dársele alcance de “ordenamiento jurídico”, dentro del cual, además de la ley en sentido formal, se encuentra la jurisprudencia como norma jurídica (Sentencia C-486, 1993). Ahora, sobre la aplicación en el tiempo del “ordenamiento jurídico” condensado bajo el término “ley”, la Corte Constitucional en una etapa muy temprana de su jurisprudencia indicó que, la base de la realidad jurídica del principio de irretroactividad, es la necesidad de dar estabilidad y certeza del orden legalmente establecido prohibiendo así que una nueva norma tenga efectos anteriores a su vigencia salvo circunstancias especiales que favorezcan a su destinatario y al bien común (Sentencia C-549 , 1993). Por ello, si la jurisprudencia hace parte del condensado “ordenamiento jurídico” y este a su vez se subsume en el término “ley”,

la prohibición de retroactividad también debería operar per se, para el precedente jurisprudencial.

“... Es claro que la modificación o derogación de una norma surte efectos hacia el futuro, salvo el principio de favorabilidad, de tal manera que las situaciones consolidadas bajo el imperio de la legislación objeto de aquélla no pueden sufrir menoscabo. Por tanto, de conformidad con el precepto constitucional, los derechos individuales y concretos que ya se habían radicado en cabeza de una persona no quedan afectados por la nueva normatividad, la cual únicamente podrá aplicarse a situaciones jurídicas que tengan lugar a partir de su vigencia”. (Sentencia C - 529, 1994)

Sobre la equiparación de la jurisprudencia con la ley para lograr delimitar los efectos de su aplicación en el tiempo, se ha dicho que, al constituirse fuente del derecho y hacer parte de las normas y reglas jurídicas aplicables, si es correcto que se argumente su aplicación hacia el futuro, para no generar condiciones de inseguridad jurídica (Góngora, 1997). Posición que ha sido objeto de convalidación de manera reciente por el Consejo de Estado, cuando al momento de expedir sentencias que de una u otra manera viran el sentido de algún precedente, prohíbe su aplicación retroactiva, partiendo de argumentos especialmente ligados con la seguridad jurídica y la confianza legítima en la administración de justicia:

*“de ahí que la racionalidad de observar y seguir un precedente se justifique, en esencia, por la consecución de los fines de coherencia, uniformidad, predictibilidad y sistematicidad, razones éstas protegidas al amparo de la cláusula de Estado de Derecho*

*Desde esta aproximación se advierte que el precedente pasa a constituirse en una manifestación singularmente tutelada por el debido proceso (judicial o administrativo) que se concreta en el derecho subjetivo a que se aplique en su favor el derecho vigente acorde a las mismas consideraciones o razones expuestas en previas decisiones de la autoridad, esto es, la extensión de esas consideraciones jurídicas más notables al nuevo asunto conocido.*

*(...) De este modo el precedente constituye garantía cualificada de objetividad en la aplicación del ordenamiento por cuanto quien sentó el criterio como quien debe sujetarse a él deben dar continuidad al mismo abstracción hecha de las situaciones circunstanciales o accidentales (no relevantes) que se configuren en cada caso, siendo un mecanismo de control de consistencia e imparcialidad de la actividad judicial.” (Exp. 57279, 2017)*

Posición expuesta del Consejo de Estado, que entre otras bebió del derecho internacional y de la aplicación del control de convencionalidad, pues tuvo como fundamento el caso surtido ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de Narciso Palacios Vs Argentina, en la cual se dijo:

*“En efecto, como ya ha observado la Comisión ut- supra, el rechazo de su demanda tuvo como fundamento una interpretación jurisprudencial posterior a la fecha de la interposición de su demanda, la cual le fue aplicada en forma retroactiva a su caso particular. Por tanto, no se trató de una omisión o ligereza de su parte sino de un*

*cambio drástico en la interpretación de la normativa que las cortes aplicaron retroactivamente en su perjuicio.*

*Es precisamente este tipo de irregularidades las que trata de prevenir el derecho a la tutela judicial efectiva, garantizado en el artículo 25 de la Convención, el cual impide que el acceso a la justicia se convierta en un desagradable juego de confusiones en detrimento de los particulares”*

Así las cosas, es claro que la prohibición de la retroactividad en la aplicación del precedente en Colombia, además de tener como fundamento la irretroactividad de la ley, se nutre desde lo más profundo de los principios constitucionales que se explicaron arriba y que garantizan como tal, las condiciones justas de igualdad, estabilidad, predictibilidad, legalidad, seguridad jurídica y confianza legítima, que permiten la existencia de un Estado de Derecho, además que también se torna como un análisis asimilable a través del control de convencionalidad, pues ello como se indicó, fue objeto de estudio en una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, lo cual, hace imperativo que se adopte tal lineamiento.

Esta idea ha sido objeto de pronunciamiento por la doctrina internacional desde distintos aspectos, tanto sociológicos como sociojurídicos, partiendo especialmente de la predictibilidad del sistema normativo y con ello hace las veces de regla de conducta social. Por ejemplo (Aarnio, 1991, pág. 32) señala que *“los tribunales tienen que comportarse de manera tal que los ciudadanos puedan planificar su propia actividad sobre bases racionales. En muchos casos, las decisiones jurídicas son la única razón propiamente dicha de una*

*planificación de futuro” agregando que las decisiones judiciales no sólo deben ser predecibles, sino justas y respetuosas de los principios:*

“no es suficiente que las decisiones sean previsibles. Así, por ejemplo, en una dictadura la práctica de los tribunales puede no ser arbitraria en el sentido de que el grado de previsibilidad puede ser alto y, al mismo tiempo, cada decisión particular puede violar gravemente las más elementales exigencias de justicia” (Aarnio, 1991, pág. 27)

Dicho autor entonces defiende la seguridad jurídica que debe traer el desarrollo del precedente, en el sentido que sirve como forma de regulación de la conducta y de las decisiones sociales, sin embargo también carga con una finalidad principalística las decisiones que se adopten, en el sentido que deben corresponder a los estándares de justicia, lo cual también es sostenido entre otros, por algunos doctrinantes Argentinos como Eduardo Soderó quien hablando de la previsibilidad del sistema jurídico vs la justicia indicó:

“ Es que la existencia de concretos criterios jurisprudenciales de hecho orienta la conducta de los particulares, quienes basándose en ellos (y no sólo en las normas legislativas) obran en cierto sentido, emprenden ciertos negocios o celebran ciertos contratos, lo cual determina que la posterior modificación de las pautas tenidas originariamente en cuenta genere fuertes inquietudes desde el plano de las exigencias de justicia, que no pueden ser respondidas genéricamente sino sólo a partir de necesarias distinciones, pues cada clase de precedentes tiene sus propias implicancias y reglas para su abandono.” (Soderó, 2004).

Ahora, se considera que realmente el estadio ideal de la aplicación del precedente en el tiempo, no es sólo la irretroactividad, sino que debe conjugarse en virtud del principio de favorabilidad, con la prospectividad, pues ello simplemente garantiza los mandatos de optimización o progresividad en el ejercicio de los derechos de las personas, logrando así, que, de cualquier manera, se aplique la mejor situación al ciudadano y con ello se logre una decisión más justa, compartiendo profundamente la conclusión a la que llega el mismo (Sodero, 2004):

“más allá de la materia concreta de que se trate, y de encuestas en la jurisprudencia y en la literatura, nuestra tesis es que ninguna fórmula podrá expresar suficientemente la respuesta para esta problemática, y por ello parece forzoso concluir en que será el juicio prudencial del juez el que ha de determinar en cada caso la alternativa más justa *hic et nunc*, a partir de ponderar "los méritos y deméritos en cada caso" (según la fórmula ya citada de "Linkletter v. Walker"), teniendo en claro que la cuestión "no debe ser gobernada por concepciones metafísicas sobre la naturaleza del *judge-made law*, ni por el fetiche hacia algún dogma implacable como el de la división de los poderes gubernamentales, sino (...) por el más profundo sentido de justicia”

En este punto entonces, resulta como propuesta del autor que al estudio del precedente jurisprudencial en Colombia, no pueden dársele de manera general efectos retroactivos, pues tal posición genera un conflicto jurídico con los principios de confianza legítima, igualdad, seguridad jurídica, entre otros, que podrían ventilarse en el estudio de un caso concreto, muy por el contrario se considera que los efectos del precedente siempre deben ser hacia el futuro manteniendo como elemento necesario de análisis el juicio de favorabilidad, de tal forma que si una decisión judicial que hace precedente puede ser

aplicable a un determinado asunto de manera inmediata por resultar más beneficiosa para el administrado, esa será la idea que deberá defender el juez.

A modo de propuesta de subregla constitucional en la aplicación del precedente, se señala la limitación en el tiempo de la aplicación del precedente jurisprudencial, de la siguiente manera: (i) Sin retroactividad o hacia el futuro, cuando se generen condiciones procesales o que puedan resultar lesivas a los administrados y; (ii) prospectiva, cuando lo que se logre en el caso concreto, sea la optimización de mandatos constitucionales, de tal manera que se genere una evolución del derecho y una solución más justa de la controversia planteada, enmarcando así el sistema colombiano cada vez más en una búsqueda de la justicia a través de la escuela del antiformalismo jurídico.

## 5. Conclusiones

- A modo de hipótesis se planteó una transgresión de la axiología constitucional colombiana representada en principios como legalidad, debido proceso y confianza legítima en el marco de la aplicación antitécnica del precedente y sin tener mayor atención a los conflictos que se pueden presentar al momento de determinar la aplicación en el tiempo de las decisiones judiciales.

Si se mira el contexto histórico y los orígenes de la teoría del precedente, en especial la legitimidad del *judicial review – control de constitucionalidad* a través del realismo jurídico, se tiene que la jurisprudencia es un fin del derecho y con ella se pretende brindar a los ciudadanos una justicia social a través de un estudio sociológico de lo correcto y así, que la ética del valor repercuta positivamente en el dinamismo social.

La teleología del precedente a través del *judicial review* y su fundamentación en el realismo jurídico, fija el derecho como una forma de solucionar los conflictos sociológicos presentes en determinado grupo de personas y con prospecto progresista, sin que al ente decisorio le sea dable, no sólo desde la axiología que fundamenta el precedente, sino desde los valores constitucionales y convencionales, ejercer posiciones regresivas de los logros jurídicos obtenidos por la comunidad. Así que el realismo jurídico permea, no sólo en la intangibilidad de la ética jurídica al sistema de precedentes colombiano, sino a través de los principios y valores constitucionales e internacionales como el de la no regresividad, de modo que limita

al administrador de justicia a no proponer fórmulas jurídicas que conlleven un detrimento de los derechos ya declarados en sede judicial.

- Sin perjuicio de la prohibición de no regresión que existe en materia judicial, cuando el operador jurídico en el grado que se encuentre, considere que una posición existente por beneficiosa que resulte a un grupo determinado de personas, resulta contraria a derecho o lesiva a un colectivo social mayor, está en la posibilidad de, a través de una posición razonada, apartarse del precedente ejerciendo la debida motivación de su decisión. Sin embargo, esa facultad se encuentra limitada en el marco de la teoría que se estudia, a cuatro escenarios: (i) precedente invalidado por un superior; (ii) Debilitamiento del precedente; (iii) separarse del propio precedente; y (iv) decisiones en conflicto.

En ese orden de ideas, en el marco del llamado “gobierno del juez”, al operador judicial le es dado apartarse del precedente bajo los anteriores escenarios, sin embargo, el cambio de línea decisoria alguna, por lo general afecta a una u otra parte, de tal forma que, al menos en el término inmediato y sobre los litigios que ya habían sido planteados y correctamente trabados, se encuentra un cambio significativo sobre las reglas bajo las cuales se planteó inicialmente la controversia y ello conlleva un riesgo a la seguridad jurídica de los administrados, el debido proceso e incluso el derecho de acción y de defensa, en cuanto, de no limitarse los efectos en el tiempo del precedente judicial se itera, el fallo por adoptarse implica la adopción de normas diferentes a las que fueron determinadas al momento de presentarse o contestarse la demanda.

- Los principios y valores de que se nutre el Estado Social de Derecho en materia de administración de justicia, son: legalidad, seguridad jurídica, igualdad, confianza

legítima; si se diera la lectura sociológica del derecho a través del realismo jurídico, el cambio jurisprudencial solo sería en pro del avance en los derechos de los administrados y no se adoptarían posiciones para estos regresivas, sin embargo, sea cual sea el motivo, inaplicar el precedente judicial lleva implícitos conflictos por afectación de los postulados normativos y constitucionales a una u otra parte, de tal forma que a modo de propuesta del presente trabajo, resulta de relevancia suprema que se establezca una sub regla constitucional que limite la aplicación en el tiempo del precedente, como se pasa a explicar.

Existen posiciones encontradas entre las altas cortes sobre la aplicación en el tiempo del precedente, algunas decisiones dicen que deben ser retroactivas, retrospectivas, ultractivas o prospectivas. Acá se plantea simplemente la prohibición de retroactividad de la fuerza vinculante del precedente desde la idea amplia de la irretroactividad de la ley o de la norma, en conjunción con el principio de favorabilidad que lleva al régimen prospectivo del precedente, pues ello simplemente garantiza los mandatos de optimización o progresividad en el ejercicio de los derechos de las personas, logrando así, que, de cualquier manera, se aplique la mejor situación al ciudadano y con ello se logre una decisión más justa, compartiendo profundamente la conclusión a la que llega el mismo.

- En ese orden de ideas, al considerar que la aplicación antitécnica del precedente en el tiempo implica un conflicto en los principios constitucionales que nutren el Estado Social de Derecho, por ser contrarios de una u otra manera a los intereses de los administrados, se propone a modo de sub regla constitucional del precedente, que su aplicación en el tiempo se limite siempre bajo los efectos de la irretroactividad y prospectividad, de tal manera que se limite su aplicación a eventos pasados y solo se permita la adopción inmediata, cuando

ello no genere un conflicto de principios entre las partes de un litigio, o en su defecto, cuando sea favorable a un grupo focal de personas o al administrado que demanda.

## 6. Referencias Bibliográficas

- Aarnio, A. (1991). Lo racional como razonable. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Agudelo, C. A. (2015). La Democracia de los jueces: La rama menos peligrosa como poder prodemocrático en la práctica constitucional. Bogotá: Leyer.
- Alarcón, I. A. (2012). El régimen de transición de la Ley 100. Tensiones entre el legislador, el juez y el administrador. Bogotá, D.C, Colombia .
- Alexy, R. (1993). Teoría de los Derechos Fundamentales. Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales.
- Andrews, N. (2008). The Modern Civil Process: Judicial and alternative forms of dispute resolution in England. Mohr Siebeck.
- Arrázola Jaramillo, F. (2013). El Concepto de Seguridad Jurídica, Elementos y Amenazas Ante la Crisis de la Ley Como Fuente del Derecho. Revista de Derecho Público.
- Atienza Rodríguez , M. (1987). Para una razonable definición de <<razonable>>. DOXA N°4, 4, 189-199. doi:10.14198/DOXA1987.4.13
- Bentham, J. (1970). Of Laws in General. Londres: The Athlon Press.
- Bentham, J. (1987). Anarchical Fallacies. En J. Waldrom, Nonsense upon stilts. Londres: Mathen.
- Bentham, J. (1987). Supply Without Burthen or Escheat Vice Taxation. Londres.
- Bernal, P. C. (2008). El Precedente en Colombia. Derecho del Estado No. 21, 83-84.

- Bernal, P. C. (2009). El Precedente en Colombia. En *El Neoconstitucionalismo y la Normatividad del Derecho*. (pp. 153 a 167). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Bickel, A. (1962). *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the bar of politics*. Yale University Press.
- Bill of Rights. (1689).
- Bingham, T. (2018). *El Estado de Derecho*. México: Tirant.
- Calvo Vidal, F. M. (1992). *La Jurisprudencia ¿Fuente del Derecho?* Valladolid: Lex Nova SA.
- Camacho, Á., Corchuelo, A., Meló, J. O., & Rojas Guerra, J. M. (2013). Colombia en los 80: hacia una caracterización de la coyuntura histórica en Colombia . *Boletín Socio-Económico*, 4.
- Carta Magna. (1215).
- Consejo Nacional Legislativo. (1886). Ley 61 de 1886.  
[https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/Normograma/docs/ley\\_0061\\_1886.htm](https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/Normograma/docs/ley_0061_1886.htm)
- Constitución de la República Italiana. (1947). Roma, Alessandria.
- CONstituyente, A. N. (1991). *Constitución Política de Colombia*.
- Cuello, C. M. (2012). La Obligatoriedad del Precedente judicial frente a las autoridades administrativas colombianas. *Revista - Vis Iuris*, 95.
- Daza, S. P., & Quinche, R. H. (s.f.). FINALIDAD DE LOS PRINCIPIOS Y VALORES CONSTITUCIONALES EN EL CONTEXTO DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO EN COLOMBIA. *Verbaiuris*, 1(3).

- Deik Acostamadiedo, C. (2017). *El Precedente Contencioso Administrativo: Teoría Local para Determinar y Aplicar de Manera Racional los Precedentes de Unificación del Consejo de Estado*. Bogotá: Externado.
- Diek, C. (2018). *El precedente contencioso administrativo: Teoría local para determinar y aplicar de manera racional los precedentes de unificación del Consejo de Estado*. Universidad Externado de Colombia.
- Dworkin Ronald. *The Model of Rules*, Chicago: Chicago University, 1967. En Londoño Nestor Raúl. 2007. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas Vol 36 No. 106 Universidad Pontificia Bolivariana P. 55 -68. p. 61*
- Dworkin, R. (2002). *Los Derechos en serio*. Barcelona: Ariel.
- Farnsworth, E, A. (1990). *Intrudición al sistema legal de los Estados Unidos*. Buenos Aires: Zavalia .
- Fine, T. J. (2012). En N. Bernal Cano, *El valor de la jurisprudencia como fuente creadora de derecho*. Madrid: Dykinson.
- Garay, A. (2009). *La enseñanza del caso Marbury vs Madison*. Academia, 121-136.
- García de Enterría, E. (1984). *Principio de legalidad, estado material de derecho y facultades interpretativas y constructivas de la jurisprudencia en la constitución*. *Revista Española de Derecho Constitucional* .
- Góngora, G. (1997). *Introducción al estudio del juicio de amparo*. Ciudad de México.
- Gonzalez Quintero, R. (2011). *Ley fundamental, supremacía de la constitución y control constitucional: Una aproximación distinta a la sentencia Marbury vs Madison y a los orígenes de la Justicia Constitucional*. *Jurídicas*, 13-29.
- Harris, R. C. (2012). *El precedente en el derecho inglés*. Madrid: Marcial Pons.
- Hart, H. (1961). *El Concepto del Derecho*. Buenos Aires: Abeledo - Perrot.
- Helvering Vs Hallock, 309 US 106 (US Supreme Court 1940).

- Hernán Mejía Velásquez, C. E. (1994). Panorama Socio-Económico y Político de Colombia a partir de 1950. Pensamiento Humanista .
- Ihering, R. (1896). El Espíritu del Derecho Romano en las diversas fases de su desarrollo. Madrid: Comares.
- Iturrabe Sesma, V. (1995). El precedente en el Common Law. Madrid: Civitas .
- James, W.F, A. (2007). English Historical Constitution.
- James, W. (1975). The meaning of Truth. A Sequel to Pragmatism. Cambridge and London.
- James, W. (1985). Pragmatismos. Altamira: Sarpe.
- Jaramillo, J. T. (2012). El precedente judicial en Colombia: papel valor asignados a la jurisprudencia . Bogotá : Ibañez.
- Kant, I. (2002). Fundamentación metafísica de las costumbres. Madrid: Alianza.
- Kelsen, H. (1999). Teoría Pura del Derecho. Buenos Aires: EUDEBA.
- Ley Fundamental de la República Federal Alemana. (1949). (P. D. Macho, Trad.) Alemania: Bundestag Alemán.
- Londoño S., N. R. (2007). La obligatoriedad de los principios del derecho en el common law de los Estados Unidos. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas U. Javeriana, 55-68.
- López Medina, D. F. (2006). El Derecho de los Jueces. Bogotá: Legis.
- Madrid, M. (2000). Diccionario Básico de Términos Jurídicos (2ª Edición ed.). Santafé de Bogotá, Colombia: Legis.
- Magaloni Kerpel, A. L. (2001). EL precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano. Madrid: Mc Graw Hill.
- Manrique, A. (1991). La Constitución de la nueva Colombia (2ª Edición ed.). Santafé de Bogotá, Colombia: Cerec.

- Matteucci, N. (1988). Organización del Poder y Libertad: Historia del constitucionalismo moderno. Madrid: Trotta.
- Medina López, D. E. (2006). Módulo de Interpretación Constitucional. Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.
- Medina, D. E. (2016). Eslabones del Derecho. Bogotá: Legis.
- Medina, D. E. (2004). Teoría Impura del Derecho . Bogotá: Legis.
- Medina, D. E. (2006). El Derecho de los Jueces. Bogotá DC : Legis Editores .
- Moreno Cruz, P. (2014). Una pequeña caja de herramientas para el estudio de los sistemas de relevancia más o menos vinculante del Precedente Judicial. Serie de Temas de Derecho Administrativo N1, 84.
- Nisimblat, N. (2020). El sistema de precedentes en Colombia. Revista Col Ciencia, 1 - 10.
- Pérez Lledó, J. A. (1996). Teorías Críticas del Derecho. En El Derecho y la Justicia. Madrid: Trotta.
- Petición de Derechos. (1628).
- Rodríguez, C. (1999). La decisión Judicial: El debate Jart - Dworkin. Bogotá: Siglo del Hombre - Universidad de los Andes.
- Rousseau, D. (1999). Droit du contentieux constitutionnel. París: Montchretien.
- Rupert Cross, J. H. (2012). El precedente en el derecho inglés. Madrid: Marcial Pons.
- Santofimio G, J. O. (2010). La Fuerza de los precedentes administrativos en el sistema jurídico del derecho positivo colombiano. Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo.
- Sierra Porto, H. (s.f.). La Administración de Justicia en el Estado Social de Derecho Colombiano.
- Sodero, E. (2004). Sobre el Cambio de Precedente. Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, 217-251.

Suprem Court of the United State. (2019). Rules.

Taruffo , M. (2007). Precedente y Jurisprudencia. Anuario Jurídico 2007 Universidad ICESI, 95.

Taruffo, M. (2003). Segunda lección: El precedente. En Cinco lecciones mexicanas. México DF.

## **SENTENCIAS**

### CORTES INTERNACIONALES

Corte Interamericana de Derechos humanos: Sentencia del Caso Narciso Palacios vs Argentina – 29 de septiembre de 1999.

Corte suprema de Estados Unidos: Marbury Vs Madison. (1803).

Corte suprema de Estados Unidos: Payne vs Tennessee, 501 US 808 (1991).

Corte suprema de Estados Unidos: Weymouth vs Windsor Police Dep, 4550 CRB 1-02-7 (CONNECTICUT WORKERS COMP. DECISIONS 2003).

### CONSEJO DE ESTADO

Consejo de Estado Sentencia del 26 de septiembre, 2016-00278-01 (Consejo de Estado 2016).

Consejo de Estado Sentencia del 27 de marzo, 2000-02513 (Consejo de Estado 2007).

Consejo de Estado Sentencia del 4 de septiembre, 57279 (Consejo de Estado 2019).

Consejo de Estado Sentencia del 4 de septiembre Exp. 57279 (Consejo de Estado 2017).

Consejo de Estado Exp. 58890, 05001233100020100046301 (Consejo de Estado 2018).

Consejo de Estado Sentencia SU 014 CE - S2 2019, 680012333000201500569-01

(Consejo de Estado 25 de abril de 2019).

## CORTE CONSTITUCIONAL

Corte Constitucional: Sentencia C – 836 del 2001

Corte Constitucional: Sentencia de Unificación 075 del 2018

Corte Constitucional: Sentencia de Unificación 406 de 2016

Corte Constitucional: Sentencia C - 120 de 2003.

Corte Constitucional: Sentencia C - 529 de 1994.

Corte Constitucional: Sentencia C - 811

Corte Constitucional: Sentencia C - 836, D - 3374 del 2021.

Corte Constitucional: Sentencia C 037 de 1996.

Corte Constitucional: Sentencia C 104 de 1993.

Corte Constitucional: Sentencia C 131 de 2004.

Corte Constitucional: Sentencia C 483, D - 244 de 1993.

Corte Constitucional: Sentencia C 621 de 2015.

Corte Constitucional: Sentencia C 816 de 2011.

Corte Constitucional: Sentencia C-549 de 1993.

Corte Constitucional: Sentencia C-836, D - 3374 de 2001.

Corte Constitucional: Sentencia de Unificación 075 de 2018.

Corte Constitucional: Sentencia SU 354 de 2017.

Corte Constitucional: Sentencia SU 406 del 2016.

Corte Constitucional: Sentencia T 123 de 1995.

Corte Constitucional: Sentencia T 443 del 2018.

Corte Constitucional: Sentencia T 502 del 2002.

Corte Constitucional: Sentencias T-014, T - 1.693.110 del 2009.

#### CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Corte Suprema de Justicia 26 de agosto , 31039 (Corte Suprema de Justicia 2018).

Corte Suprema de Justicia sentencia 7 de julio, 36910 (Corte SUPrema de Justicia 2009).

Corte Suprema de Justicia Sentencia del 21 de enero , STC236 (Corte Suprema de Justicia 2019).

Corte Suprema de Justicia sentencia del 8 de noviembre , 47608 (Corte Suprema de Justicia 2017).