

# Violación de Principios Constitucionales por la Inaplicación del Precedente Jurisprudencial: Una Mirada desde la Aplicación en el Tiempo de la Teoría del Precedente\*

## Violation of Constitutional Principles by the Non-Application of Jurisprudential Precedent: A View from the Application in Time of the Theory of Precedent \*

Jhon Marlio Gutiérrez Castañeda \*\*

Como citar este artículo: Gutiérrez C. (2024). Violación de Principios Constitucionales por la Inaplicación del Precedente Jurisprudencial: Una Mirada desde la Aplicación en el Tiempo de la Teoría del Precedente. *Verba Iuris* (51), pp. 191-214. DOI: <https://doi.org/10.18041/0121-3474/verbaiuris.51.11495>

### 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

---

Fecha de recepción: 03 de febrero de 2023 Fecha de aceptación: 20 de agosto de 2023

\* Este artículo es producto de la línea de investigación en función pública de la Maestría en Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Caldas.

\*\* Estudiante de la Maestría en Derecho Público de la Universidad de Caldas, Especialista en Derecho Procesal de la Universidad del Rosario, Especialista en Derecho Constitucional de la Universidad del Rosario. Correo electrónico: [jhonmarlio@hotmail.com](mailto:jhonmarlio@hotmail.com) [jgutierc@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:jgutierc@cendoj.ramajudicial.gov.co) ORCID: <https://orcid.org/0009-0006-6013-8767> CvLAC: [https://scienti.minciencias.gov.co/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod\\_rh=0002115923](https://scienti.minciencias.gov.co/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod_rh=0002115923) Google Académico: [https://scholar.google.es/citations?view\\_op=new\\_profile&hl=es](https://scholar.google.es/citations?view_op=new_profile&hl=es)

Reception date: February 3, 2023 Acceptance date: August 20, 2023

\* This article is product of the research line in public function of the Master in Public Law of the Law School of Universidad de Caldas.

\*\* Student of the Master in Public Law of Universidad de Caldas, Specialist in Procedural Law of Universidad del Rosario, Specialist in Constitutional Law of Universidad del Rosario. Electronic mail: [jhonmarlio@hotmail.com](mailto:jhonmarlio@hotmail.com) [jgutierc@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:jgutierc@cendoj.ramajudicial.gov.co) ORCID: <https://orcid.org/0009-0006-6013-8767> CvLAC: [https://scienti.minciencias.gov.co/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod\\_rh=0002115923](https://scienti.minciencias.gov.co/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod_rh=0002115923) Google Scholar: [https://scholar.google.es/citations?view\\_op=new\\_profile&hl=es](https://scholar.google.es/citations?view_op=new_profile&hl=es)

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 anti técnica, 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 anti técnica 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.

## Abstract

The government of the judge, a legal system that appears as a response to the need of society to provide answers to different problems. This need of yesteryear materialized in the theory of jurisprudential precedent from the “*reports*” (collections of jurisprudence - English system) or from the “*judicial review*” (American system), which was assumed in Colombia under the particularities of its own system. While it is true that it is considered a success to have assumed the system of precedents in the local legal system, it is also true that in practice the judicial body departs to some extent from the technique of the system of case law precedents, especially for the effects of decisions and jurisprudence case law over time; which in the opinion of this thesis writer can generate, depending on the effects that occur and the type of decision to be adopted, the violation of constitutional principles such as: legality, legal certainty, equality and legitimate confidence. In such virtue, a proposal is generated by way of conclusion to prospectively apply the jurisprudential precedent, in such a way that the constitutional mandates are optimized in the decisions of the judicial body.

The objective is to identify the constitutional values and principles that may be transgressed by the non-technical application, or failing that, the non-application of the jurisprudential precedent in the Colombian system and, as mentioned above, to generate a proposal to overcome such difficulties. In the development of the work, primary and secondary bibliographic sources are used, in addition to the verification and analysis of the jurisprudence that may contain elements of interest for these lines.

Finally, it is possible to identify that Jurisprudence as an end of law aims at the fair solution of social conflicts, therefore, the anti-technical application of the system of jurisprudential precedents entails a risk to the legal certainty of those administered, since a concrete case could be decided with different and unfavorable norms to the administered, from when the claim was filed.

## Palabras claves

Control de constitucionalidad, precedente jurisprudencial, seguridad jurídica, antiformalismo jurídico, jurisprudencia.

## Keywords

Control of constitutionality, jurisprudential precedent, legal certainty, legal anti-formalism, jurisprudence.

## Introducción

Desde el momento en que se plantearon los estados constitucionales a lo ancho del planeta, 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 esta 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, Domminique, 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 en 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.

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.

## Planteamiento del Problema

En el marco de la labor judicial que desempeña el autor, son distintos los dilemas que se encuentran al momento de abordar algunas temáticas y tomar decisiones, asuntos como la jerarquía, vigencia y eficacia normativa, aplicación de las normas en el tiempo y hasta qué se constituye en norma, son asuntos

comunes de discusión en los despachos judiciales. Si bien la eficacia y utilidad normativa son discusiones que pueden tratar el fondo de los derechos discutidos y admiten cierto margen de discrecionalidad en la decisión que se llegue a adoptar, el concepto de norma, su jerarquía, vigencia y aplicación en el tiempo, debería ser unificado, de tal forma que todas las personas encargadas de administrar justicia partan de iguales concepciones y conocimientos plenos al respecto, haciendo así más pronto y claro el ejercicio jurisdiccional.

En el caso particular, se cree el origen de ese problema en la pugna histórica de los sistemas legislativos y judiciales, pues cada uno tiene ciertas particularidades y ambos son concurrentes en el planteamiento del Estado colombiano. Por un lado, y tomando como base el derecho continental, se consideran de antaño fuentes del derecho: las leyes, la Constitución, la costumbre y los principios generales del derecho, dejando sin mayor peso la jurisprudencia, al tomarla como supletoria. Por otro lado, se ubica todo el desarrollo constitucional postrero a la Carta de 1991 que, partiendo del derecho anglosajón, incluye a la jurisprudencia como una fuente primaria del derecho en el sentido de que las decisiones hacen tránsito a interpretaciones jurídicas con fuerza normativa.

Así las cosas, y bajo la coexistencia de los dos sistemas arriba enunciados, se da la pugna entre juristas conservadores que erigieron su conocimiento en el derecho civil derivado de los planteamientos continentales negando la calidad de fuente primaria del derecho a la jurisprudencia y creyendo en el progreso jurídico a cargo del legislador, en contraposición de aquellos liberales que inspirados especialmente en el constitucionalismo inglés y norteamericano, creen en la jurisprudencia como una fuente principal del derecho y la erigen como figura encargada de materializar el desarrollo jurídico estatal.

Particularmente se cree que ese debate ha desgastado a juristas nacionales que, por reconocer o negar la legitimidad del precedente jurisprudencial en Colombia y sus efectos vinculantes, han dejado a un lado el desarrollo de su técnica, pues, más allá de tenerse todo un entramado constitucionalista tendiente a fundamentar el uso del *stare decisis*, no se ha logrado generar una teoría propia y homogénea que facilite el ejercicio jurisdiccional y que brinde las garantías suficientes a los administrados. Si bien la jurisprudencia y la doctrina en el tiempo que lleva la Constitución Política de 1991 han logrado introducir, fundamentar y explicar las figuras predominantes de la teoría del precedente para Colombia, generando lo que podría creerse una mixtura entre el sistema de precedente inglés y el norteamericano, se cree que siguen quedando puntos inconclusos y abiertos a interpretación, generando aplicaciones anti técnicas de la jurisprudencia y vulnerando así derechos fundamentales y procesales de los administrados.

Para explicar lo anterior, se destaca que desde la Constitución de 1991 el sistema de precedente en Colombia se ha estructurado en virtud del llamado Control de Constitucionalidad de donde se deriva la legitimidad del imperio del juez y con ello el carácter vinculante de las sentencias bajo unas condiciones especiales descritas por la jurisprudencia y la doctrina, tales como los precedentes verticales, horizontales y la posibilidad de apartarse del precedente bajo los procesos de: (i) el proceso de distinción, (ii) argumentar un error del precedente o (iii) el cambio de los paradigmas normativos. Sin perjuicio de estas características que están claras y delimitadas, pocos son los fallos y escritos especializados que unifiquen las características de las decisiones judiciales en Colombia y sus efectos, a tal punto que en la actualidad está casi que al arbitrio del juez si se da o no el alcance de norma a las sentencias y, peor aún, su aplicación en

el tiempo. Sobre este último punto, la Corte Constitucional ha señalado que las sentencias deben tener un efecto en el tiempo retroactivo, salvo que se afecten derechos fundamentales de las partes; sin embargo, si una sentencia tiene efectos normativos y es equiparable con el concepto amplio de “ley”, debe aplicársele también en principio, la prohibición de retroactividad y cuando resulte más favorable para los ciudadanos correspondería dársele efectos prospectivos.

Así las cosas, considerando como erróneo el planteamiento de la retroactividad jurisprudencial expuesto por la Corte Constitucional que, además, resulta carente de claridad habiendo dejado una fórmula abierta que permite la discrecionalidad sobre los efectos en el tiempo de las sentencias, se podría generar con ello una violación de derechos fundamentales y procesales del conglomerado social, tales como violación de los principios de: i) legalidad, (ii) seguridad jurídica, (iii) igualdad y (iv) confianza legítima en la administración de justicia.

## Hipótesis

En el marco del constitucionalismo colombiano, la teoría del precedente jurisprudencial se afianzó materializando así el llamado imperio del juez, pasando a ser la judicatura quien se encarga de dinamizar la producción del derecho a través de sus providencias que adquieren connotación de normas jurídicas o interpretaciones vinculantes. Por ello es por lo que, partiendo de las reglas del “*stare decisis*”, se considera que la actual aplicación en Colombia de la teoría del precedente lleva implícitas serias transgresiones de los principios constitucionales de legalidad, seguridad jurídica y confianza legítima, especialmente, por la aplicación anti técnica que se ha dado sobre los efectos en el tiempo de las decisiones judiciales que hacen precedente.

## Diseño Metodológico

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.

## Resultados

### La teoría del precedente y sus orígenes en el derecho inglés y norteamericano.

El precedente jurisprudencial como teoría puede ser abordado desde distintos orígenes, siendo el constitucional aquel que goza de mayor importancia para la idea en desarrollo, en el entendido que las teorías estatales y con ello los modelos de gobierno jugaron un papel fundamental plasmando principios constitucionales para equilibrar y limitar las distintas ramas del poder público, buscando eliminar cualquier viso de tiranía. En ese contexto se generó un movimiento revolucionario dentro del derecho estadounidense, mediante el cual se dio una variación al principio de “soberanía parlamentaria”, concediéndole a la Corte Suprema de Justicia o en general a la cabeza del órgano judicial, la posibilidad de anular e interpretar leyes de conformidad con el texto constitucional, figura que adoptó el nombre de control de constitucionalidad o “*judicial review*”.

Sin perjuicio de ello, debe señalarse que el precedente jurisprudencial tiene por excelencia origen en la doctrina inglesa, donde adquirió un desarrollo fuerte y estable, permitiendo con el paso del tiempo una serie de pautas o reglas que

fijan el alcance de las decisiones del juez. En ese marco se desarrolló la teoría denominada “*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), pudiendo concluir de acuerdo con tal desarrollo que la característica principal adoptada para las sentencias judiciales es que adquieren el valor objetivo de norma y según dicen (Rupert Cross & J. W. Harris, 2012), “*los casos similares deben ser decididos de manera similar*”, según establezca la jerarquía del juez que adopta la decisión y el carácter vinculante que la misma adquiere. Para concretar, el sistema basado en el “*Judicial Review*” otorga al juez la posibilidad de ejercer la defensa del texto constitucional y, en últimas, del derecho como bien superior, pues le está encargado atender las necesidades sociales y solucionarlas a través de sentencias que a la postre son vinculantes o por lo menos deben tener criterios orientadores para casos posteriores. Las principales características de la aplicación de la teoría del precedente en Inglaterra se enmarcan en el respeto por la jerarquía judicial y las decisiones de los superiores.

Además de la fuerza vinculante y el papel que juega el precedente como fuente del derecho en la teoría inglesa, es importante identificar las excepciones planteadas en el entendido que hay elementos comunes en la doctrina colombiana que permiten el dinamismo jurídico, así, se han logrado identificar para el caso británico, los siguientes puntos: : (i) precedente invalidado por un superior técnicamente conocido como “*overruling*” que pasa de manera expresa o tácita, (ii) debilitamiento del precedente también conocido como “*undermining*” que se materializa con la pérdida de fuerza vinculante del precedente, (iii) separarse del propio precedente

y finalmente (iv) cuando existen decisiones en conflicto, lo cual lleva a que una tome fuerza y la otra entre en desuso.

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, ha tenido un desarrollo especial a partir de la idea del “*Judicial Review*” o 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, p. 175) 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, 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. Las características del precedente en la doctrina inglesa permiten mayor flexibilidad en su aplicación. Ya para el caso norteamericano, la regla del “*stare decisis*” opera de una manera más flexible, donde se diferencia entre precedentes vinculantes y persuasivos, además que su obligatoriedad no tiene el mismo rigor que en el inglés, pues, “*(...) el juez posterior es libre de desconocer lo que sus predecesores han decidido en casos similares en los fallos que han sido invocados ante ellos*”. (Rupert Cross, J.W Harris, 2012, p.p. 72-73).

“*La dinámica que impone el stare decisis es fácil de describir. En virtud de este principio los jueces han de decidir los casos del presente*

*atendiendo a cómo se decidieron casos iguales o semejantes en el pasado. En sentido horizontal, el stare decisis fuerza la vinculación del juez a sus decisiones anteriores. En sentido vertical, a las de los tribunales superiores que ejercen sobre ellos jurisdicción en apelación. En principio, los jueces no están obligados por precedentes establecidos por tribunales de su mismo rango, ni por los de tribunales de apelación sin jurisdicción sobre ellos. Por ello se suele distinguir entre precedentes vinculantes y precedentes persuasivos dependiendo de la relación que liga a unos tribunales con otros (un precedente obligatorio para unos tribunales será persuasivo para otros). Los únicos precedentes con fuerza obligatoria para todos los jueces son los que proceden del Tribunal Supremo (en el caso de los Estados Unidos, en materias de derecho federal)” [(Cuello, 2012, pag 95), utilizando las palabras de María Ángeles Ahumada Ruiz (2003, p. 356)]*

Tratando de superar el escollo diferenciador de ambas doctrinas, se puede concluir que: *“aunque el derecho americano descienda del inglés, existen marcadas diferencias entre ambos sistemas, que obedecen principalmente a razones históricas y políticas. Entre las primeras hay que señalar que en la formación del derecho de Estados Unidos permearon influencias diversas, tales como las costumbres de los pueblos indios originarios de ese país, así como el derecho de otros países de Europa como: Holanda, Francia y España, que también fueron parte de su colonización. Sin dejar de considerar que quien sentó las bases del derecho norteamericano fue en definitiva Inglaterra. Por otro lado, consideramos que las diferencias más importantes en este sistema surgen por la estructura política que adoptó después de su independencia, toda vez que esta fue constituida como República Federal, lo que implicó 50 sistemas jurídicos locales perviviendo al lado de un federal”. (García Martínez & Torres Zarate, 2008, p. 98).*

## **La teoría del precedente jurisprudencial en Colombia.**

Ya en el contexto latinoamericano, países como Argentina y Perú representan la llegada de la teoría del precedente en estas latitudes. Así, en el caso Argentino, el carácter vinculante del precedente no fue adoptado de manera expresa y solo hasta el “siglo XX, se introdujeron transformaciones en el ordenamiento jurídico argentino, a través de leyes de índole procesal que permitieron a los tribunales sentar doctrina obligatoria para sí mismos y para los tribunales jerárquicamente inferiores.” (Cuello, 2012, p. 97), de tal forma que, su sistema se ha ido adaptando para asumir el precedente como cultura jurídica. Nestor Pedro Sagues en su escrito “La eficacia vinculante de la jurisprudencia de la Corte Suprema de EE.UU y argentina”, aduce que:

*“Puede hablarse entonces de una jurisprudencia vinculante u obligatoria de la Corte, pero condicionada: el tribunal inferior está habilitado para apartarse de ella, siempre que dé fundamentos que sean: a) valederos; y b) diferentes a los ya examinados por la Corte. De hecho, esta regla importa una interpretación mutativa por adición al texto constitucional, que suma a las competencias de la Corte Suprema enunciadas inicialmente en la Constitución (...) cuya legitimidad, hoy día, se funda en razones parecidas al stare decisis estadounidense (...): igualdad, previsibilidad y economía. Son estos valores muy prácticos que la sociedad contemporánea cotiza significativamente, y que consolidan al peculiar stare decisis argentino, que, como su par norteamericano, aunque no de modo idéntico, recorta las facultades de juzgamiento de los jueces y el mismo control difuso de constitucionalidad, al imponerles límites acerca de cómo deben resolver”. (Sagues Nestor, 2006, p.p. 27-28).*

Contrario al caso Argentino, en Perú la vinculatoriedad del precedente viene planteada

desde el seno del sistema judicial, pues se contempló en el artículo VII del título preliminar del Código Procesal Constitucional, permitiéndose así, bajo condiciones específicas, que el Tribunal Constitucional Peruano tenga la facultad para decidir cuáles de sus decisiones constituirán precedente obligatorio:

*Artículo VII.- Precedente. Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente.*

Ya en el contexto colombiano, debe señalarse que hasta hace poco tiempo no fue muy claro el valor del precedente, pues se mantuvo la fórmula de antaño traída de Francia y de Chile, respecto de la jurisprudencia como fuente supletoria del Derecho. Sobre la consolidación de la teoría en estudio para el caso colombiano, el doctor López Medina en su obra *El Derechos de los Jueces* señaló:

*Desde finales del siglo XIX, según va la narrativa tradicional, el derecho colombiano importó del derecho español los conceptos de la doctrina legal probable y la doctrina constitucional. La función de estos conceptos fue la de definir el peso relativo de la jurisprudencia dentro de un sistema neo-románico de derecho. En efecto, el artículo 4 de la Ley 169 de 1986, subrogatorio del artículo 10 de la Ley 153 de 1887, le dio mérito valor indicativo a la jurisprudencia, siempre que ella se transformara en doctrina probable. Para ello se necesitaban tres sentencias uniformes de la Corte Suprema de Justicia, como tribunal de Casación, sobre un mismo punto de derecho. Sin embargo, si ello ocurría, la doctrina no se volvía precedente obligatorio; para el juez resultaba potestativo utilizarla como criterio indicativo*

*en la producción de una nueva sentencia. Por otra parte, el artículo 4 del Código Civil y el artículo 8 de la Ley 153 de 1887 hacen mención de la “doctrina constitucional”, dándole fuerza integradora e interpretativa solamente en aquellos casos en los cuales se presentan lagunas o ambigüedades normativas (Medina, 2006).*

De esta forma, el arribo de la teoría del precedente se dio a finales del siglo XIX, contexto histórico que según el profesor Carlos Alberto Agudelo Agudelo estuvo marcado por un excesivo control del poder presidencialista que “ha impedido el equilibrio de poderes” (Agudelo, 2014, p. 501). Sin embargo, en el desarrollo del sistema de precedentes colombiano jugó un papel preponderante la llamada Corte de Oro, entre 1936 y 1940, pues gracias a las lecturas, quizá tardías de los grandes teóricos del *Common Law*, se logró generar descrédito en el legalismo imperante del momento e iniciar una transición de ingreso a la teoría del precedente. El maestro Carlos Agudelo para retratar este cuadro manifiesta:

*“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, p. 519).*

Es oportuno señalar que la Carta de 1991 introdujo un cambio para el constitucionalismo criollo, lo cual dio entrada a la cultura del neoconstitucionalismo o constitucionalismo del Derecho, donde, se constituye como fundamental el principio de supremacía constitucional y se crea una Jurisdicción

Constitucional autónoma e independiente que según el artículo 241 Superior actúa como guardadora suprema de la Constitución. Anotándose que, uno de los cambios más importantes que se dio en el marco de la nueva constitución fue que no sólo se plasmó el principio de supremacía constitucional<sup>1</sup>, sino que se le dio verdadera exigibilidad, desde el control mixto de constitucionalidad, en pro de salvaguardar la Constitución como norma de normas y a su turno las interpretaciones con autoridad que la Corte Constitucional realizara sobre la carta.

Es así como, particularmente en Colombia, el precedente constitucional se convertiría en una herramienta determinante para efectos de proteger la Constitución como norma superior, pues a través de tal teoría se edificaron las líneas jurisprudenciales que dieron origen a precedentes vinculantes<sup>2</sup> que se afianzaron mediante la estructura jerárquica del órgano judicial y la existencia de tribunales de cierre en cada jurisdicción. Carlos Manuel Echeverri Cuello en su escrito *“La obligatoriedad del precedente judicial frente a las autoridades administrativas colombianas”* (Cuello, 2012, p. 95), a propósito de la regla citada y en palabras de Marta Mirnau (2004, p.p. 23 y 24) expresó: *“Esta regla implica que cuando un juez conoce de un asunto, o sea, de un caso antes de emitir un fallo debe considerar las decisiones de otros jueces, en casos anteriores, que se relacionen con los mismos hechos, dentro de una particular rama del Derecho. Esas decisiones, en lo que toca*

*a los puntos de derecho invocado, constituirán los precedentes judiciales. El hecho de recurrir a ellos, tiene por objeto reafirmar los principios jurídicos aplicables al asunto de que se trate, logrando, además, consistencia en los fallos. Se considera que los precedentes de los tribunales superiores son obligatorios y vinculatorios para ellos mismos, así como para los tribunales jerárquicamente inferiores, y que son los jueces de estos últimos los que, al invocar el fallo anterior, le confieren la calidad de precedente judicial”.*

Distintas son las críticas que se hacen a esa línea argumentativa, una de ellas es sobre el contenido del artículo 230 superior que dispuso: *“los jueces en sus providencias, solo están sometidos al impero de la Ley”*, apartado normativo que sirvió a los detractores del sistema de precedentes para sostener, desde una interpretación exégeta, la crítica donde el argumento central fue que el único elemento con fuerza vinculante dentro del texto constitucional, es la ley. Frente a esta posición: *“me opongo al precedente jurisprudencial obligatorio por dos razones fundamentales: en primer término, porque el artículo 230 de la Constitución solo le da el carácter de fuente subsidiaria a la jurisprudencia. Pero, más allá de lo que diga la Constitución colombiana, desde el punto de vista puramente doctrinal, defiendo la tesis de que la obligación rígida del precedente, es nefasta para un ordenamiento jurídico debido a que tiene más costos que beneficios”* (Jaramillo, 2012, p.p. 3-4).

Sin perjuicio de las críticas y posiciones en contrario, el sistema de precedentes llegó para quedarse pues, su desarrollo jurisprudencial – particularmente de la Corte Constitucional –, acerca de la interpretación del artículo 230 ha ido evolucionando, dejando atrás a la jurisprudencia como simple “criterio auxiliar” del derecho, ratificándose la posición, donde se indica que las providencias judiciales contiene normas de interpretación de las disposiciones jurídicas y que especifican su

<sup>1</sup> Artículo 4. La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.

Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades.

<sup>2</sup> Ver entre otras, las Sentencias T-566 de 1998; SU-1553 de 2000 y C- 569 de 2001.

contenido. (Bernal, 2008, p.p. 87-88). En este sentido, la sentencia que marcó un hito en el papel de la Jurisprudencia dentro del sistema de fuentes en Colombia fue la C-836 de 2001 en la que se decidió la demanda de constitucionalidad del artículo 4 de la Ley 169 de 1896 y donde la guardiana de la Constitución desarrolló la importancia del respeto hacia el precedente constitucional y judicial, dentro del ordenamiento jurídico colombiano, redibujando entonces el sistema de fuentes clásicas del derecho en Colombia. Sin embargo, la mencionada sentencia dejó la posibilidad de que el juez pueda apartarse de la vinculatoriedad del precedente, señalando entre otras cosas:

1. (...) 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”. (...) 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. (...)

2. El segundo supuesto en que, de acuerdo con la Corte Constitucional, es posible apartarse de la jurisprudencia, se presenta cuando ésta “habiéndolo 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”. (...) En este caso (...) 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”. (...) Es bien sabido que esta causal es el motor principal de evolución de la jurisprudencia, y en general del derecho. (...) 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.

4. 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).

En este punto pueden considerarse sucintamente abordadas las teorías del precedente en Inglaterra, Estados Unidos y Colombia, con sus principales descriptores y particularidades, haciendo énfasis en la forma en que cada sistema permite la inaplicación del precedente en pro de la evolución jurídica. A partir de este momento, se describirán los valores fundantes del ejercicio judicial en el marco del Estado Social de Derecho plasmado en la Constitución Política de 1991.

## Principios Constitucionales Afectados por la Inaplicación de la Teoría del Precedente

La fórmula del Estado Social de Derecho plasmada en la Constitución Política colombiana 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 a su rey, conocida propiamente como estado de derecho; y aquella fórmula que nacida del estado bienestar, buscó garantizar mínimos vitales a las personas. Entonces, el estado de derecho se entiende como una fórmula que dota al establecimiento de un poder especial donde ningún hombre puede estar por encima de la ley, ni tampoco es dable juzgar a persona alguna sin la preexistencia de una ley que así lo determine (Dicey A.V, 1945) o en palabras de (Bingham, 2018) “*todas las personas y autoridades dentro de un Estado, sean públicas o privadas se encuentren obligadas por y legitimadas a los beneficios de las leyes públicas, teniendo efectos hacia el futuro y públicamente aplicadas en los tribunales*”. Ahora, sobre el componente social que se deriva del estado de bienestar, puede señalarse que es un desarrollo de la igualdad como principio donde se buscó garantizar al ser humano condiciones mínimas de vida a través de la intervención y regulación de las relaciones sociales y económicas que limitan posiciones ventajosas (Matteucci, 1988). Entonces, 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 interpretes 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:

*“si 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 aguadas 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”.*

Puede señalarse que, en Colombia se logró la fórmula del Estado Social de Derecho como 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. Pasando al marco de la administración de justicia y su intento de materializar los mandatos estatales, la Corte Constitucional en un desarrollo del llamado “imperio de la ley” 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, construidos 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. En este punto, la Corte Constitucional ha señalado que el respeto por el precedente implica la salvaguarda de las exigencias de igualdad e independencia judicial (Sentencia T 123, 1995). Lo que sería explicado a la postre en el Módulo de Interpretación Constitucional de la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla (Medina López, 2006) al señalar 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.*

Los principios arriba enunciados, pueden resumirse desde algunos pronunciamientos doctrinales y jurisprudenciales de la Corte Constitucional colombiana así: (i) 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 esta y que se dé bajo el reconocimiento y adjudicación de igualdad en los derechos de las personas (Sentencia C 816 , 2011), (ii) de igualdad: 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 logrando una igualdad real en materia de aplicación de derechos de las personas (Sentencia SU 354 , 2017), (iii) de seguridad jurídica: es la certeza sobre la norma o consecuencia jurídica de determinado acto que se materializa en la estabilidad jurídica (Sentencia T 502, 2002) y (iv) confianza legítima en la administración de justicia: se materializa mediante el respeto por garantías y expectativas que tiene un sujeto al momento de presentarse ante el órgano judicial, sea cual sea su calidad de parte (C-131, 2004).

Resulta diáfano ligar el correcto ejercicio de la administración de justicia con los principios antes relacionados, pues se han constituido como base fundante y de obligatorio cumplimiento, de tal forma que su violación sea cual sea la fórmula derivaría en una afrenta constitucional y serias afectaciones a los administrados.

## **La Prohibición de Retroactividad y su Conjugación con la Prospectividad: Propuesta de una Sub-regla de la Aplicación del Precedente en el Tiempo**

### ***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 la 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 anti técnica 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, aun 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 demanda para el reconocimiento de un incremento pensional, ante un juzgado administrativo, 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 presentación de la 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.

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 (Sentencia SU 406, 2016), el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia consideran como correcto el manejo retrospectivo del precedente. (Corte Suprema de Justicia sentencia del 8 de noviembre , 2017).

### **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 1 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 por 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 re liquidadas 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 aun 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 re liquidar 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 de Derecho como lo es el colombiano:

i. Si el administrado ya había realizado la reclamación en sede administrativa, es porque 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 contra los planteamientos históricos y propios del Estado de Derecho, especialmente en lo que trata con la seguridad jurídica.

### Una Propuesta de Prospectividad

En este punto se acudirá a la edificación de una estructura sobre criterios lógicos y holísticos, en el sentido de 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 aquella 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 a la misma 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 por el 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 previamente 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 socio jurídicos, partiendo especialmente de la predictibilidad del sistema normativo y con ello hace las veces de regla de conducta social. Por ejemplo (Aarnio, 1991, p.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, p. 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 Sodero 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.” (Sodero, 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 vs 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 sub-regla 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.

## 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 anti técnica 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. Aquí 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 anti técnica 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.

## Referencias

- Aarnio, A. (1991). *Lo racional como razonable*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Agudelo, C. A. (2014). *La Democracia de los jueces: La rama menos peligrosa como poder prodemocrático en la práctica constitucional*. Bogotá: Leyer.
- Bernal, P. C. (2008). *El Precedente en Colombia*. *Derecho del Estado* No. 21, p.p. 83-84.
- Bingham, T. (2018). *El Estado de Derecho*. México: Tirant.
- Cuello, C. M. (2012). *La Obligatoriedad del Precedente judicial frente a las autoridades administrativas colombianas*. *Revista - Vis Iuris*, 95.
- 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.
- Dicey A.V. (1945). An introduction to the study of the law of the constitution. Macmillan.
- 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.
- Gèny, F. (2000). Método de Interpretación y fuentes de derecho Privado positivo. Granada: Comares.
- Góngora, G. (1997). Introducción al estudio del juicio de amparo. Ciudad de México.
- Harris, R. C. (2012). El precedente en el derecho inglés. Madrid: Marcial Pons.
- Jaramillo, J. T. (2012). El precedente judicial en Colombia: papel valor asignados a la jurisprudencia. Bogotá: Ibáñez.
- López Medina, D. F. (2006). El Derecho de los Jueces. Bogotá: Legis.
- 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.
- Rousseau, D. (1999). Droit du contentieux constitutionnel. París: Montchretien.
- Rupert Cross, J. H. (2012). El precedente en el derecho inglés. Madrid: Marcial Pons.
- Sodero, E. (2004). Sobre el Cambio de Precedente. Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, p.p. 217-251.
- 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: Weymouth vs Windsor Police Dep, 4550 CRB 1-02-7 (Connecticut Workers Comp. Decisiones 2003).
- Sentencias. Consejo de Estado.**
- Consejo de Estado Sentencia del 4 de septiembre Exp. 57279 (Consejo de Estado 2017).
- Consejo de Estado Sentencia SU 014 CE - S2 2019, 680012333000201500569-01 (Consejo de Estado 25 de abril de 2019).
- Sentencias. Corte Constitucional.**
- Corte Constitucional: Sentencia C - 836 del 2001.
- Corte Constitucional: Sentencia de Unificación 406 de 2016.
- Corte Constitucional: Sentencia C - 529 de 1994.
- Corte Constitucional: Sentencia C-131 de 2004.
- Corte Constitucional: Sentencia C - 816 de 2011.
- Corte Constitucional: Sentencia C - 549 de 1993.
- Corte Constitucional: Sentencia SU- 354 de 2017.
- Corte Constitucional: Sentencia SU - 406 de 2016.
- Corte Constitucional: Sentencia T - 123 de 1995.
- Corte Constitucional: Sentencia T- 502 de 2002.
- Sentencia. Corte Suprema de Justicia.**
- Corte Suprema de Justicia sentencia del 8 de noviembre, 47608 (Corte Suprema de Justicia 2017).