

**SOBRE EL PRECEDENTE JUDICIAL Y SU
OBLIGATORIEDAD.
UNA REVISIÓN DE LA JURISPRUDENCIA
RECIENTE ***

**ABOUT THE JUDICIAL PRECEDENT AND
ITS OBLIGATORY NATURE.
A REVIEW OF RECENT JURISPRUDENCE**

**SOBRE O PRECEDENTE JUDICIAL E SUA
OBRIGATORIEDADE.
UMA REVISÃO DA JURISPRUDÊNCIA
RECENTE**

David Blanco Cortina^a
pietasser@hotmail.com

Fecha de recepción: 1 de julio de 2015
Fecha de revisión: 13 de agosto de 2015
Fecha de aceptación: 21 de agosto de 2015

RESUMEN

En el presente texto se intentó reconstruir la noción de precedente judicial a la luz de la legislación y la jurisprudencia reciente sobre el tema. Para ello se revisó la justificación general del precedente en el sistema jurídico colombiano, elaborada por la Corte Constitucional desde épocas tempranas y se revisó lo atinente a la fuerza vinculante de la jurisprudencia de otras altas Cortes. La hipótesis de trabajo consiste en que cualquier fallo proferido por alguno de los altos tribunales crea precedente y genera una carga argumentativa mayor para los funcionarios judiciales y administrativos que decidan apartarse de ellos.

** Este artículo de reflexión hace parte del proyecto de investigación «Los test de ponderación y balanceo en el derecho colombiano» patrocinado por la Universidad de Cartagena (Colombia), actualmente en desarrollo, el cual se inscribe dentro de la línea de investigación en «Derecho Constitucional» del grupo de investigación «Filosofía del derecho y derecho constitucional».*

a. Abogado de la Universidad de Cartagena. Magíster en el derecho, perfil investigativo de la Universidad Nacional de Colombia, sede Bogotá. Abogado de la Dirección Nacional de Estrategia en Asuntos Constitucionales de la Fiscalía General de la Nación.

PALABRAS CLAVES

Precedente judicial, apartamiento del precedente, carga argumentativa y Corte Constitucional.

ABSTRACT

This article aims to explain the notion of judicial precedent from current legislation and recent jurisprudence about this topic. In order to achieve this objective, the research will review the general justification of precedent in the colombian juridic system, elaborated by Constitutional Court from early times and then it will work on stare decisis of other high courts. The working hypothesis consists in the idea that every verdict of all high courts establishes precedent and produces a burden of argument for the court officials and administrative officers that decide to step aside of them.

KEY WORDS

Judicial precedent, step aside of precedent, burden of argument and Constitutional Court

RESUMO

Neste texto tentamos reconstruir a noção de precedente judicial à luz da legislação e da jurisprudência recente sobre o assunto. Para tanto, revisamos a justificação geral do precedente no sistema jurídico colombiano, desenvolvido pelo Tribunal Constitucional desde os tempos remotos, em especial no que se refere ao caráter vinculativo da jurisprudência de outros tribunais. Este trabalho se baseia na hipótese de que qualquer sentença proferida por um dos tribunais superiores cria precedente e gera maior carga argumentativa para os funcionários judiciais e administrativos que decidam dela se afastar.

PALAVRAS-CHAVE:

Precedente judicial, afastamento do precedente, carga argumentativa e Tribunal Constitucional.

INTRODUCCIÓN

El presente escrito tiene por objeto clarificar la noción de precedente judicial y constitucional, a partir de la jurisprudencia reciente de la Corte

Constitucional y los fallos de otras altas Cortes, órganos de cierre de su respectiva jurisdicción. Pese a que se trata de un tema ya clásico que ha sido objeto de múltiples estudios y diversas aproximaciones, todavía quedan dudas pendientes por resolver y los intentos de regular el tema por parte del legislador han motivado pronunciamientos judiciales, relativamente nuevos, en los que se dilucidan aspectos puntales sobre la cuestión.

En esta oportunidad se atenderán las generalidades teóricas y sendas cuestiones específicas que tienen que ver con las dimensiones legal y jurisprudencial del precedente. La hipótesis de trabajo que se sustentará aquí, consiste en afirmar que todas las sentencias proferidas por las altas cortes en Colombia crean precedente, siempre que resuelvan asuntos procesales o sustantivos de relevancia y, en tal sentido, son vinculantes para los jueces de inferior jerarquía y funcionarios administrativos, quienes tendrán que asumir la carga de la argumentación en caso que pretendan apartarse de las posturas jurisprudenciales vigentes.

A efectos de desarrollar la hipótesis expuesta, se trabajarán los siguientes ítems: (i) la justificación jurisprudencial del precedente judicial y constitucional; (ii) las consagraciones legales del precedente en la legislación colombiana reciente; (iii) jurisprudencia sobre la regulación legal del precedente. De la reconstrucción anterior, se extraerán algunas conclusiones sobre el estado actual de la temática bajo estudio. La pertinencia y relevancia del texto radica, precisamente, en el análisis conceptual de las más recientes discusiones sobre el tema al interior de los altos tribunales y el órgano legislativo en Colombia, a partir de la revisión directa de los fallos proferidos por las cortes de cierre y las disposiciones normativas expedidas por el Congreso.

1. La justificación del precedente

Desde épocas tempranas, la Corte Constitucional ha venido tratando el tema acerca de cuál es el valor de la jurisprudencia en el ordenamiento jurídico-constitucional¹, dado que según el artículo 230 de la Constitución las sentencias, como la doctrina o los principios generales de derecho, constituyen un criterio

1. Se puede ver, entre otras, las sentencias C. Const., C-113 de 1993, M.P. Jorge Arango y C-083 de 1995, M.P. Carlos Gaviria.

auxiliar de orientación para los jueces, quienes están sometidos única y exclusivamente al “imperio de la ley”.

La interpretación que realizó la Corte para dar cuenta del carácter vinculante de la jurisprudencia consistió en una comprensión ampliada de la noción de “ley” contenida en la disposición constitucional. Así se le atribuyó un significado complejo y compuesto por un sentido formal o textual y otro material o sustantivo. El primero viene dado por la idea de que la ley es el texto o la expresión escrita que produce el legislador para regular el comportamiento de los ciudadanos. En consecuencia, constituye “ley” toda norma positiva y plasmada en algún documento escrito (físico) creado por el órgano legislativo.

Sin embargo, esta idea es primaria e insuficiente en la medida que no da cuenta de la naturaleza de los Estados Constitucionales contemporáneos y la enorme complejidad que supone la dinámica de los actuales sistemas jurídicos. Por ello, la Corte introdujo una segunda variante conceptual consistente en que la ley es dependiente de la interpretación, entendida como el ejercicio cognitivo o volitivo de atribución de significado. Esto implica que la ley por sí misma no dice nada, no tiene voz propia, a menos que los operadores jurídicos le adjudiquen sentidos o constaten los significados que puedan tener las palabras o expresiones usadas por el legislador.

De tal suerte que las leyes no son solo las palabras del legislador, sino que son las palabras del legislador más la interpretación que los jueces hacen de ellas, en aras de fijar su sentido preciso para facilitar la comprensión del mensaje normativo -en términos de prohibición, permisión u obligación de ciertas conductas- por parte de los receptores naturales del mensaje: los ciudadanos. La Corte lo explicó en los siguientes términos:

[...] En efecto, cualquier sistema jurídico, ético, moral y en fin, cualquier sistema de regulación que pretenda ordenar la conducta social humana necesita reducir la multiplicidad de comportamientos y situaciones a categorías más o menos generales. Sólo de esta forma puede dicho sistema atribuir consecuencias a un número indeterminado de acciones y situaciones sociales. En un sistema de derecho legislado, estas consecuencias jurídicas se atribuyen mediante

la formulación de normas escritas, generales, impersonales y abstractas. Estas características de la ley, si bien son indispensables para regular adecuadamente un conjunto bastante amplio de conductas sociales, implican también una limitación en su capacidad para comprender la singularidad y la complejidad de las situaciones sociales, y por lo tanto, no es susceptible de producir por sí misma el efecto regulatorio que se pretende darle, y mucho menos permite tratar igual los casos iguales y desigual los desiguales. Para que estos objetivos sean realizables, es necesario que al texto de la ley se le fije un sentido que le permita realizar su función normativa.

[...] la creación del derecho en nuestro sistema jurídico es una labor compartida en la cual participan diversos órganos estatales, que en el ejercicio de sus funciones están limitados por una serie de condicionamientos materiales. El texto de la ley no es, por sí mismo, susceptible de aplicarse mecánicamente a todos los casos, y ello justifica la necesidad de que el juez lo interprete y aplique, integrándolo y dándole coherencia, de tal forma que se pueda realizar la igualdad en su sentido constitucional más completo².

Por esta vía encontramos una primera justificación central del precedente, entendiendo que dicha justificación presupone responder a dos inquietudes: el porqué de la existencia misma del precedente y por qué respetarlo. En la reconstrucción del argumento de la Corte encontramos una justificación lógica del precedente: si aceptamos que la ley no encuentra aplicación mecánica en la práctica, por cuanto requiere que se le atribuya o constate el sentido a sus palabras, a través de la interpretación judicial, en consecuencia debemos aceptar que el “imperio de la ley”, expresión del artículo 230 de la Constitución, no hace referencia solo a las disposiciones legislativas sino también a la interpretación que los jueces hacen de ellas, constituyendo precedente judiciales.

Luego, por mandato constitucional, los jueces están sometidos al imperio de la ley y los precedentes judiciales. Ahora bien, en estos términos, el argumento lógico incurriría en el vicio de la circularidad en el sentido que son los

2. *C. Const., C-836 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar.*

mismos jueces diciéndose a sí mismos que deben acatar sus propios fallos.

Por ello, resulta necesario introducir la distinción entre precedente vertical y horizontal, para acotar que los jueces de inferior jerarquía están sujetos al precedente vertical elaborado por los tribunales superiores y órganos de cierre, y éstos deben respetar de igual modo su propio precedente horizontal, aunque pueden apartarse de ello, cumpliendo con las respectivas cargas de la argumentación. Posteriormente, como se anotará más adelante, dichos presupuestos se extendieron, más allá de los jueces, a los funcionarios o servidores públicos de la rama ejecutiva del poder público.

Allí tenemos entonces, la primera gran vertiente justificativa de los precedentes. La otra vertiente central toma como punto de partida el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución. La igualdad en este contexto debe ser entendida de dos modos: i) como igualdad formal ante la ley, que implica iguales oportunidades de acceso a la administración de justicia de parte de los ciudadanos; y como ii) derecho a un tratamiento igualitario de parte de las autoridades administrativas y judiciales, garantizando el principio de igual respeto y consideración de todos los ciudadanos, lo cual constituye una noción mínima de justicia: tratar como iguales a aquellos que se encuentren en la misma situación.

Si dentro de todo Estado de Derecho debe existir igualdad ante la ley, y la ley no solo cubre las normas legisladas sino también sentencias judiciales interpretativas de la legislación, entonces debe exigirse igualdad ante la ley y ante los precedentes que la interpretan. De tal suerte que en ambos eventos se deriven las mismas consecuencias o resultados para aquellos que se encuentren en situaciones que presentan alguna identidad esencial.

El precedente, entonces, adquiere relevancia especial por una cuestión de justicia básica: los ciudadanos no acuden a la administración de justicia para que los jueces resuelvan sus litigios con base en algún derecho recién creado por los mismos jueces, sino respetando y aplicando las reglas y el derecho establecido previamente. De allí que la igualdad aparezca concatenada con otros valores esenciales para todo sistema jurídico: la seguridad jurídica entendida como la previsibilidad de las respuestas y la confianza

legítima. La Corte Constitucional continúa con el desarrollo de su argumento del siguiente modo:

[...] Las dos garantías constitucionales de igualdad ante la ley –entendida ésta como el conjunto del ordenamiento jurídico- y de igualdad de trato por parte de las autoridades, tomada desde la perspectiva del principio de igualdad –como objetivo y límite de la actividad estatal-, suponen que la igualdad de trato frente a casos iguales y la desigualdad de trato entre situaciones desiguales obliga especialmente a los jueces.

La previsibilidad de las decisiones judiciales da certeza sobre el contenido material de los derechos y obligaciones de las personas, y la única forma en que se tiene dicha certeza es cuando se sabe que, en principio, los jueces han interpretado y van a seguir interpretando el ordenamiento de manera estable y consistente. Esta certeza hace posible a las personas actuar libremente, conforme a lo que la práctica judicial les permite inferir que es un comportamiento protegido por la ley. La falta de seguridad jurídica de una comunidad conduce a la anarquía y al desorden social, porque los ciudadanos no pueden conocer el contenido de sus derechos y de sus obligaciones. Si en virtud de su autonomía, cada juez tiene la posibilidad de interpretar y aplicar el texto de la ley de manera distinta, ello impide que las personas desarrollen libremente sus actividades, pues al actuar se encontrarían bajo la contingencia de estar contradiciendo una de las posibles interpretaciones de la ley³.

Así pues, tenemos las dos argumentaciones que conllevan a justificar la existencia y la obligación de respeto por el precedente en el sistema jurídico colombiano. No obstante, para evitar los peligros a los que puede abocar el precedente, la Corte ha establecido sanciones por

3. *Ibidem*. Sobre otros análisis de esta sentencia y la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional alrededor del problema de la fuerza vinculante del precedente se puede ver LOPEZ MEDINA, Diego. *El derecho de los jueces*. Bogotá: Legis, 2006. En este libro el autor defiende la noción de las "subreglas jurisprudenciales" para dar cuenta de los precedentes entendidos como las *ratio decidendi* de las sentencias de las altas cortes. Esta ha sido la terminología que más difusión y aceptación ha tenido dentro de la comunidad jurídica colombiana. No obstante, no es la única. Bernal Pulido prefiere concebir los precedentes como "derechos fundamentales adscritos". Sin embargo, esta perspectiva resulta limitada por cuanto solo aplicaría para la jurisprudencia constitucional. Quizá sea esta una de las razones por las cuales ha contado con muy poca resonancia en la academia y los tribunales colombianos. Cada forma de concebir el precedente tendría consecuencias distintas para su aplicación, como se anotará más adelante. Cfr. BERNAL PULIDO, Carlos. *El derecho de los derechos*. Bogotá: Universidad Externado, 2005.

su desconocimiento y excepciones en virtud de los cuales los precedentes pueden ser derrotados o inaplicados, dentro del ejercicio de margen de autonomía que tiene cada juez, independiente de su posición jerárquica. Los mecanismos exceptivos que posibilitan dejar de lado un precedente son argumentativos y apuntan a asumir una carga de argumentación mayor, de parte del juez, para demostrar que en la situación concreta por resolver no se verifican las condiciones de aplicación o los rasgos fácticos exigidos por el precedente, o bien que el precedente dejó de considerar una circunstancia específica que incide directamente sobre la decisión.

1.1. El desconocimiento del precedente como causal especial de procedibilidad de la tutela contra sentencias judiciales

Como sanción frente al desvío injustificado de las decisiones judiciales en relación con un precedente establecido, la Corte reservó un lugar especial para esta conducta dentro de las causales especiales de procedibilidad de la acción de tutela contra actuaciones judiciales, e incluso administrativas. Recordemos que el alto tribunal modificó la doctrina de las vías de hecho judicial por la teoría de las causales generales y especiales de procedibilidad⁴.

Los generales corresponden a requisitos de metodológicos o formales que se deben cumplir para que proceda la tutela contra providencias judiciales. Estos requisitos son: a) evidente relevancia constitucional; b) agotamiento de todos los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial; c) inmediatez de la acción; d) irregularidades procesales que atenten en contra de derechos fundamentales; e) identificación de los hechos de la violación; y f) que no se traten de sentencias de tutela⁵.

Si se configuran los requisitos anteriores, entonces es dable estudiar el tema de fondo. En este punto, para conceder la tutela es necesario que uno o varios de los siguientes defectos afecten la providencia judicial demandada: a) defecto orgánico; b) defecto procedimental absoluto; c)

defecto fáctico; d) defecto material o sustantivo; e) error inducido; f) decisión sin motivación; g) desconocimiento del precedente; y h) violación directa de la Constitución⁶.

La causal específica relativa al desconocimiento del precedente constituye, según la Corte, un límite a la autonomía funcional de los jueces, cuya transgresión puede implicar graves afectaciones a los derechos fundamentales e incluso puede configurar la comisión de una conducta punible. El máximo tribunal de la jurisdicción constitucional se ha pronunciado del siguiente modo acerca de aquello que configura precedente, cuyo desconocimiento puede dar lugar a la nulidad o dejar sin efectos la providencia judicial demandada:

De igual manera, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que el precedente judicial vinculante se conforma por aquellas consideraciones jurídicas que están cierta y directamente dirigidas a resolver el asunto fáctico bajo análisis. [...]

En idéntico sentido, en Sentencia T-292 de 2006, se dijo:

En este sentido, en el análisis de un caso deben confluír los siguientes elementos para establecer hasta qué punto el precedente es relevante o no: i. En la ratio decidendi de la sentencia se encuentra una regla relacionada con el caso a resolver posteriormente. ii. La ratio debió haber servido de base para solucionar un problema jurídico semejante, o a una cuestión constitucional semejante. iii. Los hechos del caso o las normas juzgadas en la sentencia anterior deben ser semejantes o plantear un punto de derecho semejante al que debe resolverse posteriormente. En este sentido será razonable que cuando en una situación similar, se observe que los hechos determinantes no concuerdan con el supuesto de hecho, el juez esté legitimado para no considerar vinculante el precedente. [...]

Ahora bien, se hace necesario aclarar que los criterios expuestos en relación con el valor y alcance del precedente aplican tanto para sentencias de constitucionalidad como para las de tutela, adoptadas en sede de revisión.

En el caso de los fallos de constitucionalidad, el carácter obligatorio se desprende de: (i) sus efectos erga omnes y de la cosa juzgada constitucional; y (ii) lo consagrado expresamente en el artículo 243 superior, según el cual los contenidos normativos que la Corte

4. C. Const., T-441 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre

5. C. Const., T-619/09, M.P. Jorge Palacio; SU-813 de 2007, M.P. Jaime Araujo.

6. C. Const., T-522/01, M.P. Manuel Cepeda

declara contrarios a la Constitución no pueden ser reproducidos por ninguna otra autoridad⁷.

Bajo este contexto, esta corporación ha sostenido que la jurisprudencia sentada en los fallos de constitucionalidad se desconoce cuando: (i) se aplican disposiciones legales que han sido declaradas inexecutable o (ii) no se tiene en cuenta su ratio decidendi⁸. (Cursivas en el original)

En relación con las sentencias de tutela proferidas por las Salas de Revisión, el respeto por la ratio decidendi en ellas contenidas se explica por: (i) la labor de guarda (artículo 241 Constitución Política) y de garantía de vigencia de los derechos fundamentales (artículo 86, inciso 2º, de la misma Carta), que está en cabeza de la Corte Constitucional; y (ii) la cualidad de la cosa juzgada constitucional de la que gozan⁹.

De la extensa cita traída a colación se infieren lo siguiente: **i)** el precedente deriva tanto de sentencias de constitucionalidad como de tutelas, bien sean expedidas por Salas de Revisión, por Sala Plena, o se trate de sentencias de unificación. La Corte no hace ninguna diferenciación a este respecto; **ii)** no se requiere ninguna condición para cualificar el precedente como reiteraciones especiales o un número de sentencias en el mismo sentido; **iii)** en los casos de sentencia de constitucionalidad, la obligatoriedad del precedente consiste en los efectos erga omnes de la decisión y las disposiciones que son declaradas inexecutable, las cuales son expulsadas del ordenamiento, por regla general, con efectos hacia futuro, sin que puedan ser reproducidos por alguna otra autoridad.

iv) En casos de sentencias de tutela, el precedente deviene de las razones de la decisión, es decir, aquellos argumentos que se encuentren íntimamente ligados con el contenido decisorio, el cual puede tener efectos *inter partes*, *inter comunis* –sin discriminar entre tutelantes y no tutelantes– en los casos de sentencia de unificación y/o inter pares cuando se aplica excepción de inconstitucionalidad y sus efectos se extienden para casos semejantes¹⁰; **v)** para la aplicación del precedente se deben verificar

ciertas coincidencias fundamentales entre el caso resuelto y el caso por resolver; vi) para separarse del precedente se debe, por lo menos, evidenciar cuál es la regla respecto de la cual se va justificar el *apartamento*.

Así las cosas, la Corte siempre que ejerce control de constitucionalidad concreto¹¹ o abstracto crea precedentes, los cuales deben ser respetados por los demás jueces, e incluso las autoridades administrativas, y en caso de un *apartamento* injustificado, será procedente conceder el amparo anulando o dejando sin efectos la providencias judiciales o actuaciones administrativas cuestionadas, por la causal especial consistente en el desconocimiento del precedente. Si el desconocimiento es protuberante y grosero, como por ejemplo cuando se aplican disposiciones cuya inexecutable ha sido declarada, puede ser que el juez de la causa se encuentre incurso en un prevaricato por acción¹².

1.2. ¿Cómo funciona el precedente?

Sin embargo, de todo lo registrado hasta el momento, queda pendiente una cuestión que la Corte no parece definir con suficiente claridad y respecto de la cual la teoría no se ha puesto de acuerdo. Se trata del problema referido a cuál es la estructura del precedente y cómo opera en la práctica, entendiendo que el mismo deriva de la *ratio decidendi* de las sentencias. Dicha aporía puede tener dos posibles salidas: i) el precedente podría tener estructura de regla en cuyo caso sería aplicable por subsunción¹³ o bien ii) podría tener naturaleza casuística y en consecuencia debe ser aplicado por analogía¹⁴.

10. C. Const., T-1023 de 2001, M.P.J. Córdoba.

11. En virtud del artículo 241 de la Carta, la Corte Constitucional ejerce cuatro tipos de control constitucional: a) El control abstracto de normas contenidas en actos legislativos, leyes, decretos con fuerza de ley, decretos legislativos, proyectos de ley y tratados (artículo 21 numerales 1, 4, 5, 7, 8 y 10 C.P.). b) El control por vía de revisión de las sentencias de tutela y que comprende el control constitucional de providencias judiciales; c) 'el control por vía excepcional en el curso de un proceso concreto mediante la aplicación preferente de la Constitución (artículo 4, CP)' y d) el control de los mecanismos de participación ciudadana en sus diversas manifestaciones (artículo 241, N° 2 y 3, CP). Ver C. Const., T-203 de 2002, M.P.M. Cepeda.

12. C. Const., C-335 de 2008, M.P. Humberto Sierra.

13. SCHAUER, Frederick. *Pensar como abogado*. Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 99-115.

14. ALEXY, Robert. "Two or Three?" En: ARSP N° 119, 2009, pp. 9-18.

7. C. Const., T-1112 de 2008, M.P. Jaime Córdoba.

8. C. Const., T-592 de 2009, M.P.J. Palacio.

9. C. Const., T-693 de 2009, M.P.J. Palacio.

La Corte no parece estar consciente de esta problemática y de sus posturas jurisprudenciales se podrían derivar ambas soluciones, sin que se pueda establecer cuál es la opción prevalente. Sin embargo, un criterio razonable en la medida en que supone la construcción de una vía intermedia podría presentarse como sigue.

El precedente tendría estructura regla, con vocación universalista y carácter “atrincherado”, y debería ser aplicado a través de la subsunción o silogismo subsuntivo, cuando se trata de seguirlo, esto es, de obedecerlo y aplicarlo a un caso nuevo en el que se constate el cumplimiento de las condiciones de aplicación estipuladas por aquel. Ahora bien, cuando la decisión consista en apartarse del precedente y demostrar su no aplicabilidad en el caso concreto, el razonamiento para allegar la conclusión correspondiente será la analogía, debido a la naturaleza casuística del precedente, esto es, su vocación particularista de ser aplicado caso por caso.

Luego, para seguir el precedente basta identificar las propiedades relevantes del caso nuevo por resolver que se subsumen en las condiciones de aplicación o supuesto de hecho del precedente, mientras que si la decisión es descartarlo, entonces el ejercicio consistiría en comparar cada una de las propiedades particulares del caso nuevo, con las características fácticas del caso que constituyó el precedente, para concluir que existen circunstancias nuevas no consideradas en su momento por aquel, las cuales ameritan contraer su ámbito de aplicación e introducir un cambio en relación con el caso concreto.

2. Regulación legal reciente del precedente en Colombia

La concepción del precedente se mantuvo estable, y sin mayores debates, desde que la Corte definió los lineamientos generales. No obstante, la discusión se ha revitalizado con ocasión de los intentos del legislador de establecer reglas de rango legal para regular el sistema de precedentes dentro de ciertos ámbitos jurídicos, tal como alguna vez ocurrió con la doctrina probable consagrada en el artículo 10 de la Ley 153 de 1887 y reformada por la Ley 169 de 1896.

Tres referentes legales se pueden encontrar en la legislación reciente. La Ley 1349 de 2009 estableció la doctrina probable

en el caso de actuaciones adelantadas y decisiones administrativas proferidas por la Superintendencia de Industria y Comercio.

El artículo 24 de la ley en comento es del siguiente tenor literal:

Artículo 24. Doctrina probable y legítima confianza. La Superintendencia de Industria y Comercio deberá compilar y actualizar periódicamente las decisiones ejecutoriadas que se adopten en las actuaciones de protección de la competencia. Tres decisiones ejecutoriadas uniformes frente al mismo asunto, constituyen doctrina probable. (Subrayas agregadas).

Como se puede apreciar, la disposición es relativamente clara en prescribir que tres decisiones uniformes y debidamente ejecutoriadas en relación con un mismo asunto constituyen doctrina probable de y para la Superintendencia de Industria y Comercio.

Por su parte, el artículo 114 de la Ley 1395 de 2010 también estipuló una suerte de doctrina probable, sin bautizarla de ese modo, que debían seguir las entidades públicas en relación con los precedentes en materia ordinaria y contenciosa administrativa. Las palabras usadas por el legislador en esta ocasión fueron las siguientes:

Artículo 114. Las entidades públicas de cualquier orden, encargadas de reconocer y pagar pensiones de jubilación, prestaciones sociales y salariales de sus trabajadores o afiliados, o comprometidas en daños causados con armas de fuego, vehículos oficiales, daños a reclusos, conscriptos, o en conflictos tributarios o aduaneros, para la solución de peticiones o expedición de actos administrativos, tendrán en cuenta los precedentes jurisprudenciales que en materia ordinaria o contenciosa administrativa, por los mismos hechos y pretensiones, se hubieren proferido en cinco o más casos análogos. (Subrayas fuera del original)

Nuevamente, el legislador intentó consagrar legalmente, sin decirlo de forma expresa, la figura de la doctrina probable contando cinco o más casos análogos sobre materias detalladas en la ley y decisiones de jurisdicciones totalmente identificadas en la norma legislada.

El último intento del legislador, en el mismo sentido, se concretó en la Ley 1437 de 2011, en

cuyo artículo 10 se estableció como obligatoria para las autoridades administrativas la extensión de los precedentes proferidos por el Consejo de Estado en sentencias de unificación independiente de la materia o el asunto de que se trate.

Artículo 10. Deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia. Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas.

Estos intentos han sido vistos por algunos como una estrategia del legislador para relativizar o minimizar la fuerza del precedente constitucional que la Corte ha construido a través de su jurisprudencia de constitucionalidad y de tutela¹⁵. En tal virtud, en contra de dichas disposiciones legislativas se presentaron sendas demandas de constitucionalidad a partir de las cuales la Corte reitero sus criterios e introdujo algunos matices y ajustes.

3. Jurisprudencia sobre la regulación legal del precedente

Frente a la doctrina probable de la Superintendencia de Industria y Comercio, la Corte retomó el precedente de la sentencia C-836 de 2001 para precisar su interpretación y, de otro lado, estableció que la doctrina probable es válida siempre que se entienda restringida al ámbito de la competencia desleal y la libre competencia, mientras que en el caso de los derechos del consumidor no se extenderá el precepto relativo a la doctrina probable. La corrección interpretativa que precisó la Corte a través de la sentencia C-537 de 2010 consistió en lo siguiente:

4.4 Sobre estas consideraciones, la Corte estima que se debe precisar la correcta interpretación de la Sentencia C - 836 de 2001. Dicha Sentencia en el numeral 6º establece que la fuerza normativa de la doctrina probable dictada por la Corte Suprema

de Justicia proviene,“(1) de la autoridad otorgada constitucionalmente al órgano encargado de establecerla y de su función como órgano encargado de unificar la jurisprudencia ordinaria; (2) de la obligación de los jueces de materializar la igualdad frente a la ley y de igualdad de trato por parte de las autoridades; (3) del principio de la buena fe, entendida como confianza legítima en la conducta de las autoridades del Estado; (4) del carácter jurídico que dicha autoridad ha construido, confrontándola continuamente con la realidad social que pretende regular”.

4.5 Observa la Corte que esta serie de características que se especifican en el estudio de constitucionalidad del artículo 4º de la Ley 169 de 1896 pueden ser tenidos en cuenta en la interpretación del apartado del artículo 24 de la Ley 1340. En este caso la autoridad creada constitucionalmente por la vía del artículo transitorio 20 de la Constitución fue la Superintendencia de Industria y Comercio, que tiene el deber de vigilancia y control de la libre competencia en Colombia.

4.6 En este caso no es cierto, como afirman los demandantes, que la vinculación a la doctrina probable solo pueda ser creada por una norma constitucional. El artículo 4º de la Ley 169 de 1896, que vincula a la doctrina probable de la Corte Suprema de Justicia, tiene jerarquía legal y no constitucional, y se relaciona con principios constitucionales como el derecho a la igualdad (art. 13), confianza legítima, buena fe (art. 83) y seguridad jurídica. Por esta razón estima la Corte que la interpretación de los demandantes de que en la Sentencia C - 836 de 2001 se estableció que dicha doctrina solo puede ser establecida por la Constitución, es errada.

4.7 La doctrina probable puede ser definida como una técnica de vinculación al precedente después de presentarse una serie de decisiones constantes sobre el mismo punto. [...]

4.8 Considera la Corte, que con el apartado sobre doctrina probable del artículo 24 de la Ley 1340 de 2009, se establece la posibilidad de crear doctrina probable en sede administrativa, cuando se ejerce la facultad de supervisión, vigilancia y control en las investigaciones y resoluciones de la SIC en materia de protección a la libre competencia y la vigilancia administrativa de la competencia desleal. En ese caso lo que se

15. QUINCHE, Manuel. *El precedente judicial y sus reglas*. Bogotá: Legis, 2014, pp. 87-97.

presenta es una vinculación más formal al precedente administrativo que se desarrolla en consonancia con los principios constitucionales de igualdad, seguridad jurídica, buena fe y confianza legítima. En ese caso se debe aplicar la línea jurisprudencial de que la decisión que acoge la doctrina probable debe ser motivada, pero especialmente de que la vinculación a ésta, no debe ser óbice para que teniendo en cuenta el caso concreto, la entidad administrativa se pueda apartar de dicha doctrina motivando con razones suficientes el acto para evitar las modificaciones intempestivas y descontextualizadas¹⁶.

De la cita en cuestión, se pueden establecer tres conclusiones: **i)** no existe prohibición constitucional para el establecimiento de la doctrina probable por cuanto se trata de una técnica de vinculación al precedente perfectamente válida que puede configurarse por vía legal; **ii)** la vinculación al precedente es válida siempre que se trate de una autoridad creada constitucionalmente que ostente un nivel jerárquico que le permita unificar criterios en torno a un ámbito específico; y **iii)** la justificación del precedente en cuanto al argumento del derecho a la igualdad, seguridad jurídica y confianza legítima se puede predicar de igual modo en sede administrativa.

En relación con la disposición citada en el acápite precedente de la Ley 1395 de 2010, la Corte Constitucional se pronunció sobre el tema del precedente reiterando los aspectos fundamentales de la línea jurisprudencial, a este respecto veamos lo que señaló la Corte en la sentencia C-539 de 2011:

“[...] (iv) todas las autoridades administrativas deben aplicar las normas legales en acatamiento del precedente judicial de las Altas Cortes o fundamentos jurídicos aplicados en casos análogos o similares, aplicación que en todo caso debe realizarse en consonancia con la Constitución, norma de normas, y punto de partida de toda aplicación de enunciados jurídicos a casos concretos; [...] (vi) si existe por tanto una interpretación judicial vinculante, las autoridades administrativas deben aplicar al caso en concreto similar o análogo dicha interpretación; ya que

para estas autoridades no es válido el principio de autonomía o independencia, válido para los jueces; (vii) aún en aquellos asuntos o materias que eventualmente no hayan sido interpretados y definidos previamente por la jurisprudencia, o respecto de los cuales existan criterios jurisprudenciales disímiles, las autoridades administrativas no gozan de un margen de apreciación absoluto, por cuanto se encuentran obligados a interpretar y aplicar las normas al caso en concreto de manera acorde y ajustada a la Constitución y a la ley, y ello de conformidad con el precedente judicial existente de las altas Cortes; [...] (ix) en caso de existencia de diversos criterios jurisprudenciales sobre una misma materia, corresponde igualmente a las autoridades públicas administrativas, evidenciar los diferentes criterios jurisprudenciales aplicables para fundamentar la mejor aplicación de los mismos, desde el punto de vista del ordenamiento jurídico en su totalidad, y optar por la decisión que, de mejor manera interprete el imperio de la Constitución y de la ley, para el caso concreto; (x) **los fallos de la Corte Constitucional tanto en ejercicio del control concreto como abstracto de constitucionalidad, hacen tránsito a cosa juzgada y tienen fuerza vinculante, en su parte resolutoria (erga omnes en el caso de los fallos de control de constitucionalidad de leyes, e inter partes para los fallos de tutela) y, en ambos casos, las consideraciones de la ratio decidendi tienen fuerza vinculante para todas las autoridades públicas;** (xi) el desconocimiento del precedente judicial de las Altas Cortes por parte de las autoridades administrativas, especialmente de la jurisprudencia constitucional, implica la afectación de derechos fundamentales, y por tanto una vulneración directa de la Constitución o de la ley, de manera que puede dar lugar a (i) responsabilidad penal, administrativa o disciplinaria por parte de las autoridades administrativas, (ii) la interposición de acciones judiciales, entre ellas de la acción de tutela contra actuaciones administrativas o providencias judiciales¹⁷. (Negrillas agregadas)

A pesar de que la sentencia en cita es reiterativa de jurisprudencias previas, permite resaltar algunos aspectos fundamentales: **i)** las autoridades administrativas carecen

16. C. Const., C-537 de 2010, M.P. Juan Carlos Henao.

17. C. Const., C-539 de 2011, M.P. Luis E. Vargas.

de la autonomía funcional de los jueces y en consecuencia, respecto de ellas se predica una obligación reforzada de acatamiento de la ley y los precedentes de las altas Cortes; y **ii)** la distinción entre *decisum*, *obiter dicta* y *ratio decidendi* funciona para definir el precedente obligatorio en términos de *ratio decidendi* y *decisum* en los casos de sentencias de constitucionalidad y sólo de *ratio* en los fallos de tutela, mientras que los *obiter* se comportan como meros criterios auxiliares.

La disposición demandada fue declarada exequible de manera condicionada bajo el entendido que los precedentes jurisprudenciales a los que remite el artículo, deben supeditarse a las sentencias interpretativas de la Corte Constitucional sobre el ámbito normativo al que hace referencia la disposición.

Por último, la norma del nuevo Código Contencioso Administrativo ha sido objeto de diversas demandas de constitucionalidad, que provocaron diversos pronunciamientos de la Corte en los que se vio en la necesidad de volver sobre el problema del precedente y su vinculatoriedad. El primero de ellos se encuentra contenido en la sentencia C-634 de 2011, mediante la cual se resolvió la exequibilidad condicionada de la disposición demandada, reiterando que debe entenderse que la aplicación uniforme de las sentencias de unificación del Consejo de Estado, se encuentra supeditada a la obligatoriedad del precedente constitucional. En esta oportunidad la Corte señaló lo siguiente:

Lo anterior conlleva necesariamente una adecuada interpretación del concepto “imperio de la ley” al que refiere el artículo 230 C.P. Para la Corte, la definición de las reglas de derecho que aplican las autoridades administrativas y judiciales pasa un proceso interpretativo previo, en el que armoniza el mandato legal particular con el plexo de derechos, principios y valores constitucionales relacionados con el caso, junto con los principios rectores que ordenan la materia correspondiente. A su vez, cuando esta labor es adelantada por aquellas máximas instancias de justicia, que tienen la función constitucional de unificar jurisprudencia con carácter de autoridad, las subreglas resultantes son vinculantes, siendo el sustento de esa conclusión la naturaleza imperativa que la Carta confiere a la Constitución y a la ley. En términos simples, el deber de acatar los mandatos superiores y legales

incorpora, de suyo, el mandato imperativo de asumir como reglas formales de derecho las decisiones que unifican jurisprudencia y/o hacen tránsito a cosa juzgada constitucional, en tanto la *ratio decidendi* de esas sentencias contienen las subreglas que, mediante la armonización concreta de las distintas fuentes de derecho, dirimen los conflictos sometidos al conocimiento de las autoridades judiciales y administrativas. Esta disciplina jurisprudencial, a su vez, garantiza la vigencia de principios nodales para el Estado Constitucional, como la seguridad jurídica y la igualdad de trato ante las autoridades¹⁸.

Del párrafo citado parece inferirse que las sentencias de unificación tienen alguna especie de superioridad y vinculatoriedad especial sobre otras providencias que se encargan de resolver asuntos referidos a cuestiones particulares concretas y que solo tienen efectos inter partes. Sin embargo, la Corte en el mismo fallo se encarga de morigerar esta conclusión señalando que

(...) en lo relativo a los fallos en los que la Corte ejerce el control concreto de constitucionalidad, también se reconoce su carácter vinculante para las autoridades judiciales y administrativas. Esto en el entendido que dichas decisiones, aunque son adoptadas frente a un asunto particular, no tienen efectos simplemente inter partes, puesto que en dichos fallos la Corte determina el contenido y alcance de los derechos constitucionales¹⁹.

No obstante lo anterior, algunos doctrinantes sostienen una distinción bastante cuestionable en la medida en que arguyen que las sentencias “SU” son plenamente obligatorias, mientras que las sentencias “T” expedidas por Salas de Revisión solo serían en principio obligatorias para todas las autoridades, pudiendo éstas apartarse siempre y cuando encuentren algún motivo serio y fundado y desarrollen la justificación suficiente para tales efectos²⁰.

Esta posición parece asumir que bajo ningún evento o situación un juez se puede apartarse de la regla de decisión elaborada por la Corte Constitucional cuando se profieren sentencias

18. C. Const., C-634 de 2011, M.P. L. Vargas.

19. *Ibidem*.

20. QUINCHE, Manuel. *Op. cit.*, p. 104.

de unificación. Sin embargo, dicha distinción es extraña a la jurisprudencia de la Corte no solo por los apartes citados que se han considerado, sino también en lo atinente a la caracterización jurisprudencial del apartamiento judicial. Sobre esta figura que conserva el margen de autonomía judicial, la Corte ha explicado lo siguiente:

5.4.3.5. El *apartamiento judicial* del precedente, en suma, es la potestad de los jueces de apartarse de la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales de cierre, como expresión de su autonomía judicial constitucional. Supone un previo cumplimiento del estricto deber de consideración del precedente en la decisión, ya que la jurisprudencia de las altas corporaciones judiciales de cierre no puede ser sencillamente ignorada frente a situaciones similares a las falladas en ella. Una vez identificada la jurisprudencia aplicable al caso, la autoridad judicial sólo puede apartarse de la misma mediante un proceso expreso de contra-argumentación que explique las razones del apartamiento, bien por: (i) ausencia de identidad fáctica, que impide aplicar el precedente al caso concreto; (ii) desacuerdo con las interpretaciones normativas realizadas en la decisión precedente; (iii) discrepancia con la regla de derecho que constituye la línea jurisprudencial. De este modo, la posibilidad de apartamiento del precedente emanado de las corporaciones judiciales de cierre de las respectivas jurisdicciones supone, en primer término, un deber de reconocimiento del mismo y, adicionalmente, de explicitación de las razones de su desconsideración en el caso que se juzga. [...]

6.2.2.1. En cuanto órgano de cierre, el Tribunal Constitucional participa del mandato de unificación de la jurisprudencia en su jurisdicción -la constitucional-, de modo similar a lo reglado para la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y el Consejo Superior de la Judicatura, en las jurisdicciones ordinaria, contenciosa administrativa y jurisdiccional disciplinaria, respectivamente. **Tal unificación se realiza: (i) a través de la revisión de las decisiones judiciales que resuelven procesos surtidos en ejercicio de la acción de tutela interpuestas contra actuaciones administrativas y decisiones judiciales (CP, art 241.9), en desarrollo del control de constitucionalidad**

concreto; y (ii) mediante la competencia exclusiva de control constitucional abstracto de normas constitucionales y legales -en sentido material y formal-. [...]

6.2.3. Así, el sometimiento a la Constitución por todos los poderes públicos y los particulares, implica la sujeción a la interpretación autorizada que de ella realiza el Tribunal Constitucional, a través de sus sentencias de exequibilidad e inexequibilidad de las normas constitucionales y con fuerza de ley, **y de las sentencias de revisión de tutela para la unificación del alcance de los derechos fundamentales en el ámbito de todas las jurisdicciones.** Mientras la decisión de la Corte Constitucional -parte resolutive de las providencias- goza de valor de cosa juzgada para el caso *sub judice*, la *ratio decidendi* -parte considerativa de las providencias que establece la regla jurídica de la decisión- tiene fuerza de precedente para otros casos y vincula a las mismas autoridades y personas sometidas a la Constitución²¹. (Subrayados fuera del texto)

Nótese que el sentido de la expresión “unificación” en los apartes resaltados no se refieren a sentencias “SU”, sino a la unificación de criterios en cuanto los límites y alcances conceptuales e interpretativos de los derechos jurisprudenciales que se lleva a cabo a través de las sentencias de tutela proferidas, incluso las expedidas por las Salas de Revisión de la Corte.

Por tanto, es imperioso concluir que no es correcta hacer la diferenciación entre sentencias de tutela “simples” y sentencias de unificación de tutela, para extraer de allí la consecuencia consistente en que las primeras no crean precedentes y la segundas sí. Lo anterior, por cuanto la Corte ha sido clara en afirmar que incluso la *ratio decidendi* de las sentencias de tutela adquiere la transcendencia de precedente, el cual deber ser respetado y obedecido por las autoridades judiciales y administrativas, siempre que sea aplicable al caso concreto estudiado. Y en caso de que se discrepe al respecto, se debe asumir las cargas argumentativas respectivas para apartarse del precedente.

Las posturas sobre el precedente constitucional fueron ratificadas en la sentencia C-588 de 2012²², incluyendo la extensión de la figura de apartamiento judicial en relación con la administración pública, para dar lugar

21. C. Const., C-816 de 2011, M.P. Mauricio González.

22. M.P. M. González.

al apartamiento administrativo e incluso reforzando el procedimiento que deben adelantar los funcionarios públicos para negar la extensión de los efectos de una sentencia de unificación del Consejo de Estado y no aplicar de forma uniforme los precedentes en materia contencioso administrativa²³.

3.1. El Consejo de Estado frente a su propio precedente

El alto tribunal en materia contencioso administrativo, ha sido respetuoso de las sentencias proferidas por la Corte Constitucional respecto de la obligatoriedad del precedente constitucional y de sus sentencias de unificación. Sin embargo, fiel a la tradición, ha efectuado aproximaciones textualistas al problema, ajustando sus posiciones a la literalidad de las disposiciones legales que regulan la materia.

Al despachar una solicitud de extensión de jurisprudencia conforme al procedimiento establecido en el artículo 269 de la Ley 1437 de 2011, el Consejo de Estado hizo las siguientes precisiones: i) las sentencias de unificación son solo aquellas que cumplen las características del artículo 270 del nuevo código contencioso, es decir, aquellas que se profieran por a) importancia jurídica o trascendencia económica o social o por la necesidad unificar la jurisprudencia; b) las que desaten recursos extraordinarios y c) las que resuelvan recursos de revisión sobre acciones populares o de grupo.

En cuanto los fallos que cumplen con la condición a), el Consejo de Estado apuntaló que solo las puede proferir la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo o las secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativa, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 271 de la normatividad en cita. En tal sentido, el Consejo de Estado resolvió la solicitud bajo estudio en los siguientes términos:

4.1.5 La solicitud presentada ante esta Corporación, alude a varias providencias dictadas por diferentes Secciones del Consejo de Estado, sin embargo, esas sentencias respecto de las cuales se solicita la extensión de sus efectos no cumplen los presupuestos legales antes indicados para que proceda el trámite

23. Consideración N° 5.5.4. de la sentencia C-816 de 2011 y los artículos 102 y 269 de la Ley 1437 de 2011.

y estudio de la solicitud, ya que para poder hablar de una sentencia de unificación jurisprudencial no basta que haya sido emitida por la Sala Plena o por una de las Secciones del Consejo de Estado, sino que es necesario, también, que ello se haga conforme al procedimiento previsto en el artículo 271 fb, el cual no existía para la época en que se expedieron dichas sentencias, y que tiene precisamente como objeto que la Sección se pronuncie con la finalidad expresa de sentar jurisprudencia dada la importancia jurídica o trascendencia social o económica de los asuntos provenientes de las subsecciones de la corporación o de los tribunales²⁴.

En ese orden de ideas, no puede hablarse de una sentencia de unificación jurisprudencial, susceptible de invocarse al caso que se estudia.

[...]

4.2.1 El mecanismo de extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado a terceros previsto en los artículos 102 y 269 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, fue establecido por el legislador respecto de las sentencias de unificación dictadas por el Consejo de Estado²⁵. (Negrillas agregadas)

Como se puede inferir de fragmento citado, solo se pueden extender los efectos en sede administrativa de las sentencias de unificación, entendiéndose que solo pueden calificarse así los fallos que cumplan con los requerimientos cualitativos y formales establecidos en la ley. Aquellas sentencias que no ajusten a los criterios legales no podrán ser consideradas de unificación y sus efectos no se harán extensivos. Pero el Consejo va más allá y precisa que el procedimiento de extensión de efectos jurisprudenciales y aplicación uniforme solo se puede aplicar en relación con los fallos del Consejo de Estado, excluyendo los precedentes jurisprudenciales.

Así lo explica el Consejo de Estado:

Si bien la Corte Constitucional mediante Sentencia C-816 de 2011, Magistrado Ponente Dr. Mauricio González Cuervo, declaró exequible de manera condicionada el inciso 2 del artículo 102 del

24. Cfr. C.E., 01 de Feb. de 2013, Auto e19718, C.P. Martha Briceño de Valencia.

25. C.E., 15 de Ene. de 2014, Auto e20093, C.P. Jorge Ramírez Ramírez.

CPACA “entendiéndose que las autoridades, al extender los efectos de las sentencias de unificación jurisprudencial dictadas por el Consejo de Estado e interpretar las normas constitucionales base de sus decisiones, deben observar con preferencia los precedentes de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia”; **es claro que el mecanismo de extensión de jurisprudencia fue previsto por el Legislador respecto de sentencias de unificación dictadas por el Consejo de Estado, por lo cual, quien pretenda la extensión de los efectos de un fallo de esa Corporación debe identificar la providencia que invoca a su favor. Distinto es que el Juez, al resolver la solicitud, deba aplicar con preferencia los precedentes de la Corte Constitucional, en los términos de la sentencia en cita.**²⁶

4.2.3 Si bien es cierto que el precedente constitucional debe ser tenido en cuenta al decidir este tipo de solicitudes, no lo es menos que en el mecanismo que se comenta no fue previsto, como causal para su procedencia, sentencias o providencias de la Corte Constitucional, sin que ello implique su desconocimiento, o mejor, su acatamiento al resolver el incidente de extensión, pero, se repite, esta circunstancia no releva al interesado del deber de identificar la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado, cuya extensión pretende²⁷. (Negrillas agregadas)

Entonces, para el Consejo de Estado una cosa es el procedimiento de extensión de los efectos de las sentencias de unificación y otra distinta es la aplicación del precedente constitucional para lo cual no se ha consagrado ningún procedimiento especial.

Sin embargo, la Sala de Consulta y Servicio Civil ha conceptualizado que si bien la ley introdujo una noción restrictiva de sentencias de unificación, ello no implica que las demás sentencias del Consejo de Estado no constituyan precedentes y sean meros criterios auxiliares. En palabras de la Sala:

Ahora bien, en relación con el deber de las autoridades administrativas de tener en cuenta las decisiones del Consejo de Estado para solucionar asuntos que se presentan en sede administrativa,

es necesario hacer una aclaración final. Podría pensarse, como parece derivarse de la consulta, que los diversos mecanismos de activación judicial y administrativa de los efectos de las sentencias de unificación jurisprudencial establecidos en la ley 1437 de 2011, conllevan de suyo que las demás sentencias del Consejo de Estado que no tienen esa condición carecen de todo efecto vinculante al momento de adoptar las decisiones administrativas; sería tanto como decir que cuando no hay sentencias de unificación jurisprudencial en los términos del artículo 270 del CPACA, la administración puede actuar con absoluta libertad de interpretación a pesar de que exista un precedente claro y específico aplicable al caso concreto o incluso jurisprudencia reiterada del Consejo de Estado.

La Sala aclara que dicho entendimiento no es posible y resulta contrario a la Constitución. **Si bien es cierto que los mecanismos de los artículos 102 y 269 (extensión de jurisprudencia); 256 (recurso extraordinario de unificación) 272 (revisión eventual de acciones populares y de grupo) y 271 (traslado de asuntos a la Sala Plena del Consejo de Estado y de sus Secciones) exigen para su procedencia una sentencia de unificación jurisprudencial en la forma definida en el artículo 270 del CPACA, ello no significa que las demás sentencias del Consejo de Estado hayan perdido su valor como precedente a tener en cuenta por la Administración al momento de adoptar sus decisiones, tal como ya se señaló**²⁸. (Negrillas agregadas)

Para reafirmar lo dicho, el Consejo trae a colación la siguiente cita de la Corte Constitucional que procede de la sentencia C-588 de 2012²⁹, ya mencionada, en la que el alto tribunal en la jurisdicción constitucional indica lo siguiente:

5.2.5. Ahora bien, en cuanto a la presunta omisión en el mecanismo de extensión de otras sentencias del Consejo de Estado distintas de las de unificación jurisprudencial, téngase en cuenta que, como bien se ha dicho, estas sentencias de unificación cumplen la función especial y específica de ordenar y clarificar el precedente aplicable. En este sentido, es plenamente razonable que sean estas sentencias y no otras del

26. C. E., 24 de junio de 2013, Auto e1694-2013, C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

27. C.E., Auto e20093, op. cit.

28. C.E. Sala de Consulta, 10 Dic. de 2013, e2177, C.P. William Zambrano Cetina.

29. Op. cit.

Consejo de Estado, las llamadas a ser aplicadas en el mecanismo de extensión de jurisprudencia. **Las demás sentencias del Consejo de Estado siguen teniendo su valor como precedente del órgano de cierre de lo contencioso-administrativo**, pero son un tipo especial de providencias -las sentencias de unificación jurisprudencial- a las que el Legislador, en ejercicio de su poder de configuración normativa, asignó la potestad de ser aplicadas en el mecanismo de extensión de jurisprudencia, que tienen la virtud de evitar la realización de un proceso y de facilitar el acceso directo al Consejo de Estado. (Negrillas fuera del original).

Luego, además de las sentencias de unificación cuyas características son específicas y restringidas, las demás sentencias del Consejo de Estado constituyen precedentes y las autoridades judiciales y administrativas tienen el deber *prima facie* de acatar y obedecer las *ratio decidendi* que determinen los fallos del máximo tribunal de lo contencioso administrativo. Ello sin usurpar o injerir indebidamente con los precedentes establecidos por otras jurisdicciones sobre los mismos tópicos.

Por este motivo, el Consejo de Estado ha determinado, por ejemplo, que en el caso de los factores salariales para la liquidación de la pensión de personas en régimen de transición, se adoptarán los criterios fijados por este tribunal siempre y cuando el asunto bajo estudio sea de competencia de la jurisdicción contencioso administrativo. Por el contrario, si el tema es de competencia de la jurisdicción ordinaria, entonces la entidad pública encargada de reconocer la pensión debe dar aplicación a los criterios establecidos por la Corte Suprema de Justicia³⁰.

Para el Consejo de Estado los precedentes ejercen fuerza de atracción dentro de su propia jurisdicción, reconociendo en teoría la prevalencia relativa de la jurisprudencia constitucional.

3.2. La Corte Suprema de Justicia frente a su propio precedente

El alto tribunal de la jurisdicción ordinaria se ha acogido a la interpretación que ha hecho la Corte Constitucional acerca del precedente

30. C.E. Sala de Consulta, 16 Feb. 2012, e2069, C.P. William Zambrano Cetina.

de la Corte Suprema de Justicia, en especial, la doctrina probable conforme la regulación legal decimonónica. Por esta vía, ha declarado que sus sentencias tienen carácter obligatorio en relación con los jueces de inferior jerarquía.

La Corte Suprema lo ha expuesto en los siguientes términos:

El mismo Tribunal Constitucional ha fijado que el precedente doctrinal es de obligatoria observancia tanto horizontal como verticalmente y debe ser tenido en cuenta en el futuro para la resolución de casos semejantes, dado que garantiza la consistencia de las decisiones judiciales, la seguridad y coherencia del sistema jurídico, la efectividad del principio de igualdad y controla la actividad judicial ya que el respecto por el precedente impone un mínimo racionalidad, cuando se trata resolver asuntos similares.

De esta forma, hasta antes de la sentencia C-836 de 2001 del Tribunal Constitucional, se consideraba que el artículo 230 de la Carta Política hacía referencia a la jurisprudencia como fuente auxiliar del derecho, pero cuando la misma no tiene por finalidad interpretar y fijar el alcance de las disposiciones constitucionales es vinculante. Pero a partir de la referida sentencia en la cual ese Tribunal se pronunció acerca de la constitucionalidad del artículo 4 de la Ley 169 de 1889, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia también tiene el carácter de precedente jurisprudencial obligatorio³¹.

Obsérvese que la Corte Suprema identifica dos momentos en el tratamiento del tema del precedente por parte de la Corte Constitucional, a saber: antes de la sentencia C-836 de 2001 la jurisprudencia era considerada como criterio de orientación auxiliar para los jueces y luego de la expedición de esta sentencia los precedentes adquieren carácter obligatorios, tanto los proferidos por la Corte Constitucional como aquellos expedidos por la Corte Suprema de Justicia.

En otra providencia la Sala de Casación Penal de la Corte realizó la siguiente reconstrucción sobre el tópico:

En tal medida el tema a dilucidar es la fuerza vinculante para la solución de casos similares

31. C.S.J. Penal, 09 Feb. 2009, e30571, M.P. Julio Socha Salamanca.

de las decisiones del máximo órgano de la jurisdicción ordinaria.

Afirmar la fuerza vinculante de la jurisprudencia, también impide la discrecionalidad del juez inferior, pues su libertad creadora que en algunos casos puede derivar en desconocimiento de derechos fundamentales, queda condicionada al respeto de lo ya dispuesto por tribunales superiores en casos similares, sin que ello se torne incompatible con el principio de autonomía e independencia judicial, pues en últimas, al igual que la ley, la jurisprudencia es fuente de derecho a la que la actividad del juzgador siempre estará sometida. [...]

En esta sentencia [La corte se refiere a la sentencia hito C-836 de 2001] que declaró la exequibilidad de la norma en el entendido que la Corte Suprema de Justicia, como juez de casación, y los demás jueces que conforman la jurisdicción ordinaria, al apartarse de la doctrina probable dictada por aquella, están obligados a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión, también quedó claro que en Colombia existe un sistema relativo de jurisprudencia, pues aunque los precedentes son vinculantes, no obligan de manera absoluta.

Y se dice de un sistema relativo, toda vez que los jueces en determinados casos, pueden desacatar las decisiones de las altas Cortes, pero bajo unos condicionamientos claros y específicos que no obedecen simplemente a su capricho o a la mera disparidad de criterios, bajo el argumento del respeto al principio de imparcialidad y autonomía judicial³². (Resaltados fuera del texto).

Resulta claro que la Corte Suprema asume los criterios que en materia de precedente la Corte Constitucional ha establecido, al revisar la constitucionalidad de normas que consagran la regulación legal de la fuerza vinculante de la jurisprudencia en materia ordinaria.

Para la Corte Suprema, con la expedición de la Constitución de 1991, la figura del precedente adquiere un papel preponderante en la aplicación de la ley. En ese sentido, la jurisprudencia de sus Salas de Casación no sólo tiene la función de unificar el derecho

nacional, sino que tiene carácter obligatorio, considerando los siguientes elementos:

- Salvaguardar la igualdad formal y la seguridad jurídica frente a las decisiones judiciales. Una misma situación fáctica no se puede resolver de manera distinta pues comportaría la vulneración a los derechos a la igualdad, la seguridad jurídica y la confianza legítima.

- La fuerza vinculante del precedente limita la discrecionalidad del juez inferior quien puede vulnerar; en algunos casos, derechos fundamentales al desconocer lo ya dispuesto por tribunales superiores. Esto no vulnera el principio de autonomía e independencia judicial en la medida que el sistema de precedentes es relativo, mas no absoluto.

- El artículo 230 de la Constitución no sólo hace referencia a la ley en sentido formal, sino a todo el ordenamiento jurídico, incluido los pronunciamientos de los jueces sobre el alcance de la ley y los derechos.

- La fuerza vinculante del precedente de la Corte Suprema deviene, entre otros, del principio de buena fe, entendido como la confianza legítima de los ciudadanos que cifran sus expectativas en la conducta de las autoridades del Estado³³.

En una sentencia de reciente data, el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria reiteró los anteriores postulados para reafirmar la obligatoriedad de sus precedentes en relación con los tribunales superiores y los jueces de inferior jerarquía, sin que se entienda que éstos deben aplicar automática o mecánicamente las reglas fijadas por la jurisprudencia ordinaria³⁴.

32. C.S.J. Penal, 01 Feb. 2012, e34853, M.P. Fernando Castro Caballero.

33. C.S.J. Penal, 18 de Feb. 2009, e30755, M.P. Jorge Luis Quintero Milanés.

34. C.S.J. Penal, 26 Feb. 2014, e36593, M.P. José Bustos Martínez.

CONCLUSIONES

De los acápite desarrollados en precedencia se pueden inferir las siguientes conclusiones sobre el estado de la cuestión relativo al precedente y su obligatoriedad:

- Todas las altas cortes crean precedentes a través de la jurisprudencia proferida para la resolución de los problemas que se someten a su escrutinio.

- Los precedentes se justifican por cuanto se incorporan al ordenamiento jurídico y adquieren rango prevalente, al interpretar el alcance de los derechos y la ley; y su obligatoriedad deriva de la necesidad de asegurar el derecho a la igualdad así como promover los valores de seguridad jurídica y la confianza legítima en el sistema.

- El precedente viene dado por la razones de la decisión, o los argumentos que guardan una relación directa con el contenido decisorio de la parte resolutive de las sentencias, los cuales pueden adquirir la estructura de reglas como condicionales hipotéticos, aplicables por silogismo, o bien la estructura de casos, aplicables por comparación o analogía.

- El precedente es de obligatoria observancia por parte de las autoridades administrativas y judiciales. Estas últimas tienen un margen de autonomía e independencia que les permite apartarse de los precedentes a través de decisiones suficientemente argumentadas. Las primeras pueden eventualmente apartarse del precedente siguiendo el procedimiento precisado por la Corte Constitucional para ese

propósito, a partir de lo dispuesto en la Ley 1437 de 2011. En cualquier caso, la obligatoriedad del precedente se refuerza en relación con las autoridades administrativas por lo cual el procedimiento de apartamiento administrativo es agravado o cualificado.

- No existe ninguna diferencia cualitativa entre el precedente, entendido como ratio decidendi, creado por la Corte Constitucional a través de las sentencias de tutelas, proferidas por Salas de Revisión, y las sentencias "SU" o "C" proferidas por la Sala Plena, excepto en lo que tiene que ver con los efectos del decissum de cada uno de estos fallos.

- En relación con el precedente del Consejo de Estado, éste se produce a través de dos clases de sentencias: (i) las de unificación, conforme a los artículos 270 y 271 de la Ley 1437 de 2011, y (ii) aquellos fallos que no son de unificación, pero sin embargo, crean precedentes para las autoridades administrativas y judiciales de la jurisdicción contenciosa administrativa.

- La Corte Suprema de Justicia ha adoptado los criterios sobre la obligatoriedad del precedente que ha establecido la Corte Constitucional en relación con la doctrina probable y la jurisprudencia expedida por el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria. Así ha asumido un sistema relativo de precedentes que obliga a los jueces de inferior jerarquía a acatar los fallos que en sede de casación profiere la Corte Suprema y/o apartarse de ellos agotando las cargas de la argumentación correspondientes.

BIBLIOGRAFÍA

- AALEXY, Robert. "Two or Three?" En: ARSP N° 119, 2009, pp. 9-18.
- BERNAL PULIDO, Carlos. El derecho de los derechos. Bogotá: Universidad Externado, 2005. 419 p.
- LOPEZ MEDINA, Diego. El derecho de los jueces. Bogotá: Legis, 2006. 366 p.
- QUINCHE, Manuel. El precedente judicial y sus reglas. Bogotá: Legis, 2014. 123 p.
- SCHAUER, Frederick. Pensar como abogado. Madrid, Marcial Pons, 2013. 272 p.
- _____, T-1112 de 2008, M.P. Jaime Córdoba.
- _____, T-592 de 2009, M.P. Jorge Palacio.
- _____, T-619 de 2009, M.P. Jorge Palacio.
- _____, T-693 de 2009, M.P. Jorge Palacio.
- _____, C-537 de 2010, M.P. Juan Carlos Henao.
- _____, C-539 de 2011, M.P. Luis E. Vargas.
- _____, C-634 de 2011, M.P. Luis E. Vargas.
- _____, C-816 de 2011, M.P. Mauricio González.
- Consejo de Estado, 01 de febrero de 2013, Auto e19718, C.P. Martha Briceño de Valencia
- _____, 15 de enero de 2014, Auto e20093, C.P. Jorge Ramírez Ramírez.
- _____, 24 de junio de 2013, Auto e1694-2013, C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez.
- _____, Sala de Consulta, 10 diciembre de 2013, e2177, C.P. William Zambrano Cetina.
- _____, Sala de Consulta, 16 febrero 2012, e2069, C.P. William Zambrano Cetina.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, 09 febrero 2009, e30571, M.P. Julio Socha Salamanca.
- _____, 01 febrero 2012, e34853, M.P. Fernando Castro Caballero.
- _____, 18 de febrero 2009, e30755, M.P. Jorge Luis Quintero Milanés.
- _____, 26 febrero 2014, e36593, M.P. José Bustos Martínez

FUENTES JURISPRUDENCIALES

- Corte Constitucional, C-113 de 1993, M.P. Jorge Arango.
- _____, C-083 de 1995, M.P. Carlos Gaviria.
- _____, C-836 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar.
- _____, T-522 de 2001, M.P. Manuel Cepeda.
- _____, T-1023 de 2001, M.P. Jaime Córdoba.
- _____, T-203 de 2002, M.P. Manuel Cepeda.
- _____, T-441 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre.
- _____, SU-813 de 2007, M.P. Jaime Araujo.
- _____, C-335 de 2008, M.P. Humberto Sierra.