

EL PRECEDENTE
EN EL DERECHO COLOMBIANO:
LA ESTRUCTURACIÓN DEL CONCEPTO
Y SU APLICACIÓN POR LA JURISPRUDENCIA
DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

THE PRECEDENT IN COLOMBIAN LAW:
THE STRUCTURING OF THE CONCEPT
AND ITS APPLICATION
BY THE JURISPRUDENCE
OF THE CONSTITUTIONAL COURT

*Manuel Eduardo Marín Santoyo**

Resumen

El precedente como fuente formal de derecho, plantea un problema al sistema legal dispuesto por la Constitución colombiana de 1991, puesto que el constituyente fiel a la tradición jurídica romanista o continental europea, mantuvo como fuente principal a la ley, estatuyendo a la jurisprudencia como una fuente secundaria. Sin embargo, la Corte Constitucional a través de sus sentencias ha cimentado la obligatoriedad de dicha fuente para los jueces, por lo cual debe realizarse un análisis de la figura, su concepto y valor en el derecho colombiano.

Palabras Clave: precedente, Corte, constitucional.

Abstract

The precedent as a formal source of law, poses a problem to the legal system provided by the Colombian Constitution of 1991, since the constituent faithful to the European Roman or continental legal tradition, kept as the main source of the law, statuting the jurisprudence as

* Magister en derechos humanos y derecho internacional humanitario de la Universidad Católica de Colombia. Profesor titular de la cátedra Régimen Político y Organización del Estado de la Universidad del Rosario. Artículo recibido el 2 de junio de 2019 y aceptado para su publicación el 4 de septiembre de 2019. Correo electrónico: manuelmarin@gmail.com

a Secondary source. However, through its judgments the Constitutional Court has cemented the obligatory nature of the precedent for judges, so an analysis of the figure, its concept and value in Colombian law must be carried out.

Key words: Precedent, Court, Constitutional.

Introducción

La figura del precedente como fuente formal de derecho, consiste en la creación del sistema legal a partir de las decisiones que se adoptan por los tribunales en casos concretos, las cuales se constituyen en las reglas aplicables tanto al caso resuelto como a casos futuros. El precedente es una fuente formal propia del *Common Law* o derecho anglosajón, con origen en Inglaterra, desde donde se extendió a las que fuesen sus colonias, por lo que en la actualidad, su aplicación se da principalmente en el Reino Unido –con excepción de Escocia–, en Canadá salvo en Québec, en Australia, Nueva Zelanda, la mayor parte de la India y Estados Unidos –menos en el estado Luisiana, que por su tradición francesa se rige por el sistema continental europeo–.

La institución del precedente como fuente de derecho en el sistema legal anglosajón, se fundamenta en la concepción del derecho medieval inglés en el que los tribunales del reino, por falta de legislación escrita, aplicaban las costumbres comunes del pueblo, las cuales se constituían en reglas jurídicas al ser las más conocidas o aceptadas, por lo que su aplicación se volvía uniforme y obligatoria para quienes residían en Inglaterra.

En dicho sistema, los jueces deben resolver aquellos casos que se someten a su conocimiento teniendo como referencia las decisiones previas adoptadas en casos análogos o similares, por los tribunales superiores, debiendo siempre razonar porqué la decisión previa es aplicable al caso actual o por qué razón debe apartarse de lo decidido previamente por el órgano de cierre.

Desde tiempo pretérito, su aplicación, como fuente principal de derecho, ha sido el rasgo que ha distinguido el *Common Law* del sistema continental europeo o romanista, en el que se funda el derecho francés, del cual los países latinoamericanos han adoptado su sistema de fuentes. En el sistema romanista, la fuente principal de derecho es la ley en sentido estricto, por lo que los jueces deben fundar sus decisiones en esta, constituyéndose la jurisprudencia en un criterio auxiliar que sirve de apoyo para la interpretación de la ley.

Sin embargo, la amplia influencia moderna de los países anglosajones, ha generado que los países de sistema romanista, hayan empezado a introducir el concepto del precedente en sus tradiciones jurídicas, lo cual en el caso colombiano se ha realizado a partir de la Constitución Política de 1991, pero en especial, en virtud de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y posteriormente con el establecimiento de las sentencias de unificación en la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

El presente escrito tiene por finalidad realizar una revisión de la manera cómo en Colombia se ha adoptado esta fuente de derecho. Para ello, se abordará la revisión de la jurisprudencia de la Corte Constitucional que ha estructurado y aplicado el concepto, así como los problemas que ello ha conllevado, la poca claridad que las altas cortes tienen sobre lo que en realidad lo constituye y cómo, de acuerdo con la especialidad del derecho, se han creado legalmente figuras para afianzar el precedente como fuente formal.

1. El sistema de fuentes de derecho instituido en la Constitución Política de 1991

Si bien, este estudio tiene por finalidad abordar el precedente jurisprudencial en el derecho colombiano; previo a la revisión del tema en concreto, es necesario examinar el sistema de fuentes consagrado en la Constitución Política de 1991, para luego analizar el alcance que se le ha dado a la jurisprudencia y a esta clase de fuentes en Colombia.

Como punto de partida, se debe acudir al artículo 230 de la Carta Política en el que se enuncia:

“los jueces, en sus providencias, solo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”.

De conformidad con el anterior mandato constitucional, en Colombia la jurisprudencia y la doctrina son considerados criterios auxiliares de la actividad judicial, es decir, se trata de fuentes secundarias a las que los jueces pueden acudir para apoyarse en la interpretación de la ley, de lo que se sigue que el constituyente de 1991 no contempló la jurisprudencia o el precedente como fuente formal principal en el derecho colombiano.

De esta manera, el constituyente de 1991 mantuvo la tradición jurídica romanista existente en Colombia, la cual con su origen fundamental en el *Código* napoleónico, entiende como fuente formal principal a la ley,

siendo los jueces intérpretes de la misma, pero no creadores de derecho. No obstante, el claro mandato constitucional, en relación con el valor de la jurisprudencia dentro de las fuentes del derecho colombiano, la Corte Constitucional desde sus inicios empezó a cimentar el concepto de precedente como fuente formal, para lo cual ha referido que la aplicación uniforme del derecho por los jueces corresponde a la protección del derecho a la igualdad, por lo que el juez debe resolver de manera idéntica los casos similares que se presentan ante la jurisdicción.

En relación con la forma como la Corte ha sustentado que este sea fuente formal por virtud del derecho a la igualdad, un sector de la doctrina ha sostenido:

“la Corte olvida que el verdadero sentido político, filosófico y democrático del principio de la igualdad de todos frente a la ley es la abolición de las legislaciones paralelas para beneficiar a determinadas clases sociales, religiosas, políticas y económica”¹.

De esta manera, en el derecho colombiano, subsiste una tendencia a mantener una lectura estricta del artículo 230 de la Constitución, con base en la cual, doctrinantes como el profesor Javier Tamayo Jaramillo han argumentado que el precedente no debe convertirse en obligatorio, pues con el mismo se contradice la norma constitucional, por lo que consideran que la Corte Constitucional “debe interpretar políticamente los principios constitucionales, pero respetando y aplicando los textos de las normas de la Carta”².

En consecuencia, en el derecho colombiano la conceptualización de aquel como fuente formal de derecho, no tiene asidero directo en la norma constitucional que establece las fuentes formales de derecho para los jueces, su creación se ha dado por vía de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la cual se ha fundado en el derecho a la igualdad.

2. *El precedente y su valor en el derecho colombiano*

Revisado el sistema de fuentes constitucionalmente instituido, en este acápite se analizará la manera cómo en Colombia se ha cimentado el concepto de precedente y su valor dentro de las fuentes formales de derecho, para lo cual se estudiará la doctrina sobre la materia, las figuras jurídicas relacionadas con el precedente y la manera cómo la jurisprudencia de las

¹ Javier TAMAYO, *El precedente judicial en Colombia*, p. 32.

² *Op. cit.*, p. 28.

altas cortes ha conceptualizado sobre este. Para concluir, se ofrecerá una aproximación propia a su definición y su alcance.

2.1. EL PRECEDENTE EN LA DOCTRINA.

En el escrito *El derecho de los jueces*³, Diego Eduardo Lopez Medina enuncia que en Colombia domina un sistema jurídico *neo-romanista* y positivista, en los cuales se ha asumido tradicionalmente lo siguiente:

- i) los jueces meramente aplican la ley, sin crearla;
- ii) los pronunciamientos judiciales son importantes para ilustrar las normas solo cuando estas son ambiguas y
- iii) los jueces están atados a la ley, pero son independientes frente a las sentencias judiciales que se han fallado en casos anteriores.

En este sentido, el autor explica que la jurisprudencia ha sido, desde siempre, entendida como fuente secundaria, por lo cual solo opera en casos de silencio por parte del legislador; en concreto, diferencias interpretativas menores, vacíos ocasionales o contradicciones; que se creen excepcionales.

Como se observa, el derecho colombiano adoptó un sistema de libre de jurisprudencia, sin embargo, en este se presentaban inequidades, pues en casos análogos se dictaban sentencias opuestas. En el sistema de libre jurisprudencia, la violación de la doctrina del tribunal de cierre era causal de casación de las sentencias de instancia y, por lo tanto, la jurisprudencia que sentaran las Cortes solo podía ser integrada por vía de la legislación subsiguiente. Ello tenía como defecto que las cortes no podían ir desarrollando paulatinamente la jurisprudencia con las variaciones que esto implica en el tiempo, y dificultaba la formación de una verdadera doctrina precedente, por lo que el papel de creación del derecho continuaba en cabeza del congreso.

Hasta el año 1995, las cortes respaldaban el sistema libre de jurisprudencia, consistente en que los jueces no estaban obligados a seguir las líneas fijadas por los tribunales de cierre, aceptando con ello el lugar auxiliar de la jurisprudencia en la doctrina jurídica nacional. A fines del año 1995 y principios de 1996, se reformó la visión que se tenía sobre esta figura, esto, ya que la Corte Constitucional en sus sentencias empezó a contradecir el sistema de libre jurisprudencia y a cimentar la obligatoriedad de la aplicación uniforme de la jurisprudencia, ello con fundamento en el derecho a la igualdad.

Por virtud del cambio de postura de la Corte Constitucional en relación con dicha obligatoriedad de los tribunales de cierre, empezó a

³ Diego LÓPEZ, *El derecho de los jueces*, capítulo 1.

considerarse como regla que el juez o funcionario que decida apartarse de las decisiones previas de estas, tiene el deber de justificar de manera suficiente y adecuada su posición.

En el texto *el precedente judicial*⁴ de Álvaro Aguilar Angel, el cual expone la teoría de la “doctrina probable”, el autor reseña cómo funcionaba la doctrina probable de la Corte Suprema de Justicia antes de 1991, la cual se constituía a partir de tres sentencias de casación sobre un mismo punto de derecho, con base en las cuales la autoridad judicial podría aplicar el mismo proceder en casos análogos.

De esta manera, la doctrina probable era una herramienta que guiaba las acciones de los funcionarios de la rama judicial y que permitía tener un actuar consistente del derecho, visto desde un punto de vista sistemático, analizando las sentencias de las altas cortes como parte de un todo y no como fallos individuales separados entre sí.

Para el autor, con posterioridad a la Constitución de 1991 y a la creación de la Corte Constitucional, se reorganizan los aspectos político-jurídicos que guían el ordenamiento. Al existir una corte cuyo propósito es la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución y darse el nacimiento de una nueva jurisdicción que permea todos los ámbitos del derecho, la Corte Constitucional empieza a instituir esta fuente formal y hacer que otras cortes, como la Corte Suprema o el Consejo de Estado, se acojan así a su interpretación y proceder para generar un precedente vertical y horizontal.

En su texto, Álvaro Aguilar indica que por más que Colombia sea heredero del derecho romano-germánico, donde la ley positiva es la fuente principal, no se puede negar la necesidad de incorporar las ideas del derecho anglosajón o *Common Law* para dar seguridad y consistencia al ordenamiento jurídico. Esto se da, pues, la igualdad frente a la ley de la que habla la Constitución, se proyecta, también, a la igualdad frente a las decisiones judiciales. Todo tribunal, además, debe ser consistente con sus decisiones previas para dar seguridad y coherencia al sistema jurídico al brindar significados estables a las normas.

En ese sentido, se entendería que se aplica en Colombia este derecho precedente en las altas cortes. Sin embargo, pueden existir casos en los cuales el juez no siga el actuar o el proceder de una sentencia que sea similar al caso concreto que se busca solucionar. En estos casos, el juez debe estipular de manera clara y precisa el por qué no considera su caso como análogo al establecido en la solución previa. Su argumentación debe variar si el precedente es horizontal o vertical. Concluye el autor argumen-

⁴ Álvaro AGUILAR, “El precedente judicial”.

tando que un sistema rígido a las leyes de interpretaciones variadas no da seguridad a las personas. Sin embargo, esta fuente permite el desarrollo de un estado social y fomenta la igualdad de trato para los ciudadanos, fomentando el cumplimiento de fines constitucionales.

Manuel Fernando Quinche en su texto, *El precedente judicial y sus reglas*⁵, precisa el término ‘precedente’ con base en la sentencia T-292 de 2006, entendiéndolo como:

aquel antecedente del conjunto de sentencias previas al caso que habrá de resolver que, por su pertinencia para la solución de un problema jurídico constitucional, debe considerar necesariamente un juez o una autoridad determinada, al momento de dictar sentencia .

A partir de allí, aclara que lo que en realidad tiene valor en dicho antecedente es la *ratio decidendi* de las sentencias pertinentes. Manuel Quinche menciona que su importancia estriba en garantizar el derecho de igualdad de trato jurídico, para quienes estén en una misma situación fáctica y jurídica. Posteriormente, el autor con base en lo dicho por la Corte Constitucional, plantea que, para establecer si un fallo es un precedente aplicable, se necesita verificar que exista una semejanza entre los hechos del caso anterior y los del que se va a decidir, que la consecuencia jurídica aplicada en el caso anterior sea adecuada para el nuevo caso y, por último, analizar si la regla en el pronunciamiento anterior ha cambiado, evolucionando, o se mantienen como doctrina probable por la Corte.

Otra visión de su valor se puede observar en el texto *El precedente judicial en Colombia*⁶ de Javier Tamayo Jaramillo. En la segunda sección de este libro, titulada: “Análisis de la jurisprudencia que vuelve obligatorio el precedente en Colombia”, el autor plantea que la jurisprudencia, particularmente la sentencia C-836 de 2001, evidencia la obligatoriedad del mismo, no solo en la Corte Constitucional, sino, también, en la Corte Suprema de Justicia y en el Consejo de Estado. A partir de esta idea central, se puede observar que, si bien Javier Tamayo afirma que la decisión de dicha sentencia es opuesta a lo planteado por el artículo 230 de la Constitución, esta logró superponerse y volverlo obligatorio, por las razones que se presentarán a continuación.

En este sentido, se observa que la razón por la cual la Corte volvió el precedente obligatorio, según el autor se basa en que:

⁵ Manuel Fernando QUINCHE, *El precedente judicial y sus reglas*, capítulo III, sección 3: El precedente judicial. La clasificación del precedente.

⁶ TAMAYO, *op. cit.*, sección segunda: análisis de la jurisprudencia que vuelve obligatorio el precedente en Colombia.

“la libre interpretación de la ley por parte de los jueces atenta contra la igualdad de todos frente a la ley, pues esa interpretación puede ser diversa. Lo único que garantiza la igualdad de todos frente al Derecho, es tornar obligatorios los precedentes”⁷.

Es decir, que la Corte se encuentra contradiciendo lo estipulado por un artículo constitucional porque considera que tiene razones para beneficiar a la mayoría. No obstante, Javier Tamayo afirma que la jurisprudencia no debería tener la capacidad de contradecir a la norma máxima que es la Constitución. De esta manera, asegura que, si dentro de la Carta Magna se encuentran estipulados los principios de legalidad y de igualdad para todos, la Corte no puede acudir a pretextos (como el del derecho a la igualdad), para desacatar el principio constitucional mencionado. Así, entonces, el autor sostiene que desatender dicho principio, implica cambiar el sistema de derecho escrito que había sido escogido por el constituyente primario desde el 91, por un sistema de derecho jurisprudencial que atentaría de forma clara y expresa contra el constituyente.

De conformidad con esta postura doctrinal, la jurisprudencia no tiene la capacidad de contradecir lo estipulado por la Constitución, pues esto sería equivalente a contradecir lo estipulado por el pueblo mismo. Por lo tanto, el punto central es que debe ser la norma superior la que decida qué sistema legal es el que debe regir a Colombia y cuáles son los procedimientos para aplicarlo y no que esto sea decidido por la subjetividad de quienes componen la Corte. Para Javier Tamayo, si la Constitución colombiana se basó en un sistema de derecho escrito, esto es evidencia de que le otorgó el papel central a la ley como fuente de derecho y dejó a la jurisprudencia como un criterio auxiliar. En este punto cabe resaltar que los dos tipos de sistemas, fundado en la ley o en el precedente, no pueden ser compatibles como fuentes principales, ello puesto que en un sistema en que es preponderante el imperio de la ley, la aplicación obligatoria del segundo, genera que la juridicidad no se basaría en los textos aprobados por los órganos competentes (la ley misma) sino en lo que los miembros de la Corte, dependiendo del contexto, consideren justo.

En la sentencia C-836 de 2001, la Corte argumenta que el artículo 13 de la Constitución consagra la igualdad como derecho fundamental de toda persona, y que, en este sentido, es el precedente el que logra que las consecuencias jurídicas, propiciadas por las interpretaciones que hacen los jueces acerca de la ley, sean iguales para todos los casos similares o para todos aquellos a quienes se les podría aplicar un trato igualitario.

⁷ TAMAYO, *op. cit.*, p. 12.

Sin embargo, el entendimiento del derecho consagrado en el artículo 13 constitucional refiere más a una concepción tanto de igualdad ante la ley como a la igualdad de protección y trato por parte de las autoridades, por lo que sustentar el cambio de fuente formal en el derecho a la igualdad corresponde como lo dice Javier Tamayo a la “toma del poder político por parte de la Corte para establecer su propia ideología política, arrasando así con el Estado de derecho”⁸. De esta forma, las soluciones judiciales previas no deben convertirse en obligatorias por los argumentos dictados por la Corte, que, a su vez, contradicen el artículo 230 constitucional, sino que, por el contrario, deben ser aplicadas en virtud de la idea de que “la Corte debe interpretar políticamente los principios constitucionales, pero respetando y aplicando los textos de las normas de la Carta”⁹.

2.2 LAS FIGURAS CONSTITUCIONALES Y LEGALES QUE DESARROLLAN EL PRECEDENTE

Realizadas las aproximaciones teóricas respectivas y las distintas visiones sobre su obligatoriedad, a continuación se revisarán las figuras jurídicas que existen en el derecho colombiano para asignar valor constitucional y legal al mismo.

La primera figura existente en el ordenamiento jurídico colombiano que puede relacionarse con el precedente es la denominada “Doctrina constitucional”, la cual corresponde a las sentencias que expide la Corte Constitucional en ejercicio del control abstracto de constitucionalidad de las normas con fuerza de ley, las cuales son identificadas con la letra C. En relación con el control abstracto, la Corte Constitucional ha instituido tres formas de resolver la constitucionalidad de las normas: una, en la que declara su constitucionalidad o inconstitucionalidad; otra, en la que ante una posible inconstitucionalidad devuelve la norma al Congreso para que este la adecúe a la interpretación de la Corte¹⁰ y la última, en la que declara condicionadamente la norma estudiada, imponiendo el criterio interpretativo que debe aplicarse sobre la misma¹¹.

⁸ TAMAYO, *op. cit.*, p. 26.

⁹ *Op. cit.*, p. 28.

¹⁰ Se puede ver en CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (2011), sentencia C-577, donde a propósito de la demanda que buscaba considerar matrimonio las uniones entre personas del mismo sexo resolvió: CUARTO.- EXHORTAR al Congreso de la República para que antes del 20 de junio de 2013 legisle, de manera sistemática y organizada, sobre los derechos de las parejas del mismo sexo con la finalidad de eliminar el déficit de protección que, según los términos de esta sentencia, afecta a las mencionadas parejas.

¹¹ Puede revisarse en CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (2006), sentencia C-355, en la cual al resolver sobre la constitucionalidad del delito de aborto resolvió: Tercero.

La doctrina constitucional en cualquiera de las formas de decisión se convierte en fuente formal de derecho, pues con ella se define de manera directa sobre la ley, por lo cual, las interpretaciones dadas en las sentencias de constitucionalidad no son en propiedad un precedente, sino, por el contrario, la ley misma, pues en caso de su constitucionalidad o inconstitucionalidad, la mantiene o retira del ordenamiento jurídico, entretanto, cuando se da la constitucionalidad condicionada obliga a que su aplicación sea conforme la interpretación dada por la Corte, sin que pueda en ningún caso ni el juez, ni ningún funcionario o persona desconocer lo dispuesto en la sentencia, la cual tiene los efectos *erga omnes* predicables de la ley en sentido material.

La segunda de las figuras que puede encontrarse en el derecho colombiano corresponde a la jurisprudencia establecida en el artículo 230 constitucional, que hace referencia al conjunto de sentencias emitidas por órganos judiciales de cierre, los cuales en Colombia corresponden a la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional¹².

Teniendo en cuenta lo anotado en precedencia, toda sentencia expedida por las altas cortes como órgano de cierre constituye jurisprudencia y de conformidad con el artículo 230 de la Constitución establece un criterio auxiliar para los jueces en sus decisiones. Sin embargo, es necesario precisar que no toda jurisprudencia puede considerarse como precedente,

Declarar EXEQUIBLE el artículo 122 de la Ley 599 de 2000, en el entendido que no se incurre en delito de aborto, cuando con la voluntad de la mujer, la interrupción del embarazo se produzca en los siguientes casos: (i) Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico; (ii) Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; y, (iii) Cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto.

¹² Al respecto cabe advertir que las tres altas Cortes colombianas son órganos de cierre de las jurisdicciones ordinaria, de lo contencioso administrativo y constitucional, pero que la forma como se accede para que tomen decisiones es diferente. En el caso de la Corte Suprema, la misma es tribunal de casación, por lo que la regla general es que se accede a ella solo vía recursos extraordinarios y solo por excepción en instancia, esto cuando se trata de aforados, como es el caso de diplomáticos (en materia civil) o congresistas (en materia penal). Por su parte el Consejo de Estado, si bien es un órgano de cierre, es un tribunal de instancia, al cual se accede por vía de apelación o en procesos de única instancia y, para finalizar, la Corte Constitucional se pronuncia como supremo órgano de la jurisdicción constitucional por vía de dos acciones, la pública de constitucionalidad, en la que no existe, en rigor, instancia, sino una competencia privativa de la Corte para conocer la exequibilidad de las normas con fuerza de ley y la otra por vía de la revisión de tutelas, en el cual no es tribunal de instancia, sino que revisa las sentencias de tutela que han sido conocidas por los demás jueces del país, incluidas las demás altas cortes.

pues se explicará más adelante, para que la decisión del órgano de cierre lo sea debe cumplir con unos requisitos concretos.

Otra figura que ha instituido la Corte Constitucional para darle valor a su jurisprudencia son las denominadas “sentencias de unificación dictadas en el trámite de tutela”, las cuales se identifican como SU. En relación con este tipo de sentencias, las mismas se profieren por la Corte en sede de revisión de las acciones de tutela, competencia que le es otorgada por el numeral 9° del artículo 241 de la Constitución de 1991.

Las sentencias de unificación son proferidas en casos de tutela, en los cuales conforme lo dispone el artículo 86¹³ de la Constitución se resuelve la solicitud que cualquier persona realice para que se le amparen sus derechos fundamentales, por lo que la sentencia que se adopte tiene efectos solo para las partes dentro del trámite, lo que en principio genera que sus efectos sean solo particulares.

En virtud de la naturaleza *inter pares* que tienen las sentencias de tutela (identificadas con la letra T), el alcance de los criterios interpretativos dados por la Corte se circunscriben al caso concreto, por lo que la propia Corte creó las sentencias de unificación en las cuales establece su criterio unificado que se aplicará tanto al caso particular, como a los casos que resulten análogos a este.

La magnitud de las sentencias de unificación tiene una aproximación mayor que la del precedente, pues en las mismas se crean las reglas que la Corte va a aplicar a casos similares, por lo que los jueces con base en ellos conocen cuál es el criterio que se utilizará en la eventual revisión de las acciones de tutela. Vale destacar que en el sistema judicial colombiano la

¹³ ARTICULO 86. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.

La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.

jurisdicción constitucional está conformada por todos los jueces del Estado, sin importar su especialidad, razón por la cual, en materia de tutela todo juez de la república, incluida la Corte Suprema y el Consejo de Estado, se encuentran en jerarquía funcional inferior a la Corte Constitucional, por lo que a todos ellos les resulta vinculante la interpretación que se contenga en las sentencias de unificación.

Por otra parte, el artículo 4° de la Ley 169 de 1896 estatuyó la denominada doctrina probable que se define de la siguiente manera:

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

La relevancia de la doctrina probable se circunscribe a la justicia ordinaria, concretamente a las sentencias de la Corte Suprema de Justicia como producto de su competencia en sede de recurso de casación. Respecto de esta figura es importante indicar que el propio tenor de la norma que la instituye genera la merma a su obligatoriedad, ya que en este se establece que los jueces pueden o no aplicar la interpretación dada por la Corte, lo que de suyo implica la posibilidad de apartarse de las reglas que sean fijadas en la sentencia.

Con la expedición en el año 2011 del CPACA, se establecieron las sentencias de unificación del Consejo de Estado, las cuales conforme al artículo 270 de la norma en cita corresponden a las que:

“profera o haya proferido el Consejo de Estado por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia; las proferidas al decidir los recursos extraordinarios y las relativas al mecanismo eventual de revisión previsto en el artículo 36A de la Ley 270 de 1996, adicionado por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009”.

El alcance de las sentencias de unificación del Consejo de Estado se encuentra fijado en el artículo 10 del CPACA que establece como obligación de las autoridades públicas de tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado para resolver los asuntos de su competencia, al igual que en el artículo 258 de la misma codificación que establece que los tribunales administrativos están obligados a aplicar las sentencias de unificación so pena de que sus sentencias sean susceptibles del recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia.

Las sentencias de unificación del Consejo de Estado se instituyen como la primera figura de jurisprudencia con exigibilidad directa. Esto,

teniendo en cuenta que, si bien las sentencias de unificación de la Corte Constitucional y la doctrina probable de la Corte Suprema tienen un valor, solo las sentencias de unificación cuentan con norma expresa que obliga a su aplicación y con mecanismos propios de exigibilidad, como lo son el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia¹⁴ y la extensión de jurisprudencia¹⁵.

¹⁴ ARTÍCULO 256. FINES. El recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia tiene como fin asegurar la unidad de la interpretación del derecho, su aplicación uniforme y garantizar los derechos de las partes y de los terceros que resulten perjudicados con la providencia recurrida y, cuando fuere del caso, reparar los agravios inferidos a tales sujetos procesales.

¹⁵ ARTÍCULO 102. EXTENSIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO A TERCEROS POR PARTE DE LAS AUTORIDADES. Las autoridades deberán extender los efectos de una sentencia de unificación jurisprudencial dictada por el Consejo de Estado, en la que se haya reconocido un derecho, a quienes lo soliciten y acrediten los mismos supuestos fácticos y jurídicos.

Para tal efecto el interesado presentará petición ante la autoridad legalmente competente para reconocer el derecho, siempre que la pretensión judicial no haya caducado. Dicha petición contendrá, además de los requisitos generales, los siguientes:

1. Justificación razonada que evidencie que el peticionario se encuentra en la misma situación de hecho y de derecho en la que se encontraba el demandante al cual se le reconoció el derecho en la sentencia de unificación invocada.

2. Las pruebas que tenga en su poder, enunciando las que reposen en los archivos de la entidad, así como las que haría valer si hubiere necesidad de ir a un proceso.

3. Copia o al menos la referencia de la *sentencia de unificación* que invoca a su favor. Si se hubiere formulado una petición anterior con el mismo propósito sin haber solicitado la extensión de la jurisprudencia, el interesado deberá indicarlo así, caso en el cual, al resolverse la solicitud de extensión, se entenderá resuelta la primera solicitud.

La autoridad decidirá con fundamento en las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias aplicables y teniendo en cuenta la interpretación que de ellas se hizo en la *sentencia de unificación* invocada, así como los demás elementos jurídicos que regulen el fondo de la petición y el cumplimiento de todos los presupuestos para que ella sea procedente.

Esta decisión se adoptará dentro de los treinta (30) días siguientes a su recepción, y las autoridades podrán negar la petición con fundamento en las siguientes consideraciones:

1. Exponiendo las razones por las cuales considera que la decisión no puede adoptarse sin que se surta un período probatorio en el cual tenga la oportunidad de solicitar las pruebas para demostrar que el demandante carece del derecho invocado. En tal caso estará obligada a enunciar cuáles son tales medios de prueba y a sustentar de forma clara lo indispensable que resultan los medios probatorios ya mencionados.

2. Exponiendo las razones por las cuales estima que la situación del solicitante es distinta a la resuelta en la sentencia de unificación invocada y no es procedente la extensión de sus efectos.

3. Exponiendo clara y razonadamente los argumentos por los cuales las normas a aplicar no deben interpretarse en la forma indicada en la sentencia de unificación. En este evento, el Consejo de Estado se pronunciará expresamente sobre dichos argumentos y

La figura de la sentencia de unificación del Consejo de Estado y su vinculatoriedad fue analizada por la Corte Constitucional en las sentencias C-634 de 2011 y C-816 de 2011, en las cuales se declaró la constitucionalidad condicionada de las normas, concretamente definiendo que este tipo de decisiones del Consejo de Estado tienen el alcance vinculante al que se ha hecho referencia, siempre y cuando se apliquen:

“junto con las sentencias de unificación jurisprudencial proferidas por el Consejo de Estado y de manera preferente, las decisiones de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia. Esto sin perjuicio del carácter obligatorio erga omnes de las sentencias que efectúan el control abstracto de constitucionalidad”.

De esta manera, la importancia de las sentencias de unificación del Consejo de Estado se ve mermada por la Corte Constitucional, que impone su interpretación sobre las del órgano de cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

2.3. *EL PRECEDENTE Y SU VALOR EN LAS SENTENCIAS DE LAS ALTAS CORTES COLOMBIANAS*

Vistas las consideraciones de la doctrina y las figuras de orden legal que se relacionan con el precedente, a continuación se examinará cómo las altas cortes en su jurisprudencia han cimentado el concepto y su alcance en el derecho colombiano, para lo cual se estudiarán pronunciamientos de la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia al respecto.

podrá mantener o modificar su posición, en el caso de que el peticionario acuda a él, en los términos del artículo 269.

Contra el acto que reconoce el derecho no proceden los recursos administrativos correspondientes, sin perjuicio del control jurisdiccional a que hubiere lugar. Si se niega total o parcialmente la petición de extensión de la jurisprudencia o la autoridad guarda silencio sobre ella, no habrá tampoco lugar a recursos administrativos ni a control jurisdiccional respecto de lo negado. En estos casos, el solicitante podrá acudir dentro de los treinta (30) días siguientes ante el Consejo de Estado en los términos del artículo 269 de este Código.

La solicitud de extensión de la jurisprudencia suspende los términos para la presentación de la demanda que procediere ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Los términos para la presentación de la demanda en los casos anteriormente señalados se reanudarán al vencimiento del plazo de treinta (30) días establecidos para acudir ante el Consejo de Estado cuando el interesado decidiera no hacerlo o, en su caso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 269 de este Código.

2.3.1. El precedente en la jurisprudencia de la Corte Constitucional

La Corte Constitucional ha definido el precedente judicial como:

“la sentencia o el conjunto de ellas, anteriores a un caso determinado, que por su pertinencia y semejanza en los problemas jurídicos resueltos, debe necesariamente considerarse por las autoridades judiciales al momento de emitir un fallo”.

Asimismo, la doctrina lo ha definido como el mecanismo jurisdiccional que tiene su origen en el principio *stare decisis* o estar a lo decidido, el que consiste en la aplicación de criterios adoptados en decisiones anteriores, a casos que se presenten en situaciones posteriores y con circunstancias similares¹⁶.

El anterior concepto de la Corte sirve como punto de partida para revisar la manera cómo el alto tribunal entiende este mecanismo y su aplicación. Para ello, se acudirá a las sentencias más recientes sobre la materia.

En la sentencia T-049 de 2007, la Corte estudió el caso de un ciudadano que alegó la vulneración de su derecho al debido proceso y a la seguridad jurídica, ya que en un proceso de pertenencia de vivienda de interés social se dictó una sentencia, en apariencia, contradictoria con otra pronunciada previamente por la misma Sala del Tribunal Superior de Pamplona. En este caso, la Corte Constitucional reitera que los jueces están obligados a observar y tener en cuenta las consideraciones de las decisiones mediante las cuales se han resuelto situaciones análogas anteriores, esto es, al precedente judicial horizontal que tiene carácter vinculante. Dicha obligación no solo consiste en resolver casos con identidad de hechos de la misma manera, sino de tener en cuenta de modo expreso dichos casos previos.

Para la Corte, la Sala Única del Tribunal Superior de Pamplona desconoció una decisión tomada con anterioridad e idénticos hechos, material probatorio y partes. Esto quiere decir que dicha Sala se apartó de su propio precedente judicial horizontal sin haber cumplido con los requisitos que la facultan para ello: reconocer expresamente la existencia del caso previo y, si se requiriese apartarse del mismo, justificar con argumentos las razones que llevaron a la autoridad judicial a hacerlo. En la sentencia, se establece que el mecanismo horizontal es obligatorio, pues los jueces deben cumplir con el presupuesto de trato igual a quien acude ante ellos para la resolución de un asunto.

¹⁶ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (2017), sentencia SU-354, Sala Plena.

Un segundo caso es el mencionado en la sentencia C-816 de 2011 por el magistrado Mauricio González Cuervo. En ella, el accionante Francisco Javier Lara demanda el artículo 102 de la Ley 1437 de 2011 sobre la extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado a terceros por parte de las autoridades.

El accionante afirma que deberá declararse la inexecutable del aparte subrayado dentro de la norma demandada que enuncia:

“Las autoridades deberán extender los efectos de una sentencia de unificación jurisprudencial dictada por el Consejo de Estado, en la que se haya reconocido un derecho, a quienes lo soliciten y acrediten los mismos supuestos fácticos y jurídicos”.

Se afirma una vulneración a los artículos 4 (Constitución como norma fundante) 230 (fuentes del derecho donde la ley es principal y la jurisprudencia es subsidiaria) y 241 (función de la Corte Constitucional de velar por la integridad y la supremacía de la Carta Política) de la Constitución Política de Colombia.

La Corte argumenta:

“la jurisprudencia de los órganos judiciales de cierre jurisdiccional, en cuanto autoridades constitucionales de unificación jurisprudencial, vincula a los tribunales y jueces (Precedente Vertical) y a sí mismas (Precedente Horizontal), con base en los fundamentos constitucionales invocados de igualdad, buena fe, seguridad jurídica, a partir de una interpretación sistemática de principios y preceptos constitucionales”.

Prosigue analizando el concepto del “apartamento judicial” y lo define como:

“la potestad de los jueces de apartarse de la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales de cierre, como manifestación de su autonomía judicial constitucional”.

Es importante recalcar que la opción comentada de ninguna forma habilita a las autoridades judiciales para desconocer el precedente (ni vertical ni horizontal) cuando es evidente la identidad de supuestos fácticos y sin cumplir con los requisitos anteriormente enunciados. Por ende, serán inadmisibles las posturas que de modo anticipado desconozcan la fuerza vinculante que este tiene.

En síntesis, así como bajo el pretexto del derecho de igualdad no puede anularse la autonomía del juez, tampoco con fundamento en la unificación de jurisprudencia puede negarse la disposición constitucional que clasifica la jurisprudencia entre los criterios auxiliares de la actividad judicial.

Un tercer caso ocurre con la sentencia SU-053 de 2015. Allí, la Corte profirió sentencia en un conjunto de diez acciones de tutela que se instauraron en contra de providencias judiciales en las que se negó la nulidad de actos administrativos que retiraron del servicio a servidores públicos sin motivación.

Al analizar el caso, la Corte Constitucional precisa que, si bien a jurisdicción de lo contencioso administrativo tiene una jurisprudencia según la cual es procedente el retiro discrecional y sin motivación, el mismo es contrario al precedente de la Corte, según el cual siempre se requiere motivación, por lo que revoca las sentencias argumentando:

“El precedente se basa en la constante necesidad de proteger el derecho a la igualdad de los ciudadanos que acuden a la administración de la justicia, con el fin de salvaguardar los principios de buena fe y seguridad jurídica”

y, por ende, enuncia:

“cuando no se cumple con el precedente dado por las Altas Cortes, aún cuando se trate constitucionalmente como un criterio auxiliar, es motivo de impugnación al caso por parte del accionante”.

De esta manera, La Corte indica que existiría una regla de derecho en cuanto a la reintegración de los servidores públicos y que en las tutelas recolectadas en esta sentencia de unificación, hay un desconocimiento completo por parte de los jueces de circuito a la hora de proferir fallos.

Un cuarto ejemplo sucede en la sentencia T-460 de 2016. En este caso, la Corte resolvió una acción de tutela contra el Juzgado 15 Laboral del Circuito y la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, invocando la protección de sus derechos fundamentales a la favorabilidad, la *ratio decidendi* de la jurisprudencia constitucional e imprescriptibilidad en materia pensional. Lo anterior, al considerarlos vulnerados por las autoridades demandadas, por negar el incremento pensional por tener a cargo la cónyuge y un hijo discapacitado, bajo el argumento que se hallaba prescrito.

La Corte Constitucional indicó:

“El precedente tiene fuerza vinculante, no sólo a lo principios de buena fe, confianza legítima y seguridad jurídica sino al derecho de igualdad que rige a todo el ordenamiento jurídico”,

y, por consiguiente, enuncia que, si bien los funcionarios judiciales gozan de autonomía en la expedición de sus providencias, la misma se encuentra limitada por el principio de igualdad. En efecto, de acuerdo con esa máxima, los jueces tienen la obligación de aplicar a casos similares, las interpretaciones y razonamientos realizados por los órganos límites de la

jurisdicción. En este contexto, la jurisprudencia sostiene que el respeto por las decisiones proferidas por los jueces de superior jerarquía y, en especial, de los órganos de cierre en cada una de las jurisdicciones (ordinaria, contencioso administrativa y constitucional) no constituye una facultad discrecional del funcionario judicial, sino que es un deber de obligatorio cumplimiento.

De las anteriores sentencias de la Corte se puede concluir que para la misma, el precedente es fuente formal de derecho, la cual es vinculante para todos los jueces, que están obligados a aplicarlo de manera prevalente y que solo pueden apartarse de este de manera razonada.

2.3.2. El precedente en la jurisprudencia del Consejo de Estado

El Consejo de Estado, mediante sentencia 2009-00295/57279 del 4 de septiembre de 2017, define la fuente formal estudiada de la siguiente manera:

“El que se encuentra estrechamente asociado a la concreción del contenido normativo que emana del ordenamiento jurídico y, a partir de esa labor interpretativa, precisa el alcance de las competencias de las autoridades estatales, las posiciones jurídicas y los estándares de protección de los derechos, como de los instrumentos adjetivos que se cuentan para la garantía de los mismos, jugando un rol definitorio en la vigencia del Estado de Derecho, comprendido en términos sustantivos (sentencia 2009-00295/57279, CP. Santofimio Gamboa, 2017)”.

Al resolver un medio de control con pretensión de nulidad y restablecimiento de derecho, en la que se demanda el no incremento salarial a los soldados profesionales, el Consejo de Estado aborda la relación entre el precedente y las sentencias de unificación previstas en el CPACA, respecto de lo cual plantea lo siguiente:

“Examinado nuevamente el artículo 271 de la Ley 1437 de 2011, se tiene que dicho enunciado normativo es claro en otorgar a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y a las Secciones que la integran, la competencia para proferir sentencias de unificación por razones de importancia jurídica y trascendencia social o económica y, cuando exista la necesidad de sentar jurisprudencia (...)”.

“En ese sentido, la expresión ‘necesidad de sentar jurisprudencia’ contenida en el artículo 271 de la Ley 1437 de 2011, como causal que faculta al Consejo de Estado para proferir sentencias de unificación jurisprudencial, alude a la identificación, a partir de los supuestos fácticos del caso estudiado, de escenarios propicios para que la Corporación en su calidad de órgano de cierre de la jurisdicción, desarrolle criterios o

tesis para, por ejemplo, aclarar puntos oscuros o zonas grises de la legislación, doctrinales o jurisprudenciales, perfeccionar o refinar sus propios precedentes y garantice los derechos fundamentales, esto último en pro de asegurar los fines del Estado establecidos por el Constituyente en el artículo 2 superior” (CP. Ibarra Vélez, 2016, pp. 7-8 & 10-11).

La Sala de Consulta y Servicio Civil, se pronunció sobre el deber del Instituto de Seguros Sociales de dar aplicación a esta fuente formal jurisprudencial fijado por el Consejo de Estado en relación con la inclusión de las primas de Navidad, servicios y vacaciones para el cálculo de las pensiones, de la siguiente manera:

“Las entidades públicas de cualquier orden, encargadas de reconocer y pagar pensiones de jubilación, prestaciones sociales y salariales de sus trabajadores o afiliados, (...) 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” (Ley 1395, 2010, art. 114)

Aplicando esto al caso concreto, el Instituto de Seguros Sociales, extenderá las relaciones de la Universidad de Antioquia con sus docentes en los casos cuya jurisdicción competente sea la Contencioso Administrativa. Además, es importante mencionar que si el precedente cambia, tendrá incidencia en las decisiones futuras, pero no en los casos fallados”.

De conformidad con las anteriores determinaciones, se puede colegir, que el máximo órgano de la jurisdicción de lo contencioso administrativo ha acogido el concepto del precedente y ha cimentado el mismo en torno a las sentencias de unificación que se dictan por parte del propio Consejo de Estado.

2.3.3. El precedente en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia

La Corte Suprema de Justicia, para la aplicación del precedente, acude a la ya analizada figura de la doctrina probable, la cual refiere a la existencia de tres decisiones en sede de casación como posible fundamento de las decisiones de los jueces.

En la sentencia SC39456 de 2013 la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia analiza la posibilidad de que un funcionario público cometa el delito de prevaricato al apartarse irregularmente de la solución anterior de un caso. Al respecto, la Corte Suprema argumenta que sí se puede acusar de prevaricato a un funcionario público que se haya apartado de lo establecido por una alta corte, siempre que no haya una argumentación justificada de las razones por las que procedió con la

decisión de pasar por alto el precedente vigente y fallar de forma contraria a lo resuelto por su superior jerárquico.

De esta manera la Corte Suprema define este mecanismo judicial como una regla jurídica creada o modificada en jurisprudencia de las Altas Cortes, el cual le concede:

“fuerza vinculante a la jurisprudencia, también impide la discrecionalidad del juez inferior, pues su libertad creadora, la cual puede derivar, en algunos casos, 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” (SC39456-2013).

En la sentencia SC10304-2014, la Sala de Casación Civil resuelve un caso en el cual se interpone un recurso de casación para que se modifique los fallos de las anteriores instancias sobre la fecha de iniciación de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes. En su determinación se refiere a la noción estudiada, de la siguiente manera:

“Conforme a tal noción, el precedente es la primera decisión de un juez o tribunal de mayor jerarquía (precedente vertical), o del propio juez (precedente horizontal o auto precedente), que es acogida en casos ulteriores, sucesivos o posteriores en forma persuasiva o vinculante por el propio juez o por los jueces de menor jerarquía, adquiriendo efectos normativos para casos posteriores”.

Con base en un análisis de esta sentencia, se puede determinar que la doctrina probable es una clase de precedente. Siendo esta una regla que nace “con respecto a tres decisiones uniformes de la Corte Suprema en sede de casación y sobre un mismo punto de derecho”¹⁷, que deben ser acogidas por los demás funcionarios de la jurisdicción ordinaria para casos ulteriores, sucesivos o posteriores, al tener un carácter vinculante para ellos conforme al principio de igualdad, seguridad jurídica y confianza legítima.

2.4. EL CONCEPTO DE PRECEDENTE Y SU VALOR EN EL DERECHO COLOMBIANO

Con fundamento en las distintas posturas doctrinales y jurisprudenciales, el precedente corresponde a una decisión proferida por las altas cortes en la cual se crea una regla de derecho. En relación con lo anterior, es

¹⁷ Nicolás LOZADA, “La doctrina probable: ¿criterio auxiliar o legislación judicial?”.

importante resaltar que no toda jurisprudencia o sentencia crea una regla de derecho, pues existen fallos judiciales que exclusivamente se encargan de interpretar la ley, más no crean reglas jurídicas.

De esta manera, para que pueda considerarse la existencia de tal decisión, no basta con que exista una jurisprudencia de alta corte, la cual tiene el valor ya referido en las figuras previas¹⁸, lo que constituye precedente es aquella jurisprudencia en la que el órgano de cierre crea una regla jurídica ante el vacío o la ambigüedad de una norma, cuando acude a los principios generales del derecho para resolver casos que no tienen una solución dada por la ley o cuando aplica la analogía *juris* o *legis* para regular una figura jurídica que no tiene regulación específica en la ley.

Como se ha advertido, la Corte Constitucional ha asignado un valor vinculante a este tipo de soluciones, corolario de lo cual, los jueces están obligados a atender al mismo, así lo define la sentencia C-461 de 2013:

“En desarrollo de lo previsto en las normas superiores aplicables, particularmente los artículos 228 y 230 de la carta política, a la fecha claro en Colombia el carácter obligatorio de la jurisprudencia de los órganos de cierre, esto es la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, deber que se entiende referido a la necesidad de tomar en cuenta los precedentes existentes y relevantes en relación con el tema de que se trate, en principio para efectos de seguirlos y aplicarlos, quedando en todo caso abierta la posibilidad de decidir en un sentido diferente, siempre que el juez o tribunal que así lo hiciere, o el propio órgano de cierre autor del precedente, justifique debidamente las razones del cambio”.

En cuanto a la forma en que este se aplica en el derecho colombiano, Manuel Quinche¹⁹, fundado en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, identifica cuatro formas de aplicación, las cuales se revisarán explicando en cada caso su alcance.

La primera forma es el denominado precedente aplicable, que hace referencia a aquella sentencia que en su *ratio decidendi* o razón de la decisión genera una regla de prohibición, orden o autorización, la cual es importante y aplicable a la resolución del caso concreto sometido a resolución judicial. Esta modalidad genera que los jueces estén obligados a consultar las decisiones de los órganos de cierre para definir si sobre la

¹⁸ Tal cómo se determinó en el acápite 2.2 del presente escrito en el ordenamiento jurídico colombiano existen las figuras de la doctrina constitucional, la jurisprudencia, las sentencias de unificación y la doctrina probable.

¹⁹ QUINCHE, *op. cit.*

materia que debe definir existe una solución previa aplicable, caso en el cual su determinación debe fundarse en ella.

En segundo lugar se identifica el precedente horizontal, el cual obliga a los jueces y tribunales a ser firmes con sus decisiones previas, para que los casos similares sean resueltos de igual manera, generando que las sentencias de reiteración de jurisprudencia, de unificación de jurisprudencia y el mecanismo de revisión de fallo de tutela sirvan para garantizar el derecho a la igualdad de trato jurídico.

En tercer lugar, el precedente vertical implica limitar el ejercicio de la autonomía judicial, ya que dicha fuente constitucional no es una opción debido a que protege los derechos constitucionales, por lo que los jueces inferiores deben acogerse a la postura interpretativa de los órganos judiciales de cierre.

Por último, el precedente uniforme, hace referencia al trato igualitario en la aplicación de la Constitución y la ley en casos iguales, en este sentido es primordial su aplicación uniforme para los mismos casos.

Como se observa, la forma como se ha dado su aplicación en Colombia limita la autonomía de los jueces. Muestra de ello es que la Corte Constitucional, al fijar los requisitos de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales, ha incluido como una de sus causales el desconocimiento del precedente, lo que refuerza su fuerza vinculante.

En efecto, la Corte Constitucional ha cimentado la denominada teoría de la vía de hecho judicial, en virtud de la cual es posible que se presente acción de tutela contra las decisiones judiciales, cuando las mismas incurran en violaciones constitucionales, dentro de las cuales se encuentra la violación de esta fuentes previas, la cual enmarca de la siguiente manera:

“Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado” (sentencia C-590 de 2005).

Al respecto, es importante indicar que, si bien la propia Corte Constitucional ha determinado que los jueces pueden apartarse del precedente, dicho apartamiento requiere una carga argumentativa superior a la que se realiza normalmente al interpretar la ley y en todo caso cumplir con dicha carga no es suficiente para que no proceda la tutela y que al resolver la misma se imponga al juez aquella solución anterior que sea aplicable.

De esta manera, se puede concluir que la jurisprudencia de la Corte ha elevado a rango constitucional el precedente, a tal punto que su des-

conocimiento constituye vulneración a derechos fundamentales, lo que permite que su exigibilidad se de por vía de la acción de amparo del artículo 86 de la Constitución.

3. *Anotaciones finales en relación con el precedente y su valor en el derecho colombiano*

En este artículo se comparte la visión del profesor Javier Tamayo Jaramillo, en el sentido siguiente: la forma como se ha instituido el precedente por la Corte Constitucional constituye un desconocimiento del sistema de fuentes establecido en la Constitución, aunado a lo cual, dichas decisiones previas resultan una fuente formal que no es propia de nuestro sistema jurídico, el cual tiene por cimiento la tradición romanista, en la que la seguridad jurídica proviene de la ley en sentido estricto. Lo anterior no implica que no se atiendan los cambios necesarios en el derecho, sino que los mismos se hacen por la vía legislativa.

En dicho sentido, la certeza del derecho fundado en la ley proviene de la necesidad de que las reglas jurídicas den seguridad al destinatario de las mismas, razón por la cual, este mecanismo, en nuestros sistemas jurídicos crea una inestabilidad innecesaria, pues tal como lo dice Fernando Hinestroza:

“el derecho consuetudinario, el más antiguo, genuino y auténtico, tropieza con el inconveniente de su vaguedad e imprecisión; por ello, el advenimiento del derecho escrito, de ordinario la declaración escrita de la persona o del organismo con ese poder, fue visto y sigue siendo tenido como un medio de certeza (formalidad, publicidad, estabilidad, seguridad, aunadas)”²⁰.

Ahora bien, más allá de los planteamientos problemáticos desde lo constitucional y desde el sistema legal aplicable a Colombia, el precedente y la forma como se ha instaurado por la Corte Constitucional plantea problemas a la concepción propia de la *prudentia iuris* (o jurisprudencia), que no es nada distinto que la prudente y recta aplicación del derecho, la cual se echa de menos cuando los jueces adoptan decisiones por sí y para sí, imponiendo por encima de todo posturas ideológicas y políticas que no atienden a la justicia.

²⁰ Fernando HINESTROZA, “Códificación, descodificación y recodificación”.

4. Conclusiones sobre el precedente en el derecho colombiano

El precedente no se encuentra establecido como una fuente de derecho por la Constitución Política de 1991. La instauración del mismo en el derecho colombiano como fuente formal de derecho, se da a partir de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la cual le ha dado valor propio, al punto de hacerlo parte de los derechos que se pueden hacer exigibles por vía de la acción de tutela. Esto, pues su desconocimiento es una de las causales de vía de hecho que hace procedente la tutela contra providencias judiciales.

Actualmente, en el derecho colombiano coexisten diversas figuras que se relacionan con el precedente y su vinculatoriedad, a saber: la doctrina constitucional, la jurisprudencia, las sentencias de unificación de la Corte Constitucional, la doctrina probable y las sentencias de unificación del Consejo de Estado. No existe claridad en su conceptualización en el derecho colombiano, ya que la Corte Constitucional no lo ha delimitado e incluye en el mismo sentencias en las cuales no se crean reglas jurídicas, sino que se hace una mera interpretación de la ley por parte del juez.

La Corte Constitucional, el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia lo han admitido como fuente formal de derecho en Colombia, dando aplicación al mismo por vía de las figuras de las sentencias de unificación, la doctrina constitucional y la doctrina probable. El concepto de precedente corresponde a aquellas decisiones de las altas cortes en que se crea una regla jurídica ante el vacío o la ambigüedad de una norma, cuando acude a los principios generales del derecho para resolver casos que no tienen una solución dada por la ley o cuando aplica la analogía *juris* o *legis* para regular una figura jurídica que no tiene regulación específica en la ley.

Es una fuente de derecho que resulta ajena a la tradición jurídica colombiana, puesto que el sistema colombiano es análogo al romanista o continental europeo, fundado en el imperio de la ley. Así mismo, la creación de derecho por parte de los operadores judiciales genera inseguridad jurídica y falta de certeza en la decisión judicial.

Bibliografía

AGUILAR ÁNGEL, Álvaro, "El precedente judicial", 2008. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3851207.pdf>

- CONTRERAS CALDERÓN, Jorge, “El precedente judicial en Colombia: Un análisis desde la teoría del derecho”, en *Revista Facultad de derecho y ciencias políticas*, vol. 41, n.º 115, ciudad,, 2001.
- HINESTROZA, Fernando, “Codificación, descodificación y recodificación”, 2014. Disponible en <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/3881/4325>
- LÓPEZ MEDINA, Diego, *Obediencia judicial y administrativa de los precedentes de las Altas Cortes en Colombia: dos concepciones del fin y uso de la jurisprudencia como fuente de derecho*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2015.
- LÓPEZ MEDINA, Diego, *El derecho de los jueces*, Bogotá, Legis, 2006.
- LOZADA PIMIENTO, Nicolás, “La doctrina probable: ¿criterio auxiliar o legislación judicial?”, 2018. Disponible en www.ambitojuridico.com/noticias/analisis/constitucional-y-derechos-humanos/la-doctrina-probable-criterio-auxiliar-o
- QUINCHE, Manuel Fernando, *El precedente judicial y sus reglas*, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 2016.
- TAMAYO, Javier, *El precedente judicial en Colombia*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2012.

JURISPRUDENCIA COLOMBIANA

- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (2013), sentencia SC39456-2013. MP Luis Armando Tolosa Villabona.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (2014), sentencia SC10304-2014. MP Luis Armando Tolosa Villabona.
- CORTE CONSTITUCIONAL (2005), sentencia C-590, 8 de junio de 2005. MP Jaime Cordoba Triviño.
- CORTE CONSTITUCIONAL (2007), sentencia T-049, 1 de febrero de 2007. MP Clara Inés Vargas Hernández.
- CORTE CONSTITUCIONAL (2011), sentencia C-539. MP Luís Ernesto Vargas Silva.
- CORTE CONSTITUCIONAL (2011), sentencia C-816, 1 de noviembre de 2011. MP Mauricio González Cuervo.
- CORTE CONSTITUCIONAL (2013), sentencia C-270, 9 de mayo de 2013. MP Nilson Pinilla Pinilla.
- CORTE CONSTITUCIONAL (2013), sentencia C-461, 17 de julio de 2013. MP Nilson Pinilla Pinilla.
- CORTE CONSTITUCIONAL (2015), sentencia SU-053, 12 de febrero de 2015. MP Gloria Stella Ortiz Delgado.
- CORTE CONSTITUCIONAL (2015), sentencia T-309, 22 de mayo de 2015. MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- CORTE CONSTITUCIONAL (2015), sentencia T-369, 29 de agosto de 2015. MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- CORTE CONSTITUCIONAL (2015), sentencia C-621, 30 de septiembre de 2015. MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

- CORTE CONSTITUCIONAL (2016), sentencia T-460, 29 de agosto de 2016. MP Jorge Iván Palacio Palacio.
- CORTE CONSTITUCIONAL (2016), sentencia SU-354, 25 de mayo de 2017. MP Iván Humberto Escrucería Mayolo.
- CONSEJO DE ESTADO (2010), sentencia n.º de radicación 250002325000200607509 01 (0112-2009), 4 de agosto de 2010. Consejero Ponente: Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila.
- CONSEJO DE ESTADO (2012), sentencia n.º de radicación 11001-03-06-000-2011-00049-00(2069), 16 de Febrero de 2012. Consejero Ponente: William Zambrano Cetina.
- CONSEJO DE ESTADO (2016), sentencia n.º de radicación 85001-33-33-0 02-2013-00060-01(3420-15). Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez.
- CONSEJO DE ESTADO (2017), sentencia n.º de radicación 68001-23-31-000-2009-00295-01 (57279) (acumulado con Expediente 2010-00322), 4 de Septiembre de 2017. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.