

LAURA NICHOLL SERRATO PEDRAZA

**APLICACIÓN EN EL TIEMPO DEL CAMBIO DE PRECEDENTE JUDICIAL EN LAS
TRES ALTAS CORTES: DINÁMICA ACTUAL Y PROPUESTA DE SOLUCIÓN**

(Tesis de Grado)

Bogotá D.C, Colombia

2019

**UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO
TESIS DE GRADO**

Rector: **Dr. Juan Carlos Henao Pérez**

Secretaria General: **Dra. Martha Hineirosa Rey**

**Directora Departamento Derecho
Constitucional:** **Dra. Magdalena Inés Correa Henao**

Director de Tesis: **Dr. Jalil Alejandro Magaldi Serna**

Presidente de Tesis: **Dra. Magdalena Inés Correa Henao**

Examinadores: **Dr. Andrés Gutiérrez
Dr. Diego González**

A mis padres, mi hermano y
a todas las personas que fueron
un apoyo en este proceso.

AGRADECIMIENTOS

A mi director de tesis, el doctor Alejandro Magaldi, por su permanente guía a lo largo de mi formación en el Externado y su confianza en mí.

A Alejandra Pedraza, John Serrato, Esteban Serrato y Andrés Oviedo por su amor, su esfuerzo, por creer en mí y apoyarme en este camino.

A todos aquellos que en su momento escucharon mis ideas, me brindaron su ayuda y permitieron, directa o indirectamente, que esta investigación fuese una realidad.

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	6
1. ACLARACIONES Y DEFINICIONES PRELIMINARES	7
2. EFECTOS TEMPORALES DEL CAMBIO DE PRECEDENTE Y POR QUÉ HAN DE SER DISTINTOS A LOS DE LA LEY EN SENTIDO ESTRICTO	11
3. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN, ESTRUCTURA Y METODOLOGÍA	17
1. LA DIVERGENCIA ENTRE LAS ALTAS CORTES EN CUANTO A LA DETERMINACIÓN DE CUÁL ES LA REGLA APLICABLE EN CASO DE CAMBIO DE PRECEDENTE.....	19
A. LA VISIÓN PROSPECTIVA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA Y CONSEJO DE ESTADO.	19
1. <i>Construcción de la regla de aplicación prospectiva del cambio de precedente.</i> 20	
a. Evolución en la Corte Suprema de Justicia	20
b. Evolución en el Consejo de Estado	23
2. <i>Bondades de la aplicación de los efectos prospectivos y los problemas de una visión retrospectiva</i>	27
B. UTILIZACIÓN DE UNA VISIÓN RETROSPECTIVA EN LA CORTE CONSTITUCIONAL	34
1. <i>Forma de aplicación de efectos retrospectivos en eventos de cambio de precedente.</i>	34
2. <i>En defensa de la aplicación de efectos retrospectivos y las debilidades de una visión prospectiva.</i>	42
2. LA IMPORTANCIA DE ESTABLECER UNA METODOLOGÍA UNÍVOCA PARA LA DETERMINACIÓN DE LA REGLA APLICABLE EN CASO DE CAMBIO DE PRECEDENTE.....	48
A. NECESIDAD DE APLICACIÓN DEL PRECEDENTE FAVORABLE AL CASO CONCRETO.	50
1. <i>Justificación en pro de la aplicación favorable al ser humano.</i>	52
a. El principio pro homine o pro persona como fundamento de una aplicación favorable al ser humano	52
b. Las variaciones del principio pro homine o pro persona que justifican la aplicación favorable al ser humano.	54
2. <i>Justificación a partir de la interpretación de la decisión y su relación con los principios.</i>	60
B. EL PROBLEMA DE LA APLICACIÓN DEL NUEVO PRECEDENTE DESFAVORABLE AL CASO CONCRETO.	64
1. <i>Justificación a partir de la necesaria protección del derecho al debido proceso y algunos principios relacionados.</i>	64
2. <i>Justificación en búsqueda del respeto a la seguridad jurídica y a la confianza legítima</i>	69
CONCLUSIONES	75
BIBLIOGRAFÍA	80

INTRODUCCIÓN

The relevance of precedents and jurisprudence in modern judicial orders is no guarantee that these will always be used correctly.¹

Cada vez con más frecuencia se escucha hablar del precedente judicial en espacios académicos y en la práctica judicial en nuestro país. En efecto, desde hace poco más de dos décadas la Corte Constitucional empezó a reconocer un cierto grado de vinculatoriedad a los precedentes judiciales. A pesar de que en un primer momento hubo algunas voces doctrinales que se opusieron a esta idea, con el tiempo ese cuestionamiento se ha diluido. De hecho, hoy en día casi nadie se atrevería a cuestionar la vinculatoriedad del precedente como fuente de derecho obligatoria en nuestro país.

A pesar de esa aceptación actual, este tema aún suscita importantes dudas. Probablemente la más importante es que no existe una idea unívoca del concepto de precedente en el discurso y sobretodo en la práctica judicial local. Dicho de otra manera, se acepta que el precedente es obligatorio pero del uso que se le da a esta idea, no es claro qué es lo que resulta obligatorio de la decisión judicial.² En general, se reconoce la obligatoriedad de que un caso sea resuelto de la misma manera que uno análogo anterior y que por lo tanto se aplique la misma consecuencia jurídica; el mismo resuelve.

El objeto de nuestra investigación, en cambio, se centrará en el problema temporal del cambio de precedente. Partimos del supuesto de que ya hay un precedente establecido y nos preguntamos acerca de los efectos temporales de su cambio. En efecto, el cambio de precedente puede hacer contraponer varios principios como la autonomía, la recta administración de justicia y la favorabilidad frente al derecho al debido proceso, a la seguridad jurídica y la legalidad que permiten la previsibilidad del derecho. Este trabajo busca analizar el problema en las altas cortes colombianas, especialmente durante los últimos años, puesto que el tema ha comenzado a ser tratado por ellas y resulta de toda actualidad e importancia entender cómo ha sido resuelto por esas corporaciones y aportar algunos criterios que permitan unificar criterios en la materia hacia el futuro.

Antes de entrar en materia, es importante detenernos en ciertas precisiones conceptuales y metodológicas que nos ayudarán a comprender el alcance de este trabajo.

¹ Taruffo, M. (2010). Precedente y jurisprudencia. *Precedente. Revista Jurídica*, 85–99. P.85

² Existen por lo menos 40 expresiones distintas utilizadas por las altas cortes para referirse a una relativa obligatoriedad de las decisiones judiciales y muchas de ellas suponen conceptos y metodologías muy diferentes. Todas perviven en el discurso judicial de la Corte Constitucional.

1. Aclaraciones y definiciones preliminares

En primer lugar, entendemos que existen múltiples y variados conceptos o elaboraciones acerca de qué es o qué constituye precedente³, sin embargo, siendo que no es el objetivo de este trabajo ahondar en este tema, resulta necesario aclarar que el entendimiento que tenemos de precedente es que se trata de una regla de derecho conformada por cuatro elementos, a saber, los hechos o el marco fáctico del caso también conocido como la tipología social, el problema jurídico que resuelve la corte en el caso, la razón de la decisión o *ratio decidendi* entendida como el argumento conformado por el conjunto de premisas que utiliza la Corte para justificar su decisión y finalmente el *decisum* o la decisión.

Fundamentalmente, se trata de una regla con la capacidad de determinar cuál es la consecuencia jurídica de una determinada conducta en el marco de una tipología social, siendo de suma importancia que se tengan en cuenta, además de las particularidades fácticas, la pregunta que buscaba responderse y el argumento que llevó a la Corte a decidir de esa manera, independientemente de que no sea una regla anterior⁴.

En segundo lugar, queremos referirnos al hecho de que existen por lo menos cuatro decenas de expresiones con ligeras diferencias que son utilizadas indistintamente por las altas cortes para referirse a la fuente de derecho comunmente conocida como precedente, ejemplo de esto son los siguientes términos:

Jurisprudencia, jurisprudencia sentada, jurisprudencia reiterada, jurisprudencia constante, jurisprudencia vinculante, jurisprudencia consolidada, jurisprudencia decantada, jurisprudencia uniforme, jurisprudencia constitucional, doctrina constitucional, doctrina vinculante, doctrina judicial, doctrina jurídica, doctrina probable,

³ A modo de ejemplo se citan cuatro sentencias en las que la Corte Constitucional y el Consejo de Estado dan conceptos con diferencias sustanciales. La sentencia T-292 de 2006 de la Corte Constitucional señala “De allí que se pueda definir el precedente aplicable, como aquella sentencia anterior y pertinente cuya ratio conduce a una regla – prohibición, orden o autorización – determinante para resolver el caso, dados unos hechos y un problema jurídico, o una cuestión de constitucionalidad específica, semejantes”. En la sentencia T-351 de 2011 da una definición como “aquel antecedente del conjunto de sentencias previas al caso que se habrá de resolver que por su pertinencia para la resolución de un problema jurídico constitucional, debe considerar necesariamente un juez o una autoridad determinada, al momento de dictar sentencia”. Por su parte, la sentencia T-360 de 2014 de la misma corporación, también sostuvo “Por precedente se ha entendido, por regla general, aquella sentencia o conjunto de sentencias que presentan similitudes con un caso nuevo objeto de escrutinio en materia de (i) patrones fácticos y (ii) problemas jurídicos, y en las que en su ratio decidendi se ha fijado una regla para resolver la controversia, que sirve también para solucionar el nuevo caso”. A su turno en la sentencia del Consejo de Estado de Colombia. Sección Quinta. (2016). *Sentencia del 3 de marzo de 2016 - proceso No. 2015-00034-00*. pp. 1–104. P.94 se sostuvo que “El precedente es entendido como la regla o subregla de derecho contenida en la ratio decidendi de la decisión de un caso concreto”.

⁴ Con esto nos referimos a que el precedente aplicable para un caso puede ser el que se ha creado en la sentencia misma que lo está estudiando, sin embargo, ello hace parte de la tesis que en este trabajo se defiende y se desarrollará con mayor profundidad más adelante.

interpretación, precedente, precedente reiterado, precedente sentado, precedente jurisprudencial, precedente constitucional, precedente judicial, precedente establecido, línea jurisprudencial, subregla constitucional constante, subregla constitucional consolidada, subregla jurisprudencial, interpretación jurisprudencial vinculante, interpretación jurisprudencial, regla de derecho, regla particular de derecho, regla jurisprudencial, criterios jurisprudenciales, línea doctrinal, proyección doctrinal vinculante, pautas jurisprudenciales, línea de precedentes, decisiones, decisión judicial, doctrina sentada, pautas doctrinales.

Cada uno de estos términos ha sido extraído de decisiones judiciales de altas cortes en las que resulta claro que se utilizan como sinónimo de precedente⁵ aun cuando el entendimiento común que se le podría dar a esa expresión es otro, el problema que esto comporta es que dada la multiplicidad de términos no siempre es claro si la caracterización que se está haciendo o la fuente a la que se está haciendo referencia es al precedente judicial como fuente obligatoria, a la jurisprudencia como criterio auxiliar, o a otra.

Sin embargo, como se ha adelantado, adentrarse en el estudio de este particular fenómeno excede el objetivo de este trabajo, por lo que, con fines prácticos los términos que se utilizarán en esta ocasión serán precedente, precedente judicial o jurisprudencial y regla jurisprudencial o de derecho, todos estos como sinónimos del entendimiento que hemos aclarado previamente que tenemos de esta fuente de derecho.

Hechas las aclaraciones anteriores, es necesario precisar que en virtud de que el objeto central de este trabajo rodea el tema de los efectos que debe tener el cambio de precedente, entendemos que ocurre un cambio de precedente en aquellas situaciones en las que tratándose de hechos iguales o equiparables con ocasión de los cuales la corte se hace una misma pregunta, varía la argumentación y con ello la decisión que el juez toma.

Siendo así, se trata de casos en los que bajo los mismos supuestos de hecho y bajo un mismo problema jurídico, cambia alguna de las premisas que componen la *ratio decidendi* como un todo, y ello genera un impacto en la decisión en el sentido de que será diferente a la decisión que se venía dando con el precedente anterior.

Sin embargo, es preciso aclarar que este no es un entendimiento que haya compartido de forma pacífica la jurisprudencia, en una reciente decisión del Consejo de Estado, este alto tribunal señala que para que se pueda entender que ha ocurrido un cambio de precedente es necesario verificar dos condiciones, la primera, que sobre el mismo punto

⁵ Un ejemplo claro de ello se encuentra en la reciente sentencia de la Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. (2017, November 8). *Sentencia del 8 de noviembre de 2017 - Radicación No. 47608*. pp. 1–22. P.18 en la cual en un solo párrafo se utilizan los términos: precedente, jurisprudencia y posición jurisprudencial, para referirse al precedente judicial como fuente de derecho obligatoria.

de derecho y sin que medien cambios en el ordenamiento jurídico que así lo justifiquen, se adopta una regla sustancialmente diferente a la que venía aplicándose, de manera generalizada; la segunda, que la aplicación de dicha regla implique que el problema jurídico planteado a la jurisdicción sea resuelto de manera opuesta a como venía haciéndose hasta ese momento.⁶

De forma que, de acuerdo con nuestro entendimiento, si bien la primera de las condiciones se comparte, la segunda no, pues no creemos que la nueva regla deba implicar una solución completamente opuesta para que pueda decirse que ha ocurrido un cambio de precedente, sino que basta con que, en cualquier sentido, sea diferente⁷.

De cualquier manera, es importante señalar que el hecho de que exista un cambio de precedente es un presupuesto básico para nuestro planteamiento y no es nuestro objetivo determinar en qué casos hay cambio y en qué casos no, la idea que se ha planteado es apenas un esbozo con fines metodológicos que busca facilitar el entendimiento del planteamiento posterior. De modo que, independientemente de cuándo se entienda que ha ocurrido un cambio de precedente, nuestra formulación parte del supuesto de que en efecto ha existido esa variación.

Ahora bien, en virtud del planteamiento que buscamos defender, no basta con la existencia de un cambio de precedente, sino que es menester que, además, ese cambio sea calificado como favorable o desfavorable, de aquí la importancia de aclarar qué entendemos por cada uno de estos calificativos.

Existirá un cambio de precedente desfavorable en aquellos casos en los que se limita, restringe o reduce la extensión o el sentido de un derecho, en otros términos, cuando exista una reducción en el radio de protección, aumento del costo para acceder al derecho, o retroceso por cualquier vía del nivel de satisfacción del mismo. Se trata de casos en los que la Corte competente hace una interpretación más precisa o estricta de la norma y ello deriva en reducir la extensión o el sentido de un derecho.

Sin embargo, no debe entenderse que equiparamos los términos desfavorable e inconveniente, independientemente de que se puedan dar buenos argumentos para realizar el cambio de precedente y pueda considerarse que dicho cambio es conveniente para el ordenamiento, para el Estado, para la sostenibilidad fiscal, etc., en lo que nos enfocamos es en el hecho de que el radio de protección del derecho disminuye y en esa medida es desfavorable, aunque en otros sentidos pueda considerarse conveniente.

⁶ Consejo de Estado de Colombia. Sección Tercera. (2017, September 25). *Sentencia del 25 de septiembre de 2017- radicación No. 50892*. pp. 1–36. P.32

⁷ A modo de ejemplo, puede considerarse una situación en la que el precedente anterior concedía una indemnización bajo ciertas condiciones fácticas, el nuevo, aunque continúa concediéndola, lo hace por un monto menor. En este caso, entendemos que ha ocurrido un cambio de precedente, aun cuando el nuevo no implicó dejar de conceder el derecho (la indemnización), sino en hacerlo en una menor medida.

Por su parte, se estará ante un cambio de precedente favorable cuando la nueva regla amplíe la extensión o el sentido de un derecho de modo tal que se elimine una barrera de acceso a un beneficio, se aumente su radio de protección o de cualquier forma se incremente el nivel de satisfacción del mismo.

No obstante, como resulta lógico, la favorabilidad o no del nuevo precedente no se puede juzgar únicamente a partir de la nueva regla *per se*, sino que es necesario seguir dos pasos, primero, establecer una comparación con el precedente anterior teniendo en cuenta las consecuencias que se generan en el caso concreto, y segundo, dentro de las dos partes que se verán afectadas por la aplicación de la norma, es decir, los dos extremos de la relación jurídica, es necesario considerar la posición de quien se encuentra en el extremo más vulnerable, bien sea porque está subordinado, es un sujeto de especial protección, a diferencia de su contraparte no cuenta con una posición dominante o de alguna manera representa la parte más débil. Este será el sujeto a partir del cual se mida el impacto de la nueva regla de precedente a efectos de determinar si es favorable o desfavorable.

Siendo así, para determinar que el nuevo precedente es más favorable, hay que examinar si, a partir de las consecuencias que esa nueva norma genera en el caso concreto, se deja al sujeto en un escenario más ventajoso, verbigracia, que implique un mayor beneficio, haga un derecho más accesible o permita una indemnización mayor. Será desfavorable si el sujeto encuentra una imposibilidad o una disminución en el nivel de satisfacción de su derecho o incluso, si ya no cuenta con uno.

En este orden de ideas, a modo de ejemplo puede considerarse un caso en el que se continúe reconociendo la existencia de un derecho, como lo sería el derecho a una indemnización, sin embargo, sucede que cambia el precedente en el sentido de modificar la forma en que se han de tasar los perjuicios, siendo así, al aplicar el nuevo precedente (y las subreglas que este contiene) se obtiene como resultado una suma de dinero menor a la que se tenía aplicando los criterios anteriores, en este caso, se estará ante un cambio de precedente desfavorable, puesto que no basta con el reconocimiento del derecho (en este caso, a una indemnización), sino que, para que un cambio no se considere desfavorable, deberá, por lo menos, mantener las condiciones en que éste venía siendo garantizado.

Lo anterior, no apunta a señalar la inconveniencia de los cambios de precedente desfavorables, ni a sostener que no es posible que ello ocurra jurídicamente hablando, el punto que consideramos importante señalar, y es de lo que nos hemos de ocupar, es que es necesario que los cambios de precedente se clasifiquen en favorable o desfavorable, porque este será el criterio determinante para establecer cuáles son los efectos temporales que esa nueva regla debe tener.

De forma más clara, el presente trabajo estará orientado a señalar que cuando el cambio de precedente es favorable, existen dentro del ordenamiento elementos que permiten justificar suficientemente que, pese al principio de legalidad y seguridad jurídica, esa nueva norma debe ser aplicada aun a ese caso que se estudia. De otro lado, cuando el nuevo precedente es desfavorable, la regla antes descrita no puede operar, y en cambio, ese nuevo precedente solo puede aplicar para los casos futuros, de forma tal que no tendrá aplicación en el caso mismo en el que se cambia el precedente.

Con lo anterior, se estaría diciendo que el cambio de precedente favorable debe tener efectos retrospectivos, mientras que el cambio de precedente desfavorable debe aplicarse únicamente de forma prospectiva.

El cambio de precedente y sus efectos en el tiempo ha sido un tema estudiado en américa latina denominándolo *el problema del cambio de jurisprudencia*⁸ y en países como Estados Unidos se ha desarrollado a partir de la figura del *prospective overruling*⁹, no es por lo tanto un tema nuevo. Sin embargo, en Colombia no ha sido tratado de forma abundante ni profunda por parte de la doctrina, diferente de lo que ha empezado a suceder en la jurisprudencia¹⁰, que ha comenzado a abordar el tema, como se verá.

Con lo dicho hasta ahora, está visto que se trata de un problema práctico y que siendo tantas las cuestiones que rodean el asunto, para nuestro contexto nacional cobra mucha vigencia, siendo así, consideramos pertinentes los aportes académicos -como este-, que pretenden contribuir a dar claridad o dilucidar posibles respuestas.

Estando claro el objetivo, resulta ahora necesario explicar brevemente de qué tratan los tipos de efectos temporales que hemos señalado, con el objetivo de tener una aproximación conceptual más clara de aquello a lo que estamos haciendo referencia cuando hablamos de efectos prospectivos, retrospectivos y retroactivos.

2. Efectos temporales del cambio de precedente y por qué han de ser distintos a los de la ley en sentido estricto

Con lo dicho hasta ahora y lo que se adelantó acerca de la postura que defendemos, surge una pregunta ¿por qué el precedente debe tener reglas de aplicación temporal diferentes a las que ya se tienen para la ley en sentido estricto? Entendiendo por ley en sentido estricto aquella norma con carácter vinculante expedida por el congreso de la

⁸ Eduardo Sodero, "Sobre El Cambio de Los Precedentes," *Isonomia*, no. 21 (2004): 219. P.219

⁹ Como se puede constatar en casos como "Great Northern Ry. Co. v. Sunburst Oil & Refining Co." 287 U.S. 353, 366 (1932) en el cual se confirma la validez constitucional de un fallo que había optado por la derogación exclusivamente prospectiva de un precedente, rehusándose a aplicar la nueva regla al caso juzgado. y en el caso *Linkletter v. Walker* 381 U.S. 618 (1965) en el cual la Corte sostiene que "la Constitución no prohíbe ni exige el efecto retroactivo".

¹⁰ Por lo menos de la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado

república de acuerdo con el procedimiento legislativo y con la reunión de las características sustanciales y formales para serlo.

Para contestar esa pregunta, debemos comenzar señalando que el precedente es ley en sentido material, lo cual quiere decir que es una norma cuya aplicación resulta obligatoria. Esto podría rápidamente llevar al razonamiento de que, si es ley, su aplicación temporal en casos de cambio se realiza bajo las mismas reglas aplicables cuando ocurre un tránsito legislativo.

En términos generales la anterior afirmación puede ser válida, para ser más específicos, podría decirse que tanto el precedente como la ley en sentido estricto tienen una aplicación en el tiempo bajo las mismas reglas si se entiende que en el momento de entrar en vigencia la nueva ley (o el nuevo precedente), ésta entra a regular las situaciones jurídicas en curso (aquellas que no estén consolidadas, ni que hayan generado derechos adquiridos) en el estado en que estén, sin perjuicio de que se respete lo ya surtido bajo la ley antigua. En otros términos, cuando se trata de simples expectativas, la nueva ley es de aplicación inmediata.

Sin embargo, de acuerdo con la tesis que defendemos, dicha afirmación debe ser matizada, pues no creemos que el nuevo precedente pueda tener aplicación inmediata indistintamente, sino sólo en aquellos casos en que es más favorable, como se explicará y justificará en el cuerpo de este trabajo.

Además de lo anterior, creemos que la ley en sentido estricto y el precedente tienen por lo menos dos diferencias sustanciales que justifican el hecho de que se apliquen reglas distintas cuando hay tránsito legislativo, y cuando hay cambio de precedente. La primera, como puede resultar obvio, es que el precedente cuenta con elementos que lo hacen mucho más específico que la ley en sentido estricto. La segunda, que su proceso de creación, la ley cuenta con la garantía de publicidad, es debatida y se da en un lapso de tiempo más largo, lo que le permite ser más conocida antes de entrar a regir.

Para explicar mejor la primera de las diferencias señaladas podemos situarnos en la situación en que el juez al estudiar un caso determina que es procedente cambiar el precedente, para hacerlo, crea una nueva regla con vocación de ser aplicada a ese caso concreto, esa regla, si bien debe contar con una cierta universalidad, es decir, debe poder ser aplicada a otros casos, mientras es elaborada, adquiere una serie de elementos que le aportan un cierto grado de especificidad al punto que no parece compartir del todo las características de la ley en sentido estricto, esto es, el ser general, abstracta e impersonal.

Frente a la segunda diferencia, el hecho de que el precedente a diferencia de la ley en sentido estricto, no es debatido, publicado y difundido una vez se crea, para luego de ello tener aplicación por primera vez, sino que, tan pronto como es cambiado, esa nueva

regla va a poder tener aplicación, (aun a pesar de que los sujetos involucrados apenas van a conocerlo en virtud de que han de soportar sus consecuencias), se hace necesario distinguir entre los efectos que la ley en sentido estricto y el precedente como ley en sentido material deben tener por lo menos en términos temporales.

Una vez hecha esta aclaración, pasamos a hacer una aproximación al concepto de cada uno de los tipos de efectos temporales que puede tener el precedente.

En principio, se ha sostenido que el cambio de precedente puede tener aplicación temporal de dos formas, retrospectiva ó prospectiva, sin embargo, es importante tener en cuenta que la posibilidad de su aplicación retroactiva también ha sido estudiada, por ello buscamos hacer breves precisiones acerca de la noción y el entendimiento que tendremos de cada uno de estos efectos.

Cuando hacemos referencia a los efectos prospectivos, fundamentalmente a lo que se está apuntando es a la idea de que esa decisión debe tener efectos únicamente hacia el futuro, es decir, que no debe tener aplicación en el caso *sub examine* sino solo para aquellos cuyos hechos ocurran de allí en adelante, o cuando menos, para aquellos casos cuya demanda sea presentada una vez ha entrado en vigor el nuevo precedente.

Para hacer más clara la noción de efectos prospectivos, resulta útil traer a colación una providencia del Consejo de Estado de marzo de 2018, en la cual, a partir de la obra de Martín Orozco Muñoz, sostiene:

en el sistema prospectivo el caso actual enjuiciado debe ser resuelto conforme al antiguo criterio jurisprudencial «anunciándose en la misma sentencia el nuevo criterio jurisprudencial, que sólo sería aplicable para casos posteriores, variando, no obstante los criterios para la aplicación de la nueva doctrina, ya que puede circunscribirse a cualquier caso que se resuelva con posterioridad a la emanación de la sentencia, o solo a los hechos enjuiciados en procesos que se inicien con posterioridad a la sentencia, o solo a los hechos que se produzcan con posterioridad a la sentencia»^{11, 12}

Con lo que esta corporación aclara que, de acuerdo con este tipo de efectos, las nuevas reglas deben tener efectos solo hacia el futuro.

Este mismo entendimiento lo ha puesto de presente el doctrinante Eduardo Soderó, a partir del caso *Linkletter v. Walker*¹³ (1965) en el cual la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América señala que *una regla que es puramente prospectiva no*

¹¹ Martín Orozco Muñoz. «La creación judicial del derecho y el precedente vinculante». Editorial Aranzadi, 2011. P. 248

¹² Consejo de Estado de Colombia. Sección Segunda. (2018, March 1). *Sentencia del 1 de marzo de 2018 - Sentencia SUJ2-009-18*. pp. 1–80. P.64.

¹³ Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América, 381 U.S. 618 (1965).

se aplica a las partes ante el tribunal.¹⁴, queriendo evidenciar que si la nueva regla solo ha de tener efectos hacia el futuro, a los involucrados en el caso que se examina no deben soportar su aplicación.

En la misma línea, el primer inciso del artículo 58 de la Constitución Política nacional acoge la regla de la irretroactividad de la ley, en tanto establece que los derechos adquiridos no podrán ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores¹⁵, con lo cual indica que las nuevas normas solo pueden tener aplicación para nuevos casos.

Por su parte, los efectos retrospectivos implican que la nueva regla de precedente solo podrá afectar situaciones jurídicas que se encuentren en tránsito de ejecución, esto es, que se encuentren en curso o a la espera de un fallo judicial de modo tal que no se encuentren consolidadas.¹⁶

Así, los efectos retrospectivos implican por una parte, un efecto general inmediato y por otra, una aplicación retroactiva, pero limitada.

En este sentido, la sentencia de marzo de 2018 del Consejo de Estado antes citada explica que, de acuerdo con estos efectos, el nuevo precedente debe ser aplicado al caso que se está enjuiciando, y de allí en adelante a los posteriores en que resulte aplicable.¹⁷

Pero no solo el Consejo de Estado se ha ocupado de explicar este tema, la Corte Constitucional en la sentencia T-110 de 2011 extrajo a modo de conclusión, entre otras, las siguientes subreglas:

*(i) por regla general las normas jurídicas se aplican de forma inmediata y hacia el futuro, pero con retrospectividad; (ii) el postulado de irretroactividad de la ley implica que una norma jurídica no tiene prima facie la virtud de regular situaciones jurídicas que se han consumado con arreglo a normas anteriores; (iii) la aplicación retrospectiva de una norma jurídica comporta la posibilidad de afectar situaciones fácticas y jurídicas que se han originado con anterioridad a su vigencia, pero que aún no han finalizado al momento de entrar a regir la nueva norma, por encontrarse en curso la aludida situación jurídica (...).*¹⁸

¹⁴ Sodero, E. (2004). Sobre el cambio de los precedentes. *Isonomia*, (21), 217–251.p. 241.

¹⁵ Constitución Política de Colombia. Artículo 58. Inciso primero: “Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultare en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social.”

¹⁶ Corte Constitucional de Colombia. (2011, February 22). *Sentencia T-110/11*. pp. 1–57. P.17.

¹⁷ Consejo de Estado de Colombia. Sección Segunda. (2018, March 1). *Sentencia del 1 de marzo de 2018 - Sentencia SUJ2-009-18*. pp. 1–80.p.64.

¹⁸ Corte Constitucional de Colombia. (2011, February 22). *Sentencia T-110/11*. pp. 1–57. P. 22

De esta manera, con la referencia a los efectos retrospectivos se estará apuntando al hecho de que el cambio de precedente debe tener aplicación en el caso *sub examine* y en todos los otros que se encuentren bajo el mismo supuesto fáctico siempre y cuando no se trate de situaciones jurídicamente consolidadas, es decir, que no cuenten con un fallo judicial definitivo en firme o en los que ya haya ocurrido un perjuicio irremediable.

Finalmente, los efectos retroactivos implican la posibilidad de modificar o tener impacto sobre situaciones jurídicas consolidadas, entendiendo por ello, situaciones con ocasión de las cuales se ha proferido una decisión definitiva, ha prescrito el término en que se podría incoar la respectiva acción o ha ocurrido un perjuicio irremediable.

En reiteradas ocasiones¹⁹ la Corte Constitucional ha señalado que la ley tiene efectos retroactivos cuando se aplica a situaciones que ya han sido definidas por leyes anteriores, es decir, en las cuales ya se han producido consecuencias jurídicas en virtud de una regulación anterior. Así mismo, ha aclarado que la irretroactividad de la ley implica una prohibición genérica de afectar situaciones jurídicas consolidadas, por virtud de la entrada en vigor de una nueva disposición. En otras palabras, una norma nueva no puede modificar una situación que se ha consolidado jurídicamente antes de su promulgación, salvo que expresamente lo estipule.²⁰

De modo que, si se dan efectos retroactivos al cambio precedente, se podrían afectar situaciones consolidadas, no obstante, en este punto existe una prohibición genérica.

Como se ha adelantado, en este trabajo no se propende por la aplicación retroactiva de las nuevas reglas de precedente aun cuando sí se sostiene que eventualmente puede tener efectos retrospectivos siendo que la retrospectividad ha sido entendida como un límite a la retroactividad.

De acuerdo con nuestro entendimiento, no es posible sostener que los efectos del cambio de precedente han de darse de forma puramente retroactiva en virtud de que la jurisprudencia, tanto de la Corte Suprema de Justicia como del Consejo de Estado han señalado un buen número de razones por las cuales ello no resulta ajustado al ordenamiento jurídico.

Un ejemplo claro de lo que se acaba de decir se encuentra en una sentencia de septiembre de 2017 del Consejo de Estado en la que se afirma de forma vehemente:

La retroactividad del precedente viola la cláusula de Estado de derecho y el deber general del Estado de respeto a las garantías judiciales, debido proceso,

¹⁹ Confróntese con las sentencias C-177 de 2005, T-389 de 2009 y T-110 de 2011.

²⁰ Corte Constitucional de Colombia. (2011, February 22). *Sentencia T-110/11*. pp. 1–57. P.17.

*libertad e igualdad y, por ende, a la confianza legítima creada de manera objetiva por las autoridades estatales en el desarrollo de sus actos.*²¹

Aunque este planteamiento resulta totalmente entendible cuando se trata de un precedente desfavorable, lo cierto es que aplica aun para casos en que el nuevo precedente es más favorable, pues permitir que una nueva regla que resulta benéfica, despliegue sus efectos sobre situaciones que ya se han consolidado, generaría inseguridad jurídica e inestabilidad a un punto en el que hace evidente la necesidad de limitar ese efecto hacia el pasado, precisamente ese límite puede establecerse brindando efectos retrospectivos, pues con estos ya no podrán afectarse situaciones en las que se han surtido consecuencias definitivas. Siendo así, el marco de aplicación se reduce significativamente.

En otros términos, el hecho de que el nuevo precedente que es más favorable solo se pueda aplicar al caso bajo estudio y a aquellos que se encuentren en la misma situación, siempre que no se trate de situaciones jurídicas consolidadas, encuentra justificación en la necesidad de respetar, por lo menos, los principios de cosa juzgada, seguridad jurídica y confianza legítima, como resulta lógico y conveniente, pues podría afectarse el nivel más básico de estabilidad de las relaciones y el tráfico jurídico.

Esta postura ha sido compartida por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia por lo menos desde 2008. En providencias de esa década sostuvo que la fuerza de cosa juzgada impide que el asunto pueda ventilarse en un nuevo proceso, aun cuando hubiese variado la jurisprudencia en torno a un punto relevante, pues sólo es posible revisar un fallo mediante el recurso extraordinario de revisión.²²

Es de aclarar que para entonces el cambio de precedente no era una causal que permitiera interponer el recurso extraordinario de revisión (hoy reconocido como una acción independiente) y la jurisprudencia fue enfática en señalarlo, pues afirmaba que el mero cambio de jurisprudencia no permitía afectar la intangibilidad de una sentencia que ya ha definido el derecho debatido entre quienes fueron sus partes.²³

En jurisprudencia reciente se mantiene el respaldo a la intangibilidad de un fallo que fue proferido con fundamento en las reglas vigentes, muestra de ello es que en un reciente fallo la Corte Suprema de justicia protegió a un juez que era recriminado por haber dictado una sentencia en aplicación del precedente vigente en agosto de 2018 (fecha en la cual se falla), el reproche se sostenía bajo el argumento de que el precedente actual respaldaba las pretensiones del demandante, sin contar con el hecho de que el

²¹ Consejo de Estado de Colombia. Sección Tercera. (2017, September 4). *Sentencia del 4 de septiembre de 2017 (57279)*. pp. 1–45. P.

²² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. (2008, August 26). *Sentencia del 26 de agosto de 2008 - Radicado No. 31039*. pp. 1–19. P.17

²³ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. (2009, July 7). *Sentencia del 7 de julio de 2009 - Radicado No. 36910*. pp. 1–12. P.9

precedente cuya aplicación se solicitaba había sido cambiado en diciembre de 2018, situación frente a la cual la Corte concluye que mal haría en irse en contra de un juez que aplicó las normas vigentes para el momento, pues hacerlo afectaría la seguridad jurídica y la efectividad de los derechos fundamentales de los ciudadanos.²⁴

De acuerdo con lo anterior, tal como lo señala la jurisprudencia, en términos generales, no es posible otorgar efectos retroactivos al cambio de precedente. Se resalta el hecho de que esto es la regla general, pues existe una excepción muy específica en materia penal, que es explicada por la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 29 de agosto de 2018, radicación No. 52605²⁵ de acuerdo con la cual en aplicación del principio de favorabilidad es posible solicitar la revisión de una sentencia cuando ha existido un cambio de precedente favorable, otorgando de este modo efectos retroactivos al cambio.

3. Problema de investigación, estructura y metodología

Habiendo hecho las aclaraciones anteriores, corresponde adentrarse en el estudio del tema que se ha señalado, para ello, se ha propuesto el siguiente problema con el objetivo de guiar la investigación y mostrar cuál es la pregunta que se ha buscado responder en el presente trabajo:

¿Cómo se ha determinado y cómo debería determinarse cuál es el precedente aplicable al caso bajo examen en los casos en que éste cambia?

Para responder hemos diseñado una estructura capitular con dos partes, en la primera, se pretende mostrar el estado actual de cosas, con sus pros y contras. Para esto, se hace una explicación de la dinámica de aplicación del precedente en eventos de cambio, primero, en la Corte Suprema y el Consejo de Estado (en virtud de que siguen reglas similares) y después, en la Corte Constitucional.

En la segunda parte del trabajo se hace el planteamiento de la tesis que se defiende y se explica su justificación a partir de dos escenarios, el primero, cuando el precedente es favorable, y el segundo, cuando es desfavorable, todo ello, desde principios constitucionales, derecho comparado, elaboraciones doctrinales e incluso jurisprudenciales.

La metodología que se utilizó para la primera parte estuvo dividida en varios pasos, primero fue necesario identificar un año a partir del cual se encontrara jurisprudencia relevante para el tema de estudio (en las tres cortes), sin que fuese tan lejano en virtud de que el objetivo era exponer la dinámica actual (esto es, que no implicara ir más de quince años atrás), y que permitiera estudiar los antecedentes que llevaron al punto

²⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (2019, January 30). *Sentencia del 30 de enero de 2019 - Providencia No. STC707-2019*. pp. 1–23. P.11.

²⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. (2018, August 29). *Sentencia del 29 de agosto de 2018 - Radicación 52605*. pp. 1–21.

actual de las discusiones (si se quiere, posturas) jurisprudenciales. Este año fue el 2007 para el Consejo de Estado y para la Corte Suprema de Justicia en virtud de que llevan muchos más años de judicatura. Para la Corte Constitucional, el año que se definió fue el 2011.

En todo caso, estos años simplemente representan el punto a partir del cual se examinan los antecedentes. En las tres corporaciones el estudio se enfocó en examinar la dinámica actual de aplicación del cambio de precedente, de allí que la mayoría de las sentencias que sirven de fundamento se ubiquen entre el año 2016 y el 2019.

Luego de ello, se procedió a hacer un barrido de las sentencias que resultaban particularmente importantes en cuanto a la forma de aplicación del precedente cuando este era cambiado, los efectos que podía tener y qué fundamento se utilizaba para darlos.

Después de mostrar cómo había sido la evolución en cada corporación o cuál era la forma de proceder cuando cambiaba el precedente, se plantearon las ventajas o argumentos a favor de esa visión, que sería prospectiva para el Consejo de Estado y la Corte Suprema, y retrospectiva para la Corte Constitucional.

En la segunda parte, ya que se habían visto los planteamientos hechos por la jurisprudencia, se acudió a la (poca) doctrina que se encontró en la materia, ejemplos en derecho comparado y sobre todo a principios constitucionales, para elaborar a partir de ello una justificación de la tesis que en este trabajo se defiende.

La decisión de desarrollar esta segunda parte en dos capítulos obedeció a las dos perspectivas desde las cuales se quiso enfocar la justificación –cuando el precedente es favorable, y cuando es desfavorable-, puesto que en uno y otro caso los principios en que se construye el fundamento son distintos y por ende la argumentación que se puede dar en torno cada uno.

1. LA DIVERGENCIA ENTRE LAS ALTAS CORTES EN CUANTO A LA DETERMINACIÓN DE CUÁL ES LA REGLA APLICABLE EN CASO DE CAMBIO DE PRECEDENTE.

A pesar de que principios como la seguridad jurídica, la coherencia del ordenamiento y el de igualdad indican que el derecho se debe aplicar de la misma manera para situaciones iguales o equiparables, del análisis de la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional se concluye que ello no ocurre así.

Existen por lo menos dos formas distintas de determinación del precedente aplicable en los eventos en que éste cambia, una común entre la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, y otra propia de la Corte Constitucional.

En los próximos apartes se pretende explicar en qué consiste cada una de estas dos formas de determinación del precedente aplicable, sus virtudes y debilidades. El primer capítulo se referirá a las altas cortes encargadas de la jurisdicción ordinaria y la contencioso administrativa, explicando la construcción de su criterio de determinación, la utilidad de éste y por último sus debilidades. En el segundo, se hará referencia a la Corte Constitucional explicando cómo ha actuado en los casos en que se ha cambiado el precedente y los problemas que ello comporta.

A. LA VISIÓN PROSPECTIVA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA Y CONSEJO DE ESTADO.

Como nota preliminar, es importante aclarar que para realizar este análisis se han estudiado sentencias de estas dos corporaciones desde el año 2007²⁶, sin embargo, como el objetivo de este trabajo es referirse especialmente a la dinámica actual de las altas cortes, la mayor parte de las sentencias que se analizaron fueron emitidas a partir del año 2017.

Del análisis de este grupo de providencias, se pudo concluir que el parámetro de actuación que de forma muy similar estas altas cortes han utilizado, consiste en que en los eventos de cambio de precedente la regla jurisprudencial que se aplicará al *sub examine* será la que venía teniendo vigencia hasta ese momento, de modo que el cambio de precedente solo tendrá aplicación para casos futuros.

²⁶ En virtud de que en el Consejo de Estado sentencias como la Consejo de Estado de Colombia. Sección Segunda. (2018, March 1). *Sentencia del 1 de marzo de 2018 - Sentencia SUJ2-009-18*. pp. 1–80. P.65 señalan que fue en 2007 que empezó a darse efectos prospectivos a las sentencias. Por su parte, también en la Corte Suprema de Justicia se encontró que por lo menos a partir de 2007 se encontraban sentencias que seguían la misma regla.

En todo caso, aun cuando las altas jurisdicciones ordinaria y administrativa comparten una visión prospectiva de la aplicación del cambio de precedente, su evolución parece tener rasgos independientes, este será el punto a tratar en la primera sección de este capítulo. En la segunda, se mostrará cómo esta postura ha supuesto unas importantes bondades en su aplicación a los casos en los cuales se cambia el precedente.

1. Construcción de la regla de aplicación prospectiva del cambio de precedente.

Aun cuando se ha repetido que las dos corporaciones a las que se dedica este capítulo cuentan con suficientes elementos compartidos como para analizarlos conjuntamente, frente a la forma en la que se construyó el parámetro común de actuación existen algunas diferencias, por esta razón, la evolución que permitió la construcción de la regla de aplicación prospectiva del cambio de precedente se explicará separadamente. Una vez hecho lo anterior, se señalarán las bondades y la conveniencia de la visión adoptada por estas altas cortes.

a. Evolución en la Corte Suprema de Justicia

Por lo menos desde el año 2007 la Corte Suprema de Justicia ha utilizado la expresión “cambio del criterio jurisprudencial”²⁷ para referirse a eventos de cambio de precedente y cómo debe darse su aplicación en el tiempo. Más recientemente ha utilizado términos como “variación de la doctrina jurisprudencial”, y a lo largo de este año se ha referido a este fenómeno como la “oportunidad para la aplicación de la nueva doctrina”.

No obstante la variedad de expresiones usadas, la forma en que se ha dado la aplicación temporal del cambio de precedente ha sido, por regla general una sola²⁸. De acuerdo con ésta los efectos han de ser prospectivos.

²⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. (2007, May 15). *Sentencia del 15 de mayo de 2007 - Radicación No. 31381*. pp. 1–69. P.54

²⁸ Tal como se puede verificar en las sentencias: Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. (2008, August 26). *Sentencia del 26 de agosto de 2008 - Radicado No. 31039*. pp. 1–19.; Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. (2009, July 7). *Sentencia del 7 de julio de 2009 - Radicado No. 36910*. pp. 1–12.; Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. (2010, August 3). *Sentencia del 3 de agosto de 2010 - Radicación No. 38413*. pp. 1–13.; Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Laboral. (2011, May 24). *Sentencia del 24 de mayo de 2011 - Radicado No. 39235*. pp. 1–15.; Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Laboral. (2013, August 28). *Sentencia del 28 de agosto de 2013 - Radicado No. 38851*. pp. 1–7.; Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Laboral. (2014, July 16). *Sentencia del 16 de julio de 2014 - Radicación No. 45313*. pp. 1–17.; Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Laboral. (2015, September 9). *Sentencia del 9 de septiembre de 2015 - Radicado No. 61835*. pp. 1–11.; Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Laboral. (2016, October 26). *Sentencia del 26 de octubre de 2016 - Radicado No. 52719*. pp. 1–13.; Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Laboral. (2017, December 5). *Sentencia del 5 de diciembre de 2017 - Radicado No. 54056*. pp. 1–28.; Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Laboral. (2018, April 11). *Sentencia del 11 de abril de 2018 - Radicado No. 58458*. pp. 1–13.; Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Laboral. (2019, February 19). *Sentencia del 19 de febrero de 2019 - Radicado No. 70962*.

Sin embargo, aunque la regla ha sido la de dar efectos hacia el futuro, la fundamentación que ha utilizado la corte para sostener esta forma de actuar no ha sido siempre la misma.

Por lo menos desde 2007, se puede identificar que la construcción de la regla de aplicación prospectiva se creó con fundamento en el debido proceso, más precisamente basándose en el principio de legalidad y la imposibilidad de violar el principio de cosa juzgada.

Lo anterior quiere decir que el entendimiento que tenía la Corte Suprema de Justicia alrededor del 2007 frente a los efectos que debía tener el cambio de precedente, se traducía en señalar que aunque existiera una *variación en el criterio jurisprudencial*, ello no podía implicar que se afectaran de ningún modo situaciones pasadas, es decir, no se podía solicitar la revisión de una sentencia que hubiere fallado con fundamento en el precedente anterior, mucho menos iniciar un nuevo proceso judicial con fundamento en el nuevo entendimiento que había en la jurisprudencia.²⁹

Así, en palabras de la corte de cierre en la jurisdicción ordinaria, “*el mero cambio de jurisprudencia no habilita, en modo alguno, afectar la intangibilidad de una sentencia que ya ha definido el derecho debatido entre quienes fueron sus partes*”³⁰ con lo cual se puede ver cómo se negaba la posibilidad de que un nuevo precedente tuviese efectos hacia el pasado, pero ello hallaba su razón de ser en el hecho de que la sentencia era inmodificable. No se trataba de atender a la situación de los sujetos involucrados, sino que el enfoque tendía a proteger la coherencia del ordenamiento.

Sin embargo, esta situación cambia aproximadamente para el año 2017 como fruto de identificar que en una importante cantidad de ocasiones, el cambio de precedente que se realizaba tendía a limitar, restringir o reducir la extensión o el sentido del derecho en cuestión, ó aumentaba la extensión o el sentido de una prohibición, por ejemplo, imponiendo condiciones para su ejercicio que con anterioridad no debían sortearse. En general se trataba de casos en los que se hacía una interpretación más estricta o precisa

²⁹ En este sentido en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. (2008, August 26). *Sentencia del 26 de agosto de 2008 - Radicado No. 31039*. pp. 1–19. P.17 se puede leer textualmente: “*La fuerza de cosa juzgada de una sentencia, impide que el asunto pueda ventilarse en un nuevo proceso, donde se dan las identidades ya vistas, así hubiere variado la jurisprudencia en torno al punto, como lo aduce el actor, o se presenten nuevas pruebas o mejores argumentos. Sólo es posible revisar el fallo, mediante el recurso extraordinario de revisión, en los casos expresamente previstos por el legislador.*”.

³⁰ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. (2009, July 7). *Sentencia del 7 de julio de 2009 - Radicado No. 36910*. pp. 1–12. P.9. se puede leer “*No puede olvidarse, por otro lado, lo que la doctrina ha explicado con suficiencia, esto es, que la excepción de cosa juzgada constituye un impedimento para el estudio de fondo de un asunto por ya haber sido resuelto; en tanto que, la jurisprudencia del caso supone la posibilidad de examinar el fondo del asunto para poder establecer si ha de resolverse igual al que le precede, o si, por el contrario, se justifica dictar una decisión diferente. Y el mero cambio de jurisprudencia no habilita, en modo alguno, afectar la intangibilidad de una sentencia que ya ha definido el derecho debatido entre quienes fueron sus partes.*”

de la disposición normativa y consecuentemente el radio de protección del derecho se veía disminuido.

En otros términos, se identificó que la mayoría de veces se creaba un precedente -que en comparación con el anterior- resultaba desfavorable para el sujeto más débil. Ante este panorama se empezó a complementar la argumentación que se venía dando.

Fundamentalmente a partir del 2017 se empieza a moldear una jurisprudencia basada en buscar favorecer al sujeto más vulnerable en la relación jurídica, siempre que se hallara en un evento de cambio de precedente, es decir, en los casos en los que las reglas de juego cambiaban y se tenían dos interpretaciones que generaban consecuencias distintas en el caso.

Lo anterior es puesto en evidencia en la sentencia del 8 de noviembre de 2017 de acuerdo con la cual:

(...) el ámbito de comprensión de la nueva tesis jurisprudencial es para casos ulteriores o por venir, lo cual, de manera general, excluye su aplicación retroactiva.

La imposibilidad de que se aplique la nueva jurisprudencia con efectos retroactivos, cuando comporta una situación o efecto nocivo o negativo para el procesado, fue acogida recientemente por esta Sala Penal a partir de la decisión contenida en CSJ SP, 27 sep 2017, Rad. 39831.

En ella se concretó:

6.- La Corte debe precisar, finalmente, que como en este evento los Juzgadores de instancia, acorde con la jurisprudencia por entonces vigente, decidieron no aplicar las previsiones del artículo [...] que conforme al entendimiento que ahora se reproduce [...] resulta claro que en respeto por el debido proceso, dado el carácter restrictivo de esta intelección, la misma no será aplicada al caso presente.³¹ (subrayas fuera de texto original)

Lo anterior, no quiere decir que la argumentación pasada, que se basaba en el principio de legalidad y la seguridad jurídica se hubiere abandonado. En sentencias recientes se puede ver que se sigue señalando la protección a estos principios como fundamento para la defensa de los efectos prospectivos³², sin embargo, esa argumentación vino a

³¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. (2017, November 8). *Sentencia del 8 de noviembre de 2017 - Radicación No . 47608*. pp. 1–22. P.18

³² En la sentencia de la Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (2019, January 21). *Sentencia del 21 de enero de 2019 - STC236-2019*. pp. 1–24. P. 9, se puede leer textualmente: “(...) **un cambio no puede generar sobresaltos, ambivalencias, crisis, desestabilizando un sistema jurídico o la situación social de un país o de una comunidad, aniquilando lo ya juzgado y sentenciado. No. Por la seguridad jurídica y la confianza legítima se impone la prudencia y el respeto al pasado y a lo ya juzgado, cuando no está en juego la libertad del ser humano.** Por esta razón la doctrina ahora adoptada no procura menoscabar los derechos adquiridos con justo título ni sembrar el desconcierto. **Por esa razón se dejarán intactas las situaciones consolidadas al estar ya sentenciadas con cosa juzgada, que de removerse quedarían incursas en causal de nulidad, consistente en “(...) reviv[ir] un**

ser complementada por principios como el de favorabilidad que se enfocan mucho más en evaluar la situación del sujeto involucrado y su escenario constitucional.

En este orden de ideas, como se ha visto, por regla general no es posible volver a demandar con fundamento en un *cambio de criterio jurisprudencial*, ni modificar las ordenes emitidas por una sentencia que ha adquirido firmeza en virtud del principio de cosa juzgada, toda vez que la jurisprudencia de la Corte Suprema ha defendido con vehemencia los efectos prospectivos del cambio de precedente.

Sin embargo, aunque lo hasta ahora dicho describe la regla general, es importante señalar que existe una excepción muy concreta en materia penal de acuerdo con la cual sí es posible que un cambio de precedente tenga efectos retroactivos, en este particular caso, el principio de favorabilidad, la naturaleza de los asuntos que se tratan y los sujetos involucrados hacen que exista una dinámica distinta. De allí que en sentencias como la recién citada se hagan aclaraciones del tipo “*cuando no está en juego la libertad del ser humano*”³³ toda vez que allí, opera una regla distinta consistente en permitir la retroactividad, con ciertos requisitos.

Siendo así, a modo de conclusión puede decirse que por lo menos desde 2007 la Corte Suprema de Justicia determinó que en los casos de cambio de precedente, se procedería a aplicar aquel que venía teniendo vigencia, y la regla nueva tendría efectos solo para casos futuros, sin embargo, la argumentación que ha utilizado para sostener este argumento ha sido complementada en los últimos años, pasando de una visión que privilegiaba la coherencia del ordenamiento, a una que buscaba de forma más clara favorecer al sujeto más débil involucrado. En todo caso, esta regla general ha encontrado una excepción en materia penal, en la cual se han admitido los efectos retroactivos del cambio de precedente.

b. Evolución en el Consejo de Estado.

De forma muy similar con lo hecho por la Corte Suprema de Justicia, en el Consejo de Estado por lo menos desde el año 2007 se ha sostenido que en casos de cambio de precedente la nueva regla tendrá aplicación solo para casos futuros.

Una muestra clara de ello se encuentra en la sentencia del 27 de marzo de 2007 de la Sala Plena del Consejo de Estado que debía conocer de un caso en el que se preguntaba por la acción contenciosa correspondiente para poner en conocimiento de la jurisdicción asuntos relativos a la liquidación, monto de las cesantías y reconocimiento de sanción moratoria (en virtud de la existencia de diversos criterios jurisprudenciales entre las

proceso legalmente concluido (...) ”; de modo que la nueva doctrina se aplicará desde su adopción el 1º de diciembre de 2018 en sentido genérico.” (negritas fuera de texto original).

³³ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (2019, January 21). *Sentencia del 21 de enero de 2019 - STC236-2019*. pp. 1–24. P. 8.

secciones), pues se habían propuesto para el mismo asunto, acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, ejecutiva y de reparación directa.

En esta sentencia se hace una mención expresa acerca de los efectos temporales que tendrá la determinación que se tome en ese fallo. Concretamente, se señala que en virtud del respeto al principio de seguridad jurídica y el derecho de acceso a la administración de justicia, los procesos que se hayan iniciado a través de la acción de reparación directa deben continuar hasta terminarse -de conformidad con el precedente vigente para entonces-, de esta manera, el precedente que se fija en esa sentencia “*ha de ser criterio jurisprudencial a partir de su ejecutoria.*”³⁴.

Poniendo en evidencia que desde 2007 se concebía la necesidad de dar efectos prospectivos al cambio de precedente.

Esta misma postura ha sido sostenida a lo largo del tiempo³⁵. La sentencia de la sección tercera del 4 de septiembre de 2017 es particularmente importante porque expone claramente la problemática de la que se ocupa el tema de los efectos temporales del cambio de precedente y cuáles son los motivos que llevan a esta alta corte a asumir la postura que defiende:

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

4.4.- Esta Sala considera que una razonable aproximación a esa problemática desde un enfoque basado en derechos impone asumir una premisa fundamental: las buenas razones que impulsan el progreso del pensamiento jurídico, por la vía del cambio de jurisprudencia, no justifican que a costa de tal evolución

³⁴ Consejo de Estado de Colombia. Sala Plena. (2007). *Sentencia del 27 de marzo de 2007 - proceso No. 2000-02513*. pp. 1–30. P.21.

³⁵ Otras sentencias que defienden los efectos prospectivos del precedente: Consejo de Estado de Colombia. Sección Quinta. (2013, September 12). *Sentencia del 12 de septiembre de 2013 - proceso No. 2011-00775-02*. pp. 1–45. Consejo de Estado de Colombia. Sección Quinta. (2015, March 26). *Sentencia del 26 de marzo de 2015 - proceso No. 2014-00034-00*. pp. 1–63. Consejo de Estado de Colombia. Sección Tercera. (2017, September 25). *Sentencia del 25 de septiembre de 2017- radicación No. 50892*. pp. 1–36. Consejo de Estado de Colombia. Sección Quinta. (2017, September 26). *Sentencia del 26 de septiembre de 2017 - Proceso No. 2015-02491-01*. pp. 1–50.; Consejo de Estado de Colombia. Sección Segunda. (2018, March 1). *Sentencia del 1 de marzo de 2018 - Sentencia SUJ2-009-18*. pp. 1–80. P.67

sea legítimo y proporcional el sacrificio de los derechos de quienes obraron en el pasado movidos por lo que mandaba el antiguo precedente. (...).

4.5.- Entonces, la garantía de los derechos individuales en el marco de las actuaciones administrativas y jurisdiccionales lleva a afirmar ***por regla general que todo cambio de jurisprudencia que altera de manera sustantiva el contenido y alcance de las competencias estatales, de los derechos de las personas o los mecanismos de protección de los mismos, necesariamente debe ser adoptado e interpretado con efecto prospectivo o a futuro***, esto es, que de manera ínsita se encuentra envuelto en él su radio de acción temporal o *ratione temporis* gobernando las situaciones problemáticas que se susciten a partir de la fecha posterior a su adopción, lo que excluye cualquier suerte de aplicación retroactiva del nuevo criterio jurisprudencial.³⁶

La cita anterior nos permite ver con claridad que existe un problema para quienes convencidos de que las normas vigentes se mantendrán, actúan de conformidad, para encontrarse con sorpresa que de repente ha ocurrido un cambio en su perjuicio. A partir de allí el Consejo de Estado señala cómo deben sopesarse, de un lado, las buenas razones que impulsan el desarrollo de la jurisprudencia (por la vía del cambio de precedente), y de otro, el sacrificio de quienes actuaron movidos por los mandatos del antiguo precedente.

El anterior análisis lleva al supremo tribunal en lo contencioso administrativo a concluir que los cambios de precedente deben ser interpretados con efecto prospectivo. Y para robustecer su argumento, señala que los cambios introducidos no tienen por sí solos la entidad para desaparecer ipso iure los efectos jurídicos de la jurisprudencia superada, en vez de ello, la jurisdicción ha protegido a quienes han formulado sus demandas movidos por los criterios jurisprudenciales preexistentes.³⁷

Con lo que se puede ver que el Consejo de Estado ha adoptado la misma regla que la Corte Suprema en cuanto a la determinación de dar efectos prospectivos al cambio de precedente y lo ha hecho de forma permanente. Sin embargo, ha utilizado categorías distintas.

En efecto, en la jurisdicción contencioso administrativa una de las figuras que ha permitido esta aplicación prospectiva ha sido la de la *jurisprudencia anunciada*, que básicamente tiene por objeto precaver que los derechos consolidados bajo un

³⁶ Consejo de Estado de Colombia. Sección Tercera. (2017, September 4). *Sentencia del 4 de septiembre de 2017 - Radicación 57279*. pp. 1–45. P. 21

³⁷ Consejo de Estado de Colombia. Sección Tercera. (2017, September 4). *Sentencia del 4 de septiembre de 2017 - Radicación 57279*. pp. 1–45. P.28.

precedente judicial pacífico, estable y claro puedan verse afectados por un cambio jurisprudencial.³⁸

De acuerdo con lo señalado por la propia jurisprudencia del máximo tribunal, la *jurisprudencia anunciada* encuentra su referente en el derecho anglosajón con la institución denominada *prospective overruling* que es la figura que en Estados Unidos ha permitido dar lugar a la discusión de los efectos de los cambios de precedente.

A través de esta figura se ha podido identificar cómo -al igual que en el caso de la Corte Suprema de Justicia- el argumento inicial de la corporación para defender los efectos prospectivos se basaba en el principio de legalidad, la seguridad jurídica y la confianza legítima desde una perspectiva tendiente a la protección del ordenamiento. Sin embargo, esta postura ha ido cambiando desde el 2016, año en el que se pueden empezar a identificar decisiones³⁹ en las que se incorporan elementos que complementan esa argumentación y que tienden a la protección del administrado, aunque aún parecen ser pronunciamientos aislados.

Así, la sentencia del 26 de septiembre de 2016 de la sección cuarta, al analizar un cambio de precedente desfavorable efectuado por la Corte Constitucional en la sentencia SU-230/15, trae a colación argumentos de seguridad jurídica y confianza legítima, pero incorpora un análisis a partir de los derechos de los sujetos involucrados (pensionados), su condición de sujetos especialmente vulnerables (adultos de la tercera edad), y la especial consideración de los derechos pensionales⁴⁰, para decir, aunque con otros términos, que dado que se trataba de un cambio de precedente desfavorable, solo podría tener efectos a futuro.

³⁸ De acuerdo con lo explicado por el magistrado Alberto Yepes Barreiro en su aclaración de voto a la sentencia del Consejo de Estado de Colombia. Sección Quinta. (2019, January 29). *Sentencia del 29 de enero de 2019 - proceso No. 2018-00031*. pp. 1–86. P.80.

³⁹ Por ejemplo: Consejo de Estado de Colombia. Sección Segunda. (2017, February 9). *Sentencia del 9 de febrero de 2017 -Proceso No. 2013-01541-01*. pp. 1–50. en la cual se dice que aplicar precedente desfavorable del la Corte Constitucional “es desfavorable, atentatorio del concepto de salario, de los principios de progresividad, y favorabilidad, compromete los derechos fundamentales del pensionado. También compromete la autonomía del juez contencioso administrativo, que es el único competente constitucionalmente, para el control de legalidad de los actos administrativos particulares y concretos a la luz de los principios constitucionales y legales.” P.48 Consejo de Estado de Colombia. Sección Quinta. (2017, September 26). *Sentencia del 26 de septiembre de 2017 - Proceso No. 2015-02491-01*. pp. 1–50. En la cual se señala que se darán efectos prospectivos a la jurisprudencia anunciada en busca de “garantía de los principios de transparencia, de acceso a la administración de justicia, doble instancia y tutela judicial efectiva, en cuanto las partes e intervinientes en el proceso deben ver debidamente motivadas y resueltas todas las situaciones que plantean y todos las causales de nulidad que invocan” P.44

⁴⁰ Textualmente la corporación resalta: “Esas medidas de protección deben aplicarse en los casos en los que se cambia de criterio jurisprudencial respecto de derechos de carácter pensional, pues, como se sabe, ese tipo de derechos procuran la satisfacción de necesidades básicas de las personas de la tercera edad, quienes han perdido gran parte de la capacidad laboral y, por lo mismo, se les dificulta o imposibilita ejercer una actividad productiva. Esa clase de derechos gozan de una fuente constitucional (artículos 48 y 53)”. Consejo de Estado de Colombia. Sección Cuarta. (2016, September 26). *Sentencia del 26 de septiembre de 2016 - proceso No. 2016-00278-01*. pp. 1–24. P.21.

El argumento que utiliza para otorgar efectos prospectivos se basa en afirmar que si bien el juez puede innovar las interpretaciones del derecho, debe hacerlo con *sindéresis*, de modo que no afecte derechos fundamentales. Textualmente en la citada sentencia se puede leer:

La Sala estima que, en aras de salvaguardar esas expectativas legítimas, resulta más razonable aplicar el precedente de la sentencia SU-230 de 2015 solo en aquellos casos en los que la controversia judicial se formule (presentación de la demanda) con posterioridad a la existencia del precedente (29 de abril de 2015), pues solo a partir de ese momento podría exigírsele al administrado que conozca la nueva postura jurisprudencial. Si después del 29 de abril de 2015, el interesado opta por reclamar judicialmente ese derecho -IBL con régimen anterior-, es admisible suponer que lo hace a sabiendas del nuevo precedente.⁴¹ (negrillas fuera del texto original)

Esta transcripción nos permite demostrar que la jurisprudencia de esta corporación reconoce cada vez más elementos tendientes a proteger al administrado como sujeto que se enfrenta al Estado (o a otro particular, pero que está investido de autoridad), y que por ende es la parte débil o vulnerable en esa relación jurídica, de modo que debe ser protegido en cuanto a sus expectativas legítimas.⁴²

Siendo así, se puede ver que en efecto ha existido una evolución de la regla construida por el Consejo de Estado, pues si bien por lo menos desde 2007 ha defendido la adopción de efectos prospectivos cuando hay cambio de precedente, las razones por las cuales ello resulta plausible han pasado de argumentos que fundamentalmente buscaban proteger el ordenamiento jurídico, a otros que (aunque aun de forma aislada) buscan también la protección del administrado con base en el principio de favorabilidad y otros semejantes.

Ya que hemos visto que tanto la Corte Suprema de Justicia como el Consejo de Estado han adoptado la regla de dar efectos prospectivos a los cambios de precedente, en la siguiente sección nos ocuparemos de ver los motivos que ha llevado a que ello sea así y mostrar los beneficios que implica esta forma de proceder.

2. Bondades de la aplicación de los efectos prospectivos y los problemas de una visión retrospectiva

A continuación pretendemos exponer los argumentos que ponen en evidencia la conveniencia y utilidad de la aplicación prospectiva acogida por las dos altas cortes en

⁴¹ Consejo de Estado de Colombia. Sección Cuarta. (2016, September 26). *Sentencia del 26 de septiembre de 2016 - proceso No. 2016-00278-01*. pp. 1–24. p. 22-23.

⁴² En esta ocasión el Consejo de Estado añade: “*En efecto, puede ocurrir que la nueva regla no pueda aplicarse de manera inmediata, porque, de hacerlo, se afectarían las expectativas legítimas de los asociados. En ese caso, es conveniente adoptar medidas para proteger esas expectativas.*” Consejo de Estado de Colombia. Sección Cuarta. (2016, September 26). *Sentencia del 26 de septiembre de 2016 - proceso No. 2016-00278-01*. pp. 1–24.p. 21-23.

que este capítulo ha centrado su atención. Estas razones que defienden los efectos hacia el futuro se compaginan con los que también se han señalado como problemas de los efectos retrospectivos. Siendo este nuestro objetivo, nos valdremos de anotaciones hechas por la doctrina, el derecho comparado y finalmente la jurisprudencia nacional.

Como puede resultar lógico, es necesario comenzar resaltando que al determinar que una norma nueva tendrá efectos únicamente hacia el futuro se salvaguardan los principios de legalidad, seguridad jurídica y confianza legítima, pues se permite a los ciudadanos la estabilidad necesaria para planificar su comportamiento y su intervención en el tráfico jurídico.

En este sentido, el reconocido doctrinante finlandés Aulis Aarnio sostiene:

*los tribunales tienen que comportarse de manera tal que los ciudadanos puedan planificar su propia actividad sobre bases racionales. En muchos casos, las decisiones jurídicas son la única razón propiamente dicha de una planificación de futuro*⁴³

Encontramos entonces una razón que propende por la aplicación del cambio en forma prospectiva, en virtud de que al evitar los cambios abruptos en la forma de decidir de los tribunales, los ciudadanos cuentan con los elementos que requieren para determinar cómo han de actuar.

En la misma línea, el profesor argentino Eduardo Sodero ha señalado que:

*la existencia de concretos criterios jurisprudenciales de hecho orienta la conducta de los particulares, quienes basándose en ellos (y no sólo en las normas legislativas) obran en cierto sentido, emprenden ciertos negocios o celebran ciertos contratos, lo cual determina que la posterior modificación de las pautas tenidas originariamente en cuenta genere fuertes inquietudes desde el plano de las exigencias de justicia*⁴⁴

En consecuencia, puede sostenerse que tanto la ley en sentido estricto como el precedente judicial deben tener reglas de aplicación que no alteren intempestivamente el escenario en el que se encuentran los sujetos pasivos de éstas normas, pues así se permite que los administrados puedan planear su intervención en la vida social, en el mundo negocial y en el tráfico jurídico, además de evitar que se genere la sensación de que se está sometido a un orden injusto.

Sumado a lo anterior, se ha advertido el escenario de incertidumbre que genera el hecho de que no sea posible conocer qué es lo que se tiene como derecho en un determinado momento, pues aun cuando el sujeto se acerque a la administración de justicia con un

⁴³ Aarnio, A. (1991). *Lo Racional como Razonable* (E. Garzón Valdés & R. Zimmerling, Eds.). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales de Madrid. P.26.

⁴⁴Sodero, E. (2004). Sobre el cambio de los precedentes. *Isonomia*, (21), 217–251. P.17

entendimiento más o menos claro, lo cierto es que con ocasión del análisis que se haga para el estudio de su caso, va a ser posible que eso cambie.

el cambio de jurisprudencia “hacia atrás” (donde el viejo criterio ya no se aplica ni siquiera al caso enjuiciado) puede crear una fuerte impresión de injusticia en cabeza de quienes habrían confiado en la jurisprudencia existente al inicio del juicio sólo para encontrarse al final con que aquello que se consideraba como derecho ya no lo es⁴⁵

De esta manera encontramos un argumento que apunta a señalar que una visión prospectiva del cambio de precedente permite conocer lo que el derecho es en un momento dado.

En derecho comparado, aunque no siempre fundados en la justificación que en este trabajo se pretende dar, se ha dado una aplicación prospectiva al cambio de precedente, a modo de ejemplo, se pasan a señalar tres países en los cuales esto ha sucedido.

El primero de ellos es Estados Unidos en donde la Corte Suprema de Justicia a través de la técnica denominada como el *prospective overruling* abordada por primera vez en el fallo *Great Northern Railway v. Sunburst Oil and Refining Co.*⁴⁶ en el cual se confirma la validez constitucional de un fallo que había optado por la derogación exclusivamente prospectiva de un precedente, rehusándose a aplicar la nueva regla al caso juzgado. Así mismo, con posterioridad al resolver el caso *Linkletter v. Walker*⁴⁷ (1965) la Corte se vio precisada a señalar que el cambio de precedente ocurrido en el caso *Mapp v. Ohio* (1961) relativo a la imposibilidad de hacer valer pruebas obtenidas con violación de la cuarta enmienda, sólo tendría aplicación para casos futuros, pues se había presentado una gran cantidad de habeas corpus por parte de personas condenadas bajo el precedente anterior⁴⁸ según el cual la forma de obtención de las pruebas no influía sobre la validez de las mismas.⁴⁹

En este mismo país fruto de advertir la necesidad de modular los efectos temporales de las sentencias en las que se cambia el precedente, se han diseñado algunos test que buscan determinar si ese cambio debe tener efectos hacia futuro o si puede tener efectos retroactivos extendidos a la misma controversia con ocasión de la cual el precedente es modificado⁵⁰, que es lo que hemos entendido como dar efectos retrospectivos.

⁴⁵ Sodero, E. (2004). Sobre el cambio de los precedentes. *Isonomía*, (21), 217–251. P.27

⁴⁶ Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América, 287 U.S. 353, 366 (1932).

⁴⁷ Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América, 381 U.S. 618 (1965).

⁴⁸ Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América, *Wolf v. Colorado* (1949).

⁴⁹ Consejo de Estado de Colombia. Sección Tercera. (2017, September 25). *Sentencia del 25 de septiembre de 2017- radicación No. 50892*. pp. 1–36. P. 17.

⁵⁰ De acuerdo con lo explicado por el Consejero Alberto Yepes en su aclaración de voto a la sentencia del Consejo de Estado de Colombia. Sección Quinta. (2019, January 29). *Sentencia del 29 de enero de 2019 - proceso No. 2018-00031*. pp. 1–86. “Por ejemplo, en el fallo *Chevron Oil Co. v. Huston* la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América se ocupó de definir si un cambio de precedente judicial

De lo anterior, se extrae un nuevo argumento en favor de los efectos a futuro de las nuevas reglas consistente en que, contribuye no solo a la seguridad jurídica, sino a una administración de justicia más eficiente por brindar reglas claras a los ciudadanos de modo que en las oportunidades en que el cambio de precedente comporte un beneficio, se conocerá con antelación quienes podrán acceder a él, sin que deba congestionarse la justicia con peticiones sin vocación de prosperar.

Al otro lado del atlántico, la Sala Civil del Tribunal Supremo del Poder Judicial en España dio efectos solo hacia el futuro a una decisión en 2009 la cual estudiaba la competencia de la jurisdicción civil para conocer de las demandas por responsabilidad civil derivada de un accidente laboral, en esta se cambió el precedente para relevar a la jurisdicción social, sin embargo, precisó que para las demandas interpuestas antes del cambio operado, dicha Sala mantenía su competencia, con lo que la nueva regla jurisprudencial sólo tendría efectos para las demandas que se interpusieran con posterioridad.⁵¹

Encontramos entonces otro argumento que apunta al hecho de que otorgar efectos prospectivos al cambio de precedente evita que haya detrimento de derechos en casos en los que los sujetos ya habían orientado su comportamiento acorde con el precedente anterior, por ejemplo, formulando su demanda ante la jurisdicción que se consideraba competente para entonces.⁵²

Finalmente, en sur américa, el Tribunal Constitucional del Perú señaló que tenía la competencia para modular los efectos temporales de una sentencia cuando en esta se cambia o sustituye el precedente vigente:

“a efectos de salvaguardar la seguridad jurídica o para evitar una injusticia ínsita que podría producirse por el cambio súbito de la regla vinculante por él establecida,

adoptado en otra providencia, relativo al término de caducidad de la acción judicial para obtener la reparación de perjuicios extracontractuales, podía o no ser aplicado en un proceso que había iniciado con posterioridad a la decisión judicial en la que se modificó la respectiva regla de derecho. Para ello, usó el siguiente test compuesto de tres factores: (i) la decisión judicial que no puede ser aplicada retroactivamente debe establecer un nuevo principio de derecho, ya sea porque modifica un claro precedente judicial en el cual los litigantes pudieron haber confiado o ya sea porque resolvió un caso de primera impresión cuya resolución no podía ser previsible para las partes; (ii) se deben sopesar los méritos e inconvenientes del cambio de precedente mediante el estudio de los antecedentes de la regla de derecho en cuestión, sus propósitos y efectos, para determinar si su aplicación retroactiva propenderá o retardará su operación; y, (iii) por último, se debe estudiar si la aplicación retroactiva del cambio de precedente puede producir efectos sustancialmente inequitativos.” P. 81.

⁵¹ Consejo de Estado de Colombia. Sección Tercera. (2017, September 25). *Sentencia del 25 de septiembre de 2017- radicación No. 50892*. pp. 1–36. P. 19.

⁵² Esta postura del Tribunal Supremo del Poder Judicial en España se encuentra en perfecta concordancia con lo señalado por el Consejo de Estado en el sentido de que la presentación de la demanda determina cuáles han de ser las normas aplicables a ese proceso, con independencia de que a futuro estas cambien. En este sentido la sentencia Consejo de Estado. Sentencia del 4 de mayo de 2011. Radicación número: 19001-23-31-000-1998-2300-01 (19.957) señaló: *“es claro que luego de presentada la demanda no es razonable ni proporcionado que se sorprenda al demandante con un intempestivo cambio de criterio”*.

*y que ha sido objeto de cumplimiento y ejecución por parte de los justiciables y los poderes públicos.*⁵³

Esta misma corporación continúa argumentando sobre la conveniencia de los efectos prospectivos:

La técnica de la eficacia prospectiva del precedente vinculante se propone, por un lado, no lesionar el ánimo de fidelidad y respeto que los justiciables y los poderes públicos mostrasen respecto al precedente anterior; y, por otro, promover las condiciones de adecuación a las reglas contenidas en el nuevo precedente vinculante.

Esta decisión de diferir la eficacia del precedente puede justificarse en situaciones tales como el establecimiento de requisitos no exigidos por el propio Tribunal con anterioridad al conocimiento y resolución de la causa en donde se incluye el nuevo precedente; la existencia de situaciones duraderas o de trato sucesivo; cuando se establecen situaciones objetivamente menos beneficiosas para los justiciables, etc.⁵⁴ (negrillas fuera de texto original)

Como se puede ver, el Tribunal peruano defiende el otorgar efectos prospectivos a ciertos casos entre los cuales se encuentran aquellos en los que se ha dado un cambio de precedente desfavorable, lo cual nos permite compartir su postura en tanto se tienen en cuenta las particularidades del cambio para luego definir sus efectos, Todo esto, con el objetivo último de evitar injusticias derivadas de un viraje súbito.

Examinando la jurisprudencia nacional, encontramos que ha seguido los mismos lineamientos hasta ahora descritos, en este sentido ha señalado que aun en países de tradición fuertemente legalista, en los que se entendido la labor del juez de forma limitada (como la boca que pronuncia el texto de la ley), se ha admitido la necesidad de buscar alternativas para paliar los efectos indeseados de la aplicación inmediata y por ende, retroactiva de la *jurisprudencia*.⁵⁵

De este modo, en el ámbito interno -de la misma manera que en el internacional- se ha resaltado la importancia de los efectos prospectivos como respuesta a la inestabilidad que generan los cambios imprevistos en el ordenamiento. En este sentido la jurisprudencia ha destacado el papel del precedente como garantía del principio de legalidad y confianza legítima.⁵⁶

⁵³ Tribunal Constitucional de la Republica del Perú. (2005, October 10). *Sentencia del 10 de octubre de 2005 - EXP. No. 0024-2003-AI/TC*. pp. 1–14. P.9

⁵⁴ Tribunal Constitucional de la Republica del Perú. (2005, October 10). *Sentencia del 10 de octubre de 2005 - EXP. No. 0024-2003-AI/TC*. pp. 1–14. P.10

⁵⁵ Consejo de Estado de Colombia. Sección Tercera. (2017, September 25). *Sentencia del 25 de septiembre de 2017- radicación No. 50892*. pp. 1–36. P. 20.

⁵⁶ Lo cual se puede ver en la sentencia Consejo de Estado de Colombia. Sección Tercera. (2017, September 4). *Sentencia del 4 de septiembre de 2017 - Radicación 57279*. pp. 1–45. P.14. que indica: “En este punto **el precedente judicial se asocia, a menudo, como la respuesta a esa legítima y justa**

De acuerdo con estas decisiones, encontramos que otra razón que aportará a la defensa de este tipo de efectos, es que permite conocer lo que es el derecho en un momento determinado.

Por otra parte, de acuerdo con lo explicado por el magistrado Alberto Yepes Barreiro en su aclaración de voto a la sentencia del 29 de enero de 2019, la postura según la cual los cambios de precedente deben regir hacia futuro, parte de concebir la regla de derecho sentada en el precedente como una ley en sentido material, razón por la cual sus modificaciones sólo pueden regir hacia el futuro.⁵⁷

Sin embargo, esta afirmación no ha sido acogida de forma individual por algunos magistrados, sino que la corporación la ha sostenido en algunos casos al decir que si la ley, y en general cualquier precepto, no puede regular de manera retroactiva hechos anteriores a su vigencia, a esa consideración no escapa la jurisprudencia, pues si esta es una fuente de derecho vinculante, sus enunciados como auténticas normas o directrices jurídicas están llamadas a correr la misma suerte.⁵⁸

Siendo así, se encuentra que el Consejo de Estado expone un argumento por analogía de acuerdo con el cual la regla general que prohíbe la retroactividad de la ley en sentido estricto es perfectamente aplicable también al precedente.

En este punto es de anotar que todos los argumentos hasta ahora expuestos adquieren plena validez solo en aquellos casos en los que el cambio de precedente es desfavorable, justamente el hecho de que solo sean aplicables en ese caso es lo que hace que los argumentos que defienden los efectos prospectivos, y los que apuntan a señalar los problemas de la aplicación retrospectiva, se compaginen.

Lo anterior se puede evidenciar en una sentencia emitida por el Consejo de Estado en septiembre de 2017, de acuerdo con la cual:

(...) puede resultar que los sujetos procesales actúen con la confianza legítima de que serán aplicadas ciertas reglas jurisprudenciales vigentes, que luego serían modificadas. Por lo tanto, la aplicación inmediata del nuevo precedente, sin

expectativa social de conocer, con criterios verosímiles o de certidumbre, lo que el derecho es en un momento determinado y ello se satisface siempre, y en la medida en, que los jueces construyen, a partir de sus reflexiones argumentadas, normas fruto de los procesos interpretativos que hacen de los materiales jurídicos vigentes, de ahí que la racionalidad de observar y seguir un precedente se justifique, en esencia, por la consecución de los fines de coherencia, uniformidad, predictibilidad y sistematicidad, razones éstas protegidas al amparo de la cláusula de Estado de Derecho.” (negrillas fuera de texto original).

⁵⁷ Consejo de Estado de Colombia. Sección Quinta. (2019, January 29). *Sentencia del 29 de enero de 2019 - proceso No. 2018-00031*. pp. 1–86. P. 80

⁵⁸ Consejo de Estado de Colombia. Sección Tercera. (2017, September 4). *Sentencia del 4 de septiembre de 2017 - Radicación 57279*. pp. 1–45. P.21. Además en esta oportunidad se aclara: “si la aspiración más elemental del orden jurídico es la de pretender autoridad y orientar el comportamiento humano conforme al derecho, va de suyo que la preexistencia de la exigencia de conducta jurídicamente relevante, es presupuesto elemental de racionalidad del sistema jurídico.”.

*consideración alguna a esta circunstancia, podría derivar en el desconocimiento de derechos fundamentales. Esto, en el supuesto de que en aplicación del cambio jurisprudencial, no se den consecuencias jurídicas a actuaciones iniciadas bajo el precedente anterior, o que, se atribuyan consecuencias jurídicas desfavorables en razón a reglas que en su momento no existían y por tanto no se pudieron evitar.*⁵⁹

Esta cita pone de presente que la aplicación de efectos retrospectivos, en los casos en que se deriva alguna consecuencia negativa de la aplicación del nuevo precedente, vulnera derechos fundamentales ya que no permite al sujeto evitar aquellas consecuencias nocivas, pues se basan en una regla que no existía cuando este inició su proceso.

También la Corte Constitucional se ha pronunciado en este sentido, un ejemplo de ello se puede encontrar en la sentencia SU-406/16 en la que sostuvo que *“resulta admisible que, en aquellos casos en que los sujetos procesales actuaron al amparo del precedente vigente, y con la confianza legítima de que surtirían los efectos en él previsto, no se apliquen los cambios que deriven en una afectación de sus derechos fundamentales.”*⁶⁰

En la citada sentencia la Corte destaca que no se pueden derivar consecuencias negativas para un sujeto, cuando éstas se fundan en una norma que apenas apareció con ocasión del análisis que su caso suscitó. Con lo que se puede ver que ambas corporaciones comparten por lo menos en teoría su postura en este punto.

A modo conclusivo, resulta útil traer a colación una enumeración hecha por el Consejo de Estado en el pronunciamiento hecho en 2017 antes citado. En esta enuncia las reglas que rigen la aplicación del cambio de precedente en esta corporación, para los efectos de lo que en este punto nos interesa, la segunda y quinta de ellas resultan muy ilustrativas, pues no solo terminan de reafirmar que el Consejo de Estado en efecto ha acogido una visión prospectiva para la aplicación de los nuevos precedentes, sino que prohíbe de forma tajante los efectos retrospectivos:

*Conclusión. Todo lo que se viene de exponer reafirma de manera clara y coherente una línea de pensamiento que puede ser resumida en las siguientes ideas: (...) (ii) Es criterio general, no limitado a expresos y singulares casos puntuales, que todo cambio de precedente jurisprudencial, referido a competencias estatales, derechos o mecanismos de protección, debe ser adoptado e interpretado con efecto prospectivo o a futuro, (...) (v) **la retroactividad del precedente viola la cláusula de Estado de Derecho y el deber general del Estado de respeto a las garantías judiciales, debido proceso, libertad e igualdad y, por contera, a la confianza***

⁵⁹ Corte Constitucional de Colombia. (2016, August 4). *Sentencia SU-406/16*. pp. 1–43. P. 27.

⁶⁰ Corte Constitucional de Colombia. (2016, August 4). *Sentencia SU-406/16*. pp. 1–43. P. 27

*legítima creada de manera objetiva por las autoridades estatales en el desarrollo de sus actos.*⁶¹

En este orden de ideas, se puede ver cómo tanto en la doctrina, como en derecho comparado y en la jurisprudencia nacional se pueden encontrar argumentos en favor de los efectos prospectivos que van desde exponer cómo brindan estabilidad a los sujetos para orientar su actuar en la sociedad, hasta su contribución a la seguridad jurídica y la confianza legítima, pasando por el hecho de que permiten una administración de justicia más eficiente, permiten conocer lo que el derecho es en un determinado momento y evitan injusticias en virtud de cambios repentinos.

Ya que hemos visto cuál ha sido el proceso que se ha seguido tanto en la Corte Suprema de Justicia como en el Consejo de Estado, qué regla han adoptado, y sus argumentos en favor, en el próximo capítulo buscaremos hacer algo similar, esta vez centrando nuestra atención en la Corte Constitucional.

B. UTILIZACIÓN DE UNA VISIÓN RETROSPECTIVA EN LA CORTE CONSTITUCIONAL

El objetivo de este capítulo es examinar la dinámica de aplicación de precedente en el tiempo en la Corte Constitucional. Para ello, en la primera parte se mostrarán cuáles han sido los efectos que por lo general esta alta corporación ha dado a los cambios de precedente en sus decisiones. Este ejercicio nos llevará a concluir que en la mayoría de las ocasiones se han otorgado efectos retrospectivos, esto es, se ha aplicado la nueva regla de derecho aun al caso *sub examine*.

En la segunda parte, se enunciarán brevemente las bondades de aplicar este tipo de efectos (al igual que en el capítulo pasado) a partir de doctrina, derecho comparado y jurisprudencia nacional.

1. Forma de aplicación de efectos retrospectivos en eventos de cambio de precedente.

Aunque el análisis de diversas sentencias de la Corte Constitucional nos ha llevado a concluir que en este alto tribunal no existen reglas claras que definan cuáles son los efectos que debe tener el cambio de precedente, nos atrevemos a sostener que, por lo general, los efectos que se dan cuando ello ocurre son retrospectivos.

Muestra de que la Corte no ha profundizado en el tema de los efectos temporales del cambio de precedente es que apenas en 2016 se encuentra una decisión que profundiza

⁶¹ Consejo de Estado de Colombia. Sección Tercera. (2017, September 4). *Sentencia del 4 de septiembre de 2017 (57279)*. pp. 1–45. P.33

en el tema, y aun con esto, puede verificarse que años después de que este fallo hubiese sido emitido, sus lineamientos no son seguidos.

Creemos que esta realidad en la Corte Constitucional puede responder al hecho de que, como guardiana de la constitución y primera protectora de los derechos fundamentales, los cambios de precedente que han tenido lugar en esta corporación han sido, en la mayoría de las ocasiones, más favorables⁶².

Siendo así, es importante tener presente que de acuerdo con lo que se ha expuesto hasta este punto de la argumentación en el presente trabajo, en los casos en que el nuevo precedente es más favorable, el hecho de que se aplique retroactivamente no encuentra ningún problema.

Lo anterior es relevante porque creemos que es justamente a ese hecho que se puede atribuir la falta de definición de reglas de aplicación temporal para los casos de cambio de precedente en la Corte Constitucional. Pues siendo que no ha encontrado mayor problema en aplicar retrospectivamente sus cambios, no se ha visto precisada a determinar en qué casos el nuevo precedente tendrá aplicación retrospectiva y en qué casos prospectiva.

En la presente sección que tiene por objeto mostrar cómo se ha dado la aplicación temporal del cambio de precedente en casos estudiados por la Corte Constitucional, se buscará demostrar que esa falta de definición de reglas implica un escenario problemático que deriva en detrimento de derechos, pues si bien se ha dicho que por lo general el cambio de precedente es más favorable, existe una serie de casos en los que esto no ha sido así. Estos casos en los que el cambio de precedente ha sido desfavorable y esa nueva regla tiene aplicación retrospectiva son los que comportan un problema.

Para esto, es menester comenzar con un breve recorrido acerca de lo que ha sostenido esta corporación, frente al tema que nos ocupa.

Sea lo primero decir que, aunque ya desde 1993⁶³ la Corte Constitucional empezó a preguntarse acerca del grado de vinculatoriedad que podían tener las decisiones

⁶² A modo de ejemplo, las sentencias Corte Constitucional de Colombia. (2014). *Sentencia SU-774/14*. pp. 1–42. Y Corte Constitucional de Colombia. (2017, July 18). *Sentencia T-459/17*. pp. 1–37. Contienen cambios de precedente favorables, que se aplican con efectos retrospectivos.

⁶³ Muestra de ello son las sentencias: C-104 de 1993 en la que se discutía si permitir la procedencia del recurso de súplica en los casos en que se “se acoja doctrina contraria a la jurisprudencia de la Corporación” implica la obligatoriedad de la jurisprudencia (precedente judicial) y por ende una modificación al sistema de fuentes del artículo 230 de la Constitución Política; C-131 de 1993 en la cual se pregunta si las sentencias de la CC son obligatorias o no, qué parte de ellas y con qué fundamento y la sentencia C-486 de 1993 en la que, entre muchas otras cosas, se preguntaba cuál era la interpretación correcta y por ende la amplitud del vocablo “imperio de la ley” en el artículo 230, para entender si el hecho de tener a la costumbre como fuente de derecho en el campo mercantil violaba o no los postulados constitucionales. A título de obiter dicta se menciona que el juez NO está atado a los precedentes judiciales en virtud de la autonomía judicial de la que se encuentra revestido.

judiciales, y gradualmente fue aceptando cada vez con mayor vehemencia la obligatoriedad de acatar el precedente judicial, lo cierto es que antes de agosto de 2016 no se encuentra que dentro de los múltiples pronunciamientos sobre el tema del precedente y la posibilidad de apartarse de él, haya tocado el tema de los efectos temporales que ese cambio deba tener.

De hecho, en el salvamento de voto que hace el magistrado Alejandro Linares Cantillo a la sentencia T-032 de febrero de 2016 resalta el hecho de que la corte ha pasado por alto la definición de los efectos temporales del precedente. Textualmente señala:

*A pesar de que la sentencia descarta formalmente que se hubiera desconocido el precedente constitucional, la posterior invocación de la violación directa de la Constitución -apoyada en la interpretación que de la Carta hizo la sentencia SU-556 de 2014- como fundamento para dejar sin efecto la decisión del Tribunal Administrativo de Nariño, **pone en evidencia la aplicación retroactiva del precedente constitucional**. Si el precedente, como se dijo, es una norma jurídica y por ello tiene la vocación de regular la actuación de los ciudadanos y de las autoridades, **es muy importante no desconocer su ámbito temporal de validez**, a menos que ello pueda apoyarse en razones de enorme significado constitucional que se asocien, por ejemplo, a la protección de los derechos fundamentales.⁶⁴*

En el aparte citado puede evidenciarse que el Magistrado busca poner de presente el hecho de que no se ha aclarado ese punto que resulta de trascendental importancia por las consecuencias que esa sentencia podría estar llamada a generar en un caso.

Aproximaciones medianamente cercanas se encuentran en sentencias como la T-110 de 2011 en la cual se hace referencia a la obligatoriedad del precedente y los efectos retrospectivos de la constitución y de las leyes definiendo ciertas subreglas, sin embargo, creemos que con ciertos matices éstas pueden tener aplicación también para el precedente, por ello hemos decidido citar esta sentencia aun cuando en estricto sentido no se refiere a la aplicación temporal del tema en cuestión. Para lo que nos interesa, la mencionada sentencia sostiene:

(i) por regla general las normas jurídicas se aplican de forma inmediata y hacia el futuro, pero con retrospectividad; (ii) el postulado de irretroactividad de la ley implica que una norma jurídica no tiene prima facie la virtud de regular situaciones jurídicas que se han consumado con arreglo a normas anteriores; (iii) la aplicación retrospectiva de una norma jurídica comporta la posibilidad de afectar situaciones fácticas y jurídicas que se han originado con anterioridad a su vigencia, pero que aún no han finalizado al momento de entrar a regir la nueva norma, por encontrarse en curso la aludida situación jurídica y; (iv) tratándose de leyes que se introducen en el ordenamiento jurídico con el objeto de superar situaciones de marcada inequidad y discriminación (tuitivas), el juzgador debe tener en cuenta, al momento de establecer su aplicación en el tiempo, la posibilidad de afectar

⁶⁴ Corte Constitucional de Colombia. (2016, February 8). *Sentencia T-032/16*. pp. 1–33. P.32.

*retrospectivamente situaciones jurídicas en curso, en cuanto el propósito de estas disposiciones es brindar una pronta y cumplida protección a grupos sociales marginados. (...)*⁶⁵

Aunque creemos que estas subreglas no son del todo claras, y que, por lo menos la cuarta de ellas no es más que la reiteración de lo que se ha definido como la regla general, por la forma genérica en que están redactadas no encontramos mayor dificultad para pensar que podrían ser aplicadas, además la constitución y las leyes, para el precedente judicial, que no es más que su expresión para un tipo de casos concretos.

Como se adelantó, de la investigación realizada para el desarrollo del presente trabajo, se encontró que la sentencia SU-406 de agosto de 2016 es probablemente la única que se ha adentrado en el tema de los efectos temporales que deben darse en los eventos de cambio de precedente.

Esta sentencia de unificación, que sostiene planteamientos muy cercanos a los defendidos en este trabajo, señala reiteradamente que si bien se reconoce que la regla general es la aplicación inmediata de un nuevo precedente, ello no puede implicar pasar por alto la importancia de que cada situación sea observada a la luz de sus circunstancias particulares, en virtud del contenido material del principio de igualdad.⁶⁶

A modo conclusivo destaca la citada sentencia:

*En correspondencia con lo anterior, **encuentra la Sala Plena de esta Corporación que, en concordancia con la postura del Consejo de Estado anteriormente presentada, la aplicación de la jurisprudencia que define sobre las reglas del proceso judicial está supeditada a un examen fáctico que permita determinar si su inmediata aplicación significa una afectación ostensible y transcendental de un derecho fundamental de los sujetos procesales**, quienes en virtud de la confianza legítima, accedieron a la administración de justicia con fundamento en las reglas establecidas por la jurisprudencia vigente, y estas reglas, posteriormente, fueron modificadas por un precedente que resulta determinante para producir una afectación iusfundamental.*⁶⁷ (negrillas fuera de texto original)

Siendo esta la argumentación de la sentencia sobre este punto, podría pensarse que a partir de entonces se creo una subregla consistente en que, es necesario atender las

⁶⁵ Corte Constitucional de Colombia. (2011, February 22). *Sentencia T-110/11*. pp. 1–57. P. 22

⁶⁶ Corte Constitucional de Colombia. (2016, August 4). *Sentencia SU-406/16*. pp. 1–43. P. 26 -27. “Ahora bien, no obstante que la aplicación general e inmediata de un nuevo precedente fijado por un órgano de cierre de la jurisdicción vincula a la administración de justicia como una garantía del principio de igualdad, tal regla general no puede pasar por alto el contenido material de la misma igualdad al que se hizo referencia anteriormente, y que conduce a que cada situación sea observada a la luz de las circunstancias particulares.” Además, en esta misma decisión se encuentra: “así como el ordenamiento jurídico ha previsto ciertas reglas en los casos en que se producen cambios legislativos, resulta enteramente razonable que, igualmente, el juez de conocimiento considere las circunstancias de cada caso a efectos de cumplir con su deber de aplicar la jurisprudencia vigente para que no se afecten los derechos fundamentales de los sujetos procesales.”

⁶⁷ Corte Constitucional de Colombia. (2018, July 24). *Sentencia SU-075/18*. pp. 1–166. P.28.

circunstancias particulares del caso antes de ver los efectos que deben darse al nuevo el precedente, de modo tal que cuando ocurriera un cambio, lo que correspondía era hacer un análisis del caso para determinar si en ese caso, la nueva regla tendría efectos retrospectivos o prospectivos.

Sin embargo, la lectura de posteriores sentencias nos mostraron que, contrario a lo que podía pensarse, la Corte no siempre actuó coherentemente con lo definido en la SU-406/16. Muestra de ello es que, aunque en fechas cercanas a la expedición de la SU-406 de 2016 la Corte sigue la subregla sostenida en ésta, en un caso en el que se vió precisada a estudiar un precedente desfavorable de la Corte Suprema, dos años más tarde cuando fue la propia corporación la que realizó un cambio desfavorable sí le dio efectos retrospectivos. A continuación se aborda a detalle la situación enunciada.

Poco después de expedida la sentencia SU-406 de 2016, la Corte Constitucional conoció en la sentencia T-464 de 2016 de un caso en el que, con ocasión del reconocimiento de una pensión de sobrevivientes el supremo juez en lo constitucional se tuvo que pronunciar sobre un cambio de precedente que se había dado en la Corte Suprema de Justicia, señalando que éste no era acorde con principios constitucionales, y por ende, la Corte Constitucional se abstendría de aplicarlo. La sentencia en cuestión reza:

*En consecuencia, el argumento esbozado por la Corte Suprema de Justicia en sus providencias más recientes, frente a la necesidad de preservar los principios de legalidad y seguridad jurídica, y a su vez, limitar el alcance del principio de condición más beneficiosa en materia pensional, no es de recibo para la Corporación. **Para la Sala, dicha interpretación no brinda un mayor y más adecuado desarrollo de los principios y garantías constitucionales, sino que impone una restricción a los principios de favorabilidad, igualdad y expectativas legítimas, y al derecho al mínimo vital, protegidos ampliamente por la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia en sus providencias anteriores.***

*En este sentido, **no puede sobreponerse la aplicación estricta de la ley a la urgencia de materializar derechos subjetivos de mayor importancia**, como es el caso de los derechos fundamentales de quien ha cumplido uno de los requisitos exigidos para acceder a la pensión de sobreviviente con base en un determinado régimen jurídico, el cual, posteriormente, es modificado sin ofrecer un régimen de transición u otro tipo de alternativa jurídica para el ciudadano. Una ponderación de los derechos, principios y garantías involucrados, de acuerdo con los lineamientos contenidos en la Carta Política, permite concluir que **debe prevalecer la protección de los derechos fundamentales al mínimo vital y a la igualdad que le asisten a los cónyuges o compañeros permanentes supérstites en la situación objeto de estudio, frente a la importancia de preservar el principio estricto de legalidad, cuando ya se han consolidado prelativamente, formas***

de interpretar decisiones legislativas que garantizan la protección de los derechos ciudadanos ante aparentes omisiones involuntarias del Legislador⁶⁸

En pocas palabras, la Corte Constitucional se abstuvo de aplicar un cambio de precedente desfavorable de la Corte Suprema de Justicia, entre otras razones, sosteniendo los argumentos esgrimidos en la sentencia SU-406/16⁶⁹.

No obstante, dos años después, cuando fue la propia Corte Constitucional la que llevó a cabo un cambio de precedente de manera desfavorable, no fueron los lineamientos de aquella sentencia de unificación del 2016 los que fueron aplicados.

Se está haciendo referencia al caso de la sentencia SU-075 de 2018 en la cual se estudiaron los casos de tres mujeres que fueron despedidas en estado de embarazo, en esta sentencia, para lo que nos interesa a los fines de este trabajo, el problema jurídico giró en torno a la pregunta de si ¿el hecho de que el empleador tenga conocimiento del estado de gravidez de la mujer es determinante para entender que el despido se da con móviles discriminatorios?

A esta pregunta se respondió afirmativamente bajo el entendido de que *el fuero de maternidad es esencialmente una acción afirmativa destinada a garantizar que las mujeres no sean discriminadas en el trabajo a causa de su rol reproductivo. En consecuencia, cuando el empleador despide a la trabajadora embarazada, sin conocer su estado, no la discrimina y, por lo tanto, carece de sentido asignarle una responsabilidad mínima de protección.*⁷⁰

Siendo así, bajo el régimen del precedente anterior, el empleador no debía conocer que la mujer estaba embarazada para tener que hacerse responsable de ciertas prestaciones en caso de despido, con el nuevo precedente, esto dejó de ser así, y si el empleador no conoce del embarazo, no tiene ninguna responsabilidad.

En este caso existió un cambio de precedente que, como lo hemos repetido a lo largo de este trabajo, independientemente de que pueda ser plausible, se encuentre bien fundamentado o en efecto proponga mejores razones para regular de una determinada forma el asunto, es desfavorable.

En esa sentencia SU-075/18 se analizaba el caso de tres mujeres que razonablemente actuaron conforme a las reglas preexistentes, esto es, se reservaron el derecho de

⁶⁸Corte Constitucional de Colombia. (2016, August 29). *Sentencia T-464/16*. pp. 1–31. Retrieved from <http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/T-464-16.htm> P.26.

⁶⁹ Esto es, la necesidad de atender a las condiciones particulares del caso para examinar los efectos que el cambio de precedente desfavorable generaría en los derechos fundamentales de los involucrados.

⁷⁰ Tal como lo explica la Magistrada Diana Fajardo Rivera en su salvamento parcial de voto a la sentencia Corte Constitucional de Colombia. (2018, July 24). *Sentencia SU-075/18*. pp. 1–166. P. 149.

informar a su empleador acerca de su estado de gravidez⁷¹, sin embargo, ello no bastó para que esa nueva regla que surgió con ocasión del análisis de esos casos, les fuera aplicada. En términos simples, a estas mujeres les cambiaron las reglas a mitad del juego.

Como consecuencia de este proceder de la Corte, a dos de las tres mujeres les fue negado el amparo. En este sentido se pronunció la magistrada Diana Fajardo Rivera quien destacó:

La regla que asignaba al empleador, si no conocía la gravidez de la trabajadora al despedirla, como mínimo el deber de sufragar las cotizaciones a seguridad social, con el fin de que esta pudiera gozar de la licencia de maternidad, y otras prestaciones según el tipo de contrato laboral y la invocación, o no, de justa causa para el despido, tenía pleno respaldo constitucional, como he argumentado en precedencia. Pese a esto, en las deliberaciones que condujeron a la adopción de la Sentencia admití que tampoco era inmodificable y que, en virtud de que el Estado directamente tiene también una obligación constitucional de protección (Art. 43 de la C.P.), podrían evaluarse las condiciones en que, por ejemplo, se dieran avisos de oportunidad para que, tanto el Legislador como el Gobierno, pudiesen reaccionar eficazmente al cambio de precedente.

Lo anterior, con el propósito de que no se acabara intempestivamente con la regla en mención y se dejara desamparado a un importante grupo de mujeres. Sin embargo, la mayoría optó por terminar una garantía constitucional valiosa, sin una justificación suficiente y con una argumentación muy riesgosa para los propios derechos de quienes aparentemente dice proteger. Uno de los problemas más graves de la Sentencia de la que me aparto, en efecto, es que produjo los impactos a los que me he referido, con base en un punto de partida no demostrado y mediante el uso de elementos técnicos sin el debido rigor.⁷²

Con la anterior transcripción fundamentalmente se busca remarcar lo sostenido por la magistrada en el sentido de que, con la modificación imprevista de la jurisprudencia, la corte dejó desamparado a un grupo importante de mujeres, y que si bien puede aceptarse que la carga atribuida hasta ahora al empleador podía ser revisada, resultaban indispensables avisos de oportunidad, para que los demás órganos del Estado pudiesen

⁷¹ Independientemente de que ellas conocieran o no de su estado, en palabras de la Magistrada Diana Fajardo Rivera en su salvamento parcial de voto a la sentencia Corte Constitucional de Colombia. (2018, July 24). *Sentencia SU-075/18*. pp. 1–166. P. 149. “La mujer embarazada lo está incluso si no ha comunicado su estado al empleador y a pesar de que ella misma no sea consciente de su condición. El embarazo es un estado biológico objetivo, que no depende de su exteriorización, del hecho de hacerlo público y ni siquiera de la conciencia de experimentarlo por parte de la propia mujer. Correlativamente, la prohibición de discriminación y la obligación de protección no pueden depender del conocimiento del empleador. La Constitución prohíbe discriminar a la trabajadora embarazada, no a la trabajadora embarazada que es consciente de su estado y lo ha hecho saber al empleador. Provee una protección objetiva. De ahí que desde siempre la Corte hubiera considerado que el fuero de maternidad solo requería que la mujer hubiera quedado en estado de embarazo en vigencia de la relación laboral.”

⁷² Corte Constitucional de Colombia. (2018, July 24). *Sentencia SU-075/18*. pp. 1–166. P.155

enfrentar el cambio de precedente, sin propiciar una desprotección inmediata como la que se sigue de la sentencia.

La situación generada en este caso permite cuestionarse si en esta ocasión, tal como lo prescribió la SU-406/16, la corte *consideró las circunstancias del caso a efectos de cumplir con su deber de aplicar la jurisprudencia vigente para que no se afecten los derechos fundamentales de los sujetos procesales*⁷³

De aquí que se pueda afirmar que aunque la Corte Constitucional en alguna oportunidad emitió una regla acerca de los efectos en el tiempo del cambio de precedente -con la sentencia SU-406/16-, a la hora de aplicarla no ha sido del todo coherente, entre otras razones, en virtud de que no se ha visto ceñida a hacerlo, pues por regla general, al haber más cambios de precedente favorables que lo contrario, los efectos negativos que se derivan de la aplicación retrospectiva de un precedente, son la excepción, sin embargo, generan consecuencias como las del caso recién anotado y de otros similares⁷⁴.

Así las cosas, a modo conclusivo puede decirse que en las decisiones de la Corte Constitucional, en virtud del rol que ésta ha desempeñado en el ámbito nacional, puede evidenciarse que en los casos en que cambia el precedente, suele hacerlo para mejorar el escenario en el que se encontraban los sujetos más vulnerables de la relación jurídica. Esta dinámica ha hecho que, siendo que el nuevo precedente es más favorable, éste se aplique aun al caso *sub examine*, es decir, que se de efectos retrospectivos a ese cambio, y ello, precisamente por implicar una mejora, no ha comportado ningún problema.

Sin embargo, precisamente el hecho de que, en la mayoría de ocasiones, la forma como se aplica en términos temporales el cambio de precedente no haya implicado un problema, es lo que ha generado que no se vea la necesidad de definir y ceñirse a aplicar reglas claras.

Lo alarmante de esta situación, es que al identificar aquellos casos que si bien son la minoría, implican un cambio desfavorable, se pone en evidencia lo que sí comporta un

⁷³ Confróntese con Corte Constitucional de Colombia. (2016, August 4). *Sentencia SU-406/16*. pp. 1–43. P.27

⁷⁴ Otros ejemplos de casos en los cuales se cambia el precedente de manera desfavorable y se aplica retrospectivamente: SU-095-18 que negó la idoneidad y legitimidad de las consultas populares como mecanismo de expresión democrática de la voluntad local respecto de la explotación de recursos naturales; SU-897-12 cuyo problema jurídico giraba alrededor del hecho de que para calificar a ex empleados del seguro social como prepensionados, se debía hacer una interpretación consistente en que la convención colectiva de trabajo estaba vigente, esta había sido una interpretación que la Corte Constitucional con anterioridad había avalado, sin embargo, en este caso interpretó que el Acto Legislativo 01 de 2005 para unificar el régimen de pensiones prohibió la negociación de condiciones pensionales en las convenciones colectivas. Bajo ese entendimiento, la corte define cuál fue el periodo de vigencia de la convención colectiva de trabajo del seguro social y aplicando esa nueva regla a los *sub examine*, resultó que solo uno de los diez sujetos involucrados en los casos que se analizaban obtuvo protección.

problema y es la aplicación retrospectiva en casos de cambio de precedente desfavorable.

De cualquier manera, en virtud de que la aplicación de efectos retrospectivos es la visión que ha adoptado mayoritariamente la Corte Constitucional, a continuación se pasan a señalar algunos de los argumentos que se han expuesto en favor de ésta.

2. En defensa de la aplicación de efectos retrospectivos y las debilidades de una visión prospectiva.

Como se vió, por una parte la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, y por otra, la Corte Constitucional, han asumido parámetros de actuación opuestos en los casos de cambio de precedente.

Como ya hubo ocasión para plantear una serie de argumentos en favor de la visión prospectiva acogida por las dos primeras altas cortes, a continuación se procede a señalar cuáles son esos argumentos a favor de una visión retrospectiva, que se compaginan en una gran medida con las debilidades que se han señalado a los efectos prospectivos.

Como se ha advertido en diferentes momentos a lo largo de este trabajo, el cambio de precedente repentino altera la estabilidad con que cuentan los sujetos pasivos de las normas, y en esa medida puede implicar que sus derechos al debido proceso, legalidad, seguridad jurídica y confianza legítima se vean afectados.

Los argumentos que se expondrán a continuación buscan demostrar que ello no siempre es así, y que el hecho de que cambie el precedente y esa nueva norma sea aplicada inmediatamente al caso en cuestión, puede implicar beneficios. *Contrario sensu* no siempre la mejor alternativa es la de diferir los efectos exclusivamente hacia el futuro.

Es de anotar que aunque esta ha sido la visión acogida por la Corte Constitucional, no solo ésta ha apuntado sus beneficios⁷⁵, por ello, en la exposición de estos argumentos se acogen planteamientos expuestos por la jurisprudencia nacional indistintamente de la corporación que los haya emitido.

Así, la sentencia del 27 de septiembre de 2017 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de justicia sostuvo:

el propósito constitucional de una pronta y cumplida administración de justicia y la finalidad unificadora de la jurisprudencia imponen la obligación de emplear la

⁷⁵ En ocasiones, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado han apuntado estos beneficios en sentencias en la que examina pros y contras de uno y otro tipo de efectos, en aclaraciones o salvamentos de voto, o en sentencias aisladas que no representan la postura que mayoritariamente ha sostenido la corporación. En la Corte Suprema de Justicia en particular lo ha hecho la sala penal, pues como se explicó en precedencia, ésta ha permitido la aplicación retrospectiva (e incluso retroactiva) del cambio de precedente favorable.

postura jurídica vigente al momento de resolver cada uno de los recursos, en este caso, el de casación, pues, avalar, a estas alturas, un criterio que para la fecha ha sido revaluado por esta Corporación, por más que fuera el que legalmente regía para la época de los hechos, de la acusación, de la verificación de los preacuerdos, del debate probatorio o incluso de los fallos, afirmarí el contrasentido de una solución que no se acompasa a la legalidad, con la inminente consecuencia de prodigar un trato inequitativo para el procesado respecto del resto de ciudadanos sometidos a la acción penal que, en idéntica situación, han sido favorecidos con la variación jurisprudencial.⁷⁶

Esta sentencia básicamente lo que señala es que no se acompasa con los principios constitucionales el hecho de que, habiéndose cambiado el precedente como fruto de la reevaluación del anterior, sea ese precedente que ya se ha juzgado como erróneo el que tenga aplicación. En otros términos, si ya se ha encontrado que una norma tiene tantas falencias como para merecer ser cambiada, no tiene sentido que esta siga teniendo aplicación.

Es de señalar que este entendimiento claramente parte del supuesto de que el nuevo precedente es más favorable, y en ese entendido, siendo que los altos tribunales al cambiar el precedente han creado un mejor escenario para el ciudadano, ¿por qué darle aplicación a una norma que lo deja en uno que no es tan beneficioso?

Con este argumento se pone en evidencia el hecho de que no siempre dar efectos prospectivos al cambio de precedente es la mejor solución posible, de ahí la importancia de determinar si ese cambio es o no más favorable, pues en los casos en que el cambio resulta más beneficioso para la parte más débil de la relación jurídica, como bien lo señala la sentencia citada, la aplicación del precedente anterior podría implicar una vulneración del derecho a la igualdad, en el entendido de que habrá ciudadanos que en idéntica situación, sí podrán favorecerse con la aplicación del nuevo precedente.

También en el Consejo de Estado, aunque en menor medida, se han señalado argumentos de este tipo, recientemente el consejero Alberto Yepes Barreiro en su aclaración de voto a la sentencia del 29 de enero de 2019 indicó:

Por otro lado, ha existido la postura según la cual los cambios de precedentes judiciales deben tener efectos retroactivos y, por lo tanto, cobijar controversias originadas en hechos anteriores a la modificación de precedente, como el mismo caso en el cual ésta es adoptada. Esta postura está fundada en que el principio de la irretroactividad de la ley no puede impedir al juez modificar una regla de derecho creada por vía de precedente que resulta injusta al ser aplicada al caso concreto.⁷⁷

⁷⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. (2017, September 27). *Sentencia del 27 de septiembre de 2017 - SP16731-2017 (Sala Penal)*. pp. 1–54. P.32

⁷⁷ Aclaración de voto de Alberto Yepes en la sentencia del Consejo de Estado de Colombia. Sección Quinta. (2019, January 29). *Sentencia del 29 de enero de 2019 - proceso No. 2018-00031*. pp. 1–86. P.80

Con la anterior cita se puede poner de presente que (aunque se trata de una aclaración de voto pues ya conocemos la postura que frente a los efectos del cambio de precedente ha acogido el Consejo de Estado) se ha querido señalar que no se pueden dar soluciones injustas a casos en los que ya se conoce que existe una mejor norma bajo la justificación de proteger el principio de legalidad.

Este análisis nos lleva a recordar que, en todo caso, tal como desde inicios de los noventas lo señaló Robert Alexy, los principios son mandatos de optimización⁷⁸ de modo que se trata de normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades reales y jurídicas existentes. Siendo así, una imposibilidad de realización del principio de legalidad se encontraría en los supuestos en que buscar su garantía implicaría otorgar una solución injusta.

En otros términos, los principios no son absolutos, y en los casos en que se ha interpretado una norma más favorable y ésta tiene vocación de aplicación al caso con ocasión del cual se ha dado el cambio de precedente, será necesario sacrificar el principio de legalidad, pues existen imperiosas razones para dar prevalencia a otros principios que deben ser garantizados en el caso concreto.

En el ámbito internacional, nuevamente encontramos un referente en el *Common Law*, esta vez específicamente en Inglaterra, pues dada su riqueza en cuanto a casos y desarrollo de la forma en que funciona el precedente, argumentos de en uno y otro sentido se han dado de forma mucho más profunda. De acuerdo con Sir Leslie Scarman, en su texto *Law Reform by Legislative Techniques*:

*"I find difficult to understand how a judge can say a case will be decided in this way for the parties in front of him but to give notice that in future it will be decided in a different way for different parties who may come later. it seems, to my mind, a straining or distortion of the judicial process which we should avoid if we can, and we can avoid it".*⁷⁹

Con lo cual desde entonces ponía de presente la dificultad de aplicar el derecho de forma diferente para personas en la misma hipótesis, sugiriendo un quebrantamiento del principio de igualdad, no obstante, nuevamente encontramos que esta observación resultaría válida solo en aquellas situaciones en las que el cambio de precedente fuese favorable, pues de otra manera, esa aplicación diferida del derecho estaría justificada.

El doctrinante argentino Eduardo Soderro nos señala algunas otras debilidades que se han planteado en este punto. Situándose en un caso en el cual el cambio de precedente se da no como resultado de la reflexión solitaria del juez, sino en virtud de que una de

⁷⁸ Alexy, R. (1993). *Teoría de los Derechos Fundamentales* (Versión ca; E. Garzón Valdés, Ed.). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales de Madrid. P.86.

⁷⁹ Scarman, L. (1967). Law reform by legislative techniques. *Saskatchewan Law Review*, 217–228.P.219-220.

las partes sostiene que el precedente vigente es equivocado, si se dieran efectos únicamente hacia el futuro para ese nuevo precedente, se deja a la parte en una situación en la que de cualquier modo, no obtuvo lo que para ésta era la justicia del caso concreto. Sin embargo, quienes se aproximen en un futuro a este juez, con el mismo caso, si lo harán:

*el otro criterio (prospective overruling) genera injusticia igualmente: la parte vencida obtiene una victoria moral al convencer al tribunal de cambiar el criterio que ella ha sostenido que es equivocado, pero al propio tiempo pierde su caso*⁸⁰

Nuevamente estamos ante un argumento que pone de presente la inconveniencia de los efectos prospectivos en eventos de cambio de precedente favorable y en cambio propende por la aplicación de los retrospectivos.

De otro lado, si nos situamos en un escenario diferente en el cual es el juez en su razonamiento quien, luego de analizar el marco fáctico del caso y las consecuencias que se generarían con la aplicación del precedente vigente, decide que debe cambiarse, no parece lógico que esa nueva regla de derecho no tenga aplicación en ese específico caso en concreto con ocasión de cuyo análisis fue creada.

Se trataría de una norma, que a partir de un razonamiento concreto, fue interpretada para un caso en el cual no tendrá aplicación. Esto parecería un sin sentido.

En este orden de ideas, tal como se ha venido sosteniendo, la aplicación de efectos retroactivos es la alternativa que se encuentra mejor sustentada en el ordenamiento para los casos de cambio favorable, en otras palabras, el ordenamiento avala que solo en los casos en que el nuevo precedente es más favorable, éste sea aplicado al caso enjuiciado.

El Consejo de Estado en sentencias de 2013⁸¹ y 2015 ha señalado:

*El apartamiento de los precedentes jurisprudenciales debe encontrarse debidamente sustentado en una motivación razonable y suficiente, capaz de explicar el abandono de posturas y doctrinas seguidas por el propio órgano judicial en el pasado, pues **es claro que el viraje repentino e injustificado de las líneas jurisprudenciales puede llegar a entrañar la violación de derechos, principios y valores de raigambre constitucional**. Más aun cuando en nuestro actual sistema de fuentes la jurisprudencia “puede crearse no solo en aquellos eventos de oscuridad o inexistencia de supuesto normativo, sino en todos aquellos casos en que deban aplicarse y hacer realizables los fundamentos constitucionales y en especial, los derechos fundamentales y en concreto, la tutela judicial efectiva”.*⁸²

⁸⁰ Sodero, E. (2004). Sobre el cambio de los precedentes. *Isonomia*, (21), 217–251. P. 243

⁸¹ Consejo de Estado de Colombia. Sección Quinta. (2013, September 12). *Sentencia del 12 de septiembre de 2013 - proceso No. 2011-00775-02*. pp. 1–45. p.36.

⁸² Consejo de Estado de Colombia. Sección Quinta. (2015, March 26). *Sentencia del 26 de marzo de 2015 - proceso No. 2014-00034-00*. pp. 1–63. p.45

Justamente lo que permite, por una parte, la clasificación del cambio de precedente en favorable y desfavorable, y por otra, la admisibilidad de los efectos prospectivos, es evitar esa violación señalada por el Consejo de Estado. Por el contrario busca que el cambio de precedente pueda ser aplicado de la mejor forma posible, esto se traduciría en que, hablando de cambios favorables, la mejor forma en que este podría tener aplicación es a partir del caso mismo en que se llevó a cabo el cambio.

En otros términos, si la nueva regla ha sido creada para dejar a los sujetos que deben someterse a ella en un mejor escenario que aquel en el que los situaba la regla anterior, lo deseable será que esa nueva regla tenga aplicación tan pronto como sea posible, y como es obvio, la oportunidad más cercana para que esa regla empiece a tener aplicación, es el caso mismo en el que se creó.

En apoyo a la idea que se ha venido defendiendo, de forma muy lúcida el Magistrado Alberto Yepes en su salvamento de voto a la sentencia del 3 de marzo de 2016, resalta:

Ahora bien, es apenas natural que los efectos del cambio de precedente judicial deban ser estudiados caso a caso, para efectos de ponderar la obligación del juez de impartir justicia en el caso concreto y la necesidad de no lesionar la confianza legítima de quienes acuden a la administración de justicia para obtener la resolución de sus controversias.

*Por tal razón, resulta aceptable que en materia de interpretación de normas jurídicas de carácter sancionatorio o penal, en las cuales prima el principio de legalidad, los cambios de precedentes deban tener un efecto hacia futuro; mientras que **en controversias relativas a la afectación de derechos fundamentales**, como por ejemplo en discusiones sobre casos de discriminación racial o de adopción de hijos por parejas del mismo sexo, **el cambio de precedente pueda tener un efecto retroactivo, con el propósito de poner fin a la lesión de derechos fundamentales originada en un decisión judicial errónea.***⁸³

Aunque creemos que más allá de la materia en la cual se dé el cambio de precedente, lo importante es en qué sentido se da el mismo. Ciertamente concordamos en cuanto a la afirmación que sostiene que el cambio de precedente con efecto retrospectivo (entendido como un límite al efecto retroactivo) puede poner fin a una lesión de derechos originada en una decisión judicial errónea.

De esta manera, y entendiendo que básicamente la doctrina ha señalado dos posibilidades de aplicación en el tiempo del cambio de precedente, prácticamente todos los argumentos que se plantean en defensa de los efectos retroactivos, resultan ser las críticas que se hacen a los efectos prospectivos.

⁸³ Consejo de Estado de Colombia. Sección Quinta. (2016). *Sentencia del 3 de marzo de 2016 - proceso No. 2015-00034-00*. pp. 1-104. P.56.

A modo de conclusión, puede decirse que estos argumentos se enmarcan en la existencia de un precedente nuevo que es más favorable, por ello, se señalaron por lo menos cinco argumentos a favor de esta forma de aplicación.

El primero de ellos apuntó al hecho de que se debe aplicar la nueva regla, que resulta mejor, y viene a corregir una norma anterior que ha sido juzgada como errónea. El segundo, sostuvo que dado que se pretende poner al sujeto en un mejor escenario, esto es, favorecerlo, el principio de legalidad puede ceder, pues de otro modo, estaría siendo éste la justificación de que una injusticia se vea sostenida en el tiempo. El tercero, señala que no es coherente y puede implicar una afrenta al principio de igualdad señalar que el caso presente será resuelto de una manera, pero las partes que en un futuro sometan un caso idéntico a consideración del juez, recibirán otra respuesta. El cuarto de los argumentos puso de presente el sin sentido que sería que una parte se esforzara en demostrar al tribunal que el precedente vigente es equivocado, para lograr que se cambie, pero en todo caso no beneficiarse de la aplicación de esa nueva regla. Finalmente, un quinto argumento demostró que no es lógico, que si el análisis de un caso lleva al juez a encontrar una mejor solución para resolverlo, como fruto de un razonamiento concreto, esa regla no tenga aplicación justamente en ese caso.

No obstante lo anterior, este punto que es parte importante de la tesis que se defiende en este trabajo, será desarrollado en la próxima parte exponiendo una justificación más a detalle de la necesidad de aplicación del precedente favorable al caso concreto.

2. LA IMPORTANCIA DE ESTABLECER UNA METODOLOGÍA UNÍVOCA PARA LA DETERMINACIÓN DE LA REGLA APLICABLE EN CASO DE CAMBIO DE PRECEDENTE

Como se vio en la primera parte de este trabajo, entre las tres altas cortes existen dos formas distintas de dar efectos al cambio de precedente. Aunque entendemos que ello ha respondido a diversas causas, implica un problema para el ordenamiento en términos de coherencia, el principio de igualdad y seguridad jurídica, por lo menos.

Existiría una violación a los dos primeros, en virtud de que ante una misma situación, dos sujetos pueden obtener una respuesta sustancialmente distinta del aparato judicial, por ejemplo, si uno de ellos acude ante la jurisdicción contencioso administrativa y el otro a la constitucional, siendo que tienen un caso idéntico o similar, y en ambos sucede que cambia el precedente, en el primer caso por regla general ese nuevo precedente solo tendría aplicación para los casos futuros, mientras que para el segundo sujeto se aplicaría al caso mismo que éste ha puesto a consideración. Con lo cual, el derecho no se estaría aplicando de manera uniforme para casos equiparables.

Además, se presentaría una vulneración a la seguridad jurídica en virtud de que no sería posible para el ciudadano conocer con precisión qué es el derecho en un momento dado, es decir, cuáles son las disposiciones o reglas que ha de tener en cuenta para guiar su comportamiento, de modo que, se encontrará en la incertidumbre de conocer cuáles serán las normas que tendrán aplicación para su caso, hasta el momento mismo en que el juez lo falle.

De aquí que nos parezca imperiosa la necesidad de que se establezca una metodología o unos criterios definidos que permitan determinar, de la misma forma en las tres cortes, cuál ha de ser el precedente aplicable en los eventos en que éste cambie, esto es, si el pasado (que venía teniendo vigencia), o el nuevo (que apenas se ha creado).

En derecho comparado encontramos ejemplos de que esto se ha hecho en otras partes del mundo. Una muestra de ello es el test creado por la jurisprudencia estadounidense que buscan determinar cuál es el precedente aplicable⁸⁴ en casos de cambio, gracias a que en el caso *Linkletter v. Walker*⁸⁵ se afirmó que la Constitución no prohíbe ni exige el efecto retroactivo. En palabras del profesor Sodero:

En todo caso, lo importante en “Linkletter” es que la Corte reafirma que “la Constitución no prohíbe ni exige el efecto retroactivo” (con explícita referencia al citado caso “Great Northern Ry. Co. v. Sunburst Oil & Refining Co.”) y que, por ello, “una vez aceptada la premisa de que no estamos obligados a aplicar, ni tenemos prohibido hacerlo, una decisión retroactivamente, debemos entonces sopesar los

⁸⁴ Consejo de Estado de Colombia. Sección Quinta. (2019, January 29). *Sentencia del 29 de enero de 2019 - proceso No. 2018-00031*. pp. 1–86. P.81

⁸⁵ Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América, 381 U.S. 618 (1965).

*méritos y deméritos en cada caso (weight the merits and demerits in each case) por la vía de considerar la historia anterior de la regla en cuestión, su propósito y efecto, y si la aplicación retrospectiva fomentará o retardará su operación.*⁸⁶

En el ámbito nacional, el Consejo de Estado en reciente jurisprudencia ha puesto de presente la delicada tensión que se presenta en virtud de la prerrogativa con que cuentan los órganos de cierre para reevaluar los precedentes jurisprudenciales fijados y la inseguridad jurídica que pueden representar para los justiciables sorprendidos por el cambio. De allí la importancia de armonizar los diversos entendimientos que se han dado respecto a los efectos que deben tener las reglas jurisprudenciales. En este sentido señala algunas subreglas que se extraen de la decisión:

*ii) en un entendimiento clásico de la labor judicial, se ha dicho que, en tanto interpretativas de los textos vigentes, las reglas jurisprudenciales son necesariamente retroactivas; iii) no obstante, dada la admisión de la importancia de respetar el precedente judicial como materialización del derecho a la igualdad de los ciudadanos delante de la ley, los cambios del mismo bien pueden defraudar las expectativas legítimas fundadas en su aplicación; iii) es frente a esta tensión que en varios sistemas jurídicos y, aun en algunas decisiones de esta Corporación, se ha puesto en práctica la técnica consistente en posponer en el tiempo los efectos de los cambios operados o, dicho en otros términos, modular dichos efectos; iv) esos ejemplos ponen en evidencia la necesidad de que los jueces consideren las consecuencias de los cambios jurisprudenciales que realicen y no sólo la conveniencia de operar dichos cambios; (...)*⁸⁷

Por esta razón, a diferencia de la primera parte que ha sido movida por una pretensión analítica (descriptiva), esta segunda parte estará orientada por una pretensión normativa (propositiva), en este sentido, con el propósito de hacer una contribución a la determinación de una metodología o el uso de unos criterios uniformes en las tres altas cortes para definir el precedente aplicable en casos de cambio, se pasa ahora a explicar la propuesta que hemos elaborado a partir del análisis de sentencias y el estudio del tema tal como se ha expuesto hasta ahora.

Como se adelantó desde la introducción de este trabajo, la propuesta que buscamos defender señala que el criterio determinante para definir los efectos temporales que debe tener el precedente, surge de la clasificación del nuevo precedente como favorable o desfavorable, de allí que el primer capítulo de esta segunda parte busque defender la necesidad de aplicar el precedente favorable al caso concreto, y el segundo, desde una perspectiva complementaria, exponga el problema de la aplicación del nuevo precedente desfavorable al caso concreto.

⁸⁶ Sodero, E. (2004). Sobre el cambio de los precedentes. *Isonomía*, (21), 217–251. P.246

⁸⁷ Consejo de Estado de Colombia. Sección Tercera. (2017, September 25). *Sentencia del 25 de septiembre de 2017- radicación No. 50892*. pp. 1–36. p.30-31.

A. NECESIDAD DE APLICACIÓN DEL PRECEDENTE FAVORABLE AL CASO CONCRETO.

Vista la importancia de establecer una metodología unívoca para la determinación de la regla aplicable en caso de cambio de precedente, en este capítulo plantearemos un método de análisis compuesto por cuatro pasos simples que permitirán concluir que el precedente aplicable en caso de cambio debe ser el que resulte más favorable, luego de lo cual se expondrá la justificación de esta aplicación, en un primer momento a partir de una interpretación favorable al ser humano y en el segundo a partir de la interpretación de la decisión y su relación con otros principios.

El método de análisis que proponemos para determinar cuál es el precedente aplicable, como se adelantó, se encuentra compuesto por cuatro pasos simples. El primero es determinar cuál es el precedente vigente, luego de lo cual será necesario definir cuál es el precedente nuevo, una vez hecho esto, corresponderá analizar las consecuencias de la aplicación del nuevo precedente en comparación con el anterior, para finalmente dar aplicación al que resulte más favorable de los dos, tal como se pasa a explicar:

- a. Determinar el precedente vigente: esto ha de hacerse de acuerdo con el momento de ocurrencia de los hechos ó de acuerdo con el momento en que se interpuso la demanda⁸⁸, habrá que establecer cuál era el precedente que regía en ese momento, y éste se tendrá a priori como el precedente aplicable.
- b. Determinar cuál es el nuevo precedente: implica definir cuál es la regla que se ha creado fruto del análisis del caso, esto es, bajo qué marco fáctico, que implica cuál problema jurídico, la corte ha determinado que en virtud de ciertos argumentos, tomara cierta decisión.

En otros términos, definir la regla de derecho que es el precedente conformada por:

Hechos + Problema jurídico + Ratio Decidendi + Decisión⁸⁹

- c. Analizar las consecuencias de la aplicación del nuevo precedente: si la aplicación de esa nueva norma en el caso concreto genera un escenario más favorable o desfavorable para el sujeto más débil de la relación, en comparación con el precedente anterior, es decir, el referente de comparación es el precedente que se está cambiando.

⁸⁸ En este punto existe jurisprudencia en ambos sentidos, de modo que se ha defendido que el momento determinante para determinar las normas aplicables al caso es a veces el de ocurrencia de los hechos y en otras ocasiones, el de interposición de la demanda. Sin embargo, creemos que tiene mayor sustento sostener que ha de ser el del momento en que ocurrieron los hechos.

⁸⁹ Al respecto ver: Magaldi Serna, J. A. (2014). *Propuesta metodológica para el análisis de sentencias de la Corte Constitucional* (No. 16). Bogotá.

- d. Dar aplicación al precedente más favorable: Deberá aplicarse, entre el precedente anterior y el nuevo, el que resulte más favorable al sujeto que se encuentra en la posición o condición de mayor vulnerabilidad.

A pesar de la simpleza de los pasos enunciados, hemos considerado ilustrativo plasmarlos en un breve mapa de flujo tal como se muestra en la ilustración número 1.

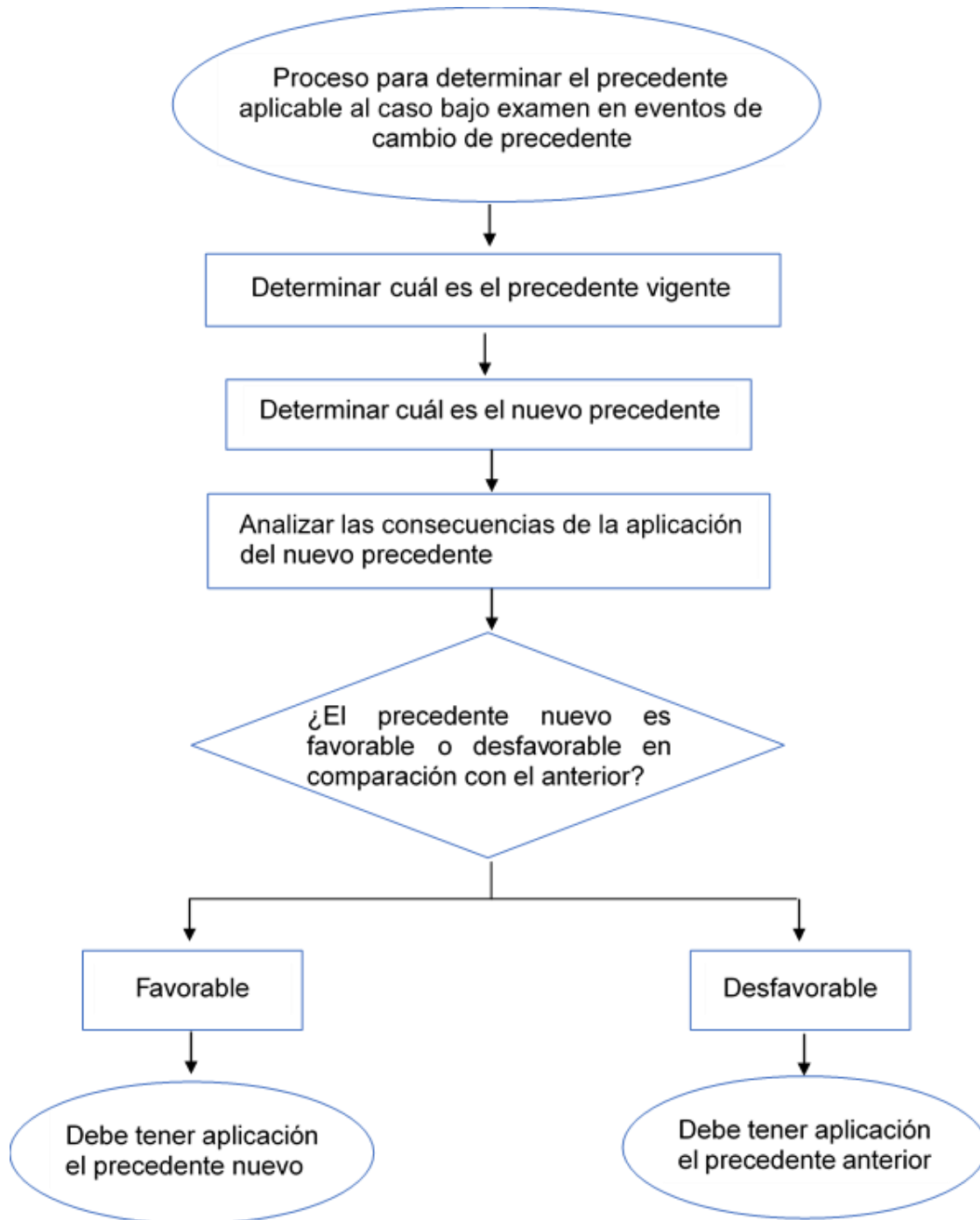


Ilustración No. 1. Elaboración propia.

Ya que hemos hecho el planteamiento de la propuesta, a continuación se exponen los argumentos que la justifican, primero a partir de una interpretación favorable al ser humano, y luego a partir de la interpretación de la decisión y su relación con otros principios.

1. Justificación en pro de la aplicación favorable al ser humano.

Visto que la conclusión siempre ha de ser la de aplicar el precedente que resulte más favorable al caso, se hace necesario buscar al interior del ordenamiento jurídico colombiano elementos que permitan justificar ese proceder.

De la investigación realizada para este trabajo concluimos que en términos de principios, el que más apropiadamente justifica la tesis que se sostiene es el *pro homine* o *pro persona*, de hecho, creemos que cuando la jurisprudencia ha buscado dar fundamento a situaciones similares, tampoco ha encontrado algún principio diferente, y por ello, ha creado diferentes variables de ese mismo dándole otras denominaciones, aunque sustancialmente tienen el mismo contenido, este es el caso del principio de favorabilidad, condición más beneficiosa, retroactividad *in bonus*, *in dubio pro iusticia socialis*, y otros.

Lo anterior de ninguna manera quiere insinuar que el hecho de que solo se encuentre este principio en sus diferentes formas hace que sea insuficiente para justificar la aplicación del precedente más favorable, sino todo lo contrario, este principio ha contado con un robustecimiento argumentativo tan amplio que permite que las normas nuevas puedan tener prevalencia incluso en contra del principio estricto de legalidad.

a. El principio *pro homine* o *pro persona* como fundamento de una aplicación favorable al ser humano

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el principio *pro homine* debe ser entendido como el principio de interpretación más favorable a la realización del derecho fundamental e implica que cuando se esté ante dos posibles interpretaciones, debe privilegiarse *la más garantista o favorable para el titular del derecho*.⁹⁰

En efecto, esta corporación ha resaltado el fundamento constitucional de este principio y su importancia al estar en estrecha relación con la dignidad humana al sostener que el Estado colombiano, a través de sus jueces, por estar fundado en el respeto de la dignidad humana (de acuerdo con el artículo primero superior), y tener como fines garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes, (consagrados en el artículo 2 de la CPN), tiene la obligación de preferir, entre dos interpretaciones posibles de una disposición, la que más favorezca la dignidad humana. De acuerdo con lo que la doctrina

⁹⁰ Corte Constitucional de Colombia. (2012, October 31). *Sentencia SU-897/12*. pp. 1–101. Retrieved from <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/SU897-12.htm> p.49.

y la jurisprudencia han denominado como “*principio de interpretación pro homine*” o “pro persona”.⁹¹

Este tipo de pronunciamientos frente al principio *pro homine* han sido reiterados en la jurisprudencia de la Corte Constitucional desde sus inicios⁹² y se mantienen en la actualidad, incluso podría decirse que con el pasar del tiempo la corte ha sido cada vez más determinante con sus afirmaciones. Muestra de ello es la sentencia T-085 de 2012 en la que se analizaba un caso relativo a materia pensional. En éste la corte reprocha la interpretación hecha por el Grupo Interno de Trabajo del Ministerio de Protección Social, con ocasión de lo cual señala:

*(...) principio de favorabilidad o principio pro homine, tantas veces mencionado en la jurisprudencia constitucional y cuyo contenido **obliga a que siempre, sin excepción, entre dos o más posibles análisis de una situación, se prefiera aquella que resulte más garantista o que permita la aplicación de forma más amplia del derecho fundamental***⁹³.

Se trata entonces de un criterio que halla fundamento en disposiciones constitucionales y que determina cuál ha de ser la forma de actuar de los jueces cuando se encuentren ante dos posibles formas de aplicar el Derecho. Esas dos formas o dos interpretaciones para el tema que nos ocupa son el precedente anterior y el precedente nuevo, pues como se ha dicho el precedente es la regla que surge de la interpretación de una disposición en el marco de un cierto caso.

Siendo así, es necesario abordar un problema que podría surgir y es preguntarse ¿cuál ha de ser el precedente por el cual se incline el juez cuando las partes del caso son dos personas naturales?, pues en los casos en que de un lado se encuentra el Estado (por ejemplo a través de la administración, del ente acusador en materia penal o en general a través de una entidad) y del otro una persona, la consecuencia se sugiere de forma más obvia, es el caso de las disputas que se dan al interior de la jurisdicción contencioso administrativa y las que se dan en materia penal.

No ocurre lo mismo cuando se trata de conflictos como los que se ponen a consideración en materia civil, comercial, laboral y constitucional, pues en este tipo de controversias por lo general se tratará de dos seres humanos, titulares de los mismos derechos y para quienes el principio *pro homine* tendría la misma potencialidad de protección.

En este tipo de casos creemos que, siendo que la mayoría de las relaciones que se presentan en el tráfico jurídico son asimétricas, el criterio determinante ha de ser quién

⁹¹ Corte Constitucional de Colombia. (2013, September 26). *Sentencia C-438/13*. pp. 1–148. Retrieved from <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/C-438-13.htm> P.49

⁹² A propósito pueden verse las sentencias C-251 de 1997, T-116 de 2004, C-187 de 2006 y C-438 de 2013 de la misma corporación

⁹³ Corte Constitucional de Colombia. (2012, February 16). *Sentencia T-085/12*. pp. 1–24. Retrieved from <http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/T-085-12.htm> P.19

es el sujeto que se encuentra en desventaja, que está en una posición de mayor vulnerabilidad o debilidad, está subordinado, es sujeto de especial protección constitucional⁹⁴ o de cualquier modo requiere que el Estado actúe de forma particularmente tuitiva frente a su situación.⁹⁵

Será entonces a partir de la condición o situación en la que se encuentra ese sujeto que el juez deberá determinar cuál es el precedente que resulta más favorable.

Sin embargo, la justificación, tal como se señaló desde el principio no termina con el principio *pro homine*, sino que, como consideramos que existen otros que robustecen la argumentación dado que sustancialmente comparten el contenido, precisamente pasamos a señalar cuáles son esas variaciones del mencionado principio a efectos complementar el argumento.

b. Las variaciones del principio pro homine o pro persona que justifican la aplicación favorable al ser humano.

El primero de ellos es por supuesto el principio de favorabilidad. El Consejo de Estado lo ha entendido como aquel que se utiliza en las situaciones en las que se presenta duda acerca de la disposición jurídica aplicable para resolver un caso⁹⁶, sin embargo, tanto el conflicto que se debe presentar entre las disposiciones, como la forma de aplicación de este principio, cuentan con ciertos requisitos:

*La existencia de este conflicto se da cuando dos o más textos legislativos que se encuentran vigentes al momento de causarse el derecho que se reclama, son aplicables para su solución. En virtud del principio de favorabilidad se debe escoger, en su integridad, el texto normativo que le represente mayor provecho al trabajador, afiliado o beneficiario del Sistema de Seguridad Social, estando proscrita la posibilidad de aplicar parcialmente uno y otro texto para elegir de cada uno lo que resulta más beneficioso, condición que se conoce como el principio de inescindibilidad o conglobamento.*⁹⁷

Siendo así, hay por lo menos cuatro aspectos importantes a tener en cuenta frente a este principio: debe tratarse de dos o más textos normativos, éstos deben estar vigentes y deben ser aplicables, debe identificarse cuál es el que representa mayor provecho al

⁹⁴ Al respecto la sentencia de la Corte Constitucional de Colombia. (2004, May 11). T-456/04. pp. 1–11. P. 8, señala como ejemplos de sujetos de especial protección constitucional de modo general a los niños, mujeres cabeza de familia, discapacitados, ancianos, miembros de grupos minoritarios o personas en situación de pobreza extrema.

⁹⁵ Frente a la configuración del Estado como esfera pública instituida y garantía de la paz, y al mismo tiempo de los derechos fundamentales, entendidos como leyes del más débil en alternativa a la ley del más fuerte que regiría en su ausencia, véase: Ferrajoli, L. (1999). *Derechos y garantías. La ley del más débil*. (4th ed.; P. A. Ibáñez & A. Greppi, Eds.). Madrid: Trotta.

⁹⁶ Consejo de Estado de Colombia. Sección Segunda. (2018, March 1). *Sentencia del 1 de marzo de 2018 - Sentencia SUJ2-009-18*. pp. 1–80.p.40

⁹⁷ Consejo de Estado de Colombia. Sección Segunda. (2018, March 1). *Sentencia del 1 de marzo de 2018 - Sentencia SUJ2-009-18*. pp. 1–80.p.40

sujeto y aplicarse esa disposición en su integridad. En el caso en que se tiene un precedente anterior y uno nuevo, puede entenderse que se cumple con estos cuatro requisitos.

Sin embargo, la jurisprudencia ha aclarado que este no es el único escenario en el que este principio tiene vocación de ser aplicado. En jurisprudencia reciente el máximo tribunal en la jurisdicción contencioso administrativa sostuvo que también tiene lugar *cuando una norma admite más de una interpretación, caso en el cual siempre habrá de escogerse aquella que es más favorable al trabajador*.⁹⁸

Como se ha visto, es clara la referencia que se hace en cuanto a la aplicabilidad de este principio en materia laboral. Sin embargo, se ha dicho lo mismo para asuntos penales, en donde no solo se le ha dado este nombre, sino también se le ha llamado *retroactividad in bonus*. El Consejo de Estado se refirió a este principio para señalar:

En efecto, la única circunstancia para la que se prevé la «favorabilidad» o «retroactividad in bonus» es la consagrada en el artículo 29 constitucional, por medio del cual se fijan los criterios de aplicación de las normas en las cuales el Estado ejerce el ius puniendi. En ese ámbito, la prohibición estricta de retroactividad obedece a las exigencias propias del principio de legalidad (lex praevia, scripta y stricta) como garantía de seguridad jurídica y materialización del principio de culpabilidad, en la medida en que no es posible justificar la infracción atribuida al sujeto, si no existe la ley que le otorga tal connotación a la conducta.

*Sin perjuicio de lo anterior, simultáneamente se dispone de manera expresa en la norma constitucional que «la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable». El fundamento de esa «favorabilidad» o «retroactividad in bonus» está ligado a los fines que justifican la imposición de sanciones o penas. No se trata de una regla contemplada para resolver conflictos relacionados con la eficacia temporal de dos normas respecto de las cuales se encuentra plenamente definido el momento de inicio de su vigencia, sino de una regla de valoración sobre el reproche atribuible a una conducta cuando la ley que establecía su desvalor para la época en que fue realizada cede por cuenta de una posterior decisión legislativa que disminuye o elimina por completo el reproche punitivo que se le venía otorgando a la acción».*⁹⁹

Con lo dicho hasta ahora es posible apreciar cómo el principio de favorabilidad ha sido considerado como un principio general del derecho internacional de los derechos humanos, que tiene aplicación en materia laboral, de derecho a la seguridad social y en materia penal. Sin embargo, pronunciamientos como el apenas citado parecen ser

⁹⁸ Consejo de Estado de Colombia. Sección Segunda. (2018, March 1). *Sentencia del 1 de marzo de 2018 - Sentencia SUJ2-009-18*. pp. 1–80.p.41

⁹⁹ Consejo de Estado de Colombia. Sección Cuarta. (2019, June 27). *Sentencia del 27 de junio de 2019*. pp. 1–35. P.31

determinantes en cuanto al ámbito de aplicación de éste. Creemos que ello no debe ser así, por las razones que se pasan a explicar.

El principio de favorabilidad ha servido como fundamento suficiente para aplicar consecuencias penales más beneficiosas a sujetos que han incurrido en lo que una sociedad ha definido como las ofensas más graves que se pueden realizar contra ella. De modo que, si se ha admitido su aplicación en casos de tal gravedad, con mayor razón puede defenderse la aplicación de este principio para justificar que a un sujeto se le aplique la más favorable de dos reglas cuando hay un cambio de precedente.

Además, no implicaría algo muy diferente de lo que se hace en materia laboral y de seguridad social en donde se ha utilizado para proteger derechos fundantes del Estado Social cuyos titulares son sujetos de especial protección, en virtud de su importancia y la naturaleza del asunto.

Esta es la misma lógica que se aplica a partir de los principios hermenéuticos de *in dubio pro libertatis*, *in dubio pro reo*, *in dubio pro operario*, *in dubio pro consumatore* y los demás que en este sentido se han creado, de acuerdo con los cuales en los casos en que la interpretación arroje duda, corresponderá proceder en favor de la libertad fundamental, el reo, el trabajador o el consumidor, en otros términos, actuar en favor del sujeto más débil (*favor debilis*¹⁰⁰).

En países como México y en particular en Argentina se ha acudido a un principio de interpretación similar denominado *in dubio pro justitia socialis* el cual tuvo origen en este último país en 1974 con el caso “Berçaitz”¹⁰¹, sin embargo, su ámbito de aplicación se expandió una vez fue acogido en sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

De acuerdo con lo señalado en el caso “Berçaitz” uno de los objetivos preeminentes de la Constitución Argentina es el bienestar general, por lo que el principio *in dubio pro justitia socialis* tiene categoría constitucional, partiendo de ese supuesto, más adelante señala que en concordancia con el principio de favorabilidad, las leyes “*deben ser interpretadas a favor de quienes al serles aplicadas con este sentido consiguen o tienden a alcanzar el “bienestar”, esto es, las condiciones de vida mediante las cuales es posible*

¹⁰⁰ En este sentido pueden consultarse entre otros: Vázquez Pérez, A. J. (2014). La protección al débil jurídico como criterio interpretativo de los contratos por adhesión en Cuba. *Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia.*, (27), 155–177. Schötz, G. (2013). El favor debilis como principio general del Derecho Internacional Privado: su particular aplicación a las relaciones de consumo transfronterizas. *Ars Iuris Salmanticensis: AIS: Revista Europea e Iberoamericana de Pensamiento y Análisis de Derecho, Ciencia Política y Criminología*, 1(2), 115–150.

¹⁰¹ De acuerdo con lo anotado por Castañeda, M. (2018). *El principio pro persona. Experiencias y expectativas* (2nd ed.). Ciudad de México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos. P.120; Rusconi, D. (n.d.). *El principio “pro homine” y el fortalecimiento de la regla “pro consumidor.”* 8. P.2; y Courtis, C. (2006). *Ni un paso atrás*. Buenos Aires: Editores del Puerto. P. 41.

a la persona humana desarrollarse conforme a su excelsa dignidad”¹⁰². Lo anterior para concluir señalando que una interpretación restrictiva sería contraria a su jurisprudencia y a la doctrina universal del principio de favorabilidad.¹⁰³

Precisamente refiriéndose a este mismo principio y a la prohibición de regresividad en el marco de los derechos sociales, Christian Courtis sostiene:

*(...) ambos principios de interpretación siguen una orientación conceptual similar: favorecen la vigencia de la norma de derecho social de mayor alcance. En el caso del principio in dubio pro iustitia sociales, prima la interpretación normativa que mayor extensión dé al derecho social en cuestión. En el caso de la prohibición de regresividad, se somete a escrutinio estricto a la norma posterior que pretende limitar la extensión del derecho*¹⁰⁴

Esta cita nos permite resaltar la pertinencia del principio de *in dubio pro iustitia socialis* en tanto favorece la vigencia de la norma de derecho social de mayor alcance, convirtiéndose en otro de los subprincipios que complementan, desde otro campo, el contenido esencial del principio *pro homine*, pues en esencia viene a señalar lo mismo que éste, con la particularidad de que ha tenido aplicación de forma específica en el ámbito de los derechos sociales.

En este sentido, la estrecha relación existente entre estos principios y subprincipios ha sido un aspecto que la doctrina internacional ha destacado:

*en este momento considero pertinente destacar otro mandato de favorabilidad, que ha estado presente, con anterioridad al desarrollo del DIDH en la práctica interna de diversos países, entre los que también se encuentra México, el principio in dubio pro libertatis, relativo a que en caso de duda el intérprete interno debe optar por la máxima protección de la libertad fundamental, consagrada entonces primordialmente en los ordenamientos constitucionales. A mi juicio, la experiencia en la aplicación de este principio, al igual que en la de otros como el in dubio pro reo, favor debilis, in dubio pro actione e in dubio pro operario, puede contribuir significativamente a la comprensión y aplicación del principio pro persona en su variante interpretativa.*¹⁰⁵

En la misma línea, el Consejo de Estado colombiano en el ámbito nacional puso de presente la forma en que el criterio de la condición más beneficiosa fue derivado de la aplicación del principio de favorabilidad en materia laboral.¹⁰⁶

¹⁰² Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (13 de septiembre de 1974), Caso Bercaitz, Miguel Ángel s. jubilación, fallo 289:430, Buenos aires, Argentina.

¹⁰³ Castañeda, M. (2018). *El principio pro persona. Experiencias y expectativas* (2nd ed.). Ciudad de México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos. P.120

¹⁰⁴ Courtis, C. (2006). *Ni un paso atrás*. Buenos Aires: Editores del Puerto. P.42

¹⁰⁵ Castañeda, M. (2018). *El principio pro persona. Experiencias y expectativas* (2nd ed.). Ciudad de México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos. p.22

¹⁰⁶ En este sentido la sentencia del Consejo de Estado de Colombia. Sección Segunda. (2018, March 1). *Sentencia del 1 de marzo de 2018 - Sentencia SUJ2-009-18*. pp. 1–80.p.41 sostuvo: “No está de más

La condición más beneficiosa es otra de las herramientas que la jurisprudencia ha elaborado en protección del objetivo común hasta ahora señalado: la aplicación más favorable, en este caso, al trabajador o al usuario del sistema de seguridad social.

Éste ha sido un criterio al que ha acudido la Corte Constitucional en diversas ocasiones para señalar que protege las expectativas legítimas de los ciudadanos de cambios normativos intempestivos, además de ampararles en situaciones que en estricto sentido conducen a resultados desproporcionados.¹⁰⁷

Una muestra de lo anterior se encuentra en la sentencia T-235 de 2017. En ésta se discutía la posibilidad de acceso a un derecho pensional, concretamente, en virtud de que una de las entidades involucradas argumentaba que la condición más beneficiosa solo permitía acudir a la norma inmediatamente anterior. En esta oportunidad la Corte sostuvo que acoger esa postura desconocía que la aplicación “fría” de las normas puede conducir a situaciones de inequidad, de modo que, por ejemplo, una persona que realizó un gran esfuerzo por aportar al sistema, en un contexto de desempleo e informalidad, podría quedarse sin acceder a algún derecho pensional, aun cuando el sistema ampara a personas en situaciones menos gravosas, que inclusive contribuyeron en menor medida a su sostenibilidad. Como complemento de lo anterior, la corte señala textualmente:

*En este punto toma especial importancia el principio de equidad, pues la aplicación de la ley general a casos concretos evidencia situaciones de desprotección inaceptables desde el punto de vista de una Constitución basada en la solidaridad social, el derecho al trabajo y el principio de igualdad material. **La equidad permite enmarcar las decisiones judiciales en los principios constitucionales y de justicia para adoptar respuestas más cercanas a los postulados superiores, en tanto invitan a tomar en cuenta las particularidades de los casos concretos que son relevantes para evitar situaciones incompatibles con la Carta Política.** Así entonces, la equidad no sólo es un parámetro para llenar vacíos de regulación, sino también para compensar la necesidad de adecuar la ley a todos los asuntos que materialmente se presentan en la vida social.*¹⁰⁸ (negrillas fuera de texto original)

Como se puede ver, la condición más beneficiosa es un mecanismo dispuesto por el ordenamiento en consideración a la inequidad que representaría un trato desigual para personas que actuaron con una expectativa legítima y que afecta garantías de vital importancia como el acceso a derechos pensionales.

aclarar que de la aplicación del principio de favorabilidad se derivó la prohibición de menoscabar los derechos de los trabajadores, el cual jurisprudencialmente se denominó: «La salvaguarda de las expectativas legítimas mediante la aplicación del criterio de la condición más beneficiosa al trabajador».

¹⁰⁷ Corte Constitucional de Colombia. (2017, April 20). Sentencia T-235/17. pp. 1–32. P.21

¹⁰⁸ Corte Constitucional de Colombia. (2017, April 20). Sentencia T-235/17. pp. 1–32. P.21

Además de lo anterior, la Corte hace una útil referencia a la equidad como principio general que permite valorar las condiciones de un caso para determinar cuál ha de ser la mejor aplicación del Derecho. Esto resulta particularmente pertinente en este punto, pues la tesis que se defiende justamente busca que cuándo ocurran cambios en el derecho, se consideren las circunstancias de los sujetos a los que ese cambio toma de forma imprevista, propendiendo de esta manera porque el juez halle la mejor aplicación del Derecho.

Ahora bien, no han sido solo el Consejo de Estado y la Corte Constitucional quienes han propendido por la aplicación de las reglas más favorables, sino que la Corte Suprema de Justicia también lo ha hecho de forma contundente.

Tan importante será la aplicación del precedente favorable en la corte de cierre de la jurisdicción ordinaria que incluso ha permitido que en materia penal el cambio favorable de precedente tenga efectos retroactivos¹⁰⁹. Este reconocimiento fue además contemplado a nivel legal dentro de una de las causales para impetrar la acción de revisión, concretamente la causal prevista en el numeral 7º del artículo 192 de la Ley 906 de 2004 permite que esta acción sea interpuesta:

“cuando mediante pronunciamiento judicial, la Corte haya cambiado favorablemente el criterio jurídico que sirvió para sustentar la sentencia condenatoria, tanto respecto de la responsabilidad como de la punibilidad”

De este modo, puede verse cómo las tres altas cortes -cada una desde su jurisdicción- ha propendido por la aplicación de las disposiciones que resulten más beneficiosas o garantistas cuando se está ante dos disposiciones o interpretaciones con alcances distintos.

Lo dicho hasta ahora nos permite concluir que pueden identificarse diferentes subprincipios derivados del principio *pro homine* que han adquirido una connotación distinta dependiendo del ámbito de aplicación que se les ha dado. Así, aunque algunos se les ha restringido al terreno de lo penal, laboral o de derechos sociales, lo cierto es que ello pone de presente como en distintos campos del Derecho se ha buscado favorecer la interpretación más benigna o provechosa para el sujeto más débil, logrando con ello justificar que, tal como se ha hecho en aquellos casos, pueda afirmarse de modo general que en los casos de cambio de precedente, debe aplicarse al caso concreto el que sea más favorable.

¹⁰⁹ Muestra de ello es la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. (2018, August 29). *Sentencia del 29 de agosto de 2018 - Radicación 52605*. pp. 1–21. P.7

2. Justificación a partir de la interpretación de la decisión y su relación con los principios.

Visto que existe un gran argumento en el principio *pro homine* para sostener que es posible aplicar el precedente favorable al caso bajo examen en casos de cambio, corresponde en esta sección señalar otros argumentos que resultan complementarios y que justifican la misma premisa, a partir de la interpretación de la decisión y su relación con los principios. Estos argumentos se centran primero, en la idea de que el nuevo precedente es una regla producto de un razonamiento concreto. Segundo, en virtud de lo que pretenden proteger los principios que se analizan, y contrario a lo que podría pensarse, no existe conflicto de principios. Finalmente, el papel que cumple el juez en un sistema jurídico como el nuestro justifica una aplicación del cambio de precedente como la que se propone.

Tal como se esbozó en la sección de la primera parte en la que se defendió la visión retrospectiva, uno de los aspectos que es importante tomar en consideración para determinar si un precedente es o no aplicable a un caso, es el hecho de que esa regla fue elaborada por el juez con ocasión del análisis al que llevó ese preciso caso.

De modo que, partiendo del entendimiento que tenemos en este trabajo de lo que es precedente, y de la importancia que dentro de esa regla tiene el marco fáctico para establecer cuál será la respuesta que dará el ordenamiento a esa situación problemática o a esa hipótesis que se subsume dentro del supuesto de una norma, no parece coherente que se elabore una regla que finalmente no tendrá aplicación en el caso que permitió su origen.

Para ser más claros, el supuesto del que se parte es que ha ocurrido un cambio de precedente, y como resultado se tienen dos precedentes, el anterior y el nuevo. Ese nuevo precedente resulta ser más favorable que el anterior. Ahora bien, la forma como el juez llegó a determinar el nuevo precedente fue a través de un razonamiento concreto¹¹⁰, pues no hay forma de que el juez estudie un caso sin que tenga en cuenta los hechos y particularidades del mismo¹¹¹. De modo que, siendo que el juez llegó a interpretar ese nuevo precedente a partir de las particularidades del caso ¿cómo podría considerarse jurídicamente válido que esa nueva regla no se aplique, justamente, a ese caso?

¹¹⁰ Entendiendo razonamiento concreto como aquel que se opone al abstracto que es en el cual se analizan normas con independencia de los hipotéticos hechos de un caso o particularidades que reflejan más una situación excepcional, que la regla general.

¹¹¹ Salvo que se trate de un razonamiento abstracto como los que realiza la Corte Constitucional con ocasión del control de constitucionalidad en el que se estudia el apego que puede o no tener una disposición normativa a los postulados constitucionales.

Por otra parte, jurisprudencia del Consejo de Estado¹¹² de la misma manera en que algunos autores como Carolina Deik¹¹³ y de forma más determinante Carlos Bernal¹¹⁴ han señalado la existencia de un eventual conflicto de principios (y por ende la necesidad de ponderar).

Este conflicto ha sido planteado señalando que en la hipótesis en la que se busque aplicar el nuevo precedente (o incluso desde el momento mismo en que se revoca el precedente anterior), éste defenderá ciertos principios que dependerán de su naturaleza, pero además buscará la actualización del sistema jurídico, la igualdad y la justicia¹¹⁵. Sin embargo, siendo que se trata de una nueva regla, al momento de buscar ser aplicada colisionará con otros principios como el de legalidad, seguridad jurídica y coherencia del ordenamiento, entre otros.

No obstante lo anterior, creemos que ese conflicto es aparente, pues en realidad, si se entiende que lo que origina un conflicto o colisión es la coexistencia de dos (o más) principios que buscan fines distintos, en las hipótesis en las que se pretende aplicar un nuevo precedente que es favorable, no hay dos fines, sino uno solo.

Si se entiende que los principio de legalidad, seguridad jurídica y coherencia del ordenamiento tienen en común la búsqueda de la estabilidad para los ciudadanos de modo tal que no cambien las disposiciones que regulan la vida en comunidad en su propio perjuicio, con la aplicación de una regla, que si bien es nueva y por ende no cumple con el requisito de ser previa (como lo exige el principio de legalidad), favorece al sujeto, el objetivo que buscan los principios antes mencionado no se ve afectado.

En otros términos, si bien estos principios buscan que no cambien las reglas de juego de modo que el ciudadano se vea perjudicado por una norma que no estaba en la posibilidad de conocer, cuando esa nueva norma le favorece no hay un real conflicto. En pocas palabras, si no hay fines contrapuestos, no hay forma de que los principios colisionen.

En este orden de ideas, siendo que el objetivo común será, si no favorecer al ciudadano, por lo menos no actuar en su perjuicio, no existe un conflicto, por ende tampoco la necesidad de ponderar. De hecho, se tratará de una situación completamente opuesta,

¹¹² De forma clara la sentencia: Consejo de Estado de Colombia. Sección Tercera. (2017, September 4). *Sentencia del 4 de septiembre de 2017 - Radicación 57279*. pp. 1–45.

¹¹³ Deik Acostamadielo, C. (2018). *El precedente contencioso administrativo: Teoría local para determinar y aplicar de manera racional los precedentes de unificación del Consejo de Estado*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. P.466

¹¹⁴ Bernal Pulido, C. (2015). El precedente y la ponderación. In C. Bernal Pulido & T. Bustamante (Eds.), *Fundamentos filosóficos de la teoría del precedente judicial* (pp. 105–125). Bogotá: Universidad Externado de Colombia. P.109-110

¹¹⁵ Bernal Pulido, C. (2015). El precedente y la ponderación. In C. Bernal Pulido & T. Bustamante (Eds.), *Fundamentos filosóficos de la teoría del precedente judicial* (pp. 105–125). Bogotá: Universidad Externado de Colombia. P.110

se trata de una serie de elementos dentro del ordenamiento confluyendo en dirección a alcanzar un mismo fin.

El tercero de los argumentos que permite justificar la aplicación del precedente favorable al caso *sub examine* se encuentra en el rol que debe cumplir el juez dentro de un sistema jurídico como el nuestro.

Aunque con anterioridad (bajo cierto contexto y en virtud de ciertas razones históricas que no se tiene la oportunidad de recordar) se le daba al juez un rol mucho más pasivo, si se quiere mecánico, señalando que su función era la de aplicar el texto de la norma sin más. Lo cierto es que hoy en día nadie discutiría el hecho de que la utilidad y sobre todo la necesidad de que existan jueces posa en su función de interpretar la ley para poder adecuarla con su interpretación a los diferentes casos.

Bajo ese entendimiento, se ha señalado que si el juez lo que hace es interpretar la ley, esas interpretaciones deben tener la misma vigencia que la disposición misma que es interpretada. En otras palabras, que el significado que un juez da una norma debe tener los mismos efectos temporales que ésta. En ese sentido el Consejo de Estado ha sostenido:

Los jueces son intérpretes de normas jurídicas y, en esa medida, sólo fijan sus alcances y efectos, se ha entendido que las reglas jurisprudenciales que se extraen de sus decisiones son declarativas y no constitutivas y, por lo tanto, tienen la misma vigencia de las normas interpretadas; de allí que, cuando se operan cambios jurisprudenciales a partir de una reinterpretación de las normas vigentes, se considere implícitamente que la nueva regla jurisprudencial es aplicable tanto al caso por virtud del cual se realiza el cambio, como a los que se resuelvan con posterioridad¹¹⁶

Aunque compartimos la consecuencia final (que el cambio de precedente, siempre que sea favorable, se aplique al caso que se analiza) creemos que esta es una deformación del argumento que no resulta del todo correcta, pues parece considerar la interpretación del juez (norma) y la disposición jurídica (texto normativo) como una misma cosa.

Además, no compartimos el hecho de que *las reglas jurisprudenciales* sean meramente declarativas, pues en el momento mismo en que el juez interpreta una disposición realiza una labor creadora que necesariamente ha de ser constitutiva (con mayor razón cuando cambia el precedente), pues en numerosas ocasiones el juez requiere introducir excepciones implícitas (no expresas) o condiciones particulares que permitan entender y aplicar el sentido de la formulación o el texto normativo de modo que la norma (el texto

¹¹⁶ Consejo de Estado de Colombia. Sección Tercera. (2017, September 25). *Sentencia del 25 de septiembre de 2017- radicación No. 50892*. pp. 1–36. P.13

con un significado ya atribuido) puede no corresponder con el significado habitual que se le daba a una disposición, lo que implica que es una norma nueva y diferente.

En este orden de ideas, la única forma en que los jueces pueden proteger efectivamente los derechos y garantizar el cumplimiento de la constitución es trascender la interpretación literal de los textos normativos, de modo que si es necesario, en el proceso de interpretación debe acudir a las razones subyacentes de los textos. En este sentido se han pronunciado tanto el Consejo de Estado, como la Corte Constitucional:

v) en Colombia la consideración de esos efectos es una exigencia impuesta por el modelo de Estado adoptado constitucionalmente en tanto supone que los jueces asuman un papel proactivo en la defensa de los contenidos constitucionales lo cual se materializa no sólo en la motivación y sentido de sus decisiones sino a la hora de precaver las consecuencias de las mismas;
*vi) en tanto supone que la solución dada al caso concreto se aviene mejor a aquella en la que se fundaba el precedente, esto es, en mayor acuerdo con el ordenamiento jurídico, más aun cuando es establecida expresamente como de unificación de jurisprudencia, la nueva regla jurisprudencial resultante del ejercicio argumentativo reforzado que requiere el cambio de un precedente debería aplicarse de manera inmediata, salvo que dicha aplicación afecte de modo tal el derecho a la igualdad, al debido proceso, a la defensa o principios como el de la seguridad jurídica u otros consagrados por el mismo ordenamiento, que el costo resulte abiertamente desproporcionado en relación con las razones que justificaron el cambio, caso en el cual sería necesario optar por fijarle efectos prospectivos que, establecidos para cada situación, eviten las consecuencias indeseables desde el punto de vista del ordenamiento jurídico;(...).*¹¹⁷(negrillas fuera de texto original)

La transcripción anterior pone de presente la importancia del juez dentro de un Estado Social de Derecho y su labor, que lejos de ser autómatas, debe no solo interpretar las normas, sino evaluar las consecuencias que han de generarse en el caso con la aplicación de esa determinada interpretación, más aún cuando ha operado un cambio de precedente y por ende hay una nueva regla cuyos efectos temporales deben ser definidos, esto es, si tendrá aplicación inmediata o si solo producirá efectos a futuro.

Por su parte la Corte Constitucional al valorar los efectos retrospectivos de las leyes, ha señalado:

(iv) tratándose de leyes que se introducen en el ordenamiento jurídico con el objeto de superar situaciones de marcada inequidad y discriminación (tuitivas), el juzgador debe tener en cuenta, al momento de establecer su aplicación en el tiempo, la posibilidad de afectar retrospectivamente situaciones jurídicas en curso, en cuanto

¹¹⁷ Consejo de Estado de Colombia. Sección Tercera. (2017, September 25). *Sentencia del 25 de septiembre de 2017- radicación No. 50892*. pp. 1–36. P.31

el propósito de estas disposiciones es brindar una pronta y cumplida protección a grupos sociales marginados.”¹¹⁸

Si bien es claro que hace referencia a leyes, nada obsta para que esa afirmación no pueda aplicarse al precedente como ley en sentido material. Siendo así, no resulta descabellado interpretar que el cambio de precedente favorable puede asimilarse a esas leyes con particular carácter tuitivo, y que por ende, cuando es introducido en el ordenamiento el juez debe tener dentro del espectro de posibles efectos temporales el retrospectivo, de modo que permita su aplicación a situaciones que si bien tuvieron origen en el pasado, en el presente no se han consolidado.

A modo conclusivo, puede entonces señalarse que existen suficientes elementos al interior del ordenamiento jurídico para señalar que es jurídicamente viable dar efectos retrospectivos al cambio de precedente favorable. Así, se encuentra fundamento en el principio *pro homine*, y con éste en el de favorabilidad, los criterios derivados del *in dubio pro libertatis*, la condición más beneficiosa, el *favor debilis*, e incluso en el principio de equidad. Pero allí no terminan las razones, a la justificación de la misma premisa se unen los argumentos consistentes en el hecho de que se trata de una regla producto de un razonamiento concreto, que contrario a lo que podría pensarse no existe conflicto de principios, y finalmente, esta tesis es respaldada por el papel que cumple el juez en un sistema jurídico como el nuestro.

B. EL PROBLEMA DE LA APLICACIÓN DEL NUEVO PRECEDENTE DESFAVORABLE AL CASO CONCRETO.

Ya que se han podido esbozar los argumentos que permiten defender la aplicación del nuevo precedente favorable al caso bajo examen, en este capítulo se defenderá la misma premisa, pero desde otra perspectiva, esto es, no mostrando los argumentos que permiten sostener la aplicación retrospectiva del precedente favorable, sino los principios que impiden la aplicación retrospectiva del desfavorable.

Para esto, en la primera sección de este capítulo se planteará la imposibilidad de aplicar el precedente desfavorable a partir del respeto al debido proceso, y en particular al principio de legalidad. En la segunda, se elaborará una justificación a partir del respeto debido a los principios de seguridad jurídica, confianza legítima y la coherencia del ordenamiento.

1. Justificación a partir de la necesaria protección del derecho al debido proceso y algunos principios relacionados.

Bien es sabido que el debido proceso es un derecho que se materializa de forma concreta a través de diferentes principios, uno de los cuales es el de legalidad. Al tenor del inciso

¹¹⁸ Corte Constitucional de Colombia. (2011, February 22). *Sentencia T-110/11*. pp. 1–57. P.23

segundo del artículo 29 constitucional el principio de legalidad protege que nadie sea juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, este postulado tiene varias implicaciones. Tal como lo ha explicado la Corte Constitucional:

en el Estado de Derecho el principio de legalidad se erige en principio rector del ejercicio del poder. En este sentido ha dicho esta Corporación que “no existe facultad, función o acto que puedan desarrollar los servidores públicos que no esté prescrito, definido o establecido en forma expresa, clara y precisa en la ley”¹¹⁹

De acuerdo con esta cita, los servidores públicos (dentro de los cuales se entienden incluidos los jueces) deben estar estrechamente apegados al ordenamiento jurídico vigente para sustentar su actuar, pues es este el que los autoriza.

Pero existe otra implicación importante del principio de legalidad y es el hecho de que exige que la ley sea previa, su contenido esté claramente definido y se encuentre estipulada como tal, de forma escrita.

El principio de legalidad equivale a la traducción jurídica del principio democrático y se manifiesta más precisamente en la exigencia de lex previa y scripta. De esta forma, al garantizar el principio de legalidad se hacen efectivos los restantes elementos del debido proceso, entre ellos la publicidad, la defensa y el derecho contradicción.¹²⁰

Bajo esa locución latina a la que se le suele añadir el requisito de ser *stricta*, se ha sustentado la prohibición de la retroactividad¹²¹. En este punto es importante recordar que la aplicación de efectos retrospectivos necesariamente implica, en cierta medida estar dando efectos retroactivos, pero de forma limitada.

Esa prohibición de retroactividad halla su fundamento en el hecho de que los valores mínimos que deben respetarse en una sociedad para garantizar la estabilidad de los individuos y su interacción en el tráfico jurídico, requieren pasar por el hecho de que aquellos moduladores deónticos que están dirigidos a guiar la conducta humana sean conocidos (o al menos susceptibles de ser conocidos) y así los sujetos en efecto puedan decidir cómo actuar con un grado de certeza de que las circunstancias generales se mantendrán y si cambian, por lo menos no será en su perjuicio.

Dentro de esas circunstancias generales por su puesto se encuentran las normas jurídicas, y dentro de estas a su vez se encuentran las reglas jurisprudenciales o el precedente judicial. A éstas últimas se les suele aplicar la prohibición de aplicación retroactiva que en términos generales existe para la ley en sentido estricto. Este ha sido

¹¹⁹ Corte Constitucional de Colombia. (2011, May 25). *Sentencia C-444/11*. pp. 1–25. P.15.

¹²⁰ Corte Constitucional de Colombia. (2011, May 25). *Sentencia C-444/11*. pp. 1–25. P. 18.

¹²¹ Consejo de Estado de Colombia. Sección Cuarta. (2019, June 27). *Sentencia del 27 de junio de 2019*. pp. 1–35. P.30

un entendimiento que ha tenido la jurisprudencia y ha aportado otros argumentos, además de la violación del principio de legalidad, para sostenerlo:

*resulta evidente que la prohibición de aplicación retroactiva de la jurisprudencia viene a estar respaldada por el debido proceso y las garantías judiciales, la máxima de libertad personal, el principio de igualdad y la confianza legítima*¹²²

No sobra recordar que la hipótesis en la que se enmarca la justificación expuesta en este capítulo implica que el nuevo precedente es clasificado como desfavorable respecto del anterior. Siendo así, se comparte íntegramente el postulado del Consejo de Estado en el sentido de considerar vulneradora la aplicación retrospectiva de la nueva regla. Para hacer esa vulneración aún más palpable, conviene resaltar lo sostenido por esta corporación en la sentencia antes citada:

*si el acceso a la justicia implica un derecho en virtud del cual se establecen formas, órganos y recursos dirigidos a garantizar a la persona la posibilidad efectiva de acudir ante la autoridad para obtener por su conducto la protección de los derechos y la defensa del orden jurídico, **resulta bien entendido el deber de esa autoridad de adjudicar los asuntos puestos a su conocimiento conforme al derecho vigente, lo que inexorablemente implica la consideración de los criterios jurisprudenciales preexistentes a los hechos sobre los cuales deben dictar una resolución en derecho**; pues si dentro de aquellas garantías se tutela el derecho a la obtención de una decisión suficiente motivada, claro resuelta que **se viola tal derecho si se sorprende a los sujetos de la causa con la aplicación de un criterio jurídico de fuente jurisprudencial posterior a los hechos de la controversia, pues se trataría de imponer un criterio jurídico temporalmente inaplicable**, por lo expuesto.*¹²³ (negritas propias)

Pero el principio de legalidad no es solo una garantía constitucional, sino que se encuentra justificado a nivel supranacional con los sistemas de protección de derechos humanos. Así, en la Convención Americana de Derechos Humanos artículo 8.1¹²⁴ se consigna la protección del derecho al *debido proceso legal*.

Para el particular, es de utilidad destacar los planteamientos hechos por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso Narciso Palacios contra Argentina¹²⁵ en el cual se discutía el rechazo de una demanda contencioso administrativa que tuvo

¹²² Consejo de Estado de Colombia. Sección Tercera. (2017, September 4). *Sentencia del 4 de septiembre de 2017 - Radicación 57279*. pp. 1–45. P.22.

¹²³ Consejo de Estado de Colombia. Sección Tercera. (2017, September 4). *Sentencia del 4 de septiembre de 2017 - Radicación 57279*. pp. 1–45. P.23.

¹²⁴ Artículo 8. Garantías Judiciales. 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

¹²⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (1999, September 29). Caso Narciso Palacios contra Argentina. *Informe No. 105/99. Caso 10.194*. Retrieved from <http://www.cidh.org/annualrep/99span/DeFondo/Argentina10.194.htm>.

como fundamento una interpretación jurisprudencial surgida con posterioridad a la fecha de interposición de la demanda.

*(...) el rechazo de su demanda tuvo como fundamento una interpretación jurisprudencial posterior a la fecha de la interposición de su demanda, la cual le fue aplicada en forma retroactiva a su caso particular. Por tanto, no se trató de una omisión o ligereza de su parte sino de un cambio drástico en la interpretación de la normativa que las cortes aplicaron retroactivamente en su perjuicio.*¹²⁶

En este caso, además del debido proceso, la comisión hace referencia al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, el cual permite evitar que un nuevo criterio jurisprudencial se aplique a situaciones o casos anteriores¹²⁷. A partir de estos dos derechos, destaca la aplicación retroactiva que realiza el Estado argentino en perjuicio del señor Narciso Palacios y cómo ello resulta inadmisibles a la luz de la CADH en virtud de que es un cambio intempestivo en perjuicio del ciudadano.

Tal como en el desarrollo de la argumentación del referenciado caso la CIDH encontró una estrecha relación entre el debido proceso y la tutela judicial efectiva en pro de la protección al ciudadano, en la jurisprudencia nacional, particularmente del Consejo de Estado, se ha planteado que la *prohibición de aplicación retroactiva* del nuevo precedente se fundamenta, además del principio de legalidad, en la protección a la libertad personal y el principio de igualdad.

La libertad personal ha sido entendida por la Corte Constitucional desde sus primeros pronunciamientos como la posibilidad y el ejercicio positivo de todas las acciones dirigidas a desarrollar las aptitudes y elecciones individuales que no pugnen con los derechos de los demás ni impliquen abusar de los propios. Además, la libertad personal impide todo acto de coerción física o moral que interfiera o suprima la autonomía de la persona sojuzgándola, sustituyéndola u oprimiéndola.¹²⁸

En otras palabras, se trata de un derecho en virtud del cual el sujeto cuenta con una doble protección, por una parte, tiene la posibilidad de autogobernarse y

¹²⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (1999, September 29). Caso Narciso Palacios contra Argentina. *Informe No. 105/99. Caso 10.194*. Retrieved from <http://www.cidh.org/annualrep/99span/DeFondo/Argentina10.194.htm>. Consideración número 60.

¹²⁷ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (1999, September 29). Caso Narciso Palacios contra Argentina. *Informe No. 105/99. Caso 10.194*. Retrieved from <http://www.cidh.org/annualrep/99span/DeFondo/Argentina10.194.htm>. Consideración número 63.

¹²⁸ Corte Constitucional de Colombia. (1993, August 2). *Sentencia C-301/93*. pp. 1–54. Retrieved from <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/c-301-93.htm>. P.20 “*El núcleo esencial de la libertad personal está constituido, de una parte, por la posibilidad y el ejercicio positivo de todas las acciones dirigidas a desarrollar las aptitudes y elecciones individuales que no pugnen con los derechos de los demás ni entrañen abuso de los propios y, de otra, por la proscripción de todo acto de coerción física o moral que interfiera o suprima la autonomía de la persona sojuzgándola, sustituyéndola, oprimiéndola o reduciéndola indebidamente.*”.

autodeterminarse siempre que no se afecte a un tercero, y por otra, le protege de ser reducida en cualquier sentido.

Partiendo de ese supuesto, el Consejo de Estado ha interpretado que la aplicación retroactiva de un cambio de precedente implica una injerencia por parte de un tercero en esa esfera que protege la libertad personal.

*4.13.- Así, se advierte que el cambio retroactivo de precedentes afecta de manera directa y grave la libertad de la persona, entendida como la autónoma ordenación del curso de sus actividades vitales según los pareceres individuales. Si se admite que ese ideal de autonomía se realiza en la medida en que los individuos cuentan con suficiente información normativa relevante, certera y accesible para trazar su plan de vida y obrar conforme al marco de las expectativas normativas que han captado del ordenamiento, **una aplicación retroactiva viola tal libertad al envolver la aplicación de consecuencias jurídicas no previsibles a hechos anteriores respecto de los cuales la persona no puede reaccionar y defrauda su convicción de haber obrado conforme a derecho, pues un cambio retroactivo impide tener certeza sobre el estatus jurídico de sus actos pasados.***¹²⁹ (negrillas propias)

De acuerdo con el Consejo de Estado, la incertidumbre que genera el estar ante el supuesto de que las acciones pasadas, que ya han surtido consecuencias, están en la potencialidad de ser cambiadas, impide que el individuo pueda autogobernarse de acuerdo con sus deseos y convicciones, pues los criterios con fundamento en los cuales decide nunca serán estables.

Algo similar ocurre con el principio de igualdad, pues al existir una variación intempestiva, sucederá que a un grupo de sujetos les corresponderá una consecuencia jurídica diferente a la de otros que estuvieron bajo el mismo predicado fáctico, pero que simplemente acudieron a la jurisdicción en otro momento.¹³⁰

En otros términos, con la aplicación del cambio de precedente de la forma que se reprocha, sucederá que existiendo dos sujetos que actuaron del mismo modo y bajo las mismas condiciones (antes de que una determinada interpretación jurisprudencial fuera establecida como el nuevo precedente), si alguno de los dos puso en consideración su caso al juez en la ocasión en que éste decidió realizar el cambio, ambos sujetos, estando

¹²⁹ Consejo de Estado de Colombia. Sección Tercera. (2017, September 4). *Sentencia del 4 de septiembre de 2017 - Radicación 57279*. pp. 1–45. P.24.

¹³⁰ Como lo expresa el Consejo de Estado de Colombia. Sección Tercera. (2017, September 4). *Sentencia del 4 de septiembre de 2017 - Radicación 57279*. pp. 1–45. P.26. “se incurre en un claro caso de violación a este principio cuando se otorga un tratamiento judicial diferenciado a casos (ocurridos en el mismo contexto histórico) donde uno de ellos es adjudicado bajo el criterio jurisprudencial antiguo vigente para entonces y el otro es resuelto bajo la nueva orientación aplicada a sucesos anteriores a su expedición; así planteada la trasgresión a este principio dice relación con la aplicación injustificada de parámetros normativos diferentes a los preexistentes al momento de los hechos relevantes del asunto.”

en una situación sin duda equiparable, obtendrán respuestas del ordenamiento distintas. Con lo cual se pone en evidencia que existe una vulneración del principio de igualdad.

En este orden de ideas, se encuentra que el derecho al debido proceso, y en particular su manifestación en el principio de legalidad, plantea un sólido argumento para impedir la aplicación del precedente desfavorable al caso concreto, pues se tratará de la aplicación de una norma que no era previa, escrita ni estricta al momento de ocurrencia de los hechos, y que sin embargo tendrá aplicación en perjuicio del asociado, con lo cual se presentaría una manifiesta vulneración de esta garantía fundamental.

En estrecha relación con la mencionada vulneración, se ha encontrado que se afectan el derecho a una tutela judicial efectiva (en el sistema interamericano), la cláusula general de libertad y el principio de igualdad (en la jurisprudencia nacional).

La libertad se ve afectada en virtud de que el sujeto nunca conoce con certeza los parámetros que utilizará para guiar su actuar de acuerdo con su querer y voluntad, pues siempre estará ante la inminente posibilidad de que sus actuaciones pasadas cobren efectos distintos a los previstos.

Por su parte, se afecta la igualdad en virtud de que dos sujetos jurídicamente iguales reciben un trato diferente en los casos en que ocurre un cambio intempestivo, pues estando en supuestos de hecho idénticos (que tuvieron ocurrencia antes de la aparición del nuevo precedente), si uno de los dos plantea su caso y en tal ocasión el juez resuelve cambiar el precedente, habrá dos consecuencias jurídicas distintas para sujetos exactamente en la misma posición.

2. Justificación en búsqueda del respeto a la seguridad jurídica y a la confianza legítima

Vista la vulneración que se puede presentar al principio de legalidad cuando se aplica un cambio de precedente desfavorable al caso bajo examen, consideramos conveniente hacer algunas anotaciones frente a la vulneración que en este mismo sentido se puede presentar a los principios de seguridad jurídica y confianza legítima, gracias a que se encuentran en estrecha relación con el apenas visto.

La seguridad jurídica y la confianza legítima son dos principios que desde perspectivas ligeramente distintas buscan garantizar la estabilidad del ciudadano, la previsibilidad del derecho y la confianza en la administración de justicia en el sentido de propender porque el ordenamiento sea interpretado y aplicado de forma consistente.¹³¹

Sin embargo, cuentan con algunas diferencias. La seguridad jurídica contempla la exigencia de que las normas tengan un significado estable, de modo tal que tengan la virtud para guiar la conducta de los seres humanos, y generar el correlativo deber para

¹³¹ Corte Constitucional de Colombia. (2015, April 30). *Sentencia SU-241/15*. pp. 1–56. P.29

los jueces de interpretarlas y aplicarlas de manera coherente, derivando en que sus decisiones sean razonablemente previsibles.¹³²

Siendo así, el cambio abrupto de precedente que además tiene aplicación inmediata de forma retrospectiva va en contravía de la previsibilidad de las decisiones y del significado estable que en principio deben tener las disposiciones.

Ésta, aunque puede ser más una reflexión teórica que una puesta en práctica (a juzgar por el proceder, en particular de la Corte Constitucional), no es del todo desconocida, muestra de ello es que la Corte Constitucional en la sentencia C-235 de 2019 en la que se analizaba la constitucionalidad de una reforma tributaria que regulaba la tarifa especial de impuesto sobre la renta para personas jurídicas sostuvo:

*En suma, el principio de irretroactividad de la ley tributaria de consagración constitucional se soporta en el respeto de la seguridad jurídica y la conservación del orden justo. En tal sentido, generalmente, las normas de contenido tributario no pueden incorporar efectos hacia el pasado, sino que su aplicación debe hacerse imperativa a partir de su expedición. Sin embargo, lo anterior no implica que el legislador esté cohibido para incorporar variaciones en las normas que regulan la materia con la finalidad de atender las necesidades derivadas del dinamismo de la economía, sino que las regulaciones que se expidan deben ser respetuosas del ordenamiento constitucional que rige la materia y, en especial, de las situaciones jurídicas consolidadas de los contribuyentes.*¹³³

Es sabido que las reformas tributarias en numerosas ocasiones implican el aumento de la carga impositiva (por lo menos para un sector de la población que conforma los sujetos pasivos del mismo), pues aun cuando implican un beneficio, ello redunda en un perjuicio para otro sector.

Lo anterior explica que en materia tributaria se aplique con mucho más rigor la regla de irretroactividad, sin embargo, la aplicación en este particular ámbito de la prohibición de retroactividad no es ningún obstáculo para afirmar que sirve como fundamento de la premisa general que se defiende en este capítulo, esto es, el problema de aplicar retroactivamente una norma desfavorable, independientemente de la materia que toque.

En esta línea, la jurisprudencia ha reconocido que la seguridad jurídica es uno de los principios que fundamentan el respeto al precedente, y el respeto al precedente vinculante a su vez permite la garantía de la seguridad jurídica (y por esa vía de un orden social justo). En este sentido las sentencias T-891 de 2011 y más recientemente la T-525 de 2017 sostienen:

El respeto al precedente es presupuesto necesario para garantizar la seguridad jurídica, postulado que permite la estabilidad de la actividad judicial, permitiendo

¹³² Corte Constitucional de Colombia. (2018, August 31). *Sentencia T-360/18*. pp. 1–49. P.17.

¹³³ Corte Constitucional de Colombia. (2019, May 29). *Sentencia C-235/19*. pp. 1–50. P.23

*con ello que los asociados tengan cierto nivel de previsibilidad en la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico y, de este modo se asegure la vigencia de un orden justo.*¹³⁴

La idea recogida en esta cita nos permite concluir que, si el respeto al precedente judicial y la seguridad jurídica conllevan a la garantía de un orden justo, asumir como metodología la clasificación del cambio de precedente como favorable o desfavorable y a partir de allí la definición de sus efectos temporales, contribuiría de forma convergente al respeto del precedente y por esa vía a un orden justo.

En otros términos, si el precedente tiene reglas claras de aplicación, es mucho más probable que sea respetado (o que se haga evidente cuando no se está siguiendo), lo cual contribuye a la seguridad jurídica y como fin último a la vigencia de un orden justo.

Ahora bien, frente al otro principio del que se ocupa esta sección, esto es, la confianza legítima, es importante destacar que consiste en la expectativa genuina que alberga el particular de que las reglas establecidas por el Estado para el ejercicio de una actividad o el reconocimiento de un derecho no sean variadas súbitamente. De acuerdo con ello, este principio se ve defraudado cuando la autoridad produce un cambio abrupto en sus decisiones, con lo cual resquebraja la esperanza legítima que el administrado se ha fijado.¹³⁵

Siendo así, a través de este principio se permite a los administrados evolucionar en un medio jurídico estable, en el cual pueden confiar en el sentido de emprender actuaciones que impliquen asumir obligaciones de modo que conocen y pueden prever los efectos jurídicos que se habrán de generar y que les involucran.

Sin embargo, para enmarcarse en la protección que brinda este principio es de anotar que el sujeto debe ostentar una mera expectativa, y no un derecho adquirido, pues en este caso su convicción se sustentará en otros principios. En los términos de la Corte Constitucional el particular debe ser protegido frente a cambios bruscos e inesperados efectuados por las autoridades públicas. De allí que el Estado se encuentre en la obligación de proporcionarle al afectado un plazo razonable, así como los medios, para adaptarse a la nueva situación.¹³⁶

¹³⁴ Corte Constitucional de Colombia. (2017, August 10). *Sentencia T-525/17*. pp. 1–47. P.40. En este punto la sentencia continúa “La realización del principio de seguridad jurídica, además, está relacionada con la buena fe (Art. 83 C.P.) y la confianza legítima, en el entendido que las razones que llevan a los jueces a motivar sus fallos determinan el contorno del contenido de los derechos y las obligaciones de las personas, la forma de resolución de las tensiones entre los mismos y el alcance de los contenidos normativos respecto a situaciones de hecho específicas, criterios que hacen concluir que la observancia del precedente jurisprudencial constituye un parámetro válido para efectuar un ejercicio de control sobre la racionalidad de la decisión judicial”.

¹³⁵ Consejo de Estado de Colombia. Sección Primera. (2015, May 7). *Sentencia del 7 de mayo de 2015 - Proceso No. 2014-00108-00*. pp. 1–50. P.42.

¹³⁶ Corte Constitucional de Colombia. (2004, February 19). *Sentencia C-131/04*. pp. 1–22. P.17.

Precisamente, cuando una alta corte realiza una variación del precedente y la aplica al caso que analiza, puede entenderse que ha ocurrido un cambio brusco e inesperado. Para confirmar que esto es así, conviene recordar los criterios que el Consejo de Estado ha elaborado¹³⁷ para determinar si se está frente a una hipótesis que este principio cobijaría.

El primero de los supuestos es *la existencia de una base objetiva de la confianza*, es decir, la posibilidad de corroborar a través de hechos concluyentes, por una parte, la existencia de una voluntad tácita de la administración destinada a producir un efecto jurídico determinado, y por otra, el otorgamiento de la confianza por parte del confiante.

El segundo es verificar la *legitimidad de la confianza*. Ésta se encuentra presente cuando el administrado ha obrado de manera honesta, diligente y cuidadosa (de buena fe), y además, estaba en la imposibilidad de prever la modificación de los criterios o posturas en que confió.

En tercer lugar, debe encontrarse *la toma de decisiones u oposiciones jurídicas cimentadas en la confianza*, es decir, que el confiante ha desplegado u omitido una conducta que pone de manifiesto su convicción, que además conlleva una repercusión patrimonial.

Finalmente, como es lógico debe corroborarse *la defraudación de la confianza legítima*, que ha de consistir en una actuación intempestiva de la autoridad que genera una desestabilización evidente en su relación con los administrados.

En este orden de ideas, consideramos que válidamente puede sostenerse que existe una base objetiva para confiar cuando una autoridad judicial ha determinado cuál es el precedente vigente; la confianza será legítima en tanto se funda en un pronunciamiento¹³⁸ de un juez; ha actuado conforme a esa confianza (de otro modo no se encontraría en una situación problemática) y ha ocurrido una defraudación de la misma en tanto inesperadamente ha cambiado la regla con base en la cual el administrado actuó o se abstuvo de hacerlo.

La doctrina ha validado la existencia de una defraudación a la confianza legítima en los casos de cambio de precedente de forma inadvertida. Incluso, hay quienes sostienen que bajo ese supuesto es posible exigir al Estado medidas de transición. En este sentido:

Frente al objetivo general, se concluye que, según el alcance hermenéutico de la confianza legítima, (...) es jurídicamente viable, cuando se actuó con base en el precedente jurisprudencial vigente y luego hay un cambio de jurisprudencia, alegar

¹³⁷ Consejo de Estado de Colombia. Sección Quinta. (2013, September 12). *Sentencia del 12 de septiembre de 2013 - proceso No. 2011-00775-02*. pp. 1–45. P.37

¹³⁸ O varios, dependiendo del entendimiento que se tenga de lo que es precedente judicial.

*la existencia de confianza legítima para exigir al Estado la adopción de medidas de transición o adaptación para el nuevo precedente.*¹³⁹

En este sentido, el Consejo de Estado ha respaldado la idea de que a todo sujeto que obra conforme a un precedente le asiste la expectativa de que las consecuencias de los actos surtidos y su juzgamiento se lleve a cabo conforme al derrotero jurisprudencial vigente para cuando ocurrieron. Siendo así, *resulta bien entendido que la aplicación de un precedente retroactivo defrauda esa confianza, habida consideración que por esa vía la autoridad juzga los hechos o actos surtidos a partir de un criterio imprevisible e inesperado para quienes, en su momento, obraron conforme a las pautas jurisprudenciales vigentes para entonces.*¹⁴⁰

Esta postura resulta plenamente entendible en tanto es razonable pensar que habrá sujetos que con la fundada creencia de que la interpretación actual de una corte se mantendrá, orientan su actuar en cierto sentido.

De este manera, se ve como las consecuencias nocivas que genera la aplicación de un nuevo precedente que ha surgido de manera inadvertida, y precisamente por su aparición repentina no se ven justificadas, hace que nos ubiquemos en una de aquellas hipótesis en las que el principio de confianza legítima está llamado proteger.

Con lo dicho hasta ahora se hace evidente que tanto el principio de seguridad jurídica como el de confianza legítima resultan de vital importancia para el asunto que nos ocupa, pues se ven sacrificados cuando cambia el precedente sin dar avisos de oportunidad para que los ciudadanos conozcan la existencia de una nueva regla (que genera consecuencias desfavorables), y a partir de ese conocimiento dirijan su conducta. Lo que se concreta en una vulneración de derechos para los sujetos pasivos de las normas.

En este orden de ideas, destacamos la importancia de establecer la irretroactividad del cambio de precedente desfavorable y solo del que cumpla con esta última condición, pues como se expuso en el capítulo anterior (e implícitamente en este) cuando el cambio es favorable corresponde hacer lo exactamente contrario, es decir, aplicarlo retrospectivamente, aun cuando en apariencia se sacrifican los principios de seguridad jurídica y confianza legítima. En este sentido la Corte Constitucional ha sostenido:

En efecto, el principio de seguridad jurídica no se erige como una máxima absoluta, y debe ceder cuando la actuación cuestionada representa una vía de hecho; el error, la negligencia o la arbitrariedad no crea derecho. La obediencia que se espera

¹³⁹ Giraldo Molano, A., & Rodríguez Rojas, C. F. (2016). *Alteración de la confianza legítima por cambio jurisprudencial*. Bogotá: Uniacademia; Leyer. P.122

¹⁴⁰ Consejo de Estado de Colombia. Sección Tercera. (2017, September 4). *Sentencia del 4 de septiembre de 2017 - Radicación 57279*. pp. 1–45. P. 25.

*y demanda en un Estado Social y Democrático de Derecho, no es una irreflexiva e indiferente al contenido y resultados de una orden.*¹⁴¹

Lo anterior cobra sentido si se recuerda que una de las hipótesis en las que la Corte ha definido que es posible el cambio es cuando se considera que el precedente pasado es erróneo o ha dejado de responder adecuadamente a la realidad social actual. Así mismo, del aparte citado se resalta el señalamiento de que el apego al Estado Social y Democrático de Derecho no reclama una obediencia indiferente al contenido y resultados de una orden judicial, pues siendo así se encuentra un nuevo argumento que fortalece la premisa de que un juez no puede aplicar un cambio de precedente desfavorable al caso mismo en el que ha realizado el cambio, pues los resultados de esa aplicación irían en contra de postulados constitucionales.

En conclusión, estos dos principios convergen para robustecer la afirmación de que la aplicación al caso bajo examen del cambio de precedente desfavorable implica un problema dentro de un ordenamiento jurídico respetuoso del derecho al debido proceso (en particular el principio de legalidad), de la seguridad jurídica, la confianza legítima y con estos de la coherencia del ordenamiento y la vigencia de un orden justo.

Aunque esta no es una conclusión novedosa, es conveniente reiterarla, pues como se pretendió exponer, muchas de las premisas bajo las cuales se defendió la presente tesis se fundamentan en elaboraciones teóricas de la jurisprudencia nacional. No obstante, al analizar la resolución de casos, se encontró que los postulados que las cortes mismas defienden, no siempre son aplicados.

¹⁴¹ Corte Constitucional de Colombia. (2014, July 9). *Sentencia T-488/14*. pp. 1–59.P.42

CONCLUSIONES

El problema que se estudió fue ¿Cómo se ha determinado y cómo debería determinarse cuál es el precedente aplicable al caso bajo examen en los eventos en que éste cambia? Para dar respuesta a esta pregunta, se estudió cuál es el efecto temporal que en las tres altas cortes se está dando al cambio de precedente, en comparación con lo que consideramos es el efecto temporal que debería darse. Particularmente, por las consecuencias que se generan para los sujetos involucrados en el caso en el que se genera el cambio.

Para hacer más evidente el problema, se partió del supuesto de que un juez se encuentra ante un caso que debe resolver, con este fin, atiende los mandatos legales que le imponen acoger el precedente judicial, encontrando que el que está rigiendo debe ser cambiado¹⁴². Consecuentemente, el juez procede a cambiar el precedente determinando una nueva regla jurídica para resolver ese tipo de casos.

Nos preguntamos si el caso que se encontraba examinando el juez debe resolverse con fundamento en la nueva regla -que apenas ha creado- o debe dar aplicación al precedente que venía rigiendo.

La conclusión a la que llegamos en esta investigación es que depende de la clasificación que se haga de ese nuevo precedente como favorable o desfavorable, pues este será el criterio determinante para señalar los efectos temporales de la nueva regla, esto es, retrospectivos ó prospectivos. Es decir, si el caso bajo examen será resuelto con fundamento en el precedente anterior, o con fundamento en el nuevo.

Vimos que en la Corte Suprema de Justicia y en el Consejo de Estado se ha dado una evolución por lo menos desde el año 2007 que muestra una marcada tendencia a otorgar efectos prospectivos al cambio de precedente. De acuerdo con esto, el caso bajo estudio se resuelve aplicando el precedente que venía rigiendo, pero se anuncia que se han encontrado fundados motivos para cambiarlo, de modo que se interpretará uno nuevo que tendrá aplicación solo para casos futuros.

En la Corte Constitucional no se encontró mayor desarrollo o teorización (si se quiere *doctrina constitucional*) sobre la cuestión de los efectos temporales del cambio de precedente. Sin embargo, siendo que eventualmente como parte de su labor esta corporación realiza cambios de precedente, pusimos nuestra atención en qué efectos otorgaba a la nueva regla a la hora de resolver, esto es, si la aplicaba o no al caso *sub iudice*.

¹⁴² Independientemente de las razones por las que considere justificado realizar el cambio o de cuáles sean las hipótesis en las que la Corte Constitucional ha avalado el cambio de precedente.

Fruto de esa investigación se encontraron tres hallazgos: el primero fue que el cambio de precedente en la Corte Constitucional, por lo general, es favorable, de modo que la nueva regla amplía la extensión o el sentido de un derecho al eliminar una barrera de acceso a un beneficio, aumentar su radio de protección o incrementar de cualquier forma el nivel de satisfacción del mismo. El segundo fue que generalmente el caso bajo examen es resuelto aplicando el nuevo precedente. Finalmente, se encontró que en consecuencia con lo anterior, no se ha visto la necesidad de ahondar en el tema de los efectos temporales del cambio de precedente, pues al hacer una aplicación con efectos retrospectivos de una nueva regla que es favorable, se beneficiaba al sujeto más débil de la relación. Esto, precisamente por implicar una mejora, no ha comportado ningún problema.

Sin embargo, aunque lo descrito es la regla general, se halló que excepcionalmente cuando la Corte Constitucional realiza un cambio de precedente desfavorable, también resuelve el caso que estudia con fundamento en la nueva regla, dando efectos retrospectivos y por esa vía sacrificando injustificadamente, los principios de legalidad, seguridad jurídica y confianza legítima, además del derecho a una tutela judicial efectiva, la cláusula general de libertad y el principio de igualdad.

La situación problemática que implica la dinámica actual de aplicación del cambio de precedente en la Corte constitucional fue expuesta a través de tres casos que consideramos particularmente demostrativos. Se trata de los contemplados en las sentencias SU-075 de 2018¹⁴³, SU-095 de 2018¹⁴⁴ y SU-897 de 2012¹⁴⁵.

Esta divergencia entre el actuar de la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado por una parte y la Corte Constitucional por la otra fue estudiado en la primera parte de este trabajo, y permitió evidenciar la acogida de una visión prospectiva en el primer caso, y de una retrospectiva en el segundo. Con esto, se puso de presente el problema.

A diferencia de la primera parte que fue movida por una pretensión analítica (descriptiva), la segunda se orientó por una pretensión normativa (propositiva), en este sentido, se

¹⁴³ En la que se estudiaron los casos de tres mujeres que fueron despedidas en estado de embarazo y como fruto de resolver aplicando el cambio de precedente desfavorable que se realizó en esa ocasión, a dos de ellas se les negó el amparo.

¹⁴⁴ En la cual se negó la idoneidad y legitimidad de las consultas populares como mecanismo de expresión democrática de la voluntad local respecto de la explotación de recursos naturales y en su lugar se exhortó al congreso para que defina uno o varios mecanismos de participación ciudadana e instrumentos de coordinación y concurrencia entre la nación y el territorio con este fin.

¹⁴⁵ El problema jurídico analizado en esta ocasión giraba alrededor del hecho de que para calificar a exempleados del seguro social como prepensionados, se debía hacer una interpretación consistente en que la convención colectiva de trabajo estaba vigente, esta había sido una interpretación que la Corte Constitucional con anterioridad había avalado, sin embargo, en este caso interpretó que el Acto Legislativo 01 de 2005 para unificar el régimen de pensiones prohibió la negociación de condiciones pensionales en las convenciones colectivas. Bajo ese entendimiento, la corte define cuál fue el periodo de vigencia de la convención colectiva de trabajo del seguro social y aplicando esa nueva regla a los sub examine, resultó que solo uno de los diez sujetos involucrados en los casos que se analizaban obtuvo protección.

realizó el planteamiento de una propuesta y su correspondiente defensa, consistente en la convicción de que ninguna de estas dos reglas puede ser acogida indistintamente, sino que hay que acudir a un criterio diferenciador y es el de clasificar el nuevo precedente como favorable o desfavorable (de acuerdo con el entendimiento que señalamos tener de cada una de estas expresiones).

Así, en el caso en que el nuevo precedente resulte favorable al sujeto más débil, debe tener aplicación retrospectiva, mientras que en el caso contrario, corresponde otorgar efectos prospectivos a esa nueva regla.

Lo anterior, en virtud de que tal como se vió los efectos negativos de la aplicación prospectiva solo se dan cuando el precedente es más favorable, de la misma manera en que los efectos negativos de la aplicación retrospectiva solo se dan cuando el nuevo precedente es desfavorable. Siendo así, este criterio de clasificación del cambio de precedente en favorable y desfavorable permite que se tenga un parámetro más o menos claro a partir del cual determinar los efectos que esa nueva regla debe tener, y de esa forma aprovechar las ventajas de los efectos prospectivos, pero también las de los retrospectivos.

De la misma manera, a partir del respeto a los principios que defiende la constitución y de la interpretación que de éstos ha hecho la jurisprudencia, se encontró que existen suficientes elementos en el ordenamiento para justificar que la metodología de aplicación del precedente más favorable se ajusta a los postulados constitucionales y representa la mejor forma de aplicar el Derecho.

Más concretamente la aplicación del nuevo precedente favorable al caso concreto se puede defender con fundamento en el principio *pro homine* (pro persona), y con éste en el de favorabilidad, los criterios derivados del *in dubio pro libertatis*, la condición más beneficiosa, el *favor debilis*, e incluso en el principio equidad. Pero allí no terminan las razones, a la justificación de la misma premisa se unen los argumentos consistentes en el hecho de que se trata de una regla producto de un razonamiento concreto, que contrario a lo que podría pensarse no existe conflicto de principios, y finalmente, esta tesis es respaldada por el papel que cumple el juez en un sistema jurídico como el nuestro.

Desde otra perspectiva (que complementa la anterior), se encontró que existe un impedimento para que un precedente desfavorable sea aplicado al caso concreto en el derecho al debido proceso y con éste en el principio de legalidad, la defensa de la libertad personal y de la igualdad misma, así como en la seguridad jurídica y la confianza legítima que derivan en la coherencia del ordenamiento y la vigencia de un orden justo.

Esta es apenas una tesis que ligeramente se separa de lo sostenido por el profesor Soderó cuyas apreciaciones nos parece pertinente destacar:

nuestra tesis es que ninguna fórmula podrá expresar suficientemente la respuesta para esta problemática, y por ello parece forzoso concluir en que será el juicio prudencial del juez el que ha de determinar en cada caso la alternativa más justa hic et nunc, a partir de ponderar “los méritos y deméritos en cada caso” (según la fórmula ya citada de “Linkletter v. Walker”), teniendo en claro que la cuestión “no debe ser gobernada por concepciones metafísicas sobre la naturaleza del judge-made law, ni por el fetiche hacia algún dogma implacable como el de la división de los poderes gubernamentales, sino (...) por el más profundo sentido de justicia”, que exige evitar las “consecuencias sustancialmente inequitativas”¹⁴⁶

En este orden de ideas, de la investigación hecha para el desarrollo de este trabajo y del análisis que nos llevó a plantear la propuesta que se expuso, hemos generado al menos seis conclusiones:

La primera de ellas es que, sorpresivamente, la Corte Constitucional que suele tenerse como la más garantista y cuya función tuitiva está particularmente demarcada, es la que en mayor medida se encuentra aplicando cambios de precedente desfavorables de forma retrospectiva, generando detrimento de derechos fundamentales y yendo en contra de principios y postulados constitucionales de la mayor importancia.

Este actuar se califica de sorpresivo además en virtud de la potestad, y más que ello, del deber que tiene de modular los efectos temporales de sus providencias, pues a ella se le ordena pronunciarse de la forma que mejor permita asegurar la integridad de la Carta Política, lo cual puede implicar la necesidad de “modular los efectos de sus sentencias ya sea desde el punto de vista del contenido de la decisión, ya sea desde el punto de vista de sus efectos temporales”¹⁴⁷.

La segunda de las conclusiones, que se deriva de la apenas señalada, es que encontráramos imperativo contribuir a que el tema de los efectos temporales del cambio de precedente sea más estudiado en nuestro país, pues como se podrá constatar, hallar doctrina nacional que lo trate no es tarea fácil. Por ello, este trabajo buscó, visibilizar un problema que ciertamente termina afectando negativamente los derechos de quienes se aproximan al aparato judicial a exponer sus casos.

En tercer lugar, consideramos que el asumir como metodología aplicable por regla general la clasificación del precedente como favorable o desfavorable y a partir de ello definir los efectos temporales que ha de tener el nuevo precedente, implica un paso hacia la determinación de reglas claras en la aplicación en el tiempo del cambio de precedente y con ello, el fortalecimiento del sistema de precedentes vinculantes en nuestro país, que tanto ha defendido la jurisprudencia desde hace varios años.

¹⁴⁶ Sodero, E. (2004). Sobre el cambio de los precedentes. *Isonomia*, (21), 217–251. P.250

¹⁴⁷ Corte Constitucional de Colombia. (2011, May 25). *Sentencia C-444/11*. pp. 1–25. P.20.

En pocas palabras, con la definición de una metodología unívoca para la determinación de la regla aplicable en caso de cambio de precedente, se contribuye indirectamente al fortalecimiento del sistema de precedentes en Colombia.

Como cuarta conclusión, es necesario resaltar que la propuesta hecha en este trabajo propende por la aplicación retrospectiva del nuevo precedente siempre que sea favorable, atendiendo a las virtudes que tiene este tipo de efectos, pero además debido a que resulta mejor que una aplicación puramente retroactiva, a la cual se le han planteado una gran serie de críticas. En los efectos retrospectivos se encuentra un punto medio que puede permitir llegar a un equilibrio entre continuar con la aplicación de un precedente que ha perdido vigencia (por ser erróneo o por no corresponder al contexto social o jurídico actual), y la afectación a la estabilidad y expectativas de los ciudadanos de modo que se les impida actuar *libremente* y con la posibilidad de prever las consecuencias jurídicas de su intervención en el tráfico jurídico.

Finalmente, constatamos que las ventajas de aplicar el nuevo precedente favorable al caso bajo examen y el problema que implica no hacerlo (que es sustancialmente lo mismo) no es una reflexión del todo desconocida por la jurisprudencia de las altas cortes, pues gran parte del sustento utilizado para justificar esa premisa, se halló precisamente en esa fuente, sin embargo, tal como se ha pretendido evidenciar a lo largo de este trabajo, se ha convertido en una reflexión teórica más que una puesta en práctica a la hora de resolver.

Por ello, uno de los objetivos de este trabajo, fue poner en evidencia que aunque en teoría las Cortes han señalado la importancia del respeto a los principios en los que se erige nuestro ordenamiento, el aplicar de forma indiscriminada el cambio de precedente genera graves vulneraciones de derechos, lo cual lejos de ser una afirmación retórica, es la exposición del impacto real que tiene la aplicación del derecho en la vida de las personas.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

- Aarnio, A. (1991). Lo Racional como Razonable (E. Garzón Valdés & R. Zimmerling, eds.). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales de Madrid.
- Alexy, R. (1993). Teoría de los Derechos Fundamentales (Versión ca; E. Garzón Valdés, ed.). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales de Madrid.
- Bernal Pulido, C. (2015). El precedente y la ponderación. In C. Bernal Pulido & T. Bustamante (Eds.), Fundamentos filosóficos de la teoría del precedente judicial (pp. 105–125). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Castañeda, M. (2018). El principio pro persona. Experiencias y expectativas (2nd ed.). Ciudad de México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos.
- Courtis, C. (2006). Ni un paso atrás. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Deik Acostamariado, C. (2018). El precedente contencioso administrativo: Teoría local para determinar y aplicar de manera racional los precedentes de unificación del Consejo de Estado. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Ferrajoli, L. (1999). Derechos y garantías. La ley del más débil. (4th ed.; P. A. Ibáñez & A. Greppi, eds.). Madrid: Trotta.
- Giraldo Molano, A., & Rodríguez Rojas, C. F. (2016). Alteración de la confianza legítima por cambio jurisprudencial. Bogotá: Uniacademia; Leyer.
- Magaldi Serna, J. A. (2014). Propuesta metodológica para el análisis de sentencias de la Corte Constitucional (No. 16). Bogotá.
- Scarman, L. (1967). Law reform by legislative techniques. Saskatchewan Law Review, 217–228.
- Schötz, G. (2013). El favor debilis como principio general del Derecho Internacional Privado: su particular aplicación a las relaciones de consumo transfronterizas. Ars Iuris Salmanticensis: AIS : Revista Europea e Iberoamericana de Pensamiento y Análisis de Derecho, Ciencia Política y Criminología, 1(2), 115–150.
- Rusconi, D. (n.d.). El principio “pro homine” y el fortalecimiento de la regla “pro consumidor.” 8.
- Sodero, E. (2004). Sobre el cambio de los precedentes. Isonomia, (21), 217–251.
- Taruffo, M. (2010). Precedente y jurisprudencia. Precedente. Revista Jurídica, 85–99.
- Vázquez Pérez, A. J. (2014). La protección al débil jurídico como criterio interpretativo de los contratos por adhesión en Cuba. Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia., (27), 155–177.

DECISIONES JUDICIALES

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 21 de enero de 2019 - STC236-2019. pp. 1–24.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 30 de enero de 2019 - Providencia No. STC707-2019. pp. 1–23.
- Consejo de Estado de Colombia. Sala Plena. (2007). Sentencia del 27 de marzo de 2007 - proceso No. 2000-02513. pp. 1–30.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia del 15 de mayo de 2007 - Radicación No. 31381. pp. 1–69.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia del 26 de agosto de 2008 - Radicado No. 31039. pp. 1–19.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia del 7 de julio de 2009 - Radicado No. 36910. pp. 1–12.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia del 3 de agosto de 2010 - Radicación No. 38413. pp. 1–13.
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Laboral. Sentencia del 24 de mayo de 2011 - Radicado No. 39235. pp. 1–15.
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Laboral. Sentencia del 28 de agosto de 2013 - Radicado No. 38851. pp. 1–7.
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Laboral. Sentencia del 16 de julio de 2014 - Radicación No. 45313. pp. 1–17.
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Laboral. Sentencia del 9 de septiembre de 2015 - Radicado No. 61835. pp. 1–11.
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Laboral. Sentencia del 26 de octubre de 2016 - Radicado No. 52719. pp. 1–13.
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Laboral. Sentencia del 5 de diciembre de 2017 - Radicado No. 54056. pp. 1–28.
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Laboral. Sentencia del 11 de abril de 2018 - Radicado No. 58458. pp. 1–13.
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Laboral. Sentencia del 19 de febrero de 2019 - Radicado No. 70962.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 27 de septiembre de 2017 - SP16731-2017 (Sala Penal). pp. 1–54.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 8 de noviembre de 2017 - Radicación No. 47608. pp. 1–22.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 29 de agosto de 2018 - Radicación 52605. pp. 1–21.

CONSEJO DE ESTADO

- Consejo de Estado de Colombia. Sección Primera. Sentencia del 7 de mayo de 2015 - Proceso No. 2014-00108-00. pp. 1–50.
- Consejo de Estado de Colombia. Sección Segunda. Sentencia del 9 de febrero de 2017 -Proceso No. 2013-01541-01. pp. 1–50.
- Consejo de Estado de Colombia. Sección Segunda. Sentencia del 1 de marzo de 2018 - Sentencia SUJ2-009-18. pp. 1–80.
- Consejo de Estado de Colombia. Sección Tercera. Sentencia del 4 de septiembre de 2017 - Radicación 57279. pp. 1–45.
- Consejo de Estado de Colombia. Sección Tercera. Sentencia del 25 de septiembre de 2017- radicación No. 50892. pp. 1–36.
- Consejo de Estado de Colombia. Sección Cuarta. Sentencia del 26 de septiembre de 2016 - proceso No. 2016-00278-01. pp. 1–24.
- Consejo de Estado de Colombia. Sección Cuarta. Sentencia del 27 de junio de 2019 - Proceso No. 2016-00020-00. pp. 1–35.
- Consejo de Estado de Colombia. Sección Quinta. Sentencia del 12 de septiembre de 2013 - proceso No. 2011-00775-02. pp. 1–45.
- Consejo de Estado de Colombia. Sección Quinta. Sentencia del 26 de marzo de 2015 - proceso No. 2014-00034-00. pp. 1–63.
- Consejo de Estado de Colombia. Sección Quinta. (2016). Sentencia del 3 de marzo de 2016 - proceso No. 2015-00034-00. pp. 1–104.
- Consejo de Estado de Colombia. Sección Quinta. Sentencia del 26 de septiembre de 2017 - Proceso No. 2015-02491-01. pp. 1–50.
- Consejo de Estado de Colombia. Sección Quinta. Sentencia del 29 de enero de 2019 - proceso No. 2018-00031. pp. 1–86.

CORTE CONSTITUCIONAL

- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-301/93. pp. 1–54.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-110/11. pp. 1–57.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-456/04. pp. 1–11.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-444/11. pp. 1–25.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-085/12. pp. 1–24.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-897/12. pp. 1–101.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-438/13. pp. 1–148.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-774/14. pp. 1–42.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-488/14. pp. 1–59.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-241/15. pp. 1–56.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-032/16. pp. 1–33.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-406/16. pp. 1–43.

- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-464/16. pp. 1–31.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-235/17. pp. 1–32.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-459/17. pp. 1–37.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-525/17. pp. 1–47.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-075/18. pp. 1–166.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-360/18. pp. 1–49.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-235/19. pp. 1–50.

CORPORACIONES INTERNACIONALES

- Caso Great Northern Railway v. Sunburst Oil and Refining Co. (1932). Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América, 287 U.S. 353, 366.
- Caso Linkletter v. Walker. (1965). Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América, 381 U.S. 618.
- Caso Bercaitz, Miguel Ángel s. jubilación. (13 de septiembre de 1974). Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. Fallo 289:430, Buenos Aires, Argentina.
- Tribunal Constitucional de la Republica del Perú. (10 de octubre de 2005). Sentencia del 10 de octubre de 2005 - EXP. No. 0024-2003-AI/TC. pp. 1–14.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (Septiembre 29 de 1999). Caso Narciso Palacios contra Argentina. Informe No. 105/99. Caso 10.194.
- Convención Americana de Derechos Humanos (CADH). (1969). San José de Costa Rica.