Demanda de inconstitucionalidad contra el art. 4.° de la Ley 169 de 1896 y otros

Protegido por Habeas Data

Vie 18/02/2022 11:23

Para: Secretaria3 Corte Constitucional <secretaria3@corteconstitucional.gov.co>

Señores
Corte Constitucional
Magistrados
Secretaría General
Bogotá, D. C.

Protegido por Habeas Data con cédula de ciudadanía Protegido por Habeas Data del Consejo Superior de la Judicatura, ciudadano en ejercicio; respetuosamente presento demanda con pretensión de inconstitucionalidad contra el art. 4.° de la Ley 169 de 1896 y otras disposiciones.

Adjunto demanda y copia de la cédula de ciudadanía.

Protegido por Habeas Data

Señores
CORTE CONSTITUCIONAL
Magistrados
Secretaría General
secretaria3@corteconstitucional.gov.co
Bogotá, D. C.

Referencia: Demanda de inconstitucionalidad contra el art. 4.° de la Ley 169 de 1896 y las expresiones demandadas del inc. 2.° del art. 7.° y del inc. 2.° del núm. 7.° del art. 42 de la Ley 1564 de 2012

Protegido por Habeas Data con cédula Protegido por Habeas Data del Consejo Superior de la Judicatura, ciudadano en ejercicio; respetuosamente presento demanda con pretensión de inconstitucionalidad contra el art. 4.° de la Ley 169 de 1896, «Sobre reformas judiciales»; y las expresiones demandadas del inc. 2.° del art. 7.° y del inc. 2.° del núm. 7.° del art. 42 de la Ley 1564 de 2012, «Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones».

NORMAS DEMANDADAS

La pretensión de la demanda es la declaratoria de inexequibilidad, total o parcial, de las siguientes disposiciones legales:

1. PRETENSIÓN PRINCIPAL. Respecto a la primera disposición legal, como pretensión principal, se solicita la declaratoria de inexequibilidad total del artículo 4.° de la Ley 169/1896, que consagra la doctrina probable:

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

1.1 PRETENSIÓN SUBSIDIARIA. En subsidio, ante la eventual decisión de no declarar la inexequibilidad total del art. 4.° de la Ley 169/1896, se pretende la inexequibilidad parcial condicionada de las expresiones subrayadas «Tres decisiones» y «Tribunal de Casación» de

esta disposición, para que se entienda que un criterio o parámetro jurisprudencial unificado (*ratio decidendi*) contenido en una sola decisión, en ejercicio de cualquiera de las funciones de la Corte Suprema de Justicia, no limitada a la de casación, constituye doctrina probable con el valor reconocido por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, es decir, con carácter vinculante relativo, con la posibilidad del apartamiento judicial argumentado.

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

La declaratoria de inexequibilidad, total o parcial, del art. 4.° de la Ley 169/1896, tendría efecto sobre las siguientes disposiciones legales:

2. La expresión «de la doctrina probable» subrayada del inc. 2.° del art. 7.° del Código General del Proceso:

> «Legalidad. Los jueces, en sus providencias, están sometidos al imperio de la ley. Deberán tener en cuenta, además, la equidad, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina.
> Cuando el juez se aparte de la doctrina probable, estará obligado a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión. De la misma manera procederá cuando cambie de criterio en relación con sus decisiones en casos análogos».

3. La expresión «doctrina probable» subrayada del inc. 2.° del núm. 7.° del art. 42 del Código General del Proceso:

> «7. Motivar la sentencia y las demás providencias, salvo los autos de mero trámite.
> La sustentación de las providencias deberá también tener en cuenta lo previsto en el artículo 7 sobre doctrina probable».

Si la Corte Constitucional declara inexequible totalmente el 4.° de la Ley 169/1896, entendiendo que la doctrina probable será reemplazada por el precedente, o si declara inexequible parcialmente la disposición, con el alcance pretendido, el efecto objetivo consiste en que los justiciables que accedan a la jurisdicción ordinaria tendrán la garantía de que un criterio o parámetro jurisprudencial unificado (*ratio decidendi*) contenido en una sola decisión, no cualquier consideración aislada (*obiter dicta*), de la Corte Suprema de Justicia en sus Salas de Casación Civil y Agraria, Laboral y Penal, será aplicable con carácter vinculante relativo, manteniendo la misma Corte o los jueces de instancia la posibilidad del apartamiento judicial argumentado.

NORMAS CONSTITUCIONALES VIOLADAS

Las disposiciones legales demandadas violan el Preámbulo y los arts. 1.°, 2.°, 13, 29, 228, 229 y 230 de la Constitución Política, en la medida en que la conformación de la doctrina probable, según el 4.° de la Ley 169/1896, a partir de la exigencia legal de un número mínimo de tres decisiones, como parte de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, así como que sean producto solo de su función como tribunal de casación, desconoce el principio constitucional de igualdad de los justiciables ante la jurisdicción y la unidad del derecho, que precisamente se procuran garantizar con la unificación de la jurisprudencia por la Corte.

ACLARACIÓN PREVIA: INEXISTENCIA DE COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL

1. El interés jurídico que motiva esta demanda, producto de nuestra investigación doctoral[1], consiste en fortalecer la eficacia del valor de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, no restarlo, como podría pensarse a primera vista. En efecto, se pretende con esta demanda que, al suprimirse la doctrina probable, o en subsidio, la exigencia del número mínimo de tres decisiones y que solo se tenga por tal la que es producto de su función como tribunal de casación, la jurisprudencia con carácter vinculante relativo del tribunal de casación se identifique con el precedente, en la medida que con este comparte la misma finalidad y fundamentación, pero no exige un número mínimo de providencias.

2. La Corte Constitucional se ha pronunciado, en otro sentido, sobre la materia. En la sent. C-836/01[2] declaró exequible condicionalmente el art. 4.° de la Ley 169/1896, reconociendo carácter vinculante relativo a la doctrina probable, que antes era un criterio auxiliar, y permitiendo el apartamiento judicial debidamente argumentado. Una vez expedido el Código General del Proceso, la Corte Constitucional profirió la sent. C-621/15[3], en la cual declaró exequible el inciso 2.° del art. 7.° del Código General del Proceso.

En las sentencias indicadas, las demandas cuestionaron constitucionalmente el valor de la jurisprudencia del tribunal de casación, esto es, si tenía carácter vinculante o no. En esta nueva demanda se pretende la supresión de la doctrina probable para que sea reemplazada

---

[1] Bonett Ortiz, Samir Alberto. *El tribunal de casación de Colombia: crisis, constitucionalidad y convencionalidad*. Bogotá: Universidad Libre, 2021. Disponible en: https://repository.unilibre.edu.co/handle/10901/19399 Corresponde a la tesis doctoral, del mismo título. Director: Luis-Andrés Cucarella Galiana. Bogotá: Universidad Libre, 2021. 413 p. Disponible en: https://repository.unilibre.edu.co/handle/10901/20000

[2] Sentencia C-836/01, de 9 de agosto, MP Rodrigo Escobar Gil.

[3] Sentencia C-621/15, de 30 de septiembre, MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

por el precedente o, en subsidio, la eliminación del requisito cuantitativo de tres decisiones. Luego, el alcance de la demanda y los argumentos que la sustentan son diversos a los planteados en las demandas que dieron lugar a las sents. C-836/01 y C-621/15, no existiendo, por tanto, cosa juzgada constitucional.

El alcance de la demanda no debe entenderse como un desconocimiento del valor de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. No se cuestiona que la doctrina probable tenga carácter vinculante relativo, ni el apartamiento judicial argumentado. Tampoco se pretende que cualquier consideración de la sentencia pueda tener fuerza vinculante, sino solo aquella que constituya la *ratio decidendi*. Por el contrario, la declaratoria de inconstitucionalidad busca otorgarle una mayor eficacia al valor de esta jurisprudencia.

RAZONES DE LA VIOLACIÓN

1. VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE IGUALDAD DE LOS JUSTICIABLES ANTE LA JURISDICCIÓN

1.1 PATRÓN DE IGUALDAD. La exigencia legal de un número mínimo de tres decisiones uniformes para la conformación de la doctrina probable emanada de la Corte Suprema de Justicia, como tribunal de casación, según el art. 4.° de la Ley 169/1896, en un primer nivel, viola el principio constitucional de igualdad (CP, art. 13) de los justiciables ante la jurisdicción ordinaria (especialidades civil, comercial, familia y agraria; laboral y seguridad social, y penal). Esto ocurre en concreto cuando acuden haciendo valer como fundamento de derecho un criterio o parámetro jurisprudencial unificado (la función uniformadora de la Corte, consistente en unificar la jurisprudencia, se cumple en una sola sentencia, no en la reiteración del criterio; la primera unifica, las demás reiteran[4]) de la Corte Suprema de Justicia, que no está repetido al menos en dos decisiones de casación para constituir doctrina probable[5], frente a quienes concurren a las jurisdicciones constitucional y contencioso-administrativa en relación con el precedente, siendo un trato desigual entre iguales, sin justificación constitucional.

---

[4] Es diferente la unificación del criterio jurisprudencial (primera decisión o precedente) y la conformación de la doctrina probable (reiteración).

[5] Al respecto, incluso sobre la inexistencia de la exigencia de un número mínimo en la casación española, que sirvió de ejemplo a la colombiana, Vázquez Sotelo, José Luis. *La casación civil. (Revisión crítica)*. Barcelona: Ediser, 1979. pp. 69-71.

Para un estudio histórico relevante para comprender el origen de la doctrina probable en Colombia, en concreto, la exigencia del requisito cuantitativo, Tolosa Villabona, Luis Armando. *La jurisprudencia como medio para la protección de los derechos fundamentales*. Tesis doctoral. Directora: Ana Yasmín Torres Torres. Bogotá: Universidad Libre. 2020. 397 p. Disponible en: https://repository.unilibre.edu.co/handle/10901/18466

Por tanto, se trata de sujetos que acceden a la administración de justicia, pero que reciben un trato desigual en la cantidad de decisiones exigidas para la configuración del valor de la jurisprudencia emanada del máximo órgano de su jurisdicción, que pueden invocar en defensa de sus pretensiones, excepciones e intereses jurídicos, puesto que el precedente constitucional[6] y contencioso-administrativo[7] se puede estructurar en una sola sentencia, mientras que la doctrina probable mínimo en tres decisiones. Ambos tipos tienen carácter vinculante relativo, pero si un criterio jurisprudencial unificado expuesto en una o dos sentencias de la Corte Suprema de Justicia no alcanza el número mínimo, no tiene valor para que los justiciables puedan reclamar su aplicación a los jueces.

Inicialmente se podría objetar que los sujetos de derecho que acuden a las jurisdicciones ordinaria, constitucional y contencioso-administrativa son desiguales para hacer la comparación. Sin embargo, el precedente constitucional ha aceptado la procedencia del test de igualdad (débil, leve o suave[8]) entre justiciables que concurren ante diferentes jurisdicciones o especialidades, como en las sents. C-091/18[9], C-043/21[10] y C-210/21[11].

1.2 TRATO DESIGUAL. Se cuestiona, no el valor de la doctrina probable, sino como el legislador regula su conformación a partir de la exigencia legal de un requisito cuantitativo, debido a que, mientras no existan tres decisiones de casación uniformes, no existe la doctrina. Por el contrario, en el precedente no se requiere una cantidad, lo que permite invocarlo con el valor que la jurisprudencia le ha reconocido. La inexistencia de las tres decisiones puede darse por distintas causas, ajenas a los justiciables, p. ej., porque se trate de un asunto pocas veces conocido por la Corte, la disposición legal objeto de interpretación es reciente y no ha dado lugar a casación, la Corte no seleccione el asunto o, como es común, el asunto no sea resuelto de fondo por falta de rigor formal o técnica de casación.

En efecto, los justiciables que acuden a la jurisdicción ordinaria no pueden invocar con carácter vinculante un parámetro jurisprudencial unificado contenido en una sola o dos sentencias de la Corte Suprema de Justicia en asuntos civiles, comerciales, de familia, agrarios, laborales, de seguridad social y penales, siendo algunos derechos subjetivos de estas áreas de especial protección convencional y constitucional, como los derechos de los niños, niñas y adolescentes (CP, art. 44), y al trabajo y a la seguridad social (arts. 25, 53 y 48). En esta condición, estos sujetos, algunos de especial protección, están en desventaja frente a

---

[6] Sentencia T-078/19, de 26 de febrero, MP Antonio José Lizarazo Ocampo. p. 31.

[7] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia de 4 de septiembre de 2017, rad. 68001-23-31-000-2009-00295-01(57279), CP Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

[8] Este test de igualdad se ha usado por la Corte Constitucional en asuntos como el presente, p. ej., en sent. C-210/21, de 1.° de julio, MP José Fernando Reyes Cuartas.

[9] Sentencia C-091/18, de 26 de septiembre, MP Alejandro Linares Cantillo. pp. 8-12.

[10] Sentencia C-043/21, de 25 de febrero, MP Cristina Pardo Schlesinger. pp. 17-21.

[11] Sentencia C-210/21, citada. pp. 24-25.

quienes concurren a las jurisdicciones constitucional y contencioso-administrativa, en las que el precedente sí puede estar contenido en una sola decisión. Por ejemplo, un trabajador o beneficiario de la seguridad social no puede reclamar la aplicación de un criterio, ya unificado por la Corte sobre un asunto de salario o pensión, si no está reiterado en dos sentencias. Debe tenerse en cuenta que, al unificar la jurisprudencia la Corte cumple la finalidad de la casación de garantizar la igualdad de los justiciables, la unidad del derecho y los demás fines de la institución (Ley 270/96, art. 16, mod. Ley 1285/09, art. 7.°; CGP, art. 333; CPP, art. 180). Luego, esa finalidad no trasciende en los procesos ante la ausencia de la reiteración.

La utilidad de la jurisprudencia para los justiciables, como parte del sistema de fuentes del derecho (CP, art. 230), tiene importancia en la demanda y contestación, no solo por conveniencia, sino además por ser un requisito legal de estos actos procesales la invocación de los fundamentos de derecho de las pretensiones y excepciones (CGP, arts. 82 y 96; CPTSS, arts. 25 y 31), que no se limitan a la fuente normativa. Asimismo, es relevante su uso en los alegatos de conclusión y la sustentación de los recursos, en especial, de apelación y casación. También en otro tipo de solicitudes, como en caso de medida cautelar, nulidad procesal, etc. Desde el punto de vista del juez, al motivar la decisión, en especial, la sentencia, tiene el deber de examinar y aplicar los fundamentos jurídicos, entre ellos, jurisprudenciales (CGP, arts. 42, núm. 7.°; 279 y 280).

1.3 TRATO DESIGUAL SIN JUSTIFICACIÓN CONSTITUCIONAL. Es claro que la libertad de configuración del legislador no es absoluta[12]. El trato desigual señalado, regulado en la disposición legal demandada, desconoce el Preámbulo y los arts. 1.°, 2.°, 13, 29, 228, 229 y 230 de la Constitución Política. El contenido normativo de estas disposiciones constitucionales, que es violado por el 4.° de la Ley 169/1896, consiste en:

El Preámbulo, en concreto, la justicia e igualdad como valores fundantes del Estado. Como ha considerado la Corte Constitucional[13], «… el Preámbulo goza de **poder vinculante** en cuanto sustento del orden que la Carta instaura y, por tanto, toda norma -sea de índole legislativa o de otro nivel- que desconozca o quebrante cualquiera de los fines en él señalados, lesiona la Constitución porque traiciona sus principios» (negrita del texto). La violación del principio y derecho a la igualdad (art. 13) procesal planteada respecto a la conformación de la doctrina probable frente al precedente, conduce al desconocimiento de la justicia, en la medida en que, siendo sujetos que deben recibir un trato igual, reciben uno desigual de la jurisdicción. También el «marco jurídico» que el Preámbulo procura se alcanza con la unificación de la jurisprudencia, función que cumple la Corte Suprema de Justicia, pero a la que se le resta eficacia por la exigencia de la reiteración en dos decisiones.

---

[12] *Ibid.*, pp. 33-36.

[13] Sentencia C-479/92, de 13 de agosto, MP José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero. pp. 27-31. La cita es de la p. 28.

El artículo 1.°, en cuanto adopta la concepción del Estado social de derecho, que tiene relación con la justicia e igualdad, puesto que una de sus manifestaciones precisamente es la administración de justicia, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional[14], debido a que «… el derecho de acceso a la administración de justicia constituye un pilar fundamental de la estructura de nuestro actual Estado Social de Derecho, en cuanto contribuye decididamente a la realización material de sus fines esenciales…». Por la misma razón invocada en el punto anterior sobre el Preámbulo, se afecta una de las manifestaciones del Estado social de derecho, como es la justicia, ya que el trato desigual cuestionado, que no tiene justificación constitucional, no puede aceptarse como una expresión de justicia.

El artículo 2.° sobre los fines esenciales del Estado, en particular, el de garantizar la efectividad de los principios y derechos consagrados en la Constitución. Esto debido a que el parámetro jurisprudencial unificado de la Corte tiende a que los jueces de instancia, al decidir casos concretos, cumplan el mandato de garantizar la tutela jurisdiccional efectiva, consagrada en el art. 229. La uniformidad de la jurisprudencia que procura la Corte Suprema de Justicia tiene como propósito, además de la garantía de la igualdad procesal, la unidad del derecho, en la medida en que varias interpretaciones de una misma disposición legal por los jueces de instancia, implicarían decisiones contrarias sobre hechos similares. Para evitar esta situación, la Corte unifica la jurisprudencia, que es un elemento decisivo para la tutela jurisdiccional efectiva, debido a que esta parte de la base de que el derecho sustancial es reconocido a la parte que tiene la razón. Este aspecto tiene relación con la prevalencia del derecho sustancial garantizada en el art. 228, ya que es claro que esa uniformidad de la jurisprudencia contiene la interpretación autorizada de la disposición legal, de acuerdo con el criterio del tribunal de casación, que es fuente de derecho (art. 230), ya se trata del máximo órgano de la jurisdicción ordinaria con esta función constitucional (art. 235, núm. 1.°)[15].

En el fondo, se afectan los derechos a la defensa y a la impugnación, como garantías del debido proceso (art. 29), puesto que los justiciables se ven privados de una fuente formal y argumento de persuasión para alcanzar la aplicación de la disposición legal, debidamente interpretada por la Corte Suprema de Justicia, como parte de los fundamentos de derecho que invocan en sustento de sus pretensiones, excepciones e intereses jurídicos. En cuanto a la impugnación, no permite una sustentación completa y favorable del recurso a partir de la invocación de la jurisprudencia aplicable al caso concreto.

---

[14] Sentencia C-426/02, de 29 de mayo, MP Rodrigo Escobar Gil. pp. 37-41. La cita es de la p. 37.

[15] Sentencia C-836/01, citada. p. 35: «Con todo, como se dijo antes, la fuerza normativa de la doctrina probable proviene (1) de la **autoridad** otorgada constitucionalmente al órgano encargado de establecerla, unificando la jurisprudencia ordinaria nacional; (2) del carácter decantado de la interpretación que dicha autoridad viene haciendo del ordenamiento positivo, mediante una **continua confrontación y adecuación a la realidad social**…» (negrita del texto).

1.3.1 Además, puede considerarse, desde la perspectiva del interés general o los grupos mayoritarios, a partir de la estadística de acceso a la justicia (art. 230) recopilada por el Consejo Superior de la Judicatura, que el grupo de justiciables que concurre a la jurisdicción ordinaria es el mayoritario frente a las otras jurisdicciones. Así, en 2020[16] el número de asuntos que ingresaron a la jurisdicción ordinaria fue 1.709.059, mientras que en la constitucional fue 1058 y en la contencioso-administrativa fue 169.946. A su vez, en 2019[17] «… el 89,87% de la demanda de justicia de la Rama Judicial ingresó a la jurisdicción ordinaria. (…) Por su parte, a la jurisdicción de lo contencioso administrativo ingresó el 8,84% de los asuntos y en menor proporción (1,24% y 0.04%) fueron recibidos en la jurisdicción disciplinaria y la jurisdicción constitucional»[18]. El mismo ejercicio puede hacerse en años anteriores.

1.3.2 De otra parte, se podría considerar, siguiendo a la Corte Constitucional (sent. C-621/15[19]), ya no desde el punto de vista de los sujetos, sino como un elemento, hecho o situación, que se trata de clases de jurisprudencia diferentes, lo cual justificaría constitucionalmente el trato desigual. En concreto, la Corte considera:

> «La Corte determinó que la doctrina probable y el precedente judicial, son dos vías distintas para darle fortaleza a la decisión judicial y con ello contribuir a la seguridad jurídica y al respeto por el principio de igualdad. Encontró que mientras la doctrina probable establece una regla de interpretación de las normas vigentes, que afecta la parte considerativa de la decisión judicial, el precedente judicial establece reglas sobre la aplicación de las normas en casos precisos, afecta por lo tanto aquellos casos cuyos hechos se subsuman en la hipótesis y están dirigidos a la parte resolutiva de la decisión».

A pesar de la anterior distinción de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en el fondo la doctrina probable y el precedente persiguen en común el ideal de la administración de justicia de que casos similares, en cuanto a los hechos, sean decididos de forma similar, en cuanto a la aplicación del derecho. Así, tienen estas semejanzas relevantes que justifican la exigencia de trato igual: *i)* la finalidad, que consiste en «garantizar el principio constitucional de igualdad y la unidad del derecho, manifestada en la seguridad jurídica,

---

[16] Informe presentado por el Consejo Superior de la Judicatura al Congreso de la República, 2020. p. 32. Disponible en la página Web de la Rama Judicial / Consejo Superior de la Judicatura: https://www.ramajudicial.gov.co/web/publicaciones/2020-2021

[17] Informe, 2019. p. 24. Disponible en: https://www.ramajudicial.gov.co/web/publicaciones/2019-2020

[18] Para este informe la jurisdicción constitucional corresponde al movimiento de procesos de la Corte Constitucional. Esta nota es de la cita.

[19] Sentencia C-621/15, citada. p. 51.

certeza del derecho y previsibilidad de la decisión judicial»[20]; así se ha fundamentado frente a la doctrina probable por la Corte Constitucional, p. ej., en sent. C-836/01[21] y el precedente, p. ej., en sent. C-539-11[22]; *ii)* la identificación con la *ratio decidendi* de la sentencia[23], *iii)* el valor, porque ambas son vinculantes de modo relativo y permiten el apartamiento judicial argumentado[24]; *iv)* el cambio de jurisprudencia, tanto de doctrina probable[25], como de precedente[26], se fundamenta en razones similares y; *v)* el desconocimiento de ambas hace procedente la acción de tutela contra la providencia judicial[27]. Sobre este último punto, incluso se presenta una situación particular, consistente en que, siendo clases de jurisprudencia distintas (sent. C-621/15), finalmente se tratan como iguales y se confunden, como cuando la Corte Constitucional en la revisión de sentencias de tutela acepta su procedencia por desconocimiento del *precedente*, cuando la conducta que vulnera el derecho fundamental consiste en la violación de la *doctrina probable* de la Corte Suprema de Justicia, p. ej., en la sent. T-459/17[28].

Puede afirmarse que «Si a la regulación de la doctrina probable (Ley 169/1896, art. 4.°) se excluye la exigencia del número mínimo de tres decisiones, quedaría el precedente»[29]. Es posible sostener que, de no existir la doctrina probable al momento en que se incorporó el precedente, probablemente se hubiese extendido a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, como se hizo en el Consejo de Estado, sin mayor dificultad. Por tanto, el trato desigual indicado establecido por el legislador no tiene justificación constitucional.

En la misma línea de justificar la distinción indicada, se podría objetar a los anteriores argumentos que el precedente tiene condiciones de aplicación que la jurisprudencia ha precisado, mientras que para la doctrina probable no. Es cierto que la Corte Constitucional[30] ha identificado los requisitos del precedente en la semejanza de hechos relevantes, la consecuencia jurídica y la vigencia de la regla jurisprudencial. Sin embargo, a pesar de que no se señale para la doctrina probable, en el fondo el control que hace la Corte Suprema de

---

[20] Bonett Ortiz, *El tribunal de casación de Colombia: crisis, constitucionalidad y convencionalidad*. ob. cit., p. 266.

[21] Sentencia C-836/01, citada. pp. 21-32.

[22] Sentencia C-539/11, de 6 de julio, MP Luis Ernesto Vargas Silva. pp. 25-39.

[23] Sentencia C-836/01, citada. p. 36.

[24] *Ibid.*, pp. 32-35, 37-38.

[25] *Ibid.*, pp. 34-36.

[26] Sentencia C-898/11, de 30 de noviembre, MP Luis Ernesto Vargas Silva. pp. 15-17.

[27] A partir de la sent. C-590/05, de 8 de junio, MP Jaime Córdoba Triviño. pp. 26-28, entre muchas, en caso de desconocimiento de doctrina probable, p. ej., sent. T-459/17, de 18 de julio, MP Alberto Rojas Ríos; en caso de precedente constitucional, sent. SU217/19, de 21 de mayo, MP Antonio José Lizarazo Ocampo y; en caso de precedente contencioso-administrativo, sent. SU353/20, de 26 de agosto, MP Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[28] Sentencia T-459/17, citada. pp. 22-23.

[29] Bonett Ortiz, *El tribunal de casación de Colombia: crisis, constitucionalidad y convencionalidad*. ob. cit., p. 267.

[30] Entre otras, Sentencia T-078/19, citada. pp. 31-32.

Justicia y los jueces de instancia, cuando se les reclama la aplicación de la doctrina, es verificar que ese criterio resulte aplicable al caso de acuerdo con los hechos, y siendo el alcance de la misma disposición legal, se revisa que la consecuencia jurídica sea la misma, así como que el parámetro esté vigente. Para evidenciarlo, si se piensa en la doctrina probable, que se citará, sobre la indemnización moratoria en materia laboral, cuando la Corte o los jueces examinan su aplicación al caso concreto, verifican que se trate de hechos similares (omisión de pago de salario y prestaciones al trabajador por el empleador, y análisis de la buena o mala fe), que la consecuencia jurídica sea similar, esto es, la condena al empleador de pagar la indemnización prevista en el art. 65 del Código Sustantivo del Trabajo y, por supuesto, se parte de la base de que el parámetro jurisprudencial está vigente.

1.3.3 Respecto a la diferencia citada entre doctrina probable y precedente, según la Corte Constitucional (sent. C-621/15), tomando unos ejemplos de la función que cumple esta doctrina, es posible sostener que dicha distinción no puede fundarse en el argumento señalado (doctrina probable como regla de *interpretación* y precedente como regla de *aplicación*), puesto que no es suficiente, ya que en el fondo no existe dicha distinción. Esto debido a que dicha doctrina no solo «establece una regla de interpretación de las normas vigentes, que afecta la parte considerativa de la decisión judicial», sino que en el fondo «establece reglas sobre la aplicación de las normas en casos precisos, afecta por lo tanto aquellos casos cuyos hechos se subsuman en la hipótesis».

Por tanto, si bien la doctrina probable se forma a partir de la unificación de la jurisprudencia de casación, lo cierto es que se proyecta en la aplicación de la disposición legal cuyo alcance ha sido uniformado, no de otra forma se entiende que antes constituía un criterio auxiliar y a partir de la sent. C-836/01 tiene carácter vinculante relativo. Si aún se pensara que, a pesar de la unificación del parámetro jurisprudencial, la misma Corte o los jueces de instancia pueden apartarse, finalmente lo mismo ocurre con el precedente. Algunos ejemplos de esta doctrina, en diferentes Salas de Casación de la Corte Suprema de Justicia, permiten observar que el efecto de dicha doctrina trasciende de la interpretación a la aplicación, haciendo desaparecer la línea trazada por la Corte Constitucional para distinguir estas clases de jurisprudencia:

i) Doctrina probable sobre la acción reivindicatoria, en concreto, los elementos esenciales. La Sala de Casación Civil y Agraria en sent. SC211-2017[31] reitera el criterio unificado:

> «De antaño, esta Corte ha forjado toda una línea jurisprudencial que ha permitido construir una doctrina probable (artículo 4 Ley 169 de 1896, inciso segundo del artículo 7 del Código

[31] Sentencia SC211-2017, de 20 de enero, MP Luis Armando Tolosa Villabona. p. 34.

General del Proceso, concordante con la regla 230 de la Constitución Política de 1991), vigorosa y persistente, fijando sin discusión los elementos cardinales que integran la acción de dominio para su buen suceso:
En efecto, en sentencia de 13 de julio de 1938, expuso la Sala de Casación Civil: *"Se establecen los factores jurídicos necesarios para la viabilidad de la acción de dominio: a) Derecho de dominio del demandante. b) Cosa singular reivindicable o cuota determinada de cosa singular. c) Posesión del demandado. D) Identificación de la cosa por reivindicar"*[32]» (cursiva del texto).

Esta doctrina no solo determina al *interpretación* de la disposición legal, sino que señala los elementos que el juez debe encontrar acreditados para la *aplicación* de la disposición, tanto que, de lo contrario, la pretensión es negada.

ii) Doctrina probable sobre la indemnización moratoria, en concreto, el análisis de la conducta del empleador a la terminación del contrato de trabajo. La Sala de Casación Laboral en sent. SL3962-2014[33] expone un parámetro unificado:

«*La buena fe se ha dicho siempre que equivale a obrar con lealtad, con rectitud, de manera honesta, en contraposición con el obrar de mala fe; y se entiende que actúa de mala fe "quien pretende obtener ventajas o beneficios sin una suficiente dosis de probidad o pulcritud" (Gaceta Judicial, Tomo LXXXVIII, pág. 223), como lo expresó la Sala Civil de esta Corte en sentencia de 23 de junio de 1958.*
Esa buena fe que la jurisprudencia ha encontrado en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo y que le ha servido, si se halla suficientemente probada, para exonerar al empleador del pago de la indemnización moratoria cuando se le encuentra judicialmente responsable de la falta de pago de salarios y prestaciones a la terminación del contrato, es la creencia razonable de no deber, pero no es una creencia cualquiera sino una debidamente fundada, pues aunque igualmente se ha admitido que corresponde a la que se ha dado en denominar buena fe simple, que se diferencia de la buena fe exenta de culpa o cualificada, debe entenderse, con todo, que es aquella que cabe definir como la conciencia de haber obrado legítimamente y con ánimo exento de fraude» (cursiva del texto).

Así como en el caso anterior, en este la Corte reitera el criterio jurisprudencial unificado, pero dicha doctrina no se limita a la *interpretación*, sino que produce el efecto de estar dirigida, con carácter vinculante relativo, a la misma Corte y jueces de instancia para la *aplicación* del art. 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

---

[32] CSJ. Civil. Sentencia 13 de julio de 1938, Tomo XLVI n°. 1938, pág. 713 – 717. Esta nota es de la cita.
[33] Sentencia SL3962-2014, de 19 de marzo, MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo. p. 26.

1.3.4 Sin desconocer la naturaleza jurídica de la casación y las funciones del tribunal de casación frente a las otras Altas Cortes, no tiene justificación constitucional que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, que fue el primer alto tribunal de justicia creado con la función de unificar la jurisprudencia, esté sometido a la limitación de una condición cuantitativa de un número mínimo de sentencias de casación para que sus parámetros jurisprudenciales tengan valor y sean vinculantes para la misma Corte y los jueces de instancia. No se cuestiona que la *ratio decidendi* de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado tenga valor en la forma del precedente, sino que la *ratio decidendi* de la jurisprudencia unificada de la Corte Suprema de Justicia sí tenga ese obstáculo. Si actualmente se acepta que la Corte Constitucional y el Consejo de Estado cumplen una función trascendental en la unificación de la jurisprudencia en sus campos, sin exigencia de número mínimo de decisiones, no existe razón para que la legislación de finales del siglo XIX continúe, en nuestro tiempo presente, exigiendo un requisito cuantitativo para la doctrina probable, que se justificó en aquella época anterior de incertidumbre sobre el valor de la jurisprudencia, a partir de los conceptos francés y español de jurisprudencia constante y doctrina legal, respectivamente[34].

1.3.5 Finalmente, para concluir el punto de la inexistencia de justificación constitucional, es necesario tener en cuenta el criterio de la Corte Constitucional[35], según el cual se identifican unos casos en los que no se desconoce la igualdad procesal, para resaltar que las disposiciones legales demandadas no procuran ninguno en el asunto de esta demanda:

> «De manera que una norma acusada de desconocer el principio de igualdad procesal no contraviene la Constitución cuando: "*(i)* el derecho al debido proceso de las partes procesales se mantiene incólume; y *(ii)* se privilegien principios como la celeridad (…) y el principio de economía procesal. Además, (…) debe analizar *(iii)* el prototipo del esquema procesal adoptado, *(iv)* la pretensión de proteger a la parte débil de la relación procesal y *(v)* la búsqueda de la superación de anomalías como la información asimétrica y los incentivos para impedir o retardar el impulso del proceso"[36]. Por el contrario, cuando la Corte encuentra que la simplificación del trámite judicial "envuelve la anulación del derecho en función del cual fue instituida la garantía o el mecanismo procesal, ha declarado la inexequibilidad de la respectiva disposición"[37]».

---

[34] Tolosa Villabona, *La jurisprudencia como medio para la protección de los derechos fundamentales*. ob. cit., pp. 290-314.

[35] Sentencia C-210/21, citada. p. 39.

[36] Ibídem. (La cita anterior que se reitera es Sentencia C-345 de 2019).

[37] Sentencia C-443 de 2019, que trae a colación sobre el punto mencionado las sentencias C-203 de 2011, C-863 de 2012, C-425 de 2015, C-337 de 2016 y C-492 de 2016. Las notas 36 y 37 son de la cita.

1.4 Además de la violación frente a la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, en un segundo nivel, también la violación del principio de igualdad se presenta al interior de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en la medida en que la doctrina probable, como se ha resaltado, solo proviene de sus decisiones «como Tribunal de Casación», pero la Corte cumple otras funciones, de la cuales también emanan criterios jurisprudenciales unificados, como en virtud del recurso de revisión (civil y laboral) o acción de revisión (penal). Además, existen parámetros contenidos en providencias que no son sentencias, sino autos, como los relativos a conflictos de competencia.

1.5 Por último, en un tercer nivel, incluso, la violación del principio de igualdad no solo se manifiesta frente a la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, sino en la misma Corte Suprema de Justicia, además del segundo nivel indicado, puesto que esta ha aceptado que su jurisprudencia también puede constituir precedente, aunque no alcance el número mínimo de tres decisiones, esto es, que el criterio jurisprudencial unificado contenido en una o dos sentencias que, por tanto, no alcanza el número mínimo para ser doctrina probable con *carácter vinculante relativo*, se le asigna el valor de precedente con *carácter vinculante relativo*. Es decir, la Corte Suprema de Justicia ha atribuido este valor a un parámetro jurisprudencial suyo contenido en la primera sentencia del asunto (siendo así, para qué la doctrina), y que por lo mismo no constituye doctrina probable. Así ha sucedido en la sent. SC10304-2014 de la Sala de Casación Civil y Agraria, de 5 de agosto, MP Luis Armando Tolosa Villabona[38]:

> "«1.1. Sin embargo, en el caso no puede hablarse de doctrina probable, pues al tenor del artículo 4 de la Ley 169 de 1896, en relación con los efectos retrospectivos de la Ley 54 de 1990, el valor vinculante solicitado estaría dado por tres decisiones uniformes de la Corte en sede de casación.
> Lo anterior se echa de menos en el *sub lite*, porque al momento de proferirse el fallo atacado, el 21 de julio de 2010, no existía jurisprudencia constante en la materia, pues la única decisión al respecto existente, fue emitida por mayoría el 28 de octubre de 2005 (expediente 00591). Solo después de aquella data, los efectos retrospectivos dichos se abrazaron, aunque no por unanimidad, en las sentencias de casación de 3 de noviembre de 2010 (expediente 00196), de 22 de noviembre de 2010 (expediente 00997) y de 12 de diciembre de 2011 (expediente 01261). Igualmente, en la sustitutiva de 12 de agosto de 2011 (expediente 00997).
> En consecuencia, ante la ausencia, para la época, de la doctrina probable en la temática discutida, el Tribunal no pudo violar las normas de derecho sustancial citadas en el cargo, tampoco el artículo 4 de la Ley 169 de 1896.
> 1.2. El precedente, con todo, cabía observarse, porque al ser el resultado de la aplicación e interpretación de la ley positiva, ésta se ve reflejada en esa laboriosidad, razón por la cual

[38] Citada por Bonett Ortiz, *El tribunal de casación de Colombia: crisis, constitucionalidad y convencionalidad*. ob. cit., pp. 268-269.

debe servir de obligada herramienta de decisiones venideras, mayormente cuando proviene del órgano constitucionalmente encargado de unificar la jurisprudencia. Así se garantiza, de un lado, la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas frente a la ley, y de otro, la consistencia del ordenamiento jurídico.

1.2.1. Si el precedente, contrastado con el litigio pendiente de resolver, se identifica, esto supone decisiones uniformes. Por lo mismo, sirve de parámetro para los justiciables, en la medida que aporta cierto nivel de previsibilidad acerca de la aplicación e interpretación de una disposición legal.

Aceptar, frente a casos iguales, tratos jurídicos y judiciales diferenciados, implica generar, en contra de la paz y del sosiego sociales, caos y desconcierto, inestabilidad e inseguridad jurídicas. En un estado de cosas tal, los usuarios del servicio, entonces, no sabrían de antemano a qué atenerse y estarían a merced del capricho o de la posición personal del juez de turno.

De ahí, el respeto a la jurisprudencia de las cortes y en particular de esta Corporación, inclusive del autoprecedente, surge basilar en la tarea de administrar justicia. Por esto, cuando un funcionario investido de jurisdicción se apresta a resolver un caso y en la materia controvertida lo encuentra igual a otro decidido en el pasado, no puede pasarlo de largo, precisamente, en protección del derecho a la igualdad, así como de los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima». pp. 9-11. (Cursiva del texto)".

Lo anterior implica la coexistencia en la Corte Suprema de Justicia de la doctrina probable y el precedente, la primera formándose a partir de un criterio uniforme contenido mínimo en tres sentencias de casación, mientras que el precedente, siendo el mismo criterio, en la primera decisión. Luego, si el parámetro de la jurisprudencia de casación tiene valor vinculante relativo en el modo de precedente al estar expuesto en la primera sentencia, qué sentido jurídico y de utilidad justifica dicha doctrina.

2. VIOLACIÓN DE LA UNIDAD DEL DERECHO, MANIFESTADA EN LA SEGURIDAD JURÍDICA, CERTEZA DEL DERECHO Y PREVISIBILIDAD DE LA DECISIÓN JUDICIAL

2.1 La función atribuida históricamente a la Corte Suprema de Justicia desde la Constitución de 1886, de unificar la jurisprudencia, se ve afectada por la exigencia de un requisito cuantitativo para la configuración de la doctrina probable, en la medida que la unificación de la jurisprudencia, en general, se alcanza en una sola sentencia, pero su valor continúa supeditado a un número mínimo de decisiones, lo que se traduce a que en la práctica toda su reflexiva labor jurisdiccional, en constante evolución, perdería sentido de utilidad, debido a que, si no alcanza el número mínimo de tres decisiones, no será doctrina probable y, por tanto, no será vinculante para la misma Corte y los jueces de instancia. Siendo así, «La

exigencia de un número mínimo de sentencias uniformes privilegia el aspecto cuantitativo (tres decisiones) sobre el cualitativo, consistente en la solidez de sus fundamentos»[39].

2.2 La consecuencia objetiva de esta regulación indicada (núm. 1) se traduce en la diversidad de criterios que pueden adoptar los jueces de instancia al interpretar una misma disposición, lo que afecta la unidad del derecho, manifestada en la seguridad jurídica, certeza del derecho y previsibilidad de la decisión judicial. En efecto, no produce seguridad jurídica en la sociedad que el tribunal de casación adopte, en una sentencia, un parámetro razonado sobre la interpretación de una disposición legal cumpliendo la finalidad de unificación de la jurisprudencia atribuida en la Constitución (art. 235, núm. 1.°), si los jueces de instancia pueden desconocerlo solo porque no alcanza el número mínimo de tres decisiones. Ya no se trata de unificación, sino de reiteración, que es lo que hace configurar la doctrina probable.

Esta consideración puede objetarse a partir de la independencia o autonomía de los jueces. Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha armonizado esta independencia, que no es absoluta, sino relativa (sent. T-698/04[40]), con el deber del juez de acatar la jurisprudencia, permitiendo al juez apartarse del criterio jurisprudencial con la debida argumentación.

2.3 El mismo efecto práctico objetivo de la doctrina probable y el precedente se observa en la intención del legislador de obligar a los jueces de instancia a decidir los asuntos siguiendo el criterio de interpretación aplicado a la resolución de casos antecedentes o precedentes. Pero este parámetro de los jueces de instancia no puede llegar a ser dicha doctrina, pues no actúan como tribunal de casación. Por tanto, el legislador adoptó para los jueces de instancia el precedente, en especial, el horizontal. Así lo establece el art. 7.° del Código General del Proceso, incorporando la doctrina probable y el precedente.

COMPETENCIA

Según el art. 241, núm. 4.° de la Constitución, la Corte Constitucional es competente para decidir las demandas con pretensión de declaratoria de inconstitucionalidad de las leyes, por su contenido material, como en este caso.

---

[39] *Ibid.*, p. 319.

[40] Sentencia T-698/04, de 22 de julio, MP Rodrigo Uprimny Yepes. pp. 18-19.

ANEXO

Adjunto copia de la cédula de ciudadanía del demandante.

NOTIFICACIONES

Protegido por Habeas Data

Atentamente,

Protegido por Habeas Data