

El precedente en Colombia*

RESUMEN

El objetivo de este informe es determinar si las sentencias judiciales tienen el carácter de precedente en el sistema jurídico colombiano, y si es así, cuál es el fundamento, cuáles las características y cuál el alcance de este carácter. En este contexto me referiré al precedente con las dos ideas que, de acuerdo con BELL, conforman este concepto, es decir: “tratar las decisiones previas como enunciados autoritativos del derecho que funcionan como buenas razones para decisiones subsecuentes” y exigir a los “jueces de tribunales específicos que consideren ciertas decisiones previas, sobre todo las de las altas cortes, como una razón vinculante”. Aquí defenderé la tesis según la cual, a pesar de que el derecho colombiano tiene la estructura y los fundamentos de un sistema de derecho continental, después de una evolución posterior a la Constitución de 1991, tanto el derecho positivo como la práctica han llegado a reconocer que las sentencias judiciales tienen el carácter de precedente. Presentaré los argumentos que sostienen esta tesis en dos partes. En la primera reconstruiré con brevedad el proceso que condujo al reconocimiento del carácter de precedente a la jurisprudencia y daré cuenta de los fundamentos jurídicos de tal carácter. En la segunda precisaré qué es precedente, cómo debe aplicarse y cuál es su alcance en el derecho colombiano.

PALABRAS CLAVE

Precedente, sistema de fuentes, sistema de derecho continental.

* Abogado de la Universidad Externado de Colombia. Doctor en derecho de la Universidad de Salamanca. En la actualidad se desempeña como profesor de Introducción al derecho y de derecho constitucional de la Universidad Externado de Colombia.

* Informe nacional preparado para el Congreso de la Academia Internacional de Derecho Comparado, en Utrecht (Holanda), en julio de 2006.

ABSTRACT

The purpose of this report is to determine whether court rulings have the character of precedent in the Colombian legal system, and if so, what is the rationale, the nature and extent of this character. In this context I will refer to the precedent with the two ideas that, according to BELL, make up this concept: “treat prior decisions as set out authoritative law that function as good reasons for subsequent decisions” and to require “judges of specific courts to consider certain preliminary decisions, particularly those of high courts, as a reason binding”. We will defend the argument that, although the Colombian has the right structure and the foundations of a continental law system, after an evolution after the 1991 Constitution, both positive law and practice have come to recognize that court rulings have the character of precedent. I shall present the arguments that sustain this thesis into two parts. The first will rebuild soon with the process that led to the recognition of the nature of the case law and precedent to give account of the legal foundations of such a character. In the second specifying what is above, how to apply and what is its scope in Colombian law.

KEY WORDS

Precedent, sources system, continental law system.

INTRODUCCIÓN

El objetivo de este informe es determinar si las sentencias judiciales tienen el carácter de precedente en el sistema jurídico colombiano, y si es así, cuál es el fundamento, cuáles las características y cuál el alcance de este carácter. En este contexto me referiré al precedente con las dos ideas que, de acuerdo con BELL, conforman este concepto, es decir: “tratar las decisiones previas como enunciados autoritativos del derecho que funcionan como buenas razones para decisiones subsecuentes” y exigir a los “jueces de tribunales específicos que consideren ciertas decisiones previas, sobre todo las de las altas cortes, como una razón vinculante”¹.

Aquí defenderé la tesis según la cual, a pesar de que el derecho colombiano tiene la estructura y los fundamentos de un sistema de derecho continental, después de una evolución posterior a la Constitución de 1991, tanto el derecho positivo como la práctica han llegado a reconocer que las sentencias judiciales tienen el carácter de precedente. Presentaré los argumentos que

1. J. BELL. “Sources of Law”, en P. BIRKS (ed.). *English Private Law*, 1, Oxford, Oxford University Press, 2000, pp. 1, 29.

sostienen esta tesis en dos partes. En la primera reconstruiré con brevedad el proceso que condujo al reconocimiento del carácter de precedente a la jurisprudencia y daré cuenta de los fundamentos jurídicos de tal carácter. En la segunda precisaré qué es precedente, cómo debe aplicarse y cuál es su alcance en el derecho colombiano.

I. LA SENDA DEL PRECEDENTE

A. EL DERECHO COLOMBIANO COMO SISTEMA DE DERECHO CONTINENTAL

1. La fuerza vinculante de la ley y el carácter auxiliar de la jurisprudencia

Desde el advenimiento de la República, el derecho colombiano se estructuró como un sistema de derecho continental. Colombia no escapó a la influencia del racionalismo codificador posrevolucionario francés, que erigía a la ley en la principal fuente del derecho y atribuía a la jurisprudencia sólo el carácter de criterio auxiliar. Estos dos pilares del sistema de derecho continental fueron reconocidos por el aún vigente Código Civil de 1873, redactado por don ANDRÉS BELLO con clara inspiración del Código Napoleónico de 1804. Mientras su artículo 18 establece que “La ley es obligatoria tanto a los nacionales como a los extranjeros residentes en Colombia”, su artículo 17 prescribe que “las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que fueron pronunciadas” y prohíbe “a los jueces proveer en los negocios de su competencia por vía de disposición general o reglamentaria”. De acuerdo con estos artículos, la ley debe ser la única fuente del derecho que vincule al juez. Si el juez desconoce la ley, falla por fuera del derecho. En esta misma dirección, incluso dos de las primeras constituciones –el artículo 171 de la Constitución de 1821 y, luego, el artículo 147 de la Constitución de 1832– ordenaron a los jueces y tribunales de forma explícita mencionar en sus sentencias la ley que aplicaban en cada caso.

Según el Código Civil, a diferencia de la ley, la jurisprudencia no vincula al juez. Acaso sólo lo orienta para decidir casos cuya solución no aparezca con claridad en la ley². Por consiguiente, la jurisprudencia debería ser sólo una fuente supletoria, cuya eficacia debería estar condicionada a la existen-

2. Cfr. el artículo 8.º de la Ley 153 de 1887: “Cuando no hay ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales del derecho”. La jurisprudencia que aplica la analogía y las reglas generales del derecho adquiere autoridad y es seguida en casos futuros. Por su parte, de acuerdo con las sentencias C-083 de 1995 y C-068 de 2000, la jurisprudencia de la Corte Constitucional es doctrina constitucional integradora.

cia de problemas hermenéuticos de oscuridad de la disposición legal³, falta de coherencia entre disposiciones de igual jerarquía⁴ o falta de plenitud del orden normativo⁵. Según esta línea argumentativa, si el juez desconoce la jurisprudencia, puede que no aplique al caso la mejor interpretación jurídica, pero falla dentro del derecho.

Esta atribución del carácter de criterio auxiliar a la jurisprudencia quedó plasmado de forma explícita en el artículo 4 de la Ley 169 de 1896, según el cual, “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”. En este texto, la inflexión “podrán” evidencia el carácter no obligatorio de la jurisprudencia.

2. Los precedentes de la Corte de Oro

A pesar de esta meridiana filiación del derecho colombiano a los principios del sistema de derecho continental, en los años treinta del siglo XX tuvo lugar un fenómeno particular: la Corte Suprema de Justicia, conformada en aquel entonces por un grupo de egregios juristas, y conocida para la posteridad como la “Corte de Oro”, profirió varias sentencias que introdujeron al sistema jurídico nuevos elementos que no aparecían en las leyes y que provenían sobre todo de la jurisprudencia francesa.

Aun cuando estos conceptos no adquirieron un reconocimiento legal, fueron aplicados por los jueces civiles para resolver casos futuros. Mediante sus sentencias de casación, la Corte Suprema de Justicia controló el respeto de esta jurisprudencia por parte de los jueces ordinarios. De este modo, tales sentencias de la Corte de Oro se convirtieron en los primeros precedentes del derecho colombiano. Aún hoy se considera que si un juez no los aplica, falla por fuera del derecho.

B. EL PRECEDENTE TRAS LA CONSTITUCIÓN DE 1991

1. El artículo 230 de la Constitución de 1991

El artículo 230 de la actual Constitución colombiana reiteró la formulación tradicional sobre la fuerza vinculante de la ley y el carácter auxiliar de la jurisprudencia. De acuerdo con este artículo, “Los jueces, en sus providencias,

3. En este caso la jurisprudencia debe aclarar el propósito de la disposición legal oscura.

4. En este caso la jurisprudencia debe determinar cuál de las disposiciones legales debía aplicarse.

5. En este caso la jurisprudencia debe llenar la laguna normativa.

sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”.

2. La lucha por el precedente

A pesar de esta formulación tradicional, en los años posteriores a la expedición de la Constitución de 1991, en las altas cortes y en la doctrina se trabó una discusión en torno al problema de si las sentencias judiciales, y sobre todo las de la Corte Constitucional, debían tener el carácter de precedente. Desde entonces, en esta discusión ha sido posible identificar una tesis escéptica y otra optimista.

a. El escepticismo frente al precedente

La tesis escéptica descrea de la posibilidad de fundamentar la idea de precedente en el derecho colombiano. Su principal asidero estriba en una interpretación histórica y literal del mencionado artículo 230 de la Constitución. Fiel a la voluntad del Constituyente, esta interpretación sostiene que la Constitución definió a la ley como la única fuente del derecho que vincula al juez, para proteger la independencia judicial⁶. Además, esta tesis señala que en el derecho colombiano no existe una disposición que imponga al juez el deber de sujetarse a la jurisprudencia de las altas cortes y que el principio del *stare decisis* es propio de un modelo de “*case law*”, incompatible con nuestro sistema de derecho continental.

La tesis escéptica encontró abanderados en varios magistrados de la primera Corte Constitucional⁷ y se perfiló como la doctrina determinante, entre otras, en la capital Sentencia C-131 de 1993⁸. Del mismo modo, su espíritu caló en la redacción del artículo 48 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, que reiteró que la parte motiva de las sentencias proferidas por la Corte Constitucional “constituirá criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general”. En la Sentencia C-037 de 1996, sin embargo, la Corte Constitucional modificó la redacción prístina de esta disposición, para atribuir carácter obligatorio general a las interpretaciones que ella misma hace “por vía de autoridad”.

6. Cfr. A. JULIO ESTRADA. “El precedente jurisprudencial. Un breve estudio del estado de la cuestión en la jurisprudencia constitucional durante el año 2001”, en E. MONTEALEGRE LYNETT (coord.). *Anuario de derecho constitucional. Análisis de jurisprudencia de la Corte Constitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, nota 13, p. 50.

7. Cfr. D. LÓPEZ MEDINA. *El derecho de los jueces*, Bogotá, Legis, 2000, capítulo I.

8. Mediante esta sentencia, la Corte Constitucional declaró inexecutable la expresión “obligatorio” contenida en el artículo 23 del Decreto 2067 de 1991 que establecía: “La doctrina constitucional enunciada en las sentencias de la Corte Constitucional, mientras no sea modificada por ésta, será criterio auxiliar obligatorio para las autoridades y corrige la jurisprudencia”.

b. El optimismo frente al precedente

Por su parte, la tesis optimista ha rebatido con éxito⁹ la tesis escéptica con base en tres argumentos¹⁰, que han sido reconocidos por la jurisprudencia constitucional en un proceso de enmienda de sus pronunciamientos iniciales¹¹.

El primer argumento destaca la imposibilidad de trazar una barrera fronteriza entre la creación del derecho mediante la ley y su aplicación mediante la jurisprudencia. Esta imposibilidad hace que carezca de sentido enajenar toda virtualidad creadora a los procedimientos de aplicación de normas y enajenar a su producto –la jurisprudencia– la posibilidad de convertirse en fuente de derecho.

El segundo argumento señala que la atribución del carácter de precedente a las sentencias judiciales es imprescindible para garantizar 1. la coherencia del sistema jurídico –si se ha decidido en el pasado un caso de determinada manera de acuerdo con el derecho, es coherente que hoy sea obligatorio decidir del mismo modo un caso idéntico o similar–; 2. su estabilidad –la estabilidad de todo sistema jurídico exige la permanencia en el tiempo de las reglas jurídicas relativas a la aplicación del derecho a los casos concretos y la uniformidad de su aplicación–; y 3. el respeto del principio de igualdad –el derecho debe tratar del mismo modo a los sujetos implicados en casos idénticos o similares, anteriores, presentes y futuros¹².

El tercer argumento aduce es posible desvirtuar la interpretación estricta del artículo 230 de la Constitución en que se basa la tesis escéptica. Por una parte, el reconocimiento de que los jueces están vinculados a la jurisprudencia no pone en peligro la independencia judicial. La independencia judicial se garantiza cuando el juez está vinculado al sistema de fuentes del derecho y no a las opiniones o intereses personales de otras autoridades del Estado. La atribución de fuerza vinculante a la jurisprudencia implica que el juez está sujeto a las sentencias judiciales que han resuelto casos pasados, y no a las opiniones o intereses de los demás jueces, sobre todo de los magistrados de las altas cortes¹³.

9. La jurisprudencia constitucional ha aceptado casi siempre la tesis optimista desde 1995. Las sentencias T-321 de 1998 y T-267 de 2000 son excepciones a esta corriente jurisprudencial. Estas sentencias acogen la tesis escéptica.

10. Cfr. C. BERNAL PULIDO. *El derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, tercera reimpression, pp. 199 y ss.

11. Los planteamientos de las sentencias más importantes que desarrollan la tesis optimista están sintetizados en la Sentencia C-252 de 2001 de la Corte Constitucional.

12. Cfr. Sobre estos argumentos: R. ALEXY y R. DREIER. “Statutory Interpretation in the Federal Republic of Germany”, en N. MACCORMICK y R. SUMMERS (eds.). *Interpreting Statutes. A Comparative Study*, Aldershot, Dartmouth, 1993, pp. 82 y ss.; MACCORMICK y SUMMERS. “Interpretation and Justification”, *ibíd.*, pp. 518 y ss.; THEODORE M. BENDITT. “The Rule of Precedent”, en L. GOLDSTEIN (ed.). *Precedent in Law*, Oxford, Clarendon Press, 1987, pp. 89 y ss.; y LEONOR MORAL SORIANO. “A progressive Foundation of Precedents”, en *Archiv für Rechts- und Sozial Philosophie*, 2000, pp. 327 y ss.

13. Cfr. Las sentencias T-231 de 1994; T-123 de 1995; T-345 de 1996 y T-054 de 2003.

3. *Los desafíos al optimismo sobre el precedente*

No obstante, esta interpretación del artículo 230 de la Constitución no puede explicar qué función cumple la expresión “criterio auxiliar” con que este artículo se refiere a la jurisprudencia. Es innegable que el significado común de la expresión “criterio auxiliar” es incompatible con la atribución de fuerza vinculante a la jurisprudencia. Del mismo modo, también podría criticarse la tesis optimista con algunos argumentos adicionales¹⁴. En primer lugar, la ganancia en coherencia para el ordenamiento jurídico se paga con el alto costo de impedir la evolución de la jurisprudencia, bien sea para amoldarse a las vicisitudes que sobrevengan en la realidad social o para corregir los errores interpretativos del pasado. En segundo lugar, el principio de igualdad también exige en ocasiones tratar de modo diferente dos casos idénticos y, por tanto, apartarse de la jurisprudencia. Por último, junto a la estabilidad, también es necesario garantizar la flexibilidad del sistema jurídico. La garantía de la flexibilidad, así como del valor de la justicia material que en este aspecto —como casi siempre— se contrapone a la seguridad jurídica, también dependería de la posibilidad que tenga un juez de apartarse del precedente.

Con todo, estos argumentos contra la tesis optimista no logran desvirtuarla, sino que plantean el desafío de construir una interpretación constitucionalmente adecuada del artículo 230 y una teoría de la vinculación al precedente, que deje a salvo la posibilidad de que, cuando esté justificado, los jueces posteriores puedan apartarse de la jurisprudencia y modificarla.

II. HACIA UNA TEORÍA DE LA VINCULACIÓN AL PRECEDENTE JUDICIAL EN COLOMBIA

Las reglas que determinan la vinculación y la aplicación del precedente judicial en Colombia han sido sobre todo una creación jurisprudencial. Ellas se refieren en lo esencial a tres grandes aspectos: la interpretación del artículo 230 de la Constitución, la identificación de los precedentes y la posibilidad de inaplicar y modificar los precedentes.

A. LA MUTACIÓN DEL ARTÍCULO 230 DE LA CONSTITUCIÓN

1. *La interpretación constitucionalmente adecuada del concepto de “criterio auxiliar” del artículo 230 de la Constitución*

En primer lugar, el artículo 230 de la Constitución ha experimentado una mutación por vía jurisprudencial. La jurisprudencia constitucional se ha

14. Cfr. Sobre estos argumentos, por ejemplo, BENDITT. “The Rule of Precedent”, cit.

apartado de la interpretación común del concepto de “criterio auxiliar” como un concepto que excluye la fuerza vinculante. Correlativamente, ha enfatizado que la jurisprudencia forma parte del imperio de la ley al que el juez está sometido. Con base en la distinción entre disposición y norma, bien conocida en la teoría del derecho¹⁵, la Corte Constitucional ha señalado que la jurisprudencia contiene las normas que resultan de la interpretación de las disposiciones jurídicas y que especifican su contenido. De este modo, por ejemplo, ha señalado que “la interpretación constitucional fijada por la Corte Constitucional determina el contenido y el alcance de los preceptos de la Carta y hace parte, a su vez, del “imperio de la ley” a que están sujetos los jueces según lo dispuesto en el artículo 230 de la Constitución”¹⁶. En una interpretación amplia, la Corte ha sostenido que el concepto de imperio de la ley se refiere a todo el ordenamiento jurídico¹⁷ y no sólo a la ley formal. Como consecuencia, hoy día sólo podría decirse que la jurisprudencia es un “criterio auxiliar”, en el entendido de que la jurisprudencia, como parte del imperio de la ley, auxilia la plena determinación del sentido, contenido y alcance de las disposiciones que conforman las fuentes del derecho¹⁸.

2. La interpretación sistemática del artículo 230 de la Constitución

Esta interpretación del artículo 230 de la Constitución se ha vinculado sistemáticamente con el respeto del principio de igualdad. Si los jueces no observan los precedentes, vulneran este principio, pues otorgan injustificadamente un trato diverso a dos individuos o situaciones jurídicas idénticas o análogas¹⁹. Este hecho constituye una discriminación, prohibida por el artículo 13 de la Constitución.

3. El control del respeto a la vinculación del precedente

Por último, debe decirse que esta interpretación del artículo 230 de la Constitución se ha acompañado por el ejercicio en la práctica de un control efectivo del respeto a la vinculación del precedente. La vinculación del precedente judicial se ha controlado mediante el ejercicio de los recursos de casación y de súplica y de la acción de tutela contra sentencias judiciales²⁰. La Sentencia C-836 de 2001 transformó la interpretación tradicional del antes citado artí-

15. Cfr. Sobre la diferencia entre disposición y norma: V. CRISAFULLI. Voz: “Disposizione (e norma)”, en *Enciclopedia del diritto*, t. XIII, 1964, pp. 165 y ss.

16. Cfr. la Sentencia C-836 de 2001.

17. Cfr. las sentencias C-131 y C-486 de 1993 y C-836 de 2001.

18. Cfr. BERNAL PULIDO. *El derecho de los derechos*, cit., p. 214.

19. Cfr. las sentencias T-547 de 1993 y T-123 de 1995.

20. La acción de tutela es un mecanismo específico de protección de los derechos fundamentales, regulado por el artículo 86 de la Constitución, que puede interponerse contra actos que

culo 4.º de la Ley 169 de 1896 y estableció que los jueces y tribunales están vinculados a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado y que si quieren apartarse de ella, “están obligados a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión”, de conformidad con las exigencias que hacen posible inaplicar y modificar los precedentes. La Corte Suprema de Justicia ha controlado esta vinculación mediante el recurso de casación, al paso que el Consejo de Estado ha hecho lo propio mediante el recurso de súplica.

Por su parte, la Corte Constitucional ha controlado la vinculación de los jueces de tutela a la jurisprudencia constitucional mediante la reiteración de jurisprudencia²¹ en la revisión de sentencias de tutela²², y la sujeción a la misma de los jueces ordinarios mediante la acción de tutela contra providencias judiciales²³. Es cierto que las reticencias de la Corte Suprema y del Consejo de Estado han mitigado la virtualidad de la tutela contra sentencias. Incluso la propia Corte Constitucional, después de haber hecho en una primera época afirmaciones enfáticas sobre la potencialidad general de la tutela contra sentencias²⁴, en la Sentencia C-543 de 1992 desanduvo lo recorrido. Esta sentencia redujo la posibilidad de interponer tutela contra sentencias a los casos de “vías de hecho judiciales”. A partir de entonces, la Corte Constitucional ha asumido una posición ambivalente. Por una parte, ha prefigurado supuestos y ha establecido exigencias de procedibilidad que limitan la utilización de este mecanismo. Por otra, ha hecho una interpretación extensiva de estos supuestos y restrictiva de tales exigencias, en aras de permitir un control más intenso del poder judicial²⁵. Esta ambivalencia ha desembocado inclusive en ocasiones en el ejercicio de un control de constitucionalidad excesivo sobre las sentencias judiciales, en casos en que la Corte Constitucional ha interpretado la legalidad y ha valorado pruebas y, de este modo, se ha entrometido en las competencias del poder judicial. Estas intromisiones han dado lugar a conflictos entre la jurisdicción constitucional y la jurisdicción ordinaria.

Finalmente, debe decirse que la Corte Constitucional ha controlado incluso el respeto de sus precedentes por parte del Congreso de la República y por parte de sí misma. Ejemplo de lo primero es la Sentencia C-586 de

amenacen o vulneren tales derechos que tiene características similares a la *injunction* del derecho estadounidense.

21. Cfr., por ejemplo, la sentencia de reiteración de jurisprudencia: T-203 de 2002.

22. Cfr. las sentencias T-260 de 1995; T-175 de 1997; T-566 de 1998; SU-640 de 1998; T-068 de 2000; C-252 de 2001 y T-678 de 2003. El mecanismo de revisión de sentencias de tutela funciona de manera similar al *certiorari* del derecho estadounidense.

23. Cfr., por ejemplo, las sentencias T-566 de 1998; SU-1553 de 2000; T-399 de 2001 y C-569 de 2001.

24. Cfr. la Sentencia T-006 de 1992.

25. Cfr. C. BOTERO MARINO. “Acción de tutela contra providencias judiciales en el ordenamiento jurídico colombiano”, en *Precedente*, 2002, pp. 33 y ss.

1995, en la cual la Corte Constitucional declaró la inconstitucionalidad de una disposición legal (el artículo 112 de la Ley 104 de 1993²⁶) por considerarla, no contraria a la Constitución, sino contraria al precedente contenido en la Sentencia C-011 de 1994. Ejemplo de lo segundo es la anulación de sentencias de tutela dictadas por las salas de la propia Corte Constitucional, cuando no observan la jurisprudencia sentada por la sala plena en sentencias de constitucionalidad o en sentencias de unificación de tutela²⁷.

B. LA IDENTIFICACIÓN DE LOS PRECEDENTES

La pregunta sobre qué constituye precedente se refiere a dos aspectos: 1. ¿Cuántas sentencias se necesita para que exista precedente? y 2. ¿Qué parte de una sentencia constituye precedente?

1. ¿Cuántas sentencias se necesita para que exista precedente?

En el derecho colombiano este interrogante tiene dos respuestas. Si se trata de jurisprudencia constitucional, se necesita una sola sentencia de la Corte Constitucional para que exista precedente. Esto quiere decir que, como ella misma ha sostenido, toda sentencia de la Alta Corte constituye precedente. En cambio, la respuesta es distinta cuando se trata de la jurisprudencia ordinaria. Tanto el artículo 4.º de la Ley 169 de 1896 como la Sentencia C-836 de 2001 determinan que no una sino tres sentencias uniformes de la Corte Suprema de Justicia o del Consejo de Estado sobre un mismo punto de derecho, constituyen “doctrina legal probable” y conforman un precedente.

2. ¿Qué parte de una sentencia constituye precedente?

No todo el texto de una sentencia constituye precedente. Como la Corte Constitucional señaló en la Sentencia SU-1300 de 2001, en toda sentencia es preciso distinguir entre el *decisum*, la *ratio decidendi* y los *obiter dicta*. El *decisum* es el fallo o “la resolución concreta del caso”. Esta parte de la sentencia despliega sus efectos *erga omnes* o *inter partes*, según el tipo de proceso. De ella no se predica el carácter de precedente. Este carácter sólo se predica de la *ratio decidendi*, que se define como “la formulación general del principio, regla o razón general que constituyen la base necesaria de la

26. Los artículos demandados fueron: 76, 77, 78, 79, 80, 81, 105 (parcial), 106, 108 (parcial), 110 (parcial), 112 (parcial) y 114 (parcial) de la Ley 104 de 1993 “Por la cual se consagran unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y se dictan otras disposiciones”.

27. Cfr., por ejemplo, el Auto 080 de 2000 que anuló la Sentencia de tutela T-441 de 2000, por desconocer lo establecido por la Corte Constitucional en las sentencias C-011 de 1994, SU 640 de 1998, C-069 de 1995 y C-037 de 2000.

decisión judicial específica”. La *ratio decidendi* es la concreción normativa del alcance de las disposiciones jurídicas. Ella explicita qué es aquello que el derecho prohíbe, permite, ordena o habilita para cierto tipo de casos. La *ratio decidendi* se diferencia además de los *obiter dicta*. La Corte los define como una parte de la sentencia que “no tiene poder vinculante, sino una “fuerza persuasiva” que depende del prestigio y jerarquía del Tribunal, y constituye criterio auxiliar de interpretación”. Los *obiter dicta* son afirmaciones casi siempre teóricas, de carácter muy general y abstracto, que sólo cumplen un papel secundario en la fundamentación de la forma de resolver el caso. De ningún modo constituyen precedente²⁸.

Sólo la *ratio decidendi* tiene entonces carácter de precedente. La vinculación que emana de ella la hace aplicable en todos los casos futuros que tengan supuestos de hecho idénticos o análogos²⁹. Si el caso posterior no reviste supuestos de hecho idénticos o análogos, el juez tampoco tiene la obligación de aplicar el precedente judicial³⁰.

Además de todo lo anterior, la Corte Constitucional se ha pronunciado también, aunque de modo más somero, sobre el problema de cómo identificar la *ratio decidendi* de una sentencia. En la Sentencia SU-047 de 1999, la Corte indicó que el juez o tribunal que ha proferido una sentencia no es el llamado a determinar la *ratio decidendi*. La *ratio decidendi* será más bien aquella que los jueces posteriores identifiquen en una sentencia anterior y apliquen en un caso posterior. Esta es una consecuencia de la estructura del derecho como una práctica compleja. Sólo el juez posterior puede evaluar cuáles son las razones que fundamentaron el sentido de los fallos anteriores. Para tal fin, y como aparece expuesto en la Sentencia C-039 de 2003, el juez posterior debe atender a tres elementos: 1. el objeto de la decisión judicial anterior; 2. el referente en las fuentes del derecho que sirvió de base a la decisión y 3. el criterio determinante de la decisión. Sólo con base en un análisis de los hechos, pretensiones, disposiciones jurídicas relevantes y los criterios determinantes de la decisión puede el juez posterior determinar cuál fue la *ratio decidendi* de un caso anterior y, de esta manera, decidir sobre su aplicación ulterior.

C. LA INAPLICACIÓN Y LA MODIFICACIÓN DEL PRECEDENTE

Para garantizar la justicia del caso concreto y la posibilidad de actualización de la jurisprudencia, todo precedente puede ser inaplicado y modificado. En la jurisprudencia colombiana, estas dos posibilidades han sido previstas y reguladas por la Sentencia C-836 de 2001. En esta sentencia, la Corte Constitucional defendió la tesis según la cual, si un juez quiere apartarse del

28. Cfr. las sentencias C-569 de 2001, T-960 de 2001 y T-1317 de 2001.

29. Cfr. la Sentencia T-1022 de 2002.

30. Cfr. las sentencias T-1091 de 2002 y T-1086 de 2003.

precedente, “está obligado a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión”. Esta decisión no es viable en cualquier caso, sino únicamente en los siguientes supuestos, que constituyen la doctrina de la inaplicación del precedente anterior (*distinguish*) y del cambio de precedente (*overruling*), válida en el derecho colombiano:

a. El primer supuesto consiste en que, a pesar de que existan similitudes entre el caso que se debe resolver y uno resuelto anteriormente por una alta corte, “existan diferencias relevantes no consideradas en el primero y que impiden igualarlos”. Este supuesto se corresponde con el *distinguish* del derecho anglosajón. El juez puede inaplicar la jurisprudencia a un determinado caso posterior cuando considere que las diferencias relevantes que median entre este segundo caso y el caso precedente exigen otorgar al segundo una solución diferente³¹. La Corte no esboza los criterios de los que el intérprete puede valerse para distinguir u homologar dos casos similares. La Corte sólo indica acertadamente que la similitud o diferencia decisiva debe referirse a la *ratio decidendi* del primer caso. El tratamiento debe ser igual, si la *ratio decidendi* del primer caso puede aplicarse al segundo, porque éste puede subsumirse bajo el supuesto de hecho de aquella. Si esta subsunción no es posible, el juez deberá apartarse de la *ratio decidendi* del primer caso, introducir una excepción a ella o fundamentar una nueva para el segundo caso.

b. El segundo supuesto se presenta cuando la jurisprudencia que ha sido “adecuada en una situación social determinada, no responda adecuadamente al cambio social posterior”. La alta corte sostiene que en este supuesto, el juez posterior debe considerar que la jurisprudencia es “errónea”. Si se quiere conservar esta terminología, deberá hablarse de un error de idoneidad. Este tipo de error se presenta, porque los efectos fácticos (E) que la *ratio decidendi* (RD) generó al regular la situación (S) en el momento histórico (1), ya no se producirían en el momento histórico (2), pues, por variación de las circunstancias, la aplicación de (RD) a (S) ya no conduce a (E), sino a otros efectos fácticos negativos (E’). En este caso, la carga de argumentación del juez es una carga de argumentación fáctica que debe demostrar que dadas las circunstancias (S), en el tiempo (2), la aplicación de (N) no conduce a (E), sino a (E’). Si el juez puede demostrar esta afirmación, estará legitimado para llevar a cabo un *overruling* de la jurisprudencia anterior.

c. El tercer supuesto es análogo al anterior. En este caso, el juez “puede considerar que la jurisprudencia resulta errónea, por ser contraria a los valores, objetivos, principios y derechos en los que se fundamenta el ordenamiento jurídico”³². Como sostiene la Corte Constitucional, “en estos casos también

31. Cfr. como un ejemplo de *distinguish* el de la Sentencia T-960 de 2001, en la cual la Corte se aparta del precedente judicial invocado por el demandante y contenido en la Sentencia SU-819 de 1999.

32. Cfr. Como un ejemplo de este tipo de *overruling* la Sentencia T-012 de 2003, en la cual la Corte decide apartarse del precedente contenido en la Sentencia C-543 de 1992. Asimismo, la

está justificado que la Corte Suprema cambie su jurisprudencia para evitar prolongar en el tiempo las injusticias del pasado, haciendo (sic) explícita tal decisión”. Este sería un segundo tipo de jurisprudencia “errónea”. El error en este caso se originaría porque el precedente es incoherente con el ordenamiento jurídico.

d. Por último, el juez posterior también puede apartarse de la jurisprudencia, “por cambios en el ordenamiento jurídico positivo, es decir, debido a un tránsito constitucional o legal relevante”. Es apenas obvio que si varía la disposición deben variar las *ratione decidendi*. En este cuarto supuesto, la carga argumentativa del juez posterior debe demostrar que la *ratio decidendi* (RD1) que se desprende de la disposición (D1) ya no puede adscribirse a la disposición (D2). La *ratio decidendi* (RD1) no puede incluirse en el campo semántico de la disposición (D2). De este modo, estará justificado que el juez posterior se aparte de (RD1) y, a partir de la disposición (D2), fundamente una nueva *ratio decidendi* (RD2).

Estos cuatro supuestos pueden ser aplicados tanto por las altas cortes como por los jueces de inferior jerarquía para fundamentar la inaplicación o el cambio en la jurisprudencia anterior. Si el cambio se produce en una alta corte, y se consolida como doctrina probable, será entonces de obligatorio cumplimiento por los jueces de inferior jerarquía. Si, por el contrario, es un juez inferior el que se aparta de la jurisprudencia de la alta corte, ésta podrá avalar o refutar lo argumentado por el juez inferior, mediante el recurso de casación, la revisión de tutela o la tutela contra sentencias.

III. CONCLUSIÓN

Con base en la argumentación anterior puede concluirse que a pesar de que el derecho colombiano tiene la estructura y los fundamentos de un sistema de derecho continental, después de una evolución posterior a la Constitución de 1991, tanto el derecho positivo como la práctica han llegado a reconocer que las sentencias judiciales tienen el carácter de precedente. Este carácter se fundamenta en una renovada interpretación del artículo 230 de la Constitución, según la cual, la jurisprudencia, que explicita el contenido normativo de las disposiciones jurídicas, forma parte del imperio de la ley que resulta vinculante para el juez. Esta interpretación, asimismo, es coherente con el respeto del principio de igualdad y con la búsqueda de coherencia y estabilidad en el ordenamiento jurídico.

Asimismo, se ha señalado que mientras una sola sentencia de la Corte Constitucional tiene el carácter de precedente, en la jurisprudencia ordinaria sólo habrá precedente cuando se construya una línea jurisprudencial de por

Sentencia C-228 de 2002 que se apartó de los precedentes establecidos en las sentencias C-293 de 1995, C-475 de 1997, SU-717 de 1998, C-163 de 2000 y C-1711 de 2000, entre otras.

lo menos tres sentencias de la Corte Suprema de Justicia o del Consejo de Estado sobre un mismo punto de derecho. En los precedentes, sólo la *ratio decidendi* vincula a los jueces, quienes deben aplicarla para solucionar los casos futuros, a menos que puedan aducir razones bien fundadas para apartarse de ella, en caso de que ocurran los supuestos en que el precedente deba ser inaplicado o modificado.

Finalmente, debe decirse que la fuerza vinculante del precedente parece consolidarse cada día en la práctica jurídica colombiana. No obstante, aún hay por lo menos dos obstáculos, uno institucional y uno fáctico, que dificultan su desarrollo. El institucional es la carencia de una delimitación de competencias entre la jurisdicción constitucional y la jurisdicción ordinaria, que determine con rigor los ámbitos de vinculación de la jurisprudencia de una y de otra. El fáctico es la carencia de compilaciones exhaustivas de la jurisprudencia, que permitan su divulgación, y de una dogmática que la analice, la construya en forma de sistema y la critique.