

DOCUMENTOS
DE TRABAJO AREANDINA
ISSN: 2665-4644

Facultad de Ciencias Jurídicas
Sociales y Humanísticas
Seccional Pereira



LAS DIMENSIONES DEL PRECEDENTE EN COLOMBIA: NATURALEZA, ESTRUCTURA Y DILEMAS

JUAN CAMILO OCAMPO ARROYAVE

LAS DIMENSIONES DEL PRECEDENTE EN COLOMBIA: NATURALEZA, ESTRUCTURA Y DILEMAS

Juan Camilo Ocampo Arroyave

Programa de Derecho, Facultad de Ciencias
Jurídicas, Sociales y Humanísticas, Fundación
Universitaria del Área Andina,
seccional Pereira.

Correo electrónico:
camilo440-mp@hotmail.com

Cómo citar este documento:

Ocampo Arroyave, J. C. (2021). Las dimensiones del precedente en Colombia: Naturaleza, estructura y dilemas. *Documentos de Trabajo Areandina* (1). Fundación Universitaria del Área Andina. <https://doi.org/10.33132/26654644.2013>

Resumen

La finalidad de esta investigación es instruir sobre los parámetros del precedente, pero más allá, es también mostrar las contradicciones y cómo estas afectan algunas de sus características, son las manifestaciones que ponen en duda la naturaleza del precedente, aunque, el concepto tiene fuertes elementos que lo consagran cómo una fórmula imprescindible, también posee un margen de incertidumbre. En este texto, se presentan las distintas dimensiones abarcando algunos aspectos de la institucionalidad, objetividad, eficacia, naturaleza y estructura, con el propósito de desentrañar y analizar las diferentes variables conceptuales, desde un enfoque jurídico y filosófico. El precedente ha cultivado mecanismos y objetivos convenientes para el sistema de justicia y a su vez contribuye al mantenimiento de los principios constitucionales. El concepto despliega un conjunto de facultades y límites pactados por el ordenamiento jurídico, por lo que se evalúan términos primordiales como el sistema de fuentes, la obligatoriedad, la configuración, la *obiter dicta*, la *ratio decidendi*, los fundamentos, las formas de considerar el precedente, así como, la aplicación e interpretación de los distintos componentes y efectos esenciales. Por esto, las dimensiones del precedente se presentan desde dos perspectivas: por una parte, el concepto se observa ampliamente desde la normatividad en el que se expone y explica la naturaleza y estructura, definiendo términos, normas, formando clasificaciones, discrepancias, elementos y características; y por otra parte, desde la filosofía del derecho en la función de buscar lo que existe, se hallan las imprecisiones, interrogantes, las dificultades y se pone de plano lo que parece incorrecto. Los márgenes de duda generalmente están inclinados a considerar una postura débil respecto de su confiabilidad y utilidad, por lo tanto, es la discusión de las contradicciones lo que ponen en controversia el precedente.

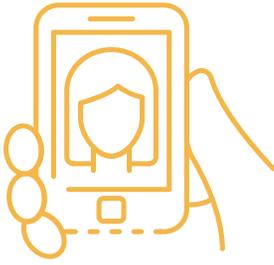
Palabras claves: derecho anglosajón, derecho continental, fuentes del derecho, precedente, realidad positiva y negativa.

Introducción

El precedente empezó a tener forma desde el momento en que se pensó que una decisión posterior alcanzaba a tener relación con una decisión anterior. A partir de esta cuestión, surgen numerosas reflexiones, lo que convierte el precedente en un fenómeno jurídico. El precedente tiene diversas posturas en distintos países respecto de su cuestionada naturaleza, pero, a pesar de las objeciones, el precedente a través de los años se ha posicionado como instrumento jurídico indispensable para casos con características análogas. En Colombia, las altas cortes han realizado un dispendioso trabajo para dotar al precedente en la medida de lo posible de coherencia y orden. Anteriormente, no existía un concepto que tuviera como finalidad basarse en fallos anteriores para fundamentar y orientar una nueva decisión, ahora es una potestad a la que los jueces pueden acceder y aplicar en los procesos judiciales.

Este concepto tiene dentro de sus finalidades garantizar la seguridad jurídica para mantener los principios y valores que son calificados por el ordenamiento jurídico como indispensables a fin de aplicarlos de forma coherente por medio de la jurisprudencia y la ley. El concepto alcanzó jerarquización y relevancia hasta el punto de considerar *el respeto a los precedentes*, porque tienen funciones significativas en los sistemas jurídicos, por tal motivo, todos los jueces tienen responsabilidad con la consistencia de sus decisiones y las medidas establecidas entre ley y jurisprudencia, así como la simétrica interpretación; es una condición que cobija a los tribunales y jueces sin importar los rangos jurisdiccionales. Es evidente su valor jurídico, aunque tiene un lado positivo y otro opuesto por la equidistancia de conceptos propios y carentes de claridad; sin embargo, Kelsen (1992) expresó que los defectos de las normas no hacen que dejen de ser normas, por el





contrario, siguen siendo normas y el precedente tiene su espacio y hace parte del imperio de la ley; no obstante, los argumentos que se aduzcan para justificar el precedente no están libres de críticas, puesto que el precedente y el sistema jurídico colombiano no han tenido una relación pacífica.

Los inicios del precedente en Colombia

Antes de 1991, no existía el precedente judicial y cuando los jueces tomaban las decisiones correspondientes en sus fallos, no tenían en cuenta la sentencia o el conjunto de sentencias que jueces o magistrados debían considerar para solucionar los problemas legales.

El sistema jurídico colombiano era plano y sin variación alguna, pues no contaba con ciertos instrumentos jurídicos para estudiar las situaciones, paralelamente predominaban dos corrientes: 1) el formalismo jurídico y 2) el derecho legislado; significa que, en el primer caso, la práctica del derecho se realizaba solo teniendo en cuenta estructuras jurídicas excluyendo cualquier información relacionada con elementos sociales, métodos o criterios empíricos, propósitos o finalidades, consistía en un derecho ordenativo y con poca apreciación sobre lo metodológico, por ejemplo, el concepto de jurisprudencia, si bien se tomaba como *criterio auxiliar*, este en los procesos no era tomado en cuenta, el término no se conocía y no se ejecutaba. En el segundo caso, el derecho era creado desde el poder legislativo y ejecutivo con la particularidad de no estar relacionado con el material decisorio de jueces y magistrados. Las altas cortes como la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado expedían sus fallos, pero dichas senten-

La transformación del sistema jurídico colombiano inicio con la llegada de la Constitución Política de 1991 que traería consigo nuevos pensamientos e instrumentos jurídicos...

cias no se les daba el valor jurídico correspondiente como jurisprudencia, toda vez que no solía ser de conocimiento por los operadores de justicia, no eran divulgados y no transitaban en el sistema jurídico, y, en últimas, las gacetas judiciales terminaban siendo simples archivos (Quinche Ramírez, 2017).

La transformación del sistema jurídico colombiano inicio con la llegada de la Constitución Política de 1991 que traería consigo nuevos pensamientos e instrumentos jurídicos cambiando las formas de estudiar el derecho y las prácticas metodológicas, así como también las relaciones con otras corrientes jurídicas de otros países. Con la expedición de la Carta política de 1991, el cambio se materializó por dos factores: 1) la internacionalización del Derecho y 2) el cambio en el Sistema de Fuentes en el que aparecería el precedente judicial (Quinche Ramírez, 2017).

La transformación del orden jurídico colombiano implicaría el entendimiento de dos sistemas jurídicos como el Derecho Anglosajón de origen inglés y el Derecho Continental de origen europeo.

¿Cómo se entiende el precedente en el Derecho Anglosajón y el Derecho Continental?

El Derecho Anglosajón (*Common Law*) y El Derecho Continental (*Civil Law*)

En el Derecho anglosajón antes del precedente (también conocido como *Stare decisis*), la fuente del derecho era la cos-



Consecutivamente, en el derecho anglosajón el precedente obliga y en el derecho continental la jurisprudencia tiene carácter persuasivo...

tumbre, fue usada por los jueces para que los argumentos estuvieran conectados con el sentido común, pero durante su avance, la costumbre ya no servía de apoyo a las decisiones judiciales; en últimas se seleccionaban las sentencias por tener decisiones más eficaces y mayor sentido común y esto fue sustituido por el precedente judicial que se formaba en la razón. El cambio se produjo porque la costumbre no tenía precisión y no era lo suficientemente segura, terminó siendo una simple ficción, así que la jurisprudencia comenzó a tener relevancia hasta el punto de convertirse en un concepto que genera obligación. Dicho de otra manera, la jurisprudencia en el sistema anglosajón es obligatoria, aquí un solo precedente constituye derecho y es considerada como un principio general. Ahora bien, en el derecho continental algunos aspectos cambian, en primer lugar, ya no es considerada como principio general, más bien, pasa a ser una fuente formal del derecho; y, en segundo lugar, la jurisprudencia, para tener relevancia y ser tomada en cuenta, requiere que en el tiempo una situación se repita para que constituya doctrina probable. Otra de las características es que la atención que se le presta a un precedente no es la misma en los dos sistemas, ya que, en el sistema continental, hay una mayor apreciación por la jurisprudencia y no por un solo tipo de jurisprudencia, esto último viene siendo una diferencia de carácter metodológico. Consecutivamente, en el derecho anglosajón el precedente obliga y en el derecho continental la jurisprudencia tiene carácter persuasivo, puesto que las decisiones y normas tomadas por el juez pueden aplicarse o no, y no es reconocida por lo general como fuente del derecho; esto es, que sea obligatorio, mientras que en el *Common Law* el precedente como tal es obligatorio. En el *Civil Law*, lo que es obligatorio es la ley, mientras que la jurisprudencia pasa a ser un *criterio auxiliar* (David y Jauffret-Spinozi, 2010; Lagarre y Rivera, 2006).

Derecho continental en Colombia

El sistema que adopto Colombia es el sistema continental y muchas de las características mencionadas anteriormente hacen parte de nuestro sistema jurídico.

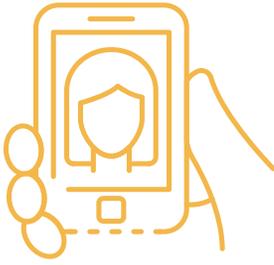
Ley y jurisprudencia

El sistema que adopto Colombia es el sistema continental y muchas de las características mencionadas anteriormente hacen parte de nuestro sistema jurídico. El precedente judicial en Colombia es interpretado a partir del artículo 230 de la Constitución Política de 1991, en el que aparecen conceptos esenciales como: Ley y Equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina. Así pues, en razón de la interpretación constitucional, se infiere que la palabra Ley hace alusión al ordenamiento jurídico, imperio al que el juez estará sometido, y en cuanto a la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son clasificados como criterios auxiliares.

Adicionalmente, la ley extiende sus efectos jurídicos hacia el concepto de jurisprudencia para darle mayor legitimidad y clasificarla como fuente formal del derecho, este último efecto instituye su naturaleza y varias definiciones. Entonces, en cuanto a las definiciones, por una parte, considera la jurisprudencia como una ciencia de lo justo e injusto, y es uniforme; por otra parte, la doctrina son criterios de interpretación y comentarios realizados por los estudiosos, los cuales son fijados por las cortes de cierre como la Corte Suprema de Justicia o el Consejo de Estado (Monroy Cabra, 2007).

Pese a las discusiones sobre la jurisprudencia constitucional, debe dejarse en claro que en sentido estricto como única fuente del derecho es la ley de acuerdo con lo estipulado por el Código Civil, en sus artículos 18 y 17, indicando la obediencia que debe tener el juez con la ley en los procesos jurídicos y por ninguna razón puede tomar decisiones que no obedezcan o estén fuera del ordena-





miento jurídico; de lo contrario se entenderá que no está decidiendo conforme a derecho y sería contrario al ordenamiento jurídico establecido. Ahora bien, en cuanto a la jurisprudencia, la condición es distinta, ya que, no genera ningún efecto vinculatorio con el juez, más bien, brinda un proceso de orientación en el momento en que la ley no ofrezca una solución, esto último se refiere a los casos que presentan dificultades hermenéuticas en aspectos como el conflicto entre normas u oscuridades, y si el juez decide no aplicar la jurisprudencia, entonces, no existirá un tratamiento jurídico eficiente (Bernal Pulido, 2008).

El criterio auxiliar: estructura y cambios

El concepto tiene un espectro en el que hay dos puntos esenciales a explicar: el primer punto hace alusión al *criterio auxiliar* como definición y el segundo punto lo define a partir del artículo 230 de la Constitución Política. Pues bien, el concepto es definido como aquellas autoridades judiciales y órganos que se diferencian de las altas cortes, las cuales poseen un conjunto de normas y decisiones consideradas como criterios auxiliares (Quinche Ramírez, 2017). Posteriormente, desde la Carta Magna, el citado artículo interpreta la jurisprudencia como *criterio auxiliar*, esto es, que en las decisiones el juez tendrá a su disposición gran variedad de criterios jurídicos como punto de apoyo cuando no exista suficientes opciones por parte de la ley. Los criterios jurídicos a los que el juez tiene acceso para sus decisiones

tienen un universo jurídico bastante amplio; sin embargo, cabe preguntarse: ¿cuáles conceptos se consideran como criterios auxiliares?

Los conceptos considerados como criterios auxiliares y fuentes del derecho son: 1) la jurisprudencia, cuyo significado hace mención al conjunto de sentencias proferidas por los operantes del poder judicial y están relacionados con una materia determinada; 2) la doctrina, esta comprende los estudios de carácter científico sobre alguna materia que tenga que ver con el Derecho o los asuntos del ordenamiento jurídico, tratado por especialistas, los cuales son estudios donde se establecen los distintos niveles de análisis y mediciones conceptuales para desarrollar decisiones, mediciones, conceptualizar, categorizar o sistematizar los regímenes jurídicos; 3) la equidad, en este caso, el concepto tiene una naturaleza abstracta y está sujeto a un proceso de constitucionalización en el que se va ajustando de acuerdo con la observancia de las normas y circunstancias. Sus fundamentos están reconocidos a lo largo y ancho de la Carta Magna, artículos 20, 95, 226, 230, 267 y 363, su finalidad es la justicia, un punto de equilibrio en los diferentes problemas sociales; 4) los principios generales del Derecho, en este último concepto sus elementos se definen como normas extrasistemáticas, que pueden ser aquellas normas que están fuera del Derecho, pero tienen una función auxiliar ante el ordenamiento jurídico para ser aplicadas en el momento en que el juez no tenga suficientes soluciones. Se encuentran subordinadas al imperio de la ley (Corte Constitucional de Colombia, 1995, 2015).

En otro sentido, el término *criterio auxiliar* ha sufrido cambios según las interpretaciones jurisprudenciales, en los que se contempla un cambio de posiciones jerárquicos de algunos conceptos...

En otro sentido, el término *criterio auxiliar* ha sufrido cambios según las interpretaciones jurisprudenciales, en los que se contempla un cambio de posiciones jerárquicos de algunos conceptos, en este caso el de: fuerza vinculante; de modo que, dicho cambio expresa que la jurisprudencia constitucional ha tomado cierto distanciamiento de la interpretación que siempre ha tenido el término *criterio au-*



xiliar y luego descarta el término fuerza vinculante para tomar directamente la jurisprudencia como un concepto que está unido al imperio de la ley, y el juez debe rendirle obediencia. Este cambio es respaldado además por la normatividad de la jurisprudencia en el que se aduce que en la jurisprudencia están las disposiciones jurídicas suficientes para aclarar su contenido. La Corte en una interpretación de mayores extensiones define que el termino imperio de la ley abarca la totalidad del ordenamiento jurídico, por lo que la jurisprudencia hace parte del ordenamiento jurídico y actúa como un factor que orienta las normas, las cuales estructuran las fuentes del Derecho (Bernal Pulido, 2008).

Las categorías del precedente y la obligatoriedad

La doctrina del precedente está compuesta por dos categorías denominadas precedente horizontal y precedente vertical. La primera se refiere a la obligación que tienen los tribunales de seguir y cumplir con sus propios precedentes. Son aquellas decisiones expedidas por los órganos de igual jerarquía o el mismo operador de justicia que tomó la decisión, el cual deberá observar y hacer seguimiento a sus propios pronunciamientos. El segundo término se relaciona con los tribunales superiores, también conocidos como cortes de cierre u órganos límite, y encargados de unificar la jurisprudencia. Aquí los jueces inferiores están en la obligación de seguir el precedente de las cortes de cierre.

En las dos categorías la obligatoriedad que se debe tener con el precedente es diferente, por ejemplo, sobre la obligación que se debe tener para aplicar el precedente parece similar en las dos categorías porque la



regla específica que en ambos casos los jueces no pueden separarse del precedente. De acuerdo con esta condición, es de precisar que, el precedente horizontal tiene fuerza vinculante, es decir, al juez le será imposible separarse de su propio precedente y al decidir en el nuevo caso deberá considerar todos los principios como la seguridad jurídica, confianza legítima, la buena fe y la igualdad. No obstante, en el precedente judicial vertical las cosas cambian, se entiende dos dimensiones: en la primera dimensión el juez por ser de un tribunal inferior debe adherirse a los criterios preferidos por el tribunal superior, pero en la segunda dimensión este puede tomar la decisión de apartarse del precedente, por lo tanto, la obligación aquí toma una postura flexible y advierte que podrá hacerlo (autonomía judicial), siempre y cuando exprese ampliamente y con rigor las razones de su distanciamiento, de lo contrario desconocería normas de rango legal o en otros términos, el mandato de supremacía constitucional (Corte Constitucional de Colombia, 2006, 2011a, 2013; Quinche Ramírez, 2017).

Localización del precedente y determinación de la *ratio decidendi*

El precedente judicial se ubica en una parte de la sentencia denominada *ratio decidendi* cuyo término significa la “razón de la decisión”. En términos estrictamente jurídicos, se considera como la parte en la que se localizan las razones de los tribunales para tomar las decisiones y resolver los temas en un caso específico. Este concepto es el más importante a la hora de determinar el precedente, no solo porque contiene los argumentos pertinentes, según el caso concreto, sino porque, una vez identificado, se convierte en una autoridad, ya que, es el razonamiento



normativo que contribuirá a las cuestiones jurídicas de una situación. En otras palabras, las razones que giran en torno al caso concreto. A través de los años, la Corte Constitucional ha definido la *ratio decidendi*, entre las enunciaciones más completas se encuentra un pronunciamiento definitorio en la sentencia 292 de 2006, el cual lo define como: “la formulación general... del principio, regla o razón general que constituyen la base de la decisión judicial específica [o] si se quiere, el fundamento normativo directo de la parte resolutive” (Corte Constitucional de Colombia, 2006). Adicionalmente, muchos de los problemas interpretativos están relacionados con dos conceptos en la sentencia: la *obiter dicta* y la *ratio decidendi*, por eso debe aclararse que, aunque pueden tener relación, son diferentes por el hecho de que solo una parte del fallo tiene el argumento base (Corte Constitucional de Colombia, 2006, Lagarre y Rivera, 2006).

Diferencia entre *ratio decidendi*, *obiter dicta* y el factor problema

La *obiter dicta* se compone de una gran cantidad de contenidos, análisis, test constitucionales, razonamientos, explicaciones, principios normativos, definiciones entre otros, a pesar de la veracidad de la información expuesta en esta sección de la sentencia, no alcanza a generar fuerza vinculante, razón por la cual el juez no necesariamente se verá forzado a tenerla en cuenta para sus decisiones esenciales. Esto se origina porque sus fundamentos no están relacionados a la decisión, por esa razón no genera obligación, aspecto diferente con la *ratio decidendi* que si constituye obligatoriedad.



Igualmente, debido a la gran cantidad de información que presenta, hace que la *obiter dicta* sea un pronunciamiento extenso y confuso, eso se debe a que el juzgador especula sobre los diversos puntos de vista que pueden ser utilizados en la situación jurídica; por lo general son expuestos a manera de ejemplo, además esto es también una razón del porque la *obiter dicta* puede definirse como: “o lo que se dice de paso”, se trata de una información decorativa que no está relacionada estrictamente con la decisión (Corte Constitucional de Colombia, 2006). Sin embargo, es un contenido que puede tener relevancia y utilidad para una situación futura, en este sentido, se convierte en un texto importante.

Conforme a la sentencia SU-047 (Corte Constitucional de Colombia, 1999), la *obiter dicta* se define como y se “constituye [en] un *mero dictum*, toda aquella reflexión adelantada por el juez al motivar su fallo, pero que no es necesaria a la decisión, por lo cual son opiniones más o menos incidentales en la argumentación del funcionario”. En cambio, la *ratio decidendi*, como ya se expresó en el acápite anterior, contiene los elementos principales y son de obligatorio cumplimiento, aquellos están fuertemente relacionados con la decisión, es donde el juzgador hace uso de una herramienta decisional ligada al material más relevante del caso.

En el último aspecto existe un factor problema, tiene que ver con la línea de separación entre *obiter dicta* y *ratio decidendi*. Pese a las condiciones establecidas por la jurisprudencia y teorías, la determinación entre ambos conceptos es confusa y hace difícil la separación de los dos términos, no siempre lo argumentado en las sentencias goza de claridad. Así pues, por una parte, la *obiter dicta* tiene exceso de información dificultando su distinción y, por otra parte, la *ratio decidendi* no puede ser un extenso argumento, sino un corto fragmento que no es fácil de identificar por la naturaleza persuasiva de la argumentación. La

Pese a las condiciones establecidas por la jurisprudencia y teorías, la determinación entre ambos conceptos es confusa y hace difícil la separación de los dos términos...

abundancia de argumentos, soluciones y explicaciones causan sentidos contrarios, hasta el punto de clasificar la *obiter dicta* como *ratio decidendi* (López, 2006, citado por Villamil Portilla, 2008).

¿Cuándo se configura el precedente y cuáles son los elementos que lo componen?

El precedente se configura de dos formas: el primero indica que, en el caso de la jurisprudencia ordinaria, el precedente cobrará existencia y constituirá doctrina probable cuando haya un máximo de tres sentencias y deben ser uniformes, son fallos provenientes del Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia. El segundo infiere que se requiere de una sentencia cuando se trata de la jurisprudencia constitucional.

La configuración del precedente es respaldada por fundamentos significativos a saber que las razones establecidas, según la cual, fija el número de sentencias y forma la doctrina probable, como en el caso de la justicia ordinaria, obedecen a la garantía de los principios del Estado Social de Derecho, porque debe haber coherencia, autoridad y respeto de las instituciones jurídicas. Por eso, uno de los fundamentos radica en que la doctrina posee fuerza normativa el cual debe ser asumida con tal valor jurídico, otorgado constitucionalmente para que el órgano encargado ordene y determine sus efectos. A su vez, subyace otro fundamento y de mayor importancia, puntualmente, tiene que ver con la obligación del juez de cristalizar la igualdad de trato frente a las autoridades y la igualdad frente a la ley. Esto quiere decir que, los órganos tienen funciones distintas,



pero relacionadas para desarrollar sus objetivos, de ahí que, el juez interpreta las situaciones sociales, los casos y conjuntamente con las autoridades son evaluados para cumplir con la igualdad. El trato igualitario por parte de la administración de justicia no se basa únicamente en que los ciudadanos gocen de iguales derechos normativamente, sino de brindar un tratamiento igualitario. Al tiempo, el principio de la buena fe concebida como confianza legítima en cuanto a la gestión de las instituciones del Estado y el ordenamiento jurídico que las mismas instituciones han desarrollado para ser aplicadas a la realidad social y medir adecuadamente las decisiones. Por estas razones el número de sentencias garantiza mayor precisión en las situaciones sociales avalando los anteriores fundamentos (Corte Constitucional de Colombia, 2001; Congreso de la República de Colombia, 1896).

En lo concerniente a los elementos que componen el precedente, se identifican en la sentencia y son clasificados en tres conceptos: 1) el *Decisum* o parte resolutive, quiere decir que obliga a las partes del proceso; 2) *Ratio decidendi*, la cual indica que lo argumentado tiene absoluta relación con la decisión; y 3) *Obiter dicta*, señala otros argumentos que son de utilidad para la decisión, con la excepción de que no son argumentos fundamentales para la decisión, por eso, en otros casos futuros no podrán usarse como precedente (Corte Constitucional de Colombia, 2017a).

¿Qué tipo de juez es el encargado de determinar el precedente?

El encargado de determinar el precedente es el segundo juez o el juez posterior, y no el primer juez que profirió la sentencia, teniendo en cuenta que, el juez posterior es



quien deberá evaluar el alcance, la vinculación y la determinación de la *ratio decidendi*. Por lo tanto, el segundo juez es quien decide e interpreta lo que el anterior juez ha comentado y le resulta útil por contener reglas primordiales para el nuevo caso (Corte Constitucional de Colombia, 1999; Ferrer Beltrán y Vázquez, 2016).

Apartamiento del precedente judicial

Apartarse del precedente judicial es una posibilidad expresada por las altas cortes, en Colombia, aunque el funcionario puede ejercer tal acción, es claro que el distanciamiento no debe entenderse como una separación absoluta, sino más bien como un distanciamiento razonable y con el propósito de modificar la jurisprudencia para ofrecer un mejor balance en los criterios que se aplican y garantizan la seguridad jurídica del caso. De tal manera que, cuando el operador de justicia decide no considerar el precedente, es una decisión que debe ser medida y razonable, al respecto la corte expresa que:

Según lo establecido en su larga jurisprudencia por este tribunal, una vez identificada la jurisprudencia aplicable al caso, la autoridad judicial sólo puede apartarse de la misma mediante un proceso expreso de contra-argumentación que explique las razones del apartamiento, bien por: (i) ausencia de identidad fáctica, que impide aplicar el precedente al caso concreto; (ii) desacuerdo con las interpretaciones normativas realizadas en la decisión precedente; (iii) discrepancia con la regla de derecho que constituye la línea jurisprudencial. (Corte Constitucional de Colombia, 2017)



Esta es una potestad que tiene el juez y con fines a mantener el balance de los derechos, armonizar los criterios que favorezcan las decisiones, darle crédito a la seguridad jurídica y eliminar en lo posible cualquier entorno dudable, incoherencia o una justicia incomprensible. De ahí que, el juzgador tiene mayores opciones de justificar y acondicionar sus argumentos, al respecto la Corte menciona que:

Buena parte de la eficacia de un sistema respetuoso de los precedentes judiciales radica en la necesidad de establecer un espacio de argumentación jurídica en el que el funcionario judicial exponga razonadamente los motivos que lo llevan a insistir o cambiar la jurisprudencia vigente, pues es él quien, frente a la realidad de las circunstancias que analiza, y conocedor de la naturaleza de las normas que debe aplicar, debe escoger la mejor forma de concretar la defensa del principio de justicia material que se predica de su labor. (Corte Constitucional de Colombia, 2001)

Para tomar la decisión de apartarse del precedente, el juez podrá hacerlo en dos eventos denominados: *distingue* (*distinguish*) y cambio (*overruling*). En el primer evento, el juez cumple la función de distinguir entre el caso anterior y el nuevo caso, en el cual, de acuerdo con su vinculación, establece que entre los dos casos hay conexiones que podrían hacer las situaciones similares y el primer caso sería como el precedente del segundo caso; sin embargo, los puntos principales en los que el juez debe tratar y decidir no son compatibles, por lo tanto, deberá inaplicar el caso precedente y decidir de forma distinta en el nuevo caso (Corte Constitucional de Colombia, 1999). El segundo evento denominado Cambio (*Overruling*), se trata de no considerar las razones de la sentencia del primer caso, debido a que existen elementos que conllevan a que el nuevo caso tenga nuevas normas; en esta técnica, el juez puede realizar dos acciones como modificar o anular una regla del precedente, en ambos casos existirán argu-



mentos para no usar el precedente (Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, 2018). De forma similar, la alta corporación enuncia: “el *overruling*, por el contrario, entraña el simple desconocimiento de ese precedente dado por su reemplazo o anulación. Ambas posturas suponen apartarse de un precedente, lo que exige una debida fundamentación” (Corte Constitucional de Colombia, 2011b,). Este último evento solo puede ser aplicado por las altas cortes, en vista de que son las creadoras del precedente, pero no está permitido para los jueces de menor jerarquía (Rama Judicial, 2015).

La realidad positiva y negativa del precedente

Realidad positiva

Es un debate que surge a partir de la pregunta: ¿las sentencias deben ser o no precedentes? Hay dos posturas que dejan en entredicho el concepto del precedente, es un debate con amplio recorrido en la ciencia jurídica colombiana. En esta sección, se esbozará algunos aspectos positivos y negativos para exteriorizar los dos contextos. En cuanto a la realidad positiva del precedente, existen argumentos a favor, por ejemplo, que las decisiones no sean objeto de la obligatoriedad o cualquier razón que no esté vinculada estrictamente a los hechos y las normas, por el contrario, establece límites en los que se entiende que debe haber un ajustado criterio, no todo puede considerarse una decisión, sino tan solo aquello que corresponde a lo establecido por las fuentes del derecho y procedimientos normati-

...el principio de igualdad es otro de los conceptos relevantes con los que se debe guardar medida y respeto, dado que es un principio que exige tratar igual a los que se encuentran en situaciones iguales ...

vos. Otro punto a favor es el de considerar las sentencias como punto de referencia para las decisiones, es decir, tomarlas como precedentes, eso significa que el juez no solo está orientado, sino que además se apoya en unas decisiones anteriores que ya fueron evaluadas jurídicamente y se relacionan con un caso nuevo, por esta razón, brinda garantías. De este modo se entiende que, el precedente se aplicará garantizando la seguridad jurídica, dado que la decisión está basada sobre dos casos iguales, considerando de igual forma el contenido material de los derechos y las obligaciones de las personas, además, eso hace que la interpretación del juez sea consistente y estable.

Adicionalmente, el principio de igualdad es otro de los conceptos relevantes con los que se debe guardar medida y respeto, dado que es un principio que exige tratar igual a los que se encuentran en situaciones iguales y un trato diferente a los que se encuentran en otras circunstancias con la finalidad de evitar la discriminación, la vulneración de los derechos humanos, las preferencias entre las personas, decisiones incoherentes. Precisamente, está ligado estrictamente a lo establecido por la Constitución Política en su artículo 13, en el que abarca los fundamentos constitucionales a seguir: 1) la igualdad ante la Ley, 2) prohibición de discriminación y 3) principio de igualdad material para proteger la igualdad en circunstancias desiguales (Corte Constitucional de Colombia, 2017b). En efecto, el precedente judicial garantiza el cumplimiento de tres conceptos esenciales como: 1) la seguridad jurídica, 2) la consistencia y estabilidad, y 3) el principio de igualdad.

Realidad negativa

La realidad negativa exterioriza los puntos en contra del precedente, se dividirá en dos partes. En la primera parte, se explicará algunos problemas específicos de los



...frente a estas dificultades la Corte Constitucional en los últimos años ha desarrollado amplios razonamientos que permiten tener certeza y obediencia...

conceptos como: obligatoriedad, obediencia y el prevaricato. En la segunda parte, se abordará desde un sentido general y filosófico otros problemas del precedente en los conceptos como: la interpretación, la excesiva información y decisión y uniformidad.

Obligatoriedad, obediencia y prevaricato

En la primera parte los problemas del precedente irradian sobre la obligatoriedad y la obediencia donde hay imprecisiones. Por ejemplo, en relación con la obediencia por parte de los jueces, si bien, la doctrina del precedente es amplia y clara, no siempre las decisiones del juez son coherentes cuando se trata de interpretar la jurisprudencia, ya sea, el de las altas cortes en lo atinente al precedente vertical o, incluso, cuando decide sobre sus propios fallos, es decir, el precedente horizontal (López Medina, 2015).

Suele haber confusión en muchas ocasiones por la gran variedad de interpretaciones al momento de identificar el precedente, normalmente, el núcleo esencial en la sentencia precedente no indica con suma precisión el precedente, más bien, parece que todo es un precedente, porque, en gran medida, todo es relevante en la sentencia haciendo que el juez no obedezca el precedente. Pero, si bien, antes no se tenía en cuenta el precedente, y frente a estas dificultades la Corte Constitucional en los últimos años ha desarrollado amplios razonamientos que permiten tener certeza y obediencia frente al precedente, algunos de esos parámetros son la colaboración y la organización de los distintos métodos para mantener la instrucción y enseñanza del precedente para los jueces y, al mismo tiempo, es usado para supervisar y ejecutar la normatividad del precedente en los diferentes casos de aplicación e inaplicación, de tal manera que, eso

Adicionalmente, también se ha desarrollado la figura del *prevaricato* como sanción cuando el operador viole directamente la ley...

contribuye a mantener mayor certeza y obediencia frente al precedente.

Adicionalmente, también se ha desarrollado la figura del *prevaricato* como sanción cuando el operador viole directamente la ley, es decir, en el momento en que no cumpla con las normas específicas y constitucionales en la que tiene estricta obligación y obediencia, pero es aplicado de forma gradual y medida, ya que no todos los casos configuran esta sanción, por ejemplo, puede materializarse dicha sanción cuando: 1) la norma no ha sido interconectada con la jurisprudencia y 2) cuando las diferencias son mayores entre la norma (posinterpretativa) y el texto (preinterpretado), haciendo que la doctrina tenga mayor adherencia con la ley, por lo tanto, desplaza la jurisprudencia (López Medina, 2015). Estas medidas, a su vez, también muestran la complejidad del precedente, en vista de que las líneas jurisprudenciales no están lo suficientemente marcadas e individualizadas para determinar las dimensiones del precedente a pesar de la evolución que ha tenido.

Seguidamente, la figura del *prevaricato* no es del todo bien recibida, porque, por un lado, es vista como un avance y una medida para garantizar los principios constitucionales y, por otro lado, es vista como una amenaza y obliga duramente al cumplimiento del precedente así sea justo o injusto, pues en la práctica su rigurosidad aumenta; cuando en realidad el ordenamiento jurídico reitera sobre su consideración solo en el momento en que sea coherente y determinante, eso pone en duda la flexibilidad del concepto *criterio auxiliar*, entendida como el escenario donde hay gran cantidad de interpretaciones y argumentos que pueden ser *regularmente* apreciados en las decisiones, del mismo modo sucede con las altas cortes al momento de seleccionar las interpretaciones más pertinentes, preexiste cierta flexibilidad, pero sería diferente si lo practicaran con la misma obligatoriedad.





La obligatoriedad puede significar también fuertes imposiciones de las decisiones de la Corte Constitucional, de una forma en la que incluso habría coerción...

En este orden de ideas, cuando se reitera sobre las opciones que ofrece la Corte Constitucional en cuanto al distanciamiento de la ley y la constitución, entendiéndose dicha opción como una forma de garantizar el Estado Social de Derecho, en últimas, lo único que hay es una fuerte presión hacia el juez para cumplir con el precedente. Automáticamente, eso causa serias consecuencias como: 1) inconvenientes al momento de trazar las líneas jurisprudenciales para determinar el precedente, 2) conflictos del juez para considerar o no el precedente, 3) confusiones jurídicas, 4) atenta contra el principio de legalidad y 5) jueces programados y exclusivamente fundidos a la voluntad de las cortes superiores o de cierre. Entre otras cosas es común que se tenga más en cuenta las valoraciones de los magistrados y no sobre los textos normativos, esto puede llegar a apreciaciones contrarias del artículo 230 de la Constitución Política, puesto que, de alguna manera, hay un desconocimiento del mencionado artículo con el propósito de convertir obligatoria la jurisprudencia, afectando la voluntad de autoridades inferiores (Tamaño Jaramillo *et al.*, 2012).

La obligatoriedad puede significar también fuertes imposiciones de las decisiones de la Corte Constitucional, de una forma en la que incluso habría coerción casi dictatorial en materia judicial, algunos fallos como la sentencia C-037 confirma la obligatoriedad de la jurisprudencia de la Corte; sin embargo, es una postura que conlleva a malas interpretaciones, porque la obligatoriedad es un mandato que está por fuera de la Constitución, en el entendido de que la Corte adopta dicha imposición, pero no está establecido en el artículo 230 de la Constitución Política, en vista de que lo que manda es: el Criterio auxiliar y no la Obligatoriedad, esta si-

Estos aspectos también insinúan que podría crearse cualquier otro criterio y hacerlo notar como si la constitución lo expresara es sus textos.

tuación ha ocasionado un punto de quiebre y una batalla jurídica para el precedente (Tamayo Jaramillo *et al.*, 2012).

Consecutivamente, hay que mencionar además que, se ha justificado el precedente como un instrumento aplicable en los casos donde la ley parece tener vacíos; no obstante, se discute que no necesariamente debe ser así, porque es claro que el artículo 230 (Constitución Política) diferencia entre la jurisprudencia, estableciendo su condición de fuente auxiliar y la ley cómo: obligatoria, por lo que, no es justificación los vacíos jurídicos para distanciarse del material constitucional. Estos aspectos también insinúan que podría crearse cualquier otro criterio y hacerlo notar como si la constitución lo expresara es sus textos (Tamayo Jaramillo *et al.*, 2012).

Interpretación y excesiva información

En esta segunda parte, se explicará el precedente desde un sentido general, filosófico, e incluso, escéptico. De este modo, el pensamiento negativo a estos niveles infiere que, el precedente entra en la incertidumbre por una serie de aspectos que no concuerdan con las estructuras de este instrumento. Uno de los aspectos más comunes es que el precedente con frecuencia es mal interpretado y aplicado erróneamente, esto se origina por su confusa estructura y por los inconvenientes teóricos en los que aún falta precisión. En este sentido, el concepto entre las confusiones suele ser entendido y definido como: un instrumento jurídico para diferenciar las normas, hechos y otros elementos; sin embargo, este argumento no tiene ningún asidero, en realidad la definición más correcta es planteada por el profesor Taruffo, el cual expresa: “el verdadero precedente se encuentra constituido o puede encontrarse constituido, por una decisión que posteriormente es considerada como una regla que también se aplica a los casos siguientes” (2016, p. 332).





...teniendo en cuenta que el precedente para ser clasificado resulta que no siempre lo que se considera cómo precedente es lo que es...

Con el precedente son variados los elementos que tienen que diferenciarse, aunque es de subrayar que la distinción más pertinente a tener en cuenta se basa en dos conceptos: precedente y jurisprudencia. Estos dos conceptos, además de lo que pueden indicar, también se localizan en partes distintas, por ejemplo, el precedente se encuentra en la *ratio decidendi* de la sentencia, es decir, la decisión proferida por el juez; mientras que la jurisprudencia es un conjunto de decisiones e interpretaciones o en otras definiciones: “conjunto de sentencias dictadas por los miembros del poder judicial sobre una materia determinada” (Leal, 2011, p. 239). Sin embargo, pese a las amplias explicaciones y definiciones existentes, las confusiones son notables, teniendo en cuenta que el precedente para ser clasificado resulta que no siempre lo que se considera cómo precedente es lo que es, y la jurisprudencia se distingue porque su contenido es numeroso, extenso, contradictorio y redundante. Esto indica que, son imprecisas muchas cuestiones, pero, también, indica que permite aplicar un proceso progresivo para encontrar las decisiones correctas, aunque las decisiones tomadas no siempre ofrecen la mejor seguridad.

Decisión y uniformidad

Las decisiones tomadas por el juzgador entran en un “intrínquilis” jurídico cuando se examina las formas en cómo se decide. A manera de ejemplo, uno de los temas más cuestionados son los casos iguales en los que se toma una decisión, el precedente se caracteriza porque se estudian casos iguales o similares; no obstante, el problema es que nunca los casos son iguales, porque los hechos o circunstancias y las partes siempre son distintas, por lo tanto, no hay casos iguales. Tal vez puede haber casos similares, pero, aun así, hay un gran



En otras cuestiones, es crítico cuando se aplica el precedente y a la vez debe evaluarse las normas del caso nuevo, no es confiable esta condición, ya que, no tiene coherencia...

margen de incertidumbre, cuando esto sucede se generan varios interrogantes como: si no hay casos iguales o si hay casos similares, ¿qué tan lógico es hablar de uniformidad?

La uniformidad es un elemento fundamental porque contribuye a igual tratamiento de los derechos, las circunstancias y decisiones. La uniformidad reduce la discriminación y garantiza un trato más justo, teóricamente, eso es lo que se plantea; no obstante, resulta contraproducente cuando se plantea la difícil existencia de casos iguales, tal vez, si se adapta a casos similares puede ser una de las razones del porque el precedente no debe aplicarse de forma absoluta y estricta, más bien, es preferible una aplicación de forma flexible. Sobre esta postura, algunos teóricos expresan que el punto que entra en similar observación son las normas de los dos casos iguales, mientras que los hechos deben ser más o menos parecidos, entonces, las normas estudiadas deben estar en una situación igual, mientras que las situaciones son parecidas, de todas formas, no puede hablarse del precedente como tal o en sentido estricto.

En otras cuestiones, es crítico cuando se aplica el precedente y a la vez debe evaluarse las normas del caso nuevo, no es confiable esta condición, ya que, no tiene coherencia cuando en una decisión posterior el juez decide qué tipo de norma debe aplicar, pues ya tiene de base el primer caso precedente, a su vez, debe crear el precedente del segundo caso; o se agrega incluso el tema de la obligatoriedad cuando ya existe cierta presión institucional y el operador está bajo condiciones propias y estrictas impidiéndole mayor campo de acción para sus decisiones (Ferrer Beltrán y Vásquez, 2016).

Conclusión

De forma concluyente, se puede afirmar que en Colombia hay dos posturas muy fuertes en el que se aprecia y cuestiona el precedente. En principio, es aceptado y definido por el sistema jurídico colombiano, tanto la Constitución de 1991, la práctica y las altas cortes reconocen e insisten en la esencialidad del precedente tal y como se aprecia en las sentencias cuyos pronunciamientos rectifican su carácter; a su vez, las características de cada figura como *ratio decidendi* y *obiter dicta* en el cual cada uno tiene un tipo de valor y solo uno posee el precedente, es decir, la *ratio decidendi*, mientras que la *obiter dicta* es un amplio discurso que no constituye precedente, de todas formas son valiosos.

En relación a la obligatoriedad, la vinculación que tiene el juez con la jurisprudencia es un mandato constitucional y en el cual ha cambiado las distintas formas de considerar la jurisprudencia. En cuanto a la figura del juez, este es quien determina el precedente, solo un operador tiene la función de clasificar y ejecutar acorde a la secuencia y diferenciación entre un caso y otro, así como la configuración: tres sentencias al tratarse de la Corte Suprema de Justicia o Consejo de Estado, y una sentencia si es la Corte Constitucional; si el juez decide no aplicar el precedente debe expresar las razones del apartamiento.

Finalmente, en la otra postura, las versiones opuestas centran su atención en los defectos del precedente, son consecuencias jurídicas derivables lógicamente del mismo concepto y no tanto del escepticismo. En efecto, el pensamiento crítico y filosófico reconoce la existencia de algunos defectos restándole coherencia al precedente. En el caso del operador de justicia, cada vez está en una estricta vinculación a la jurisprudencia y presión





institucional reduciendo su libertad decisoria. Las preocupantes confusiones entre conceptos están afectando los procesos de interpretación, cuando un término u otro no es lo que es, en consecuencia, terminan en la aplicación incorrecta. En el caso de la Corte Constitucional, al crear mandatos no estipulados textualmente en la Constitución Política está causando, posiblemente, un problema de legitimidad para el precedente o el tratamiento de casos iguales, donde la misma ciencia jurídica argumenta respecto de la inexistencia de casos iguales, más bien, casos similares, por lo que no es posible el tratamiento de casos iguales.

Referencias

- Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. (2018). *Comunidad jurídica del conocimiento*. <https://conocimientojuridico.defensajuridica.gov.co/>
- Bernal Pulido, C. (2008). El precedente en Colombia. *Revista de Derecho del Estado*, (21), 81-94.
<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/493>
- Congreso de la República de Colombia. (1896, 31 de diciembre). Ley 169 de 1896. *Sobre reformas judiciales*. Diario Oficial 10235, 14 de enero de 1897
<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=17755>
- Constitución Política de Colombia. (1991). *Gaceta Constitucional n.º 116*.
<http://bit.ly/2NA2BRg>
- Corte Constitucional de Colombia. (1995, 1 de marzo). Sentencia C-083 [Carlos Gaviria Díaz, M.P.].
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-083-95.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (1996, 5 de febrero). Sentencia C-037 [Vladimiro Naranjo Mesa, M. P.].
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-037-96.htm>

- Corte Constitucional de Colombia. (1999, 29 de enero). Sentencia SU-047 [Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero, M.P.].
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/su047-99.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (2001, 9 de agosto). Sentencia C-836 [Rodrigo Escobar Gil, M. P.].
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-836-01.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (2006, 6 de abril). Sentencia T-292 [Manuel José Cepeda Espinosa, M. P.].
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/t-292-06.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (2011a, 7 de marzo). Sentencia T-148 [Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, M. P.].
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/T-148-11.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (2011b, 28 de abril). Sentencia T-308 [Humberto Antonio Sierra, Porto, M.P.].
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/T-308-11.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (2013, 11 de julio). Sentencia T-446 [Luis Ernesto Vargas Silva, M. P.].
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/T-446-13.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (2015, 13 de mayo). Sentencia C-284 [Mauricio González Cuervo, M. P.].
<https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2015/C-284-15.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (2017b, 25 de mayo). Sentencia SU-354 [Iván Humberto Escrucería Mayolo, M.P.].
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/SU354-17.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (2017a, 22 de agosto). Sentencia T-540 [Alejandro Linares Cantillo, M.P.].
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/t-540-17.htm>
- David, R. y Jauffret-Spinozi, C. (ed.). (2010). *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos* (J. Sánchez Cordero, trad.). Universidad Nacional Autónoma de México.
<http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/11702>

- Ferrer Beltrán, J. y Vázquez, C. (coords.). (2016). *Debatiendo con Taruffo*. Marcial Pons; Ediciones jurídicas y Sociales.
- Kelsen, H. (1992). *Compendio de Teoría General del Estado*. Colofón S.A.
- Leal Pérez, H. (2011). *Diccionario jurídico*. Leyer Editores.
- Legarre, S. y Rivera, C. J. (2006). Naturaleza y dimensiones del "Stare Decisis". *Revista Chilena de Derecho*, 33(1), 109-124.
<https://www.scielo.cl/pdf/rchilder/v33n1/art07.pdf>
- López Medina, D. (2015). Obediencia judicial y administrativa de los precedentes de las Altas Cortes en Colombia: dos concepciones del fin y uso de la jurisprudencia como fuente del derecho. *Precedente. Revista Jurídica*, 7, 9-42.
<https://doi.org/10.18046/prec.v7.2202>
- Monroy Cabra, M. G. (2007). *Ensayos de Teoría Constitucional y Derecho Internacional*. Editorial Universidad del Rosario.
- Quinche Ramírez, M. F. (2017). *El precedente judicial y sus reglas*. Legis Editores S.A.
- Rama Judicial. (2015, 19 de febrero). *Línea Jurisprudencial del concepto de "Precedente"*. <https://bit.ly/3asVrFV>
- Tamayo Jaramillo, J., Jaramillo, C. I., Yepes Arcila, H., Suelte Cock, V. y Rojas Quiñones, S. (2012). *El precedente judicial en Colombia: papel y valor asignados a la jurisprudencia*. Grupo Editorial Ibáñez; Editorial Pontificia Universidad Javeriana.
- Taruffo, M. (2016). Consideraciones sobre el precedente. *Revista Ius Et Veritas*, (53), 330-342. <https://doi.org/10.18800/iusteveritas.201701.020>
- Villamil Portilla, E. (2008). *Estructura de la sentencia judicial*. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla; Imprenta Nacional de Colombia.
<https://escuelajudicial.ramajudicial.gov.co/node/3110>

