

Los precedentes judiciales en el derecho constitucional colombiano

*Judicial precedentes in colombian constitutional law*¹

Fabio Enrique Pulido Ortiz

 <https://orcid.org/0000-0002-1100-9962>

Universidad de La Sabana. Colombia

Correo electrónico: fabio.pulido@unisabana.edu.co

RECEPCIÓN: 20 de enero de 2024

ACEPTACIÓN: 13 de abril de 2024

PUBLICACIÓN: 18 de junio de 2024

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2023.168.18869>

RESUMEN: La regla de precedente es la norma de los sistemas jurídicos que define el funcionamiento normativo de los precedentes judiciales. Los precedentes judiciales son normas generales y abstractas originadas en una decisión judicial. Tomando como ejemplo la forma como se ha configurado la regla de precedente en el derecho constitucional colombiano, el objetivo de este artículo es analizar diferentes tipos de precedentes judiciales y, en este contexto, precisar la noción de *ratio decidendi*. El trabajo distingue entre precedente judicial en sentido amplio que refiere a las normas generales y abstractas de origen judicial que, en virtud de la regla de precedente, son obligatorias o vinculantes, y el precedente judicial en estricto sentido que designa a la *ratio decidendi* de las decisiones judiciales. Luego se analiza el precedente en estricto sentido explicando los modelos de construcción de la *ratio decidendi*, su configuración como norma jurídica y los elementos para su identificación.

¹ Investigación realizada gracias al Programa UNAM PAPIIT IN302422.

Este artículo forma parte de los resultados del proyecto de investigación “Modernización del proceso de creación de normas” (DER-84-2021) financiado por la Dirección General de Investigaciones de la Universidad de La Sabana.

Agradezco los comentarios y sugerencias de María José Ortiz, Aura Velazquez Quitian, Dary Riveros, José David Velandia, Daniela Álvarez y Madelin Ramos.

Se enmarca también en el proyecto de investigación 2204/PI/22 financiado por la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia a través de la convocatoria de Ayudas a proyectos para el desarrollo de investigación científica y técnica por grupos competitivos, incluida en el Programa Regional de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de Excelencia (Plan de Actuación 2022) de la Fundación Séneca, Agencia de Ciencia y Tecnología de la Región de Murcia.

Palabras clave: precedentes judiciales, *ratio decidendi*, *stare decisis*, tribunales constitucionales.

ABSTRACT: The rule of precedent is the norm of legal systems that defines the normative functioning of judicial precedents. Judicial precedents are general and abstract norms originating from a judicial decision. Taking as an example the way in which the rule of precedent has been configured in Colombian constitutional law, the objective of this article is to analyze different types of judicial precedents and, in this context, to clarify the notion of *ratio decidendi*. The work distinguishes between judicial precedent in the broad sense that refers to the general and abstract norms of judicial origin that, by virtue of the rule of precedent, are mandatory or binding; and the judicial precedent in the strict sense that designates the *ratio decidendi* of judicial decisions. Then the precedent in the strict sense is analyzed, explaining the models of construction of the *ratio decidendi*, its configuration as a legal norm, and the elements for its identification.

Keywords: judicial precedents, *ratio decidendi*, *stare decisis*, constitutional courts.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Los precedentes judiciales en amplio sentido.* III. *Precedente en estricto sentido: la ratio decidendi de las sentencias.*

I. INTRODUCCIÓN

En los ordenamientos jurídicos actuales, especialmente en aquellos que establecen un control judicial de la Constitución, los precedentes judiciales desempeñan un papel central en la interpretación y adjudicación constitucional (Núñez Vaquero y Fernández Cruz, 2021; Magaloni, 2001; Taruffo, 2007; Bernal Pulido, 2006). En el derecho constitucional colombiano, por ejemplo, los precedentes judiciales son una fuente de normas jurídicas vinculantes en el ejercicio del control constitucional y, en general, para la aplicación de la Constitución.²

Por supuesto que en el desarrollo del precedente constitucional en Colombia se han presentado diferentes problemas teóricos y prácticos. Uno de ellos radica en establecer qué es lo que constituye el precedente judicial. Al tratar este asunto, la doctrina y la jurisprudencia sostienen que el precedente judicial corresponde a la *ratio decidendi* de las sentencias. En efecto, lo co-

² Sobre la importancia del precedente en el derecho constitucional colombiano véase, entre otros, La importancia de los precedentes judiciales constitucionales ha sido tratada, entre otros, por López (2006 y 2016), Bernal Pulido (2006), Lancheros Gámez (2012); Sarmiento-Erazo, J (2012) Pulido Ortiz, F (2018).

mún es que se formulen argumentos justificatorios sobre la vinculación de la *ratio decidendi*³ y se propongan metodologías para reconstruirla.⁴

Sin embargo, esta forma de abordar la pregunta de que constituye el precedente judicial presenta dos problemas. Por un lado, existen una serie de normas de origen judicial que son conceptualmente distintas de la *ratio decidendi*. Estas normas no pueden ser explicadas ni reconstruidas con base en las herramientas desarrolladas a la luz del concepto de *ratio decidendi*. Por otro lado, persisten las dudas acerca de qué es la *ratio decidendi* y los criterios para su identificación. Al respecto siguen abiertas preguntas como ¿cuál es la forma en que se crea o construye la *ratio decidendi*? ¿Qué tipo de norma es la *ratio decidendi*? ¿Son reglas o son principios? ¿Cuál es la relación entre la *ratio decidendi* y los textos de las decisiones judiciales? ¿Son relevantes las palabras empleadas en los textos judiciales para identificar la *ratio decidendi*?

En este orden de ideas, el objetivo de este artículo es caracterizar la configuración de lo que constituye el precedente en el derecho constitucional colombiano. Se argumentará que el precedente judicial está constituido por un conjunto complejo de normas de origen judicial que, a su vez, constituyen diferentes tipos de precedentes judiciales. Por lo mismo, se defenderá que es un error reducir la explicación del precedente a la noción de *ratio decidendi*. Se explicará, además, que en la tarea de caracterizar la *ratio decidendi* se deben elucidar las diferencias y relaciones entre la construcción (o creación) de la *ratio decidendi*, su configuración como norma jurídica y los criterios para su identificación.

II. LOS PRECEDENTES JUDICIALES EN AMPLIO SENTIDO

La teoría del precedente judicial ha propuesto distinguir entre la regla de precedente y los precedentes judiciales. La regla de precedente es la norma de los sistemas jurídicos que define el funcionamiento normativo de los precedentes judiciales. A su vez, existe una regla de precedente obligatoria y/o vinculante cuando exige el seguimiento de los precedentes y/o cuando condiciona

³ La Corte Constitucional colombiana suele justificar el carácter vinculante de los precedentes judiciales en los principios de buena fe, seguridad jurídica, confianza legítima, igualdad y la autoridad interpretativa de los órganos de cierre (Corte Constitucional, sentencias SU354 de 2017 y C-621 de 2015)

⁴ Véase López (2006 y 2016).

la validez de ciertas decisiones jurídicas al seguimiento de los precedentes.⁵ Los precedentes judiciales, por otro lado, son normas generales y abstractas originadas en una decisión judicial y que, de conformidad con la regla de precedente, pueden vincular u obligar.⁶

En relación con los precedentes judiciales se puede marcar la diferencia entre precedente en sentido amplio y en sentido estricto. El precedente judicial en sentido amplio designa a todas las normas generales, abstractas y de origen judicial que, de conformidad con la regla de precedente, son constitutivas de precedentes judiciales.⁷ El precedente judicial en estricto sentido designa a la *ratio decidendi* de las decisiones judiciales. La *ratio decidendi* corresponde a la regla de derecho en la que el juez (implícita o explícitamente) fundamenta su decisión, esto es, la norma que de acuerdo con el razonamiento del juez sirve de base normativa para justificar el *decisum* (Garner, 1999). En otras palabras, la *ratio decidendi* es la norma jurídica general y abstracta que es en efecto aplicada por el juez para justificar la decisión (Twining, W. y Miers, D. 2010).

La idea principal que se quiere marcar con esta distinción es que existen distintos tipos de normas de origen judicial que pueden generar precedentes judiciales. En otras palabras, si existen distintas normas que son conceptualmente distintas de la *ratio decidendi* pero que también pueden ser constitutivas de precedentes judiciales en amplio sentido, entonces es un error reducir la teoría y la práctica del precedente a la noción de *ratio decidendi*. En efecto, como se presentará en las siguientes líneas, en el derecho colombiano son fuente de precedentes judiciales en sentido amplio la doctrina probable, la cosa juzgada constitucional y las órdenes dispuestas en las sentencias de tutela con efectos *inter pares* e *inter comunis*.

⁵ La regla de precedente es vinculante en el sentido que se constituyen en una condición necesaria para la validez de los actos de los operadores jurídicos y es obligatoria cuando prescribe cierta acción, esto es obliga o prohíbe su realización. Sobre la importancia de esta distinción en la explicación de la regla de precedente véase Arriagada (2021) y Núñez (2021).

⁶ Sobre el particular véase Núñez Vaquero (2016) y Pulido-Ortiz (2021)

⁷ Las normas son generales cuando su destinatario es una clase de personas. Las normas son abstractas cuando su contenido se refiere a un acto o acción hipotéticos, *i.e.* tipos o clases de acciones que se espera que ocurran. Por otro lado, una norma es vinculante en el sentido que se constituyen en una condición necesaria para la validez de los actos de los operadores jurídicos y es obligatoria cuando prescribe cierta acción, esto es obliga o prohíbe su realización (Pulido Ortiz, 2022). Sobre la importancia de esta distinción en la explicación de la regla de precedente véase Arriagada (2021) y Núñez (2021).

1. La doctrina probable

La doctrina probable (también conocida como jurisprudencia constante o doctrina legal) es una figura nacida en los sistemas jurídicos de la tradición continental (*civil law*) que se refiere al conjunto de tesis interpretativas realizadas por los órganos de cierre cuando de forma reiterada o constante definen cómo se debe entender una norma jurídica.⁸

En el derecho colombiano la doctrina probable vincula a los jueces en el sentido que para poder apartarse deben “exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión” (artículo 7o. del Código General del Proceso). Al respecto, la Corte Constitucional ha precisado que los jueces pueden apartarse de la doctrina probable siempre que argumenten que su posición es mejor en términos legales y constitucionales. En este sentido, las decisiones que no cumplan con esta carga argumentativa son nulas por desconocer la doctrina probable (Corte Constitucional, sentencia C-621-15).

Ahora bien, ¿qué constituye a la doctrina probable? Para responder esta pregunta, debe recordarse que las decisiones judiciales están conformadas por dos partes principales: la parte resolutive (o *decisum*) que contiene la decisión del caso y las órdenes dadas por el juez o tribunal, y la parte considerativa (o considerandos) en la que se presentan los argumentos para justificar el *decisum*. Así las cosas, la doctrina probable está constituida por aquellas tesis interpretativas que de forma reiterada son sostenidas por los órganos de cierre en sus considerandos

Entre la doctrina probable y el precedente judicial en estricto sentido (*i.e.* la *ratio decidendi*) existen importantes diferencias. La doctrina probable, como se dijo, está conformada por los criterios establecidos por los órganos de cierre sobre la forma en que se debe interpretar una disposición jurídica. La *ratio decidendi*, por otro lado, está constituida por las reglas jurídicas que el juez efectivamente emplea para resolver el problema jurídico y llegar a la decisión. Para la Corte Constitucional “la doctrina probable establece una regla de interpretación de las normas vigentes, que afecta la parte considerativa de la decisión judicial”, mientras que la *ratio decidendi* “establece reglas sobre la apli-

⁸ En los sistemas jurídicos de la tradición continental, la doctrina probable suele ser considerada como un criterio auxiliar para ilustrar el contenido de la ley pero que no vincula a los operadores jurídicos (Ruiz y Laporta, 1997; Von y Parisi, 2006).

cación de las normas en casos específicos y afecta por lo tanto aquellos hechos o situaciones efectivamente resueltas por el juez en el *decisum* (Corte Constitucional, sentencia C-621 de 2015). La *ratio decidendi* si bien no está contenida explícitamente en la parte resolutive de la decisión resulta inescindible de la decisión y de las órdenes dadas por el juez o tribunal (Corte Constitucional, Sentencia C-737 de 2001).

En resumen, la diferencia entre la doctrina probable y la *ratio decidendi* se encuentra en que la primera establece reglas sobre cómo interpretar las disposiciones jurídicas, mientras que la segunda establece reglas para resolver ciertos problemas jurídicos. Veamos un ejemplo. La Corte Constitucional ha desarrollado una según la cual las leyes que regulan el régimen de inhabilidades, incompatibilidades y conflicto de intereses de los servidores públicos de elección popular no pueden aplicarse mediante analogía a casos que no estén previstos en ellas. Esta doctrina ha sido reiterada en las sentencias C-546 de 1993, C-028 de 2006, C-903-2008 y C-101 de 2018.

En un caso específico, el Consejo de Estado tuvo que resolver el siguiente problema jurídico: un integrante de una asamblea departamental, con investigaciones abiertas en la contraloría, participó en la elección del nuevo contralor. En la sesión se advirtió que aquellos integrantes de la asamblea que tuviesen investigaciones abiertas en la contraloría debían declararse impedidos por el conflicto de intereses que surge al elegir al funcionario encargado de esas investigaciones. Por estos hechos se inició en contra del asambleísta un proceso de pérdida de investidura por la violación del régimen de conflicto de intereses. El asambleísta argumentó que su participación en la elección del contralor fue mediante voto secreto y que el artículo 286 de la Ley 5ª de 1992 (Reglamento del Congreso) establece que no hay conflicto de intereses cuando “el congresista participa en la elección de otros servidores públicos mediante el voto secreto”. En la *ratio decidendi* de la sentencia, el Consejo de Estado indicó que “las disposiciones contenidas en el Reglamento Interno del Congreso están referidas exclusivamente a los congresistas” puesto que “esta norma fue dictada con el propósito de delimitar el alcance del conflicto de intereses para los congresistas, sin hacer extensiva su regulación a todos los servidores públicos de elección popular” y, en consecuencia, declaró la pérdida de investidura del asambleísta por violación del régimen de conflicto de intereses.⁹

⁹ Consejo de Estado (2021). Sentencia núm. 85001-23-33-000-2020-00016-02 de Consejo de Estado (sección primera) del 18-03-2021

De acuerdo con esto, la tesis interpretativa de la Corte Constitucional constituye una doctrina probable en tanto está conformada por criterios acerca de la interpretación de las normas sobre el régimen de inhabilidades, incompatibilidades y conflicto de intereses, mientras que la *ratio decidendi* del Consejo de Estado establece una regla sobre cómo resolver un problema jurídico.

2. La cosa juzgada constitucional

El principio de cosa juzgada implica que la decisión judicial es definitiva sobre el problema jurídico. Es decir que, en virtud del principio de la cosa juzgada, el *decisum* no puede ser discutido mediante recursos procesales y el asunto resuelto no puede volver a ser planteado en un nuevo proceso judicial (Calaza, 2009). En estas condiciones, la cosa juzgada constitucional implica que el *decisum* de las sentencias de la Corte Constitucional es definitivo.

Para comprender el principio de cosa juzgada constitucional debe subrayarse que las sentencias de la Corte Constitucional resuelven dos tipos de asuntos: *a)* mediante las sentencias de tutela resuelve asuntos concretos sobre la protección de los derechos fundamentales, y *b)* mediante las sentencias de constitucionalidad resuelve asuntos abstractos en las que define la constitucionalidad de leyes, normas con fuerza de ley y reformas constitucionales. Ahora bien, el valor de cosa juzgada es distinto según se trate de cada una de esas sentencias. Por un lado, los dispositivos establecidos en las sentencias de tutela tienen, en principio, efectos *inter-partes*, es decir, vinculan u obligan sólo a las partes del proceso (como veremos más adelante, existen importantes excepciones al respecto). Por otro lado, los dispositivos (decisiones y órdenes) definidos en el *decisum* de las sentencias de constitucionalidad tienen efectos *erga omnes*, esto es, son abstractos y generales.¹⁰

En relación con esto último, la Corte Constitucional señala que las sentencias de constitucionalidad tienen valor de cosa juzgada constitucional en el sentido que sus decisiones sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una norma tienen carácter definitivo e inmutable (Corte Constitucional, sentencia C-259-15). En efecto, el artículo 243 de la Constitución colombiana establece que “los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccio-

¹⁰ Sobre las diferencias entre efectos *erga omnes* e *inter-partes* véase Martínez-Caballero (2010) y Pulido Ortiz (2011).

nal hacen tránsito a la cosa juzgada constitucional”. El mismo artículo agrega que “ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución”.

Como puede verse, la cosa juzgada constitucional de las sentencias de constitucionalidad tiene dos tipos de efectos. Por un lado, en los casos en que la Corte Constitucional concluye que la norma es inconstitucional, la decisión puede tener como efecto la inexecutable de la norma, es decir, su expulsión del ordenamiento jurídico.¹¹ En estos casos, además, las autoridades no pueden reproducir ni aplicar nuevamente el contenido declarado inexecutable. Por otro lado, en aquellos casos en que la Corte Constitucional concluye que la norma es constitucional, el efecto de la decisión es la executable de la norma, esto es, su conservación en el ordenamiento jurídico. En tal caso, además, se genera la imposibilidad jurídica de demandar la norma nuevamente.¹²

Con base en estas nociones, la Corte Constitucional ha diferenciado entre cosa juzgada formal y cosa juzgada material. La cosa juzgada formal aparece “cuando existe una decisión previa del juez constitucional en relación con la misma norma que es objeto de una nueva demanda, o cuando una norma con un texto exactamente igual a uno anteriormente examinado por la Corte es nuevamente demandada por los mismos cargos”. Por otra parte, la cosa juzgada material ocurre “cuando la disposición demandada

¹¹ La Corte Constitucional ha reconocido excepciones a esta regla. La doctrina de la inconstitucionalidad diferida implica que “una sentencia de inconstitucionalidad diferida, o de constitucionalidad temporal, es aquella por medio de la cual el juez constitucional constata que la ley sometida a control es inconstitucional, pero decide no retirarla inmediatamente del ordenamiento, por la sencilla razón de que la expulsión automática de la disposición ocasionaría ‘una situación peor, desde el punto de vista de los principios y valores constitucionales’, por lo cual el Tribunal Constitucional establece un plazo prudencial para que el Legislador corrija la inconstitucionalidad que ha sido constatada” (Corte Constitucional, sentencia C-737 de 2001).

¹² Debe aclararse que la Corte Constitucional diferencia entre la cosa juzgada constitucional absoluta y la relativa: la cosa juzgada es absoluta “cuando el pronunciamiento de constitucionalidad de una disposición, a través del control abstracto, no se encuentra limitado por la propia sentencia”; y es relativa “cuando el juez constitucional limita en forma expresa los efectos de la decisión, dejando abierta la posibilidad para que en un futuro se formulen nuevos cargos de inconstitucionalidad” (Corte Constitucional, sentencia C-332 de 2013).

reproduce el mismo sentido normativo de otra norma que ya fue examinada por la Corte” (Corte Constitucional, Sentencia C-393 de 2011).

La Corte Constitucional ha entendido que tiene la competencia para fijar los efectos de los fallos y, en consecuencia, delimitar el alcance de la parte resolutive de sus sentencias (Corte Constitucional, sentencias C-007 de 2016 y C-332 de 2013). Mediante las técnicas de modulación de los fallos, la Corte Constitucional busca que, a pesar de la existencia de una afectación a la Constitución, la respuesta no se reduzca a una simple exequibilidad o inexecutable de la norma (Corte Constitucional, sentencia SU230 de 2015). Las sentencias de la Corte Constitucional, en función de las modulaciones de los contenidos normativos de los fallos, pueden ser: *a)* sentencias interpretativas o condicionadas y *b)* sentencias integradoras.¹³

Para explicar la modulación de sentencias, se suele emplear la tradicional distinción entre disposición normativa y norma. La disposición normativa es el texto establecido por una autoridad jurídica en alguna de sus fuentes. La norma, por su parte, es el significado de ese texto. En relación con las leyes es posible trazar la misma distinción, es decir la ley como disposición (texto normativo) y la ley como norma (contenido normativo formulado por la disposición). Es posible que la norma o normas creadas por la ley sean todas inconstitucionales. En tal caso, el tribunal constitucional debe declarar su inconstitucionalidad y, en consecuencia, expulsar (declarar inexecutable) tanto a la disposición como a las normas.

Sin embargo, existen situaciones en las que una disposición legal formula, por una parte, normas constitucionales, y por la otra, normas inconstitucionales. En estos contextos los tribunales constitucionales pueden elegir conservar las normas constitucionales y expulsar las inconstitucionales, manteniendo intacta la disposición jurídica. Es así como mediante las sentencias interpretativas o condicionadas lo que hace el tribunal es definir dentro de las distintas normas creadas en una disposición jurídica cuáles son inconstitucionales y cuáles son constitucionales. Es decir, las sentencias interpretativas expulsan del ordenamiento jurídico una norma o conjunto de normas creadas por una disposición jurídica, pero no lo hacen respecto de todas ellas, y tampoco expulsa la disposición (Corte Constitucional, sentencia C-038 de 2006).

¹³ Sobre la modulación de las sentencias en la Corte Constitucional véase Solano González (2013), Martínez-Caballero, A. (2010) y Olano (2004).

Una de las funciones de las disposiciones normativas consiste determinar las propiedades que se consideran jurídicamente relevantes, es decir, establecer el conjunto de propiedades que definen el caso regulado y la solución jurídica prevista. Ahora bien, en los ordenamientos jurídicos que contemplan control constitucional judicial de las leyes, corresponde a los jueces constitucionales establecer si las normas están o no conformes con la Constitución. Sin embargo, en algunos eventos, los tribunales constitucionales consideran que una disposición constitucional es inconstitucional no por lo que dice sino por lo que no dice, es decir, por las propiedades normativas que debió definir (Díaz Revorio, 2000).

En esos eventos la Corte Constitucional dicta dos tipos de decisiones: las sentencias aditivas y las sentencias sustitutivas. Las sentencias aditivas, en lugar de declarar la inconstitucionalidad de la disposición, agregan un contenido normativo nuevo a la disposición, a saber, el contenido que a juicio del tribunal debió contener la disposición jurídica para ser constitucional. Las sentencias sustitutivas declaran la inconstitucionalidad de una parte de la disposición jurídica y la reemplazan por un nuevo texto jurídico de tal forma que el contenido normativo formulado por esa nueva disposición se adecue a los contenidos constitucionales exigidos (Corte Constitucional, sentencia C-325 de 2009.).

Obsérvese que en las sentencias aditivas y sustitutivas los tribunales formulan nuevas disposiciones jurídicas que se integran a las disposiciones legales estudiadas en el juicio de constitucionalidad. Por lo tanto, son decisiones que formulan normas generales y abstractas y que, en virtud de los efectos *erga omnes*, son vinculantes para todos los operadores jurídicos. En las sentencias interpretativas, si bien es cierto que no se crean nuevas normas, también lo es que la decisión de la Corte Constitucional define con valor de autoridad cuál es la interpretación de la disposición jurídica que resulta vinculante para los operadores jurídicos.

En definitiva, en virtud de la cosa juzgada constitucional, las decisiones y órdenes dictadas por la Corte Constitucional son fuente de normas generales y abstractas. Por lo mismo, las sentencias de constitucionalidad son constitutivas de precedente judicial en amplio sentido.¹⁴

¹⁴ En este punto es necesario alertar sobre una cuestión. La Corte Constitucional desarrolló la distinción entre cosa juzgada explícita y cosa juzgada implícita. La cosa juzgada explícita se refiere a lo comprendido en la parte resolutive de la respectiva sentencia. La cosa juzgada implícita se refiere a aquellos apartes de las consideraciones de la Corte que constituyen la

3. Los efectos *inter partes* e *inter comunis*

Las sentencias de tutela, como se dijo antes, resuelven asuntos concretos al revisar “las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales” (artículo 241 de la Constitución colombiana). Los dispositivos establecidos en las sentencias de tutela tienen, en principio, efectos *inter partes*, es decir, que vinculan u obligan sólo a las partes del proceso. Sin embargo, la Corte Constitucional sostiene que, en ciertos casos, y con el fin de asegurar la supremacía de la Constitución, sus sentencias de tutela pueden “ir más allá del simple efecto *inter partes*” y otorgarle al *decisum* efectos *inter partes* o efectos *inter comunis* (Corte Constitucional, sentencia SU-783 de 2003).

De acuerdo con la Corte Constitucional se pueden aplicar efectos *inter partes* a sus decisiones en aquellas circunstancias en las que existe un marco normativo que causa la violación de derechos constitucionales. En ese contexto, según la Corte Constitucional se debe evitar la proliferación de casos contrarios a la Constitución disponiendo “que la resolución que ha dado al asunto debe ser asumida en los casos que, sin integrar necesariamente una misma comunidad, son o llegarán a ser semejantes” (Corte Constitucional, sentencia SU349 de 2019).

Veamos un ejemplo. El Decreto 216 de 2021 creó el Estatuto Temporal de Protección para Migrantes Venezolanos. Este estatuto definió que, para regular la situación en el país, los migrantes deben obtener un permiso por protección temporal (PPT). Por otro lado, el artículo 12 del mismo Decreto establece como requisito para el otorgamiento del permiso “[n]o tener en curso investigaciones administrativas migratorias”. En la Sentencia T -100 de 2023, la Corte Constitucional conoció el caso de una pareja de migrantes venezolanos que debieron huir de su país “porque su vida e integridad corría peligro”. Al resolver el caso, la Corte Constitucional consideró que el requi-

razón de la decisión, y que guardan unidad de sentido con la parte resolutive de la sentencia (Corte Constitucional, sentencias Sentencia C-037-1996, C-774 de 2001 y C-028 de 2006). Como puede verse, la cosa juzgada implícita corresponde a la *ratio decidendi* de las sentencias lo cual genera dos consecuencias: primero, en tanto la *ratio decidendi* forma parte del contenido de la cosa juzgada entonces todas las sentencias de constitucionalidad son implícitamente condicionadas (sobre el entendido de que, como veremos, todas las sentencias tienen una *ratio decidendi*). Segundo, se confunde el valor de la cosa juzgada constitucional y el precedente en sentido estricto constituido por la *ratio decidendi* de las sentencias.

sito de “no tener en curso investigaciones administrativas migratorias” contradice la finalidad del permiso que “consiste en regularizar el estatus de los migrantes venezolanos que se encuentran en nuestro país en situación irregular”. Por lo tanto, para la Corte, el “requisito castiga la condición de irregularidad que a través del” permiso “se pretende superar”. Según la Corte, “el ingreso o permanencia irregular de un extranjero en Colombia” es una “circunstancia común a todos los solicitantes del” permiso pues es “en razón a su condición de irregularidad” que los solicitantes “quieren obtener este documento y regularizar así su situación migratoria” (Corte Constitucional, sentencia T-100 de 2023).

En aplicación de estas consideraciones, la Corte Constitucional decidió proteger los derechos de los accionantes y, en consecuencia, no aplicar el requisito. Pero, además, entendió que los accionantes en el proceso “no son las únicas personas que se han visto afectadas por las referidas normas”. Concluyó que resultaba “necesario otorgarle efectos inter pares a la decisión”. Así las cosas, decidió “otorgar efectos inter pares a la decisión de inaplicar las normas[...] que consagran el requisito de «no tener en curso investigaciones administrativas migratorias» para acceder al Permiso por Protección Temporal”. Agregó que los “efectos se aplican a todos los migrantes venezolanos cuya situación particular se enmarca en los presupuestos de los casos analizados” en la sentencia (Corte Constitucional, sentencia T-100 de 2023).

Por otro lado, las sentencias con efectos *inter comunis* se caracterizan porque las decisiones y órdenes vinculan a quienes fueron parte del proceso y a quienes forman parte del mismo problema jurídico que originó la sentencia pero que no hicieron parte del proceso (Corte Constitucional, Auto 208 de 2006.). La Corte Constitucional argumenta que, con fundamento en el derecho a la igualdad entre los accionantes “y aquellas que a pesar de encontrarse en la misma situación no tienen la calidad de accionantes, es preciso que la decisión del juez de tutela sea uniforme y tenga los mismos efectos para unos y otros” (Corte Constitucional, sentencia T-946 de 2011). Mediante los efectos *inter comunis*, la Corte Constitucional extiende los efectos de las decisiones a personas que no acudieron a “la acción de tutela en calidad de accionantes” pero “se encuentran en las mismas condiciones de éstos” (Corte Constitucional, sentencia T-189 de 2016).

Veámoslo con otro ejemplo. Una ciudadana de bajos recursos interpuso acción de tutela contra una empresa electrificadora y las autoridades del municipio ante la negativa de la prestación del servicio de energía eléctri-

ca. La empresa argumentó que no podía realizar la conexión eléctrica al inmueble porque no existe la infraestructura suficiente para hacerlo. La Corte Constitucional decidió proteger los derechos de la demandante argumentando que el municipio tiene la obligación de “proporcionar el servicio de energía eléctrica para satisfacer las necesidades básicas de la accionante y los residentes de la urbanización” (Corte Constitucional, T-189-2016).

Al definir las órdenes, la Corte Constitucional observó que “la accionante no [era] la única persona afectada” por la falta del servicio público de energía eléctrica. En la misma situación se encontraban toda la comunidad del barrio de la accionante. La Corte Constitucional concluyó que en ese caso debía emitir una orden para proteger, no sólo a la demandante, “sino a todas las personas y familias que se encuentren viviendo en la urbanización” (Corte Constitucional, T-189 de 2016). En consecuencia, ordenó al municipio y a la Electrificadora desarrollar las obras necesarias para asegurar el suministro de energía eléctrica a toda la urbanización”.

III. PRECEDENTE EN ESTRICTO SENTIDO: LA *RATIO DECIDENDI* DE LAS SENTENCIAS

El precedente judicial en estricto sentido está constituido por la *ratio decidendi* de las decisiones judiciales.¹⁵ En el derecho colombiano, la Corte Constitucional ha definido que la *ratio decidendi* de sus sentencias “en la medida en que se proyecta más allá del caso concreto, tiene fuerza y valor de precedente para todos los jueces en sus decisiones” (Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-292 de 2006). La *ratio decidendi*, como se dijo antes, está constituida por la regla de derecho en la que el juez (implícita o explícitamente) fundamenta su decisión. Es, con otras palabras, la norma que en el razonamiento judicial sirve de base normativa para justificar la decisión.

Ahora bien, es posible diferenciar dos sentidos en los que se usa la noción de *ratio decidendi*. En un primer sentido, la *ratio decidendi* se emplea para referirse a la premisa normativa que resulta necesaria para la justificación de la decisión judicial, y que, por tanto, otorga unidad a la relación entre el problema jurídico y la parte resolutive (Twining, W. y Miers, D. 2010). En un segundo

¹⁵ De hecho, en diferentes sistemas jurídicos se entiende por precedente judicial a la *ratio decidendi* de ciertas decisiones judiciales (Núñez-Vaquero 2022).

sentido, la *ratio decidendi* se refiere a la norma jurídica que, en el proceso de justificación de una decisión judicial (o de un conjunto de ellas) es construida por el juez (o jueces) y que en virtud de la regla de precedente debe ser seguida por los operadores jurídicos en casos posteriores (Sierra Sorockinas, 2016).

A pesar de que existe una evidente relación entre los dos sentidos. En efecto, no toda *ratio decidendi* (en el primer sentido) corresponde a la creación de normas jurídicas generales y, por tanto, no es constitutiva de *ratio decidendi* en el segundo sentido. En muchas sentencias judiciales el contenido de la *ratio decidendi* corresponde a lo previamente establecido en el derecho vigente. Es decir que, en estos casos, la premisa normativa que sirvió de fundamento para la decisión corresponde a una norma del derecho vigente. Para que esta noción de *ratio decidendi* (i.e. la premisa normativa que sirve de fundamento necesario para la decisión) sea constitutiva de precedentes judiciales debe ser el caso que el juez construya una norma que sirva de premisa normativa para su decisión.

Es verdad que la construcción o creación judicial de normas generales y abstractas suele asociarse a la carga de justificación de las providencias. Según este argumento, el proceso de toma de decisiones requiere como condición necesaria el uso de una premisa normativa general y abstracta. De acuerdo con esto, cuando por alguna razón el derecho resulta indeterminado respecto a un asunto específico, el juez debe construir una norma general que sirva de fundamento a su decisión (Bulygin, 2003; 2005). Al afirmar que los jueces construyen normas jurídicas no significa que lo hacen *ex nihilo*. Cuando los jueces crean normas jurídicas recurren a principios morales que justifican una práctica jurídica específica o extienden la aplicación de normas a cuestiones no reguladas.

Sin embargo, y como ya se explicó, la creación judicial de normas jurídicas vas más allá de la construcción de normas necesarias para la justificación de la decisión. La doctrina probable, las decisiones de las sentencias con valor de cosa juzgada constitucional *erga omnes* y las órdenes de las sentencias con efectos *inter pares* e *inter comunis* son ejemplos de construcción judicial de normas generales y abstractas pero que no están asociadas directamente con la carga de justificación de las decisiones.

Por otro lado, al sostenerse que los jueces crean normas jurídicas generales y abstractas como presupuesto de la justificación de sus decisiones judiciales, no significa, necesariamente, que tales normas vinculen en casos posteriores. Para que esto ocurra, el ordenamiento jurídico debe recono-

cer una regla precedente que exija que casos posteriores se resuelvan según las normas jurídicas creadas por los jueces en casos precedentes. En este orden de ideas, no toda *ratio decidendi* (en sentido de la premisa normativa construida en la justificación judicial) son constitutivas de precedentes en estricto sentido (*i.e.* no todas las sentencias tienen la capacidad de crear *ratio decidendi* en el segundo sentido). Para que los jueces puedan crear *ratio decidendi* en el segundo sentido, el ordenamiento jurídico debe reconocer la regla de precedente obligatoria y/o vinculante, esto es, debe definir que la *ratio decidendi* de las sentencias tiene valor o fuerza vinculante.

En síntesis, la *ratio decidendi* es la norma jurídica general y abstracta que en el proceso de justificación de una decisión judicial (o de un conjunto de ellas) es construida por el juez como premisa necesaria para justificar la decisión. Por lo mismo, el precedente judicial en estricto sentido designa a la *ratio decidendi* de las sentencias que, de acuerdo con la regla de precedente son fuente de ese tipo de precedentes.

1. La construcción de la *ratio decidendi*

La construcción de la *ratio decidendi* puede ser descrita a partir de dos modelos: el modelo “*common law*” y el modelo “legislativo”. En el modelo “*common law*”, la *ratio decidendi* es producto de la lenta y constante revisión de los hechos normativos en cada proceso y decisión judicial. La *ratio decidendi*, según este modelo, tiene una estrecha relación con las situaciones concretas de la vida real que son llevadas para que sean resueltas por los jueces. Este modelo confía en la capacidad de las decisiones judiciales de depurar las respuestas en cada uno de los casos que los jueces resuelven. Por ello, entiende que la *ratio decidendi* se construye caso por caso mediante el ajuste de las reglas que justifican un tipo o forma de responder a los problemas jurídicos (Levi, 1948).

El modelo del *common law* entienden que la autoridad judicial de crear precedentes judiciales se basa en la experiencia compartida de los jueces al resolver situaciones de la vida real. Por lo mismo, la *ratio decidendi* está conformada por las razones que de forma progresiva y acumulada ofrecen los jueces como justificación para la resolución de los casos. Este modelo entiende que la *ratio decidendi* no se vincula a los términos empleados en los textos de las decisiones judiciales sino a las razones que subyacen a la forma en que los jueces deciden los casos (Magaloni, 2011).

Por otro lado, en el modelo *legislativo* la construcción de la *ratio decidendi* no tiene diferencias radicales con la creación de normas que realizan otros órganos jurídicos como los parlamentos o las autoridades administrativas. De acuerdo con este modelo, en la *ratio decidendi* de las decisiones judiciales, los jueces (en particular los órganos de cierre) crean normas de contenido general que regulan casos genéricos a partir de las cuales resuelven el caso concreto (Komarek, 2013).

En el modelo “legislativo” subyace un ideal jerárquico de la autoridad judicial. Según este ideal, los precedentes son concebidos como pronunciamientos autoritativos que se proponen la creación de normas generales y abstractas. La *ratio decidendi*, por tanto, es formulada en el texto de la decisión judicial como resultado de la intención del juez de crear una norma general y abstracta que sirva para responder el problema jurídico (Komarek, 2013). En consecuencia, la *ratio decidendi* en el modelo legislativo depende del lenguaje empleado en las decisiones judiciales, o sea que las normas jurídicas generales y abstractas que constituyen los precedentes son, en este caso, formuladas mediante un texto de manera similar a como opera en la formulación legislativa del derecho (Tiersma, 2013).

Debe subrayarse que los modelos *common law* y *legislativo* no son descripciones ni exhaustivas ni excluyentes de los ordenamientos jurídicos reales. Son una modelización de los ideales regulativos y explicativos de la forma como se fundamenta la construcción de los precedentes judiciales. De hecho, en el mismo ordenamiento jurídico pueden convivir distintas formas de entender los precedentes judiciales que, a su vez, puede asociarse o bien al modelo del *common law*, o bien al modelo *legislativo*.

Por ejemplo, la Corte Constitucional colombiana entiende que la construcción de la *ratio decidendi* puede realizar de dos maneras. Por un lado, afirma que la *ratio decidendi* de las sentencias de la Sala Plena Corte Constitucional son reglas mediante las cuales justifica, no sólo determinadas decisiones, sino la forma correcta de aplicar la Constitución a casos concretos. Según la Corte Constitucional, la *ratio decidendi* de sus sentencias son determinaciones que “resultan ser fuente de derecho para las autoridades y particulares, cuando a través de sus competencias constitucionales establece interpretaciones vinculantes de los preceptos de la Carta” (Corte Constitucional, sentencia C-539 de 2011). En varias de las decisiones de la Corte Constitucional se encuentra un apartado específico en el que consigna el texto en el que formula la regla que constituye la *ratio decidendi*. En unos casos define expresamente

cuál es su *ratio decidendi* (Corte Constitucional, sentencia SU380-2021) y en otros casos incluye un apartado específico en el que define a manera de conclusión la regla que constituye la *ratio decidendi* (Corte Constitucional, sentencia T-419-2023).

Por otro lado, la Corte Constitucional ha identificado una segunda forma de construir la *ratio decidendi* denominada *jurisprudencia en vigor*. De acuerdo con esta idea, las salas de revisión de la Corte Constitucional construyen la *ratio decidendi* a través de la continua solución de casos concretos gracias a la cual se va delineando una regla que, en virtud de la regla de precedente, vincula a los operadores juicios (Corte Constitucional, sentencia C-621 de 2015). Por lo tanto, la construcción de la *ratio decidendi* depende de la existencia “de una línea jurisprudencial establecida por la Corte”, de forma tal que diferentes decisiones judiciales han delineado las razones “que permite inferir criterios mínimos de alguna manera reiterados por la Corte en cuanto al alcance de las normas constitucionales aplicables en lo relativo a la solución de controversias planteadas” (Corte Constitucional, Auto A208 de 2006)

Como puede verse, mientras que la construcción de *ratio decidendi* de las sentencias de la Sala Plena se acerca al modelo *legislativo*, la construcción de la jurisprudencia en vigor se acomoda mejor al modelo del *common law*.

2. La *ratio decidendi* como norma jurídica

En la explicación del concepto de *ratio decidendi* resulta indispensable establecer qué tipo de norma es una *ratio decidendi*. En relación con este tema, la teoría del precedente ha propuesto tres modelos:¹⁶

- 1) El *modelo de principios* sostiene que la *ratio decidendi* está constituida por las razones (los principios) que justifican las decisiones. Según esto, en la *ratio decidendi* el juez articula razones o principios morales que son los que en definitiva constituyen el precedente.
- 2) El *modelo de reglas* plantea que la *ratio decidendi* está constituida por las reglas jurídicas construida en sentencias judiciales anteriores para justificar las decisiones. Para este modelo, los precedentes judiciales son reglas jurídicas que no dependen (*i.e.* se independizan) de las razones que justifican las decisiones judiciales.

¹⁶ La formulación y explicación de estos modelos puede verse en: Alexander y Sherwin (2007, pp. 27-50).

- 3) El *modelo de resultados* propone que el hecho de que una decisión judicial se haya tomado en determinado sentido es constitutivo de una razón para decidir de la misma manera los casos futuros. Este modelo sostiene, en definitiva, que el seguimiento de precedentes se limita a la comparación del caso precedente con el actual, a fin de establecer si son similares en sus aspectos desde el punto de vista normativo. Solo cuando, en efecto, los casos sean similares, existe el deber de seguir la *ratio decidendi*.

En relación con estos modelos de *ratio decidendi*, deben hacerse tres observaciones. En primer lugar, resulta problemático concebir el modelo de resultados como un modelo independiente de los modelos de reglas y de principios. En efecto, la operación de comparar hechos depende de la definición de los criterios (reglas o principios) que le sirven de fundamento para calificarlos como relevantes o irrelevantes. En otras palabras, para concluir que los hechos del caso precedente son o no similares al caso actual, es necesario recurrir a un parámetro normativo independiente de los hechos. Pero ese parámetro o bien corresponde a la formulación de las reglas disponibles en las providencias judiciales precedentes (*i.e.* la explicación de la forma como operan los precedentes corresponde al modelo de reglas); o bien a los principios que justifican la solución del caso (*i.e.* la explicación de los precedentes corresponde al modelo de principios).

En segundo lugar, la definición del modelo de *ratio decidendi* es una cuestión contingente pues depende de cómo la regla de precedente se implementa en cada ordenamiento jurídico. En el caso del ordenamiento jurídico colombiano, la *ratio decidendi* se ha concebido principalmente desde el modelo de reglas. Para la Corte Constitucional “la *ratio* es asimilable al contenido de regla que implica, en sí misma, una autorización, una prohibición o una orden derivada de la Constitución” (Corte Constitucional, Sentencia T-292 de 2006). En palabras de la Corte Constitucional, la *ratio decidendi* “corresponde a la regla que aplica el juez en el caso concreto” que “se determina a través del problema jurídico que analiza la Corte en relación con los hechos del caso concreto y al ser una regla debe ser seguida en todos los casos que se subsuman en la hipótesis prevista en ella”.¹⁷ En suma, de acuerdo con la Corte Constitucional la *ratio decidendi* de sus precedentes está constituida por la regla que ha creado para definir cómo resolver los problemas jurídicos.

¹⁷ Esta definición de *ratio decidendi* ha sido empelada por la Corte Constitucional en las sentencias, T-170 de 2015, T-292 de 2006 y T-217 de 2013,

Veamos un ejemplo. En la sentencia SU-250 de 1998 se definió que se violan los derechos al debido proceso y a la defensa de un notario desvinculado sin motivación alguna. Luego, en la sentencia T-800 de 1998, la Corte Constitucional resolvió que no se puede desvincular sin motivación a una auxiliar de enfermería y definió que está prohibido desvincular a un “empleado con la misma discrecionalidad con que puede hacerlo sobre uno de libre nombramiento y remoción, a menos que exista justa causa para ello”. En la Sentencia C-734 se reiteró que “la desvinculación de los funcionarios de libre nombramiento y remoción no requiere de motivación” a diferencia de los cargos de carrera administrativa en los que, aun en los casos de provisionalidad, “la discrecionalidad se restringe”. Posteriormente, en la Sentencia T-610 de 2003, la Corte Constitucional tuteló la situación de la empleada provisional de un hospital definiendo que “la motivación de un acto administrativo se consagra como una garantía para el administrado”. Una vez consolidado ese precedente, la Corte Constitucional ha aplicado de forma consistente la siguiente regla: “la motivación de los actos de desvinculación de cargos de carrera ocupados en provisionalidad es indispensable —so pena de vulnerar el debido proceso—, pues éstos no se equiparan a funcionarios de libre nombramiento y remoción”.¹⁸

3. Elementos para identificar la *ratio decidendi*

Para la Corte Constitucional colombiana, como acaba de verse, la *ratio decidendi* es una regla. Una cuestión distinta, como también se explicó, es la forma en que se construye esa regla. En las sentencias de la Corte Constitucional se observa una combinación del modelo *legislativo* con el modelo del *common law*. En relación con el primero, existen decisiones de la Corte Constitucional en las que se encuentra un apartado específico en el que consigna el texto en el que formula la regla que constituye la *ratio decidendi*. Pero existen también decisiones en las que no se ofrece ninguna indicación acerca de lo que constituye la *ratio decidendi*. También se señaló que el concepto de jurisprudencia en vigor se emplea para referirse a la construcción de la *ratio decidendi* a través de una línea de decisiones que, poco a poco, decantan la jurisprudencia en vigor.

¹⁸ En la sentencia T- 916 de 2013, la Corte Constitucional muestra como esa regla ha sido reiteradamente aplicada.

En este orden de ideas, existen decisiones judiciales en las que la identificación de la regla jurídica que constituye la *ratio decidendi* de los precedentes judiciales de la Corte Constitucional no es una tarea sencilla. Para estos casos, se debe recordar que la *ratio decidendi* la constituye la regla que la Corte Constitucional aplica para resolver un problema jurídico y, de ser el caso, emitir ciertas órdenes en el *decisum*. Por ello, el problema jurídico es un elemento central del análisis que sirve de conector entre los hechos, la *ratio decidendi* y la parte resolutive.

En otras palabras, el problema jurídico es el elemento que aglutina las diferentes partes de la decisión judicial y que sirve de criterio hermenéutico fundamental para la identificación de la *ratio decidendi* (Corte Constitucional, 2012). El *problema jurídico* es el asunto o caso en el que se requiere una respuesta sobre la aplicación del derecho y en el que existen formas diferentes y excluyentes de solucionarlo. Por lo dicho, para identificar la *ratio decidendi* indispensable reconstruir el problema jurídico efectivamente resuelto en la decisión judicial.

Veamos ahora los elementos de los problemas jurídicos de las sentencias de la Corte Constitucional colombiana, diferenciando entre las sentencias de constitucionalidad y las sentencias de tutela.¹⁹ Las sentencias de constitucionalidad tienen los siguientes elementos: (L) el legislador; (N) el acto normativo demandado y (C) el parámetro constitucional.

En cuanto a la identificación de (L) se debe precisar la autoridad jurídica que dictó la norma demanda. Así, por ejemplo, se debe diferenciar si la cuestión obedece a la competencia del legislador genérico (ordinario y extraordinario) o si, por el contrario, el asunto debe ser analizado desde el punto de vista del legislador ordinario (Congreso) o extraordinario (presidente). Incluso debe precisarse si es un caso de reforma constitucional y quién es la autoridad que hace parte del problema (el pueblo, el Congreso de la Repúbli-

¹⁹ En lo que sigue se ha dejado de lado la presentación de los asuntos o problemas procedimentales. Por asuntos procedimentales nos referimos a aquellos en que las Cortes estudian para poder conocer el asunto de fondo. Típicamente son casos competenciales y procesales. En las sentencias de constitucionalidad abstracta, por ejemplo, son asuntos procedimentales los referidos a la competencia de los tribunales para conocer asuntos abstractos, la cosa juzgada o inhibiciones. Por su parte, para los casos concretos, los asuntos procedimentales serán aquellos relacionados con las autoridades judiciales competentes para resolver acciones de tutela, problemas relacionados con la procedibilidad de esta acción (*v. gr.* la procedibilidad del amparo contra particulares) o problemas en su trámite. En estos casos los identificadores se relacionan con el tema procedimental o formal que se discute.

ca o una Asamblea Constituyente). La identificación del (N) acto normativo consiste en la precisión en torno al acto normativo demandado o revisado (se refiere al contenido de una norma demandada o revisada de oficio, a una determinada interpretación de esta o a la forma en que fue creada). Por último, (C) el parámetro constitucional es la norma (regla o principio) bajo la cual se evalúa si (N) es constitucional o no. Así, en términos generales el problema tiene la siguiente estructura: ¿puede L establecer N sin violar C? o ¿viola L la norma C al establecer N?

Por otro lado, para la identificación de los problemas jurídicos de las sentencias de tutela resulta indispensable recurrir a los hechos relevantes. Como se sabe, en estos casos la Corte Constitucional juzga si determinada actuación u omisión de una autoridad (y en determinadas circunstancias un privado) viola o amenaza un derecho fundamental. En este orden de ideas, para la definición del problema jurídico se tienen en cuenta los siguientes elementos: (A) autoridad demandada; (X) acción u omisión que presuntamente vulneran o amenazan el derecho fundamental; (D) el derecho fundamental involucrado y (P) la persona afectada en la situación. Así, en términos generales el problema jurídico de las sentencias de tutela tiene la siguiente estructura: ¿viola A el derecho D de P al hacer (o no hacer) X?

Como se ha dicho, el problema jurídico es la herramienta indispensable para identificar la *ratio decidendi*. En casos dudosos, identificar la *ratio decidendi* corresponde a la reconstrucción de la pauta normativa que utilizó el juez para responder al problema jurídico planteado. Para la reconstrucción de la *ratio decidendi* corresponde al intérprete responder a la pregunta planteada en el problema jurídico y señalar, además, el “porqué” de la respuesta de conformidad con los argumentos expuestos por la autoridad judicial. La reconstrucción de la *ratio decidendi* exige, además, que ese porqué sea la regla que utilizó el juez para darle respuesta al problema jurídico.

Esta operación se dirige a mostrar que existe un hilo que explica de forma suficiente la relación entre el problema jurídico, la *ratio decidendi* (la regla) y la decisión (incluyendo las órdenes dadas por el juez). Veamos un ejemplo. En la sentencia C-001/18, la Corte Constitucional debió resolver una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 2267 del Código Civil Colombiano. El artículo demandado definía como obligaciones del posadero ser “responsable del daño causado, o del hurto o robo cometido por los *sirvientes* de la posada”. En la demanda se argumentó que el uso del término “sirvientes” es denigrante y discriminatorio. Así las cosas, la Corte Consti-

tucional debió resolver el siguiente problema jurídico: ¿puede el legislador emplear el término “sirvientes” sin vulnerar el derecho a la igualdad y dignidad humana? La decisión de la Corte Constitucional fue declarar inexecutable la expresión “sirvientes”. De acuerdo con esto, la *ratio decidendi* de esa providencia es que el legislador no puede emplear el término “sirvientes” sin vulnerar el derecho a la igualdad y dignidad humana porque el empleo de términos que tengan una connotación peyorativa respecto de las personas está prohibido por la Constitución.

Por último, suele ser de gran utilidad para comprender con mayor detalle la sentencia describir los eventuales salvamentos o aclaraciones de voto. La diferencia fundamental entre el salvamento de voto y la aclaración de voto es que en el primero el juez está en desacuerdo con la parte resolutive y, en el segundo, en desacuerdo con las razones de la decisión. Por ello, en este apartado se debe precisar claramente el sentido en el que se salva o aclara el voto. En el caso de un salvamento de voto debe indicarse el sentido de la decisión que propone el juez. En el caso de la aclaración de voto se deben precisar el tipo de argumento sobre el cual el juez o magistrado que aclara no está de acuerdo. Resulta especialmente ilustrativo señalar si la razón de la aclaración obedece a una discusión sobre el contenido de la *ratio decidendi*.

IV. CONCLUSIÓN

A lo largo de este trabajo se argumentó que los jueces pueden crear distintos tipos de normas generales y abstractas que, a su vez, constituyen diferentes tipos de precedentes judiciales. En el caso del derecho colombiano son constitutivas de precedentes judiciales las normas originadas en la doctrina probable, la cosa juzgada constitucional, las órdenes de sentencias con efectos *inter pares* e *inter comunis* y la *ratio decidendi* de las sentencias. Al demostrarse que existen distintos tipos de normas de origen judicial que son constitutivas de precedente judicial, se concluye que es un error reducir la explicación y justificación del precedente judicial basadas en la noción de *ratio decidendi*. Por otro lado, un desafío central de la jurisprudencia y de la doctrina en el derecho colombiano es caracterizar con mayor detalle los criterios de identificación de los precedentes judiciales. Para ello resulta fundamental profundizar en la explicación de las relaciones entre las formas de construcción de los precedentes y los tipos de normas que lo constituyen.

V. REFERENCIAS

- Arriagada Cáceres, M. (2021). Las dos caras del precedente vinculant. En A. Núñez Vaquero et al., *Teoría y práctica del Precedente* (pp. 361-396), Tirant lo Blanch.
- Bernal Pulido, C. (2008). El precedente en Colombia. *Revista Derecho del Estado*, (21). <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/493>
- Bulygin, E. (2003). Los jueces ¿crean derecho?. *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, (18), 13.
- Bulygin E. (2005). Creación y aplicación del derecho. En F. Atria, E. Bulygin, J. Moreso, P. Navarro, J. Rodríguez y J. Ruiz Manero, *Lagunas en el derecho*. Marcial Pons.
- Calaza, S. (2009). *La cosa juzgada*. Wolters Kluwer.
- Colombia (1991). Constitución Política de Colombia.
- Colombia (1992). Ley 5ª de 1992 (reglamento del Congreso).
- Colombia (2012). Ley 1564 de 2012 (Código General del Proceso).
- Colombia (2021). Ley Decreto 216 de 2021.
- Colombia (1887). Ley 57 de 1887 (Código Civil Colombiano).
- Consejo de Estado (2021). Sentencia núm. 85001-23-33-000-2020-00016-02 de Consejo de Estado (sección primera) del 18-03-2021.
- Corte Constitucional de Colombia (1993). Sentencia C-546-1993.
- Corte Constitucional de Colombia (1996). Sentencia C-037-1996.
- Corte Constitucional de Colombia (2001). Sentencia C-737- 2001.
- Corte Constitucional de Colombia (2001b). Sentencia C-774 de 2001.
- Corte Constitucional de Colombia (2001c). Sentencia C-836-2001.
- Corte Constitucional de Colombia (2003). Sentencia SU-783 de 2003.
- Corte Constitucional de Colombia (2006a). Sentencia C-028 de 2006.
- Corte Constitucional de Colombia (2006b) Auto 208 de 2006.
- Corte Constitucional de Colombia (2006c). Sentencia T-292 de 2006.
- Corte Constitucional de Colombia (2006). Sentencia C-038 de 2006
- Corte Constitucional de Colombia (2006d). Sentencia T-1039-2006.
- Corte Constitucional de Colombia (2006e). Sentencia T-583 de 2006.
- Corte Constitucional de Colombia (2008). Sentencia C-903-2008.
- Corte Constitucional de Colombia (2009). Sentencia C-325 de 2009.
- Corte Constitucional de Colombia (2011). Sentencia C-393 de 2011.
- Corte Constitucional de Colombia (2011). Sentencia C-539 de 2011.

- Corte Constitucional de Colombia (2011). Sentencia T-946 de 2011.
- Corte Constitucional de Colombia (2012). Sentencia T-830 de 2012.
- Corte Constitucional de Colombia (2013). Sentencia C-332 de 2013.
- Corte Constitucional de Colombia (2015). Sentencias T-170 -2015.
- Corte Constitucional de Colombia (2015). Sentencia SU-230 de 2015.
- Corte Constitucional de Colombia (2015). Sentencia C-354 de 2015.
- Corte Constitucional de Colombia (2015). Sentencia C-621-2015.
- Corte Constitucional de Colombia (2015). Sentencia C-284-2015.
- Corte Constitucional de Colombia (2015). Sentencia C-259-2015.
- Corte Constitucional de Colombia (2016). Sentencia C-007 de 2016.
- Corte Constitucional de Colombia (2016). Sentencia T-189 de 2016.
- Corte Constitucional de Colombia (2017). Sentencias SU - 354 de 2017.
- Corte Constitucional de Colombia (2017). Sentencia C-001 de 2018.
- Corte Constitucional de Colombia (2018). Sentencia C-101 de 2018.
- Corte Constitucional de Colombia (2018). Sentencia SU349 de 2019.
- Corte Constitucional de Colombia (2021). Sentencia SU380-2021.
- Corte Constitucional de Colombia (2023). Sentencia T-100 de 2023.
- Corte Constitucional de Colombia (2023). Sentencia T-419-2023.
- Díaz Revorio, F.J. (2000). Interpretación constitucional y sentencias interpretativas. En *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 1, 1799-1824.
- Komarek, J. (2013). Reasoning with previous decisions: beyond the doctrine of precedent. *American Journal of Comparative Law*, 61(1).
- Lancheros-Gómez, J. (2012). El precedente constitucional en Colombia y su estructura argumentativa síntesis de las experiencias de un sistema de control mixto de constitucionalidad a la luz de la sentencia T-292 de 2006 de la Corte Constitucional. *Dikaion*, 21(1). <https://www.redalyc.org/pdf/720/72024685006.pdf>
- López, D. (2006). *El derecho de los jueces*. Legis.
- López, D. (2016). *Eslabones del derecho*. Legis
- Magaloni, A (2001). *El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano*. McGraw-Hill Interamericana de España
- Martínez-Caballero, A. (2010). Tipos de sentencias en el control constitucional de las leyes: La experiencia colombiana. *Estudios Socio-Jurídicos*, 2(1), 9-32. <https://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/177> .

- Núñez Vaquero, Á. (2016). “Sin precedentes: una mirada escéptica a la regla del stare decisis”. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (39). <https://doi.org/10.14198/DOXA2016.39.08>
- Núñez Vaquero, A. (2021). ¿Son obligatorios los precedentes? La regla del precedente como norma(s) constitutiva(s). En A. Núñez Vaquero et al., *Teoría y práctica del precedente* (pp. 329-360), Tirant lo Blanch.
- Núñez Vaquero, Á., y Fernández Cruz, J. (2021). Creación, derogación y aplicabilidad de precedentes: a propósito de los precedentes constitucionales chilenos sobre el nasciturus. *Derecho PUCP*, (86). <https://dx.doi.org/10.18800/derechopucp.202101.009>
- Levi, E. (1948). An Introduction to Legal Reasoning. *University of Chicago Law Review*, (15).
- Olano, H. (2004). Tipología de nuestras sentencias Constitucionales. *Vniversitas*, (108), pp. 571-602.
- Pulido Ortiz, F. E. (2011). Control constitucional abstracto, concreto, maximalista y minimalista. *Prolegómenos*, 14(27). <https://doi.org/10.18359/prole.2411>.
- Pulido Ortiz, F. (2018). Jueces y reglas: la autoridad del precedente judicial. En *Jueces y reglas: la autoridad del precedente judicial*. Universidad de La Sabana.
- Pulido Ortiz, F. (2022). *El derecho y sus normas*. Temis.
- Ruiz Miguel, A. y Laporta, F. (1997). Precedent in Spain. En N. MacCormick y R. Summers (Eds.), *Interpreting Precedents*. Ashgate/Dartmouth, 259-291.
- Sarmiento Erazo, J. P. (2012). Hacia la constitucionalización del precedente judicial en Colombia, ¿un esfuerzo por controlar a las fuentes del derecho? *Opinión jurídica*, 11(22). <https://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/560/506>
- Solano González, E. (2013). La modulación de los efectos de las sentencias de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. En *Teoría constitucional y políticas públicas* (pp. 521-). Universidad del Externado de Colombia.
- Sierra Sorockinas, D. (2016). El precedente: un concepto. *Revista derecho del Estado*, (36). <https://doi.org/10.18601/01229893.n36.09>
- Taruffo, M. (2007). Precedente y jurisprudencia. *Precedente Revista Jurídica*. <https://doi.org/10.18046/prec.v0.1434>
- Tiersma, P. (2013). *The Textualization of Precedent*. *Notre Dame L. Rev.*
- Von, V.y Parisi, F. (2006). Judicial precedents in civil law systems: A dynamic analysis. *International Review of Law and Economics*, (26). <https://doi.org/10.1016/j.irle.2007.01.005>

Cómo citar

Sistema IJ

Pulido Ortiz, Fabio Enrique, “Los precedentes judiciales en el derecho constitucional colombiano”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, vol. 56, núm. 168, julio-diciembre de 2023, pp. 151-176. <https://doi.org/0.22201/ijj.24484873e.2023.168.18869>

APA

Pulido Ortiz, F. E. (2023). Los precedentes judiciales en el derecho constitucional colombiano, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 56(168), 151-176. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2023.168.18869>