



**HAL**  
open science

# El precedente contencioso administrativo: teoría local para determinar y aplicar de manera racional los precedentes de unificación del Consejo de Estado

Carolina Deik Acostamadiedo

► **To cite this version:**

Carolina Deik Acostamadiedo. El precedente contencioso administrativo : teoría local para determinar y aplicar de manera racional los precedentes de unificación del Consejo de Estado. Law. Université Panthéon-Sorbonne - Paris I; Universidad Externado de Colombia (Bogotá), 2018. Español. NNT : 2018PA01D012 . tel-01785912

**HAL Id: tel-01785912**

**<https://theses.hal.science/tel-01785912>**

Submitted on 4 May 2018

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



CAROLINA DEIK ACOSTAMADIEDO

“EL PRECEDENTE CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO:  
TEORÍA LOCAL PARA DETERMINAR Y APLICAR DE MANERA RACIONAL LOS  
PRECEDENTES DE UNIFICACIÓN DEL CONSEJO DE ESTADO.”

(Doctorado en Derecho)

BOGOTÁ, D.C. COLOMBIA  
2017



UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA  
FACULTAD DE DERECHO  
DOCTORADO EN DERECHO

UNIVERSITÉ PARIS 1 PANTHÉON-SORBONNE  
ÉCOLE DE DROIT DE LA SORBONNE (EDS)  
ÉCOLE DOCTORALE DE DROIT DE LA SORBONNE

Rector de la Universidad Externado:

Dr. Juan Carlos Henao Pérez

Secretaria General:

Dra. Marta Hineirosa Rey

Director del Doctorado:

Dr. Édgar Cortés Moncayo

Directores de Tesis:

Dr. Alexei Julio- U. Externado de Colombia

Dr. Dominique Rousseau, Paris 1

Examinadores:

Dr. Carlos Bernal Pulido

Dr. Juan Carlos Peláez

Dr. Fabrice Hourbequie



## ÍNDICE

### INTRODUCCION

#### 1. Tradicional distinción entre sistemas de derecho civil y anglosajón

#### 2. Necesidad de un estudio de derecho extranjero

*2.1 El precedente en Inglaterra*

*2.2 El precedente en Estados Unidos*

*2.3 El precedente en Francia*

*2.4 El precedente en Alemania*

*2.5 Conclusiones para el caso colombiano*

#### 3. Breve historia legislativa de Colombia

*3.1 La codificación federalista: negación de la fuerza vinculante de la jurisprudencia (1858 – 1886)*

*3.2 Los textos legales de la 'regeneración' (1886 – 1892)*

*3.3 De la 'doctrina legal' a la 'doctrina probable' (1892 – 1896)*

*3.4 La Constitución de 1991 y las 'reglas de corrección'*

*3.5 Los intentos del legislador por definir el valor de la jurisprudencia desde 1991*

*3.6 Transformación del rol del juez contencioso administrativo en los años que precedieron la expedición del CPACA*

#### 4. Breve historia jurisprudencial anterior al CPACA (1991 – 2011)

#### 5. Las sentencias de unificación jurisprudencial y su régimen



6. Las sentencias de unificación jurisprudencial tienen valor de 'precedente', y no constituyen mera 'jurisprudencia'
7. Situación jurídica poco satisfactoria, propósito y estructura de esta investigación

## PARTE I – NECESIDAD, FUNDAMENTOS Y CONDICIONES DE UNA TEORÍA LOCAL DEL PRECEDENTE JUDICIAL

### TÍTULO I- NECESIDAD DE UNA TEORÍA LOCAL DEL PRECEDENTE JUDICIAL

#### CAPÍTULO I - Aproximaciones sobre el papel del precedente en la práctica judicial desde la Teoría de la Interpretación Jurídica

1. Separación entre interpretación y aplicación del derecho, donde el precedente desempeña una función análoga a la de un texto normativo en la producción de la decisión judicial
  - 1.1 *Decisión judicial como acto de individualización del derecho (SCHMILL Y COSSIO; TAMAYO Y SALMORÁN)*
  - 1.2 *Distinción entre justificación interna y externa de la decisión judicial (WRÓBLEWSKI; CHIASSONI)*
  - 1.3 *Precedente como razón excluyente de segundo orden en el proceso de aplicación del derecho (RAZ)*
  - 1.4 *Modelo de reglas del precedente, donde el tribunal del precedente actúa como órgano legislativo y judicial (ALEXANDER)*
  - 1.5 *La decisión judicial debe ser amplia y basada en reglas (ITURRALDE, MAXIMALISMO, FORMALISMO DEMOCRÁTICO)*
2. Función distintiva del precedente, disímil a la del texto normativo, en la producción de la decisión judicial
  - 2.1 *Decisión caso a caso, centrada en la comparación de patrones fácticos (MINIMALISMO)*
  - 2.2 *La jurisprudencia como forma de 'concretar' o 'realizar' el derecho en función del caso individual (MÜLLER, HESSE)*



2.3 *Interpretación “orientada a los hechos”, como uno de los presupuestos de la aplicación de las normas (GUASTINI)*

## CAPÍTULO II- Aproximaciones sobre el papel del precedente en la Práctica Judicial desde la Teoría de la Argumentación Jurídica

1. El realismo jurídico y la teoría escéptica de la interpretación
2. Entre realismo y formalismo: modelo positivista de discreción judicial (HART)
3. El precedente vinculado a la operación básica de la ponderación (BERNAL, BUSTAMANTE y PERRONE)
4. El precedente vinculado al principio de universalidad
  - 4.1 *Vertiente retórica: El precedente fundado en la aspiración de universalidad propia de la argumentación racional y el principio de inercia (nueva retórica de PERELMAN y OLBRECHTS-TYTECA)*
  - 4.2 *Vertiente lógica: Teoría de las transformaciones de la ley y dentro de la ley (PECZENIK)*
  - 4.3 *Entre lógica, retórica y filosofía: la ‘argumentación jurídica’ como un tipo de discurso práctico, entre cuyas condiciones limitadoras se encuentra el precedente (GASCÓN, ALEXY, AARNIO y MACCORMICK)*

## TÍTULO II- FUNDAMENTOS Y CONDICIONES DE UNA TEORÍA LOCAL DEL PRECEDENTE JUDICIAL

### CAPÍTULO I- Fundamentos Teóricos de una Teoría Local del Precedente

1. Premisas conceptuales
  - 1.1 *Concepto amplio de interpretación*
  - 1.2 *Concepto estricto de precedente judicial*
  - 1.3 *Distinción entre la ratio aparente y la ratio verdadera, en términos de CHIASSONI, siendo esta última la que debe descubrir el órgano decisor*



## 2. Premisas ideológicas

- 2.1 *Rechazo del positivismo legocéntrico del siglo XIX e incluso del 'positivismo suave de HART'*
- 2.2 *En caso de competencia entre los principios de justicia e igualdad, por un lado, y de continuidad, certeza y predictibilidad del derecho, por el otro, prevalecerá el primer conjunto de principios*
- 2.3 *Razonar con precedentes es distinto de razonar con textos normativos (e.g. leyes, reglamentos).*
- 2.4 *Es posible la distinción de casos sin revocar o desconocer la fuerza vinculante del precedente*
- 2.5 *El precedente como "manifestación del principio kantiano de universalidad en el discurso jurídico para jueces y tribunales, ya que este principio ordena que una respuesta correcta es necesaria para casos similares."*

## 3. Fundamentos de la teoría local del precedente que se propone: fusión entre los elementos del Esquema de la Analogía de ALEXY y el razonamiento analógico de la teoría inglesa del *stare decisis*, haciendo énfasis en la universalización de los resultados y reservando la ponderación para casos límite.

- 3.1 *Razones justificativas de las reglas como pauta de relevancia (ALEXY)*
- 3.2 *La ratio decidendi está en lo que el tribunal decidió, y no en la fundamentación del juez: teoría inglesa del stare decisis, con inclinación hacia lo práctico y concreto y presunción contra principios amplios*
- 3.3 *La ponderación solo procede en casos límite*

## CAPÍTULO II – Condiciones prácticas de una Teoría Local del Precedente

### 1. Consecuencias prácticas del concepto estricto de precedente judicial

- 1.1 *La «ratio verdadera» no se encuentra nunca en los fundamentos (rationale) de la decisión con fuerza de precedente, sino en lo que el juez anterior hizo o decidió.*



1.2 *Las posibles operaciones con la regla de precedente son las siguientes: aplicarlo, extenderlo o distinguirlo.*

1.3 *Poca o ninguna utilidad tiene aplicar las técnicas de interpretación textual a la ratio declarada o aparente de una sentencia de unificación, como si se tratara de una disposición normativa similar a la ley.*

## 2. Consecuencias prácticas del rechazo del positivismo legocéntrico del siglo XIX

2.1 *Se debe renunciar a cualquier intento de construir una “premisa mayor” a partir de la sentencia que constituye el precedente (C<sub>1</sub>).*

2.2 *En tratándose del precedente judicial, es incorrecto pretender derivar de una “regla general”, por la vía de la subsunción o aplicación, una decisión para el caso por resolver (C<sub>2</sub>)*

## 3. Consecuencias prácticas del precedente como forma de razonamiento analógico

3.1 *“[C]ualquier aplicación del precedente judicial debe ir acompañada de una analogía entre los casos”.*

3.2 *La representación que hace GOODHART es solo el punto de partida.*

# PARTE II- TEORÍA LOCAL DEL PRECEDENTE JUDICIAL

## TITULO I – UN NUEVO CONCEPTO DE PRECEDENTE JUDICIAL

### CAPITULO I- Principales aproximaciones sobre el precedente judicial en Colombia

1. Prohibición constitucional del precedente judicial (TAMAYO, YEPES Y JARAMILLO)

2. Compatibilidad entre el uso contemporáneo de la jurisprudencia constitucional y el parámetro constitucional

2.1 *Optimismo histórico y la tradición continental del precedente (HENAO)*

2.2 *Jurisprudencia “interpretativa”*





*2.3 Reconfiguración de las fuentes del derecho (LÓPEZ, QUINCHE, SANTOFIMIO)*

**CAPÍTULO II- Consecuencias del concepto estricto de precedente judicial**

**1. Sentencias con fuerza de precedente en Colombia**

*1.1 Sentencias con fuerza de precedente en la jurisdicción constitucional*

*1.2 Sentencias con fuerza de precedente en la jurisdicción ordinaria*

*1.3 Sentencias con fuerza de precedente en la jurisdicción de lo contencioso administrativo*

*1.4 Sentencias con fuerza de precedente en la jurisdicción disciplinaria*

**2. Sujeción estricta de autoridades administrativas a las sentencias de unificación jurisprudencial y autoridad relativa para jueces**

*2.1 Instrumentos jurídicos para garantizar el poder vinculante de las sentencias de unificación jurisprudencial frente a autoridades administrativas*

2.1.1 La “Extensión de Jurisprudencia”

2.1.2 Procedencia excepcional del *apartamiento administrativo* (artículo 102 CPACA) y el proceso judicial para la extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado a terceros (artículo 269 CPACA)

*2.2 Instrumentos jurídicos para garantizar el poder vinculante de las sentencias de unificación jurisprudencial para autoridades judiciales*

2.2.1 El Recurso Extraordinario de Unificación de Jurisprudencia

2.2.2 Procedencia excepcional del *apartamiento jurisprudencial* y el mecanismo de tutela contra providencias judiciales que desconozcan las sentencias de unificación jurisprudencial

2.2.3 Responsabilidad del Estado por error jurisdiccional



*2.3 Instrumentos comunes para garantizar el poder vinculante de las sentencias de unificación jurisprudencial*

*2.3.1 Configuración del delito de prevaricato por acción por separarse de lo dictado en sentencias de unificación jurisprudencial*

*2.3.2 La técnica de distinción (*'distinguishing'*) como razón para no aplicar una sentencia de unificación jurisprudencial y como instrumento para garantizar su fuerza vinculante*

## **TITULO II – ELEMENTOS ESTRUCTURALES DE LA TEORÍA LOCAL DEL PRECEDENTE CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

### **CAPITULO I- Premisas contextuales para el caso colombiano**

#### **1. Un nuevo y estricto concepto de “precedente”**

*1.1 La regla judicial se obtiene a partir de una única sentencia.*

*1.2 La generalidad no es una característica esencial de la regla judicial*

*1.3 La Sentencia de Unificación Jurisprudencial solo tiene autoridad en relación el caso resuelto, y en los que compartan sus características esenciales, dejando muchos asuntos sin decidir*

#### **2. El precedente es uno solo, aunque puede tener varios usos y aplicaciones**

*2.1 El precedente contencioso administrativo del CPACA fue diseñado con el parámetro del precedente constitucional, cuyas principales categorías de análisis recogió.*

*2.2 Como el precedente constitucional, el precedente contencioso administrativo es un mecanismo para materializar el derecho de igualdad ante la ley e igualdad de trato de las autoridades (artículo 13 de la Constitución)*

*2.3 Por tanto, la teoría local del precedente contencioso administrativo debe materializar el derecho de igualdad ante la ley, considerando además los flujos jurídicos que dieron origen a la figura del precedente y los “usos del precedente” que motivaron la expedición del CPACA.*



### 3. Vanguardismo para lo Contencioso Administrativo

#### 3.1 *Antiformalismo y Constitucionalismo*

3.2 *La teoría local permitirá a los jueces y autoridades administrativas determinar y aplicar de manera racional los precedentes contenidos en las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado.*

### CAPÍTULO II- Método para determinar y aplicar el precedente contenido en las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado

1. Descubrimiento de la “ratio verdadera” de una sentencia de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado

2. El quid del asunto radica en el análisis o test de relevancia de los hechos de uno y otro caso, que serán objeto de comparación.

2.1 *Para el test de relevancia, resultan útiles las técnicas de interpretación meta-textual de la ratio decidendi.*

2.2 *Habrá que comparar los hechos relevantes de los casos –sin elevar el grado de “generalidad” o “abstracción” de los hechos- a la luz de la razón jurídica, criterio jurídico o justificación del caso anterior.*

2.3 *Una vez observada la similitud prima facie, el operador jurídico deberá centrar su atención en identificar las diferencias entre los casos  $C_1$  y  $C_2$  y calificar la “relevancia” de tales diferencias en atención a la justificación que subyace a la regla del precedente.*

2.4 *La distinción (‘distinguishing’), una práctica aplicable solo en un sistema en el que exista la obligación de seguir el precedente, consiste en descartar la ratio decidendi del pasado.*

2.5 *Debe controlarse el resultado, so pena de que la decisión quede librada al azar o se torne meramente “particularista”.*

3. Si no procede la distinción (es decir, si la sentencia de unificación jurisprudencial contiene un precedente aplicable al caso por resolver), el juez o funcionario administrativo vinculado por el precedente judicial deberá constatar que el resultado esté justificado



4. Y, finalmente, habrá lugar a la ponderación de principios si la aplicación del resultado o consecuencia del caso precedente (Y<sub>1</sub>) al nuevo patrón fáctico (C<sub>2</sub>), pese a estar ordenado por la regla del precedente y estar justificado, da lugar a una colisión de principios.

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA



## INTRODUCCIÓN

Con la expedición del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011, en adelante “CPACA”), el ordenamiento jurídico colombiano tomó distancia frente al modelo francés. Esta tradición tuvo una fuerte influencia en Colombia desde la adopción del Código Civil de Bello de origen napoleónico y, en especial, durante el primer siglo de existencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Sin embargo, a partir de 2011, se produjeron importantes transformaciones tanto en la legislación como en la cultura jurídica local, “reconfigurando la idea y la noción del procedimiento administrativo para el ejercicio de la función pública”<sup>1</sup> y produciendo, entre otras cosas, una “positivización del precedente judicial”<sup>2</sup>.

Pues bien, esta positivización del precedente<sup>3</sup> tuvo lugar, en el CPACA, a través de una novedosa figura denominada “sentencia de unificación jurisprudencial”, así como de los mecanismos para garantizar la fuerza vinculante y aplicación del precedente. Se trata de la obligación de aplicación uniforme de la ley y la jurisprudencia por parte de las autoridades y los jueces, del recurso de unificación de jurisprudencia, de la solicitud de extensión de jurisprudencia en sede administrativa y del proceso sumario ante el Consejo de Estado en casos de negativa o silencio de la administración frente a una solicitud de unificación jurisprudencial. Estos, sumados a los mecanismos para hacer efectivo el deber de obediencia al precedente ordinario –presentes y

---

<sup>1</sup> QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando. “El precedente judicial y sus reglas”, Bogotá: Doctrina y Ley, 2ed. 2016. p. 128, invocando a SANTOFIMIO, Jaime. “Fundamentos de los procedimientos administrativos en el Código de procedimiento Administrativo y de lo contencioso Administrativo- Ley 1437 de 2011”. En: *Seminario Internacional de presentación del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Memorias*. Consejo de Estado, Bogotá, 2011, pp. 145-186.

<sup>2</sup> *Ibidem*, p. 122.

<sup>3</sup> *Idem*.



reconocidos desde antes de la expedición del CPACA- reiteran su valor normativo y la naturaleza de fuente principal del derecho colombiano que ostenta el precedente.

Un neófito en el tema podría pensar que este régimen contraría de manera flagrante el texto del artículo 230 de la Constitución Política (en adelante “CP”) y el talante mismo del ordenamiento jurídico colombiano, fincado en la tradición del derecho continental o *civil law*. Según esta disposición constitucional, los jueces en sus providencias “sólo están sometidos al imperio de la ley”, encasillando a la jurisprudencia entre los “criterios auxiliares de la actividad judicial” a la par de la equidad, la doctrina y los principios generales del derecho. Dado el rango constitucional de esta norma, el lector desprevenido podría apresurarse a concluir que el CPACA, al no estar conforme con el texto de la norma superior, no cumple con el parámetro de validez del ordenamiento jurídico.

Sin embargo, luego de una vertiginosa evolución, “la teoría de los precedentes construida por la Corte Constitucional ha terminado por reconocer la fuerza vinculante de *toda la jurisprudencia* (de las altas Cortes, esencialmente) frente a *todos los poderes públicos*.”<sup>4</sup> Es así como un análisis detenido de las figuras del CPACA, enmarcadas en la versión actual del modelo de *civil law* imperante en Colombia y en la historia legislativa y jurisprudencial que precedió su expedición, darán cuenta de su indudable sustento constitucional y de su verdadero alcance.

---

<sup>4</sup> SANTAELLA QUINTERO, Héctor. “La sujeción de la Administración a los Precedentes Jurisprudenciales”. pp. 141-178 En: Benavides, José Luis (Compilador). “Contribuciones para el sistema de precedentes jurisprudencial y administrativo” (serie Temas de Derecho Administrativo No. 1), Universidad Externado de Colombia, Julio de 2014, Bogotá. p. 149.



## 1. Tradicional distinción entre sistemas de derecho civil y anglosajón.

La doctrina tradicional traza distinciones tajantes entre los procesos de razonamiento que suelen seguir los jueces del *civil law* y los del *common law* para la toma de decisiones. Estas distinciones, además, suponen una particular visión acerca de las fuentes del derecho aceptadas en uno y otro sistema.

Desde la perspectiva tradicional, lo que caracteriza al sistema normativista, propio de los países que responden a la tradición del *civil law*, es el razonamiento deductivo que “de lo abstracto y general va a lo concreto y particular. El juez, al plantearse un supuesto concreto, lo que hace es, desde la norma general que le ha proporcionado previamente el legislador, tratar de encajar el caso sometido a examen en aquella norma.”<sup>5</sup> En contraste, lo propio del mundo anglosajón es el razonamiento inductivo que “intenta establecer, observa DIEZ-PICAZO<sup>6</sup>, partiendo del caso, una ratio más general, para establecer a través de ella la solución del nuevo caso. El razonamiento anglosajón produce un “reasoning from case to case”.<sup>7</sup>

Por eso observaba COSSIO<sup>8</sup> que “tradicionalmente se señala una radical oposición entre el sistema jurídico continental y la concepción anglosajona del Derecho. Por un lado, el pensamiento abstracto y deductivo que establece premisas y obtiene conclusiones por procedimientos estrictamente lógicos, y por otro, el pensamiento concreto, enemigo de las ideas generales, en el que la historia sustituye a la lógica y elude, deliberadamente, las soluciones que van más allá del caso sometido a examen, la inducción de principios abstractos”. El uno recurre a normas generales organizadoras, para todos los supuestos y el otro tiende tan solo a resolver litigios concretos, al caso particular.<sup>9</sup>

---

<sup>5</sup> CALVO VIDAL, Felix M., “La Jurisprudencia: ¿Fuente del Derecho?”, Editorial Lex Nova SA, Valladolid, 1992. p. 92.

<sup>6</sup> DIEZ-PICAZO, L. “Experiencias jurídicas y teoría del derecho”, Ed. Ariel, Barcelona, 1973, p. 130.

<sup>7</sup> CALVO, *Op. Cit.*, p. 94.

<sup>8</sup> COSSIO Y CORAL, A. “La concepción anglosajona del Derecho, En: Revista de Derecho Privado, num 361, abril, 1947, p. 233.

<sup>9</sup> CALVO, *Op. Cit.*, p. 90.



En GRAY, la regla del *common law* consiste en que, de lado del mérito intrínseco de un fallo judicial, la decisión misma tiene gran peso para esa corte y para las coordinadas, y vincula de manera absoluta a las cortes inferiores.<sup>10</sup> Así, los precedentes judiciales en países de derecho anglosajón tienen gran peso, pero no son irresistibles, puesto que pueden ser revocados o desobedecidos<sup>11</sup>. Dice que las funciones de las cortes no se limitan a la decisión del caso particular, sino que –bien sea en ejercicio de autoridad expresamente delegada o por su propia iniciativa- ellas legislan con respecto a la conducta objeto del litigio sometido a su consideración, en cuanto publican reglas generales en la forma de orden o permiso. Prueba de ello son los edictos del praetor romano, o la autoridad dada por algunos gobiernos a las cortes para dictar reglas de procedimiento. Estas, sin embargo, no son precedentes judiciales<sup>12</sup>; y aunque la idea de precedente es familiar para el derecho romano, tuvo en dicho ordenamiento un alcance limitado.<sup>13</sup>

SANTOFIMIO puntualiza “tres aspectos que los hacen diferentes: la ausencia del elemento romano justiniano en la formación del *common law*, provocada por la reacción anglonormanda a esta modalidad jurídica; el origen jurisprudencial de las normas del *common law*, frente al origen legal del régimen europeo; la ausencia de ideas codificadoras en el régimen inglés, en contraposición a la consolidación del sistema continental que se hace sobre la idea codificadora y del Derecho escrito.”<sup>14</sup> Esto se conecta con las apreciaciones de MERRIMAN<sup>15</sup>, quien concibe el mundo del

---

<sup>10</sup> GRAY, John Chipman. “Judicial Precedents- A Short Study in Comparative Jurisprudence”. pp. 27-41. En: Harvard Law Review 9 (1895), p. 38.

<sup>11</sup> Ibídem, p. 39.

<sup>12</sup> Ibídem, p. 27.

<sup>13</sup> Ibídem, p. 31.

<sup>14</sup> SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, “La fuerza de los precedentes administrativos en el sistema jurídico del Derecho positivo colombiano”, Bogotá: Externado, 2010. p. 16.

<sup>15</sup> MERRIMAN, J. H., “The civil law tradition. An introduction to the legal systems of western Europe and Latin America”, 1969, trad. De Carlos Sierra, Fondo de Cultura Económica. México, 1971, con el título “La Tradición jurídica romano-canónica”, pp. 52-53.





derecho anglosajón como “un mundo menos influido por la peculiar historia y los dogmas racionalistas de la Revolución francesa”. Así las cosas, aun cuando algunos países evitan reconocer oficialmente la fuerza vinculante de la jurisprudencia...

[...] *en todos ellos se estima deseable que los tribunales inferiores ajusten sus interpretaciones jurídicas a las doctrinas emanadas de los superiores. Sucede, simplemente, que en unos países (los del *civil law*) no ha hecho falta insistir en ello de manera oficial, porque la estructura orgánica y procesal parecía ya asegurar este resultado de manera suficiente, mientras que en otros países (los del *common law*) ha sido necesario inculcar esta idea a través de la socialización de los individuos en la cultura jurídica del precedente, dada la mayor fragilidad de la estructura judicial.*<sup>16</sup>

La principal diferencia entre las nociones tradicionales de *civil law* y *common law* es que, mientras un juez del civil law continental es libre de descartar una decisión de un juez superior, esto nunca ocurre en el *Common Law*, salvo que la corte superior haya cometido un error palpable. Considera GRAY que la regla y práctica sobre el peso dado al precedente en Inglaterra y Estados Unidos son sustancialmente iguales, aunque es un poco menor en Estados Unidos debido al carácter de la gente y las instituciones. Mientras que la *House of Lords* no revoca sus precedentes, las Cortes Supremas de los estados y de Estados Unidos sí se consideran facultadas para hacerlo, aunque ello ocurra de manera infrecuente.<sup>17</sup> En cambio, la regla sobre el deber de las cortes inferiores de seguir el precedente fijado por la corte superior prevalece tanto en Inglaterra como en Norte América.<sup>18</sup>

Tales posturas responden, a su turno, a los principios políticos que acompañaron el surgimiento de cada uno de estos sistemas, y que se impusieron con fuerza hasta

---

<sup>16</sup> FERRERES, Victor. “Sobre la posible fuerza vinculante de la jurisprudencia”. pp. 43-80. En: FERRERES, Victor *et* XIOL, Juan Antonio. “El carácter vinculante de la jurisprudencia”, Fundación Coloquio Jurídico, Madrid, 2009. p. 53-54.

<sup>17</sup> GRAY, *Op. Cit.*, p. 40.

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 41.



hace unas décadas, condicionando la concepción del rol judicial. Por ejemplo, la “diferencia relativa a la interpretación de la ampliamente conocida doctrina de la separación de poderes” constituye uno de los factores más influyentes en el peso del precedente judicial<sup>19</sup>. Para el *Common Law*, “la principal fuente creadora de Derecho es, pues, el *precedente*”, y la seguridad jurídica se basa en la aplicación de la razón práctica, esto es, en la manera como se resolvió el caso en concreto, en lugar de la solución abstracta prevista en la ley para resolverlo.<sup>20</sup> Por tanto, “solo cuando la sentencia es considerada ‘absurda o injusta’, pierde valor de precedente”.<sup>21</sup> En cambio, en países de derecho continental, “El principio de división de poderes y el monopolio del legislativo para dictar normas va a *privar a los jueces y tribunales de la posibilidad de crear Derecho*. El juez se limitará a aplicar la norma creada por el legislativo, si de ley se trata, o por la sociedad, cuando es costumbre.”<sup>22</sup> Esta visión explica el carácter marcadamente legocentrista de sistemas como el colombiano, donde importantes sectores han hecho evidente su resistencia –de hecho y de derecho- a aceptar el rol creador de la autoridad judicial.

Aunque matizados, aun hoy estos dogmas históricos dan cuenta de los principales rasgos del proceso de decisión judicial y permean la comprensión de la teoría de fuentes del derecho en ambas familias de ordenamientos jurídicos, así como la esencia misma de uno y otro sistema. Esto hace que el anterior análisis histórico resulte enriquecedor para efectos de intentar encontrar puntos de encuentro y comprender los fundamentos teóricos que los respaldan.

---

<sup>19</sup> BUSTAMANTE, Thomas Da Rosa. “La interpretación y la fuerza gravitacional de los Precedentes Judiciales: Fragmentos de una teoría del Precedente Judicial”, pp. 111-140 En: Benavides, José Luis (Compilador). “Contribuciones para el sistema de precedentes jurisprudencial y administrativo” (serie Temas de Derecho Administrativo No. 1), Universidad Externado de Colombia, Julio de 2014, Bogotá. p. 124.

<sup>20</sup> CALVO, *Op. Cit.*, p. 96.

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 95.

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 92, cursivas originales.



Empero, como se explicará a continuación, una categorización tan tajante como la elaborada durante los siglos XIX y XX no tiene asidero en la actualidad, cuando las familias jurídicas se han acercado de tal manera que resulta, en ocasiones, imposible encuadrar una y otra en categorías dadas por un conjunto cerrado de características. En efecto, como lo explican CEPEDA y MONROY en su aclaración de voto a la sentencia C-836 de 2001, “a partir de la segunda post-guerra mundial del siglo pasado, se ha presentado una convergencia entre las dos familias jurídicas en punto a la importancia de la jurisprudencia y la ley”, tornando en inadecuada e incompleta la visión tradicional según la cual el sistema anglosajón es jurisprudencial y el romano germánico es legislado.<sup>23</sup>

Por ejemplo, los condicionamientos de las normas comunitarias al juez europeo lo obligan, cada vez más, “a interesarse en métodos de trabajo que más bien estarían identificados con la forma de proceder de los tribunales ingleses o estadounidenses”.<sup>24</sup> Y lo propio ocurre con el juez latinoamericano, entre otras cosas porque “en los países del *civil law* nunca se logró realizar plenamente el ideal codificador, por lo que determinadas materias tuvieron que ser reguladas por vía jurisprudencial, sobre la base de principios generales del Derecho.”<sup>25</sup> Por eso afirmó MONROY, en 2003, que “El respeto del precedente se está imponiendo tanto en el derecho continental europeo como en el derecho legislado. Sin embargo, hay quienes sostienen que el derecho continental europeo sigue siendo un derecho legislado... La evolución del precedente constitucional ha conducido a que actualmente las sentencias de la Corte Constitucional constituyan verdadera fuente de derecho”<sup>26</sup>.

---

<sup>23</sup> CEPEDA ESPINOSA, Manuel José y MONROY CABRA, Marco Gerardo. Aclaración de voto a la “Sentencia C-836 del 9 de agosto de 2001”, MP Rodrigo Escobar Gil. Exp. D-3374.

<sup>24</sup> TORTORELO CERVANTES, Francisco. “Dworkin desde la tradición romano-germánica”. pp. 43-55 En: Universidad ICESI, “Precedente: Anuario Jurídico 2007”, Cali, p. 48.

<sup>25</sup> FERRERES, *Op. Cit.*, p. 49.

<sup>26</sup> MONROY CABRA, Marco Gerardo. Introducción al Derecho. 13 ed. Bogotá D.C.: Temis, 2003, p. 222.



Hay quienes consideran que, cuando el juez inglés tiene que aplicar un estatuto, asume una postura muy similar a la del juez continental llamado a aplicar los códigos y otros compendios normativos; y que, a pesar de estas marcadas diferencias entre estas tradiciones, “la experiencia jurídica nos muestra que los modelos mentales del pensamiento jurídico están muy próximos en ambos sistemas.”<sup>27</sup> En la misma línea, BUSTAMANTE llega al punto de defender la posibilidad de una teoría general del precedente judicial<sup>28</sup>. Para este autor, “el proceso hermenéutico de interpretación de la ratio decidendi es el mismo en cualquier tradición jurídica”, puesto que “las operaciones de extensión analógica y de diferenciación (distinguishing) de precedentes exigen del intérprete los mismos métodos y procedimientos de justificación de los resultados de la decisión.”<sup>29</sup>

Esto último, como se pretende demostrar, no es cierto. No hay una teoría general del precedente judicial, ni un único modelo de razonamiento jurídico. Empero, sí es posible producir una teoría colombiana del precedente judicial que sea coherente y consistente. Lo anterior, teniendo en cuenta que, para el juez continental, “tan profundamente arraigado está [el] principio de analogía judicial, [que los] jueces se rigen por precedentes de interpretación”<sup>30</sup>, al menos de manera predominante. Y ello es así porque existen profundas diferencias en la cultura jurídica que inciden en el razonamiento judicial, que no pueden ignorarse o minimizarse al estructurar una ‘teoría local del precedente judicial’, so pena de que ella resulte incompatible con las necesidades y realidad del sistema jurídico que intenta explicar.

---

<sup>27</sup> CALVO, *Op. Cit.*, p. 101. Citando a: DE LOS MOZOS, J.L. “El sistema del Common law desde la perspectiva jurídica española”, en la Revista Derecho Privado, T. LXVII, abril, 1983, 325.

<sup>28</sup> BUSTAMANTE, “La interpretación...”, *Op. Cit.* p. 112

<sup>29</sup> *Ibidem*, pp. 111- 112.

<sup>30</sup> ALLEN, Carleton Kemp, “Las fuentes del derecho inglés”. Colección Serie Jurídica. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1969. Traducción de Antonio Ortiz García, p. 237.



Así las cosas, aunque no se pueda comulgar, en la actualidad, con diferencias tan categóricas entre las dos familias jurídicas como las que tradicionalmente identificó la doctrina, sí resulta relevante para efectos de esta tesis comprender los orígenes históricos y fundamentos filosóficos que acompañaron el nacimiento de los sistemas tradicionales, y que aun a la fecha determinan en buena medida la cultura jurídica local en una y otra latitud. Todo esto se torna aún más relevante en la medida en que es el operador jurídico –el juez, el doctrinante, el jurista, el catedrático del derecho– quien estará llamado a implementar el modelo trasplantado y, por tanto, determinará el producto de este.

Estas diferencias en la cultura jurídica las puntualiza CALVO así:

Amante el anglosajón, particularmente el inglés, de lo concreto y práctico, inclinado el continental, particularmente el francés, a la idealización universal; incluso el aliento que inspira la revolución liberal del siglo XVII en Inglaterra no se basa en principios abstractos que se proyecten como un plan constitucional sino en derechos precisos que se alegan como un patrimonio heredado de los antepasados; nada de declaraciones vagas, sino un espíritu concreto y utilitario, como hizo observar Bertrand Russell. Reformas racionales en el continente; orden tradicional reformado con espíritu práctico y concreto para los anglosajones.<sup>31</sup> (Se subraya)

Un inconveniente de esta concepción eminentemente práctica del Derecho inglés es que ella torna la ciencia jurídica inglesa, según COSSIO<sup>32</sup>, en “asistemática, más próxima, tal vez, a la realidad, dotada de un carácter eminentemente práctico, pero tal vez **menos capaz que la continental de obtener puntos de vista unitarios** que permitan abarcar y reducir toda la complejidad de la vida jurídica a líneas que faciliten su comprensión.”<sup>33</sup> Por ello, a pesar de que el principio de *stare decisis* y la

---

<sup>31</sup> CALVO, *Op. Cit.*, p. 90.

<sup>32</sup> COSSIO Y CORRAL, *Op. Cit.* p. 234. Citado por: CALVO. *Op. Cit.* p. 94.

<sup>33</sup> CALVO. *Op. Cit.* p. 94. (Negrilla fuera de texto)



consiguiente sujeción al precedente es “la que ha dado y da continuidad y uniformidad al Derecho judicial inglés”<sup>34</sup>, lo cierto es que en el derecho común inglés la fuente primordial del Derecho está constituida por “un asistemático acervo de estatutos, decisiones judiciales y prácticas costumbristas”<sup>35</sup>. He aquí un gran contraste con un sistema como el colombiano, que hasta hace algunas décadas aceptaba el dogma de la plenitud del ordenamiento jurídico y de la sabiduría del legislador; y con los postulados del CPACA, que propugna la unidad y sistematicidad del derecho.

Conviene, entonces, entender la doctrina del precedente judicial, la interpretación que de ella han hecho sus principales exponentes. Lo anterior, para encontrar puntos de encuentro entre la práctica judicial anglosajona y la continental, que sirvan de insumo para construir una teoría local del precedente judicial. Todo ello, sin perder de vista (i) los aportes *iusteóricos* a la doctrina del precedente judicial, (ii) los fundamentos teóricos y constitucionales del respeto del precedente judicial en Colombia y (iii) el objetivo de la creación de las ‘sentencias de unificación jurisprudencial’ en la Ley 1437 de 2011.

## 2. Necesidad de un estudio de derecho extranjero

A Colombia y otros países de América Latina, “como espacios colonizados, les fue impuesto el sistema romano-germánico o de derecho civil”.<sup>36</sup> Sin embargo, la internacionalización del derecho fue uno de los factores que permitió la irrupción del precedente judicial como fuente formal del derecho<sup>37</sup> en Colombia, en la medida en que dio lugar a la “imitación del provincialismo jurídico, las fusiones e intercambios entre las ‘familias jurídicas’, para el caso, entre el derecho de origen anglosajón y el

---

<sup>34</sup> Idem.

<sup>35</sup> Ibidem. p. 93.

<sup>36</sup> QUINCHE, *Op. Cit.* p. 77, invocando la aclaración de voto del magistrado Manuel José Cepeda Espinosa a la sentencia C-836 de 2001, MP Rodrigo Escobar Gil.

<sup>37</sup> Ibidem, pp. 30-31.



derecho de origen continental europeo”.<sup>38</sup> Además, América Latina se ha visto fuertemente marcada por la influencia cultural de Estados Unidos, no sólo por cuestiones geopolíticas, sino porque es esa potencia donde muchos de los forjadores de opinión y de política pública en materia judicial han adelantado sus estudios superiores en las últimas décadas.

Por ejemplo, desde los primeros años de su existencia, la Corte Constitucional ha adoptado y empleado métodos de interpretación propios del *common law*, así como los componentes analíticos de *ratio decidendi*, *obiter dicta* y *decisum*<sup>39</sup>, los cuales tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado emplean hoy con enorme naturalidad. Sin embargo, “[e]l sistema anglosajón de sometimiento de la Administración Pública al Derecho corresponde a una evolución diferente del régimen continental europeo de Derecho Administrativo, con principios, reglas y evolución distinta, por lo tanto, con fuentes en muchos casos incomparables con las del sistema continental”.<sup>40</sup> Se comparte, por tanto, lo dicho por la doctrina mayoritaria en el sentido de que...

Se sigue la línea teórica mayoritaria según la cual el recurso a la doctrina anglosajona de los precedentes no es el instrumento adecuado para elaborar una teoría general del precedente en el Derecho continental. Las diferencias en la organización judicial, en la teoría de las fuentes, en la cultura jurídica y en la práctica judicial, señala TARUFFO, apuntan hacia una fundamentación y un uso también diferente de los precedentes en ambos sistemas. **Es un error metodológico adoptar una teoría, la de los precedentes anglosajones, que es extraña al sistema continental, para explicar un fenómeno como la referencia a decisiones anteriores.** Y es un error porque difícilmente se podría así comprender (y menos reglar) una práctica que ha surgido al margen de una teoría de

---

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 31.

<sup>39</sup> *Idem*.

<sup>40</sup> SANTOFIMIO, “La Fuerza...”, *Op. Cit.* p. 11.



vinculación a los precedentes, es decir, al margen de una teoría (la del *stare decisis*) que es ajena a nuestros sistemas.<sup>41</sup> (Negrilla fuera de texto)

Si se acepta que la figura colombiana del “precedente judicial” proviene de la recepción y transmutación de un producto de la ‘Teoría Transnacional del Derecho’<sup>42</sup> (TTD), como se argumenta aquí, entonces resulta imprescindible revisar la doctrina del precedente en los principales centros de producción iusteórica. Estas construcciones en países centrales vienen acompañadas de fundamentaciones filosóficas y propuestas metodológicas que, por tanto, nutren aquella TTD que Colombia adoptó de manera incompleta y fragmentada. Intentar transponer, sin más, figuras anglosajonas al contexto colombiano, sin un análisis de este tipo, sería tanto como dejar al azar los posibles efectos de los flujos jurídicos, algo contrario a cualquier intento de determinar y aplicar de manera racional los precedentes judiciales.

Se acometerá, entonces, un breve estudio de derecho extranjero sobre la doctrina y la práctica del precedente judicial en los principales centros de producción en los que Colombia tiene su ascendencia, al menos en lo que tiene que ver con el precedente judicial y el derecho administrativo. Se intentará abordar también lo relativo a la ideología social, jurídica y política en la que se usan las reglas, es decir, las “nuevas teorías subyacentes de práctica y argumentación judicial, que transforman dramáticamente el significado de reglas aparentemente idénticas”<sup>43</sup>. El énfasis se hará, entonces, en la teoría del derecho de cada uno de los llamados países centrales elegidos, con sus instituciones y apuntalamientos doctrinales, por oposición a la

---

<sup>41</sup> MORAL SORIANO, Leonor. “El Precedente Judicial” (Monografías Jurídicas). Marcial Pons, Madrid, 2002. p. 18.

<sup>42</sup> LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, “Teoría Impura del Derecho: La Transformación de la Cultura Jurídica Latinoamericana”, Bogotá D.C.: Legis, 2004 [séptima reimpresión, 2013]. Capítulo 1.

<sup>43</sup> Ibidem, p. 81, citando a EWALD, William, *Comparative Jurisprudence I: What was it to try a Rat?* 143 University of Pennsylvania Law Review, 1948, p. 2093.





“filosofía del Derecho” que trasciende el derecho positivo de un sistema específico (para utilizar la distinción de Ewald<sup>44</sup>).

El reto será evitar incurrir en las mismas fallas que caracterizan el derecho comparado, el cual ha sido criticado por ser en buena medida “ateórico. Su misión principal ha consistido, hasta ahora, en *comparar normas* y no las teorías del derecho [ni los contextos culturales] que sustentan la comprensión de normas en diferentes jurisdicciones”<sup>45</sup>, al estilo denunciado ya por René David, es decir, confundiendo el *derecho comparado* con la *legislación comparada*.<sup>46</sup> Con los análisis que siguen, se intentará no repetir estos yerros.

## ***2.1 El precedente en Inglaterra***

La doctrina inglesa relativa al “binding precedent es seguramente (considerada como) la más prestigiosa y, entonces, la que más ha sido “llamada” a incorporarse –con sus inevitables mutaciones en el proceso de circulación o flujo- a los sistemas jurisprudenciales con tendencia normativa y/o empírica al reconocimiento de la relevancia de las decisiones judiciales.”<sup>47</sup> CALVO, citando a STERNBERG, menciona que en Inglaterra “el Derecho legislado se deja más a un lado y son las colecciones de sentencias (“reports”) las que forman la masa principal del Derecho, y al mismo tiempo la gloriosa galería de antepasados de la judicatura inglesa...”<sup>48</sup>. Por tanto, la época de consolidación de la relevancia del precedente (siempre derrotable<sup>49</sup>) en

---

<sup>44</sup> Ibidem, pp. 83-84.

<sup>45</sup> Ibidem, p. 74.

<sup>46</sup> Idem.

<sup>47</sup> MORENO CRUZ, Pablo. “Una (pequeña) caja de herramientas para el estudio de los sistemas de relevancia (más, o menos) vinculante del Precedente Judicial. (Re)visitando lugares comunes”. pp. 59-110. En: Benavides, José Luis (Compilador). “Contribuciones para el sistema de precedentes jurisprudencial y administrativo” (serie Temas de Derecho Administrativo No. 1), Universidad Externado de Colombia, Julio de 2014, Bogotá. p. 84.

<sup>48</sup> CALVO, *Op. Cit.*, p. 95.

<sup>49</sup> MORENO. *Op. Cit.*, p. 96.



Inglaterra, bajo la ya abandonada teoría declarativa y de la mano del formante legislativo<sup>50</sup>, así como la evolución posterior de la doctrina del precedente hasta estos días, podrían dar algunas luces sobre la génesis del diseño institucional del precedente en Colombia y, al mismo tiempo, poner en evidencia los retos derivados de la aplicación local de esta doctrina.

Para efectos de este escrito, se entenderá por derecho inglés aquél que rige en Inglaterra y en Gales<sup>51</sup>. SANTOFIMIO explica las características del derecho inglés refiriéndose a la absorción de la influencia romana clásica “por el Derecho anglo-normando que comenzó a dominar a Inglaterra desde el siglo X.”<sup>52</sup> Esto es, no del *Corpus iuris* de Justineano (texto escrito), sino de aquél derecho romano introducido en la época de la cristianización de las islas (664 d.C.), “inspirada en una concepción fundada en casos, no escrita, y donde la jurisprudencia se sustenta y se hace norma en las soluciones a los casos específicos.”<sup>53</sup> Según explica COSSIO, la concepción jurídica anglosajona responde “a los juristas romanos, antes de haber pasado por el tamiz de las escuelas italianas (fueron los glosadores y los postglosadores los que, en virtud de un procedimiento de abstracción, se preocuparon de reducir a principios generales de derecho toda la riqueza de soluciones contenida en la obra de Justiniano), o a la de los jueces germanos antes de recibir el derecho romano”.<sup>54</sup> Es mayoritaria la doctrina que entiende el derecho romano como uno de creación judicial, formado a través de los edictos de los pretores...

Edictos, nos dice PUIG PEÑA, que contenían las normas conforme a las cuales debía desarrollarse su posterior misión. Junto al Derecho de proclamar los edictos, o sea, la facultad de dictar sus propios estatutos de justicia, tenían el Imperium y la posibilidad de

---

<sup>50</sup> *Ibidem*, pp. 89-90.

<sup>51</sup> ALLEN, *Op. Cit.*, p. LXVII

<sup>52</sup> SANTOFIMIO, “La fuerza...”, *Op. Cit.*, p. 15.

<sup>53</sup> *Ibidem*, p. 14.

<sup>54</sup> COSSIO Y CORRAL, A. de: “La concepción anglosajona del Derecho”, p. 234. Citado por: CALVO, *Op. Cit.*, pp. 99-100.



colmar las lagunas de la ley y humanizarla, mediante la aplicación de la Equitas. Los edictos de los pretores fueron perviviendo a través de los años y con esa continuada pervivencia se va formando el “*Ius Honorarium*”, que llegó a ser fuente formal del derecho.<sup>55</sup>

Para una posición contraria, se puede consultar al profesor CRISCOULI, según el cual “la regla del ‘*stare decisis*’ en que se basa la técnica del precedente del Derecho inglés, es distinta del derecho romano pues da a la sentencia del juez el valor de una norma objetiva, que nunca llegó a tener en éste, de la misma manera que lo que en el Derecho inglés la sentencia del juez, y no el dictamen de los juristas, con o sin el ‘*ius publicae respondendi*’, como era en el derecho romano de la época clásica.”<sup>56</sup>

En cualquier caso, el proceso de formación del Derecho en Inglaterra fue ajeno a “las embestidas codificadoras del Derecho continental”<sup>57</sup>. Es precisamente esto lo que permite al *common law* lograr identidad como “un Derecho de fuente judicial y común, opuesta a los derechos y costumbres locales, que habían crecido en la isla durante los tiempos anárquicos anteriores a la unificación y dominación Normanda”<sup>58</sup>.

De esta absorción también emanó la tendencia opositora al Derecho romano justiniano, situación que permitió el afianzamiento y desarrollo del Derecho común de los ingleses, como Derecho general y unificador del régimen jurídico en las islas. Los juristas lograron decantar una jurisprudencia creativa, metódicamente similar a lo que tiene que ver con la casuística y la jurisprudencia romana clásica, y por lo tanto técnicamente autosuficiente.<sup>59</sup>

El *common law* vio la luz alrededor de 1250, bajo el impulso reunificador que inició Guillermo I de Inglaterra, mejor conocido como “Guillermo el Conquistador”, quien llegó al poder en 1066. Los jueces itinerantes, que recorrían lo que hoy es Inglaterra

---

<sup>55</sup> CALVO, *Op. Cit.*, p. 117.

<sup>56</sup> CRISCOULI, G. “Introduzione allo studio del Diritto inglese. Le fonti”, Ed. Guffré, Milán, 1981, pp. 28 y ss. Citado por: CALVO, *Op. Cit.*, p. 100.

<sup>57</sup> SANTOFIMIO, “La fuerza...”, *Op. Cit.*, p. 14.

<sup>58</sup> *Ibidem*, p. 15.

<sup>59</sup> *Idem*.



(*terre des angles*) hacían un reconocimiento de las distintas costumbres y tradiciones locales para extraer de ellas una más coherente, que vendría a llamarse *Common Law*. De este modelo surgirá la búsqueda perpetua de la uniformidad y coherencia del derecho, que conduciría a finales del siglo XIX a la inauguración de la regla del precedente judicial.<sup>60</sup>

Y aunque la doctrina del *stare decisis* inglés se consolida, en su versión más vinculante, a partir de la segunda mitad del siglo XIX, su gestación en el formante doctrinal tiene lugar desde la segunda mitad del siglo XVIII, cuando el profesor de *Common Law* de la Universidad de Oxford, WILLIAM BLACKSTONE, publicó los *Commentaries on the Law of England* (1765-1769). En su texto, BLACKSTONE defiende el reconocimiento de la autoridad de las decisiones del pasado cuando la cuestión debatida sea la misma<sup>61</sup>. “La razón: el deber de decidir conforme a los principios y costumbres del reino; conforme al *common law*, derecho que considera ya existente desde tiempos inmemorables y cuyo descubrimiento (ciertamente no su creación) compete con exclusividad a los jueces de las cortes de justicia en cuanto “*the depositary of the laws, the living oracles*”.<sup>62</sup>

A juicio de MORENO, se trata de la formulación iusnaturalista de la “teoría declarativa” del precedente, tan criticada por BENTHAM, que supone que “el juez no crea derecho, sino lo descubre en el universo ya existente del *common law* (principios y costumbres) y decide, entonces (cuando ya ha sido declarado por los jueces del *pasado*), obligatoriamente con base en las decisiones preexistentes, que no son otra cosa que la prueba de la existencia del *common law*.”<sup>63</sup> Para Allen, el precedente actúa en la

---

<sup>60</sup> RICHAUD, Coralie. “Le précédent dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel”, Tesis para obtener el título de doctora en derecho de la Universidad de Montpellier I, sustentada el 7 de febrero de 2015, p. 81.

<sup>61</sup> *Ibidem*, p. 86.

<sup>62</sup> *Ibidem*, pp. 86-87.

<sup>63</sup> *Ibidem*, pp. 87-88.



mayoría de los casos solo “como un test, como una pista” mediante las cuales el juez busca el principio o la norma aplicables. Para HALE, ningún tribunal podía crear Derecho, dado que esta misión compete sólo al Rey y al Parlamento. BLACKSTONE, HAMMOND, CARTES también siguen la corriente de que el juez no crea, sino que declara el derecho.<sup>64</sup>

Pero aún bajo la teoría declarativa, el precedente no era inamovible. Por el contrario, si el juez del pasado se equivocaba en el acto de declaración del derecho, el juez del presente podía modificar la sentencia declarando el verdadero derecho con efectos retroactivos.<sup>65</sup> El barón MANSFIELD, *Chief Justice* de la *King's Bench*, fiel seguidor de la formulación doctrinal de BLACKSTONE durante la segunda mitad del siglo XVIII, en sus decisiones respetaba y tomaba en consideración las decisiones precedentes, de las que se alejó previa justificación cuando, a su juicio, el juez del pasado había cometido un error en el acto de declaración del derecho.<sup>66</sup> Lord Mansfield, quien fue determinante en la consolidación del derecho de casos en el siglo XIX, insistió con firmeza “en el principio de la certeza y constancia de la sentencia”<sup>67</sup>. Como a COKE, le preocupaba “el uso no inteligente y mecánico de la jurisprudencia meramente en sí”, e insistió en que “el único uso adecuado de los precedentes era ilustrar y aclarar los principios pertinentes (...)”.<sup>68</sup> En la misma línea, ALLEN, refiriéndose al derecho inglés de mediados del siglo XX, se refirió al razonamiento inductivo del juez inglés quien, antes que buscar su principio rector en el derecho abstracto –como sí lo hace el juez francés- “tiene que buscarlo en las enseñanzas y dialécticas que han sido aplicadas a casos particulares.”<sup>69</sup> Y por eso, siguiendo a Lord MANSFIELD y a Sir George Jessel<sup>70</sup>, ALLEN llama la atención sobre “el peligro de considerar las

---

<sup>64</sup> CALVO, *Op. Cit.*, pp. 96-97.

<sup>65</sup> MORENO. *Op. Cit.* p. 88.

<sup>66</sup> *Ibidem*, pp. 88-89.

<sup>67</sup> ALLEN, *Op. Cit.*, p. 306.

<sup>68</sup> *Ibidem*, p. 307.

<sup>69</sup> *Ibidem*, p. 237.

<sup>70</sup> *Ibidem*, pp. 388 – 389.



decisiones *en sí mismas* como solucionadoras de puntos de discusión, y olvidarnos del principio fundamental que gobierna todo el empleo de los precedentes.”<sup>71</sup> Para el autor, los precedentes (secundarios) deben servir para llegar, mediante inducción, a los principios (primarios)<sup>72</sup>, para poder decidir si el caso que debe resolver y aquél cuyo precedente se le presenta como aplicable comparten los hechos más relevantes. Solo así será posible decidir si el caso anterior “incluye exactamente el principio que busca”<sup>73</sup>, es decir, si el caso precedente lo vincula.

De acuerdo con la tendencia en la época de BRACKTON, en 1256, “el derecho no se debía encontrar en casos individuales, en su lugar, las decisiones de los casos en su conjunto eran un reflejo de lo que era el derecho”<sup>74</sup>. Fue debido –entre otras cosas- a la combinación del auge de la impresión de textos y la configuración de la jerarquía judicial, que en el siglo XVI se hizo posible el giro en el estilo del razonamiento jurídico del *common law*.<sup>75</sup> Otros elementos que contribuyeron al auge de la doctrina del *stare decisis* fueron la costumbre emergente de dar razones para justificar decisiones y el perfeccionamiento en la calidad de las gacetas judiciales que contenían los precedentes. **Solo a partir de 1898 la fuerza vinculante de los precedentes fue aceptada**<sup>76</sup>. (Negrilla fuera de texto)

HONDIUS se refiere, en esta cita, a la decisión *London Street Tramways Co. v. London County Council* [1898, A.C. 375], que buena parte de la doctrina considera como la inauguración de la regla del precedente en Inglaterra.<sup>77</sup> En virtud de este caso, toda decisión de la Cámara de los Lores sobre una cuestión de derecho liga de manera

---

<sup>71</sup> Idem.

<sup>72</sup> Ibidem, p. 412.

<sup>73</sup> Ibidem, p. 420.

<sup>74</sup> LUNDMARK, Thomas, “Soft’ stare decisis: the common law doctrine retooled for Europe”, en REINER SCHULZE y ULRIKE SEIF (eds.) *Richterrecht und Rechtsfortbildung in der Europäischen Rechtsgemeinschaft*, Mohr, Tübingen, 2003, pp. 161 – 168.

<sup>75</sup> IBBETSON, David J. “Case-law and doctrine: A historical perspective on the English common law”, En: LUNDMARK, *Op. Cit.*, pp. 27, 33.

<sup>76</sup> HONDIUS, Ewoud. “Repensando el Precedente”, pp. 301-319. En: BERNAL, Carlos et BUSTAMANTE, Thomas, “Fundamentos Filosóficos de la Teoría del Precedente Judicial”, Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho No. 71, Trad. Rodrigo Camarena González, Junio de 2015. p. 306.

<sup>77</sup> RICHAUD, *Op. Cit.*, p. 82.



definitiva y obligatoria, en todo nuevo litigio, no solo a los tribunales inferiores sino a la misma Cámara de los Lores.<sup>78</sup>

Sin embargo, para que la obligatoriedad del precedente pudiera aceptarse e implementarse, tuvieron que ser expedidas, años atrás, las leyes de la judicatura o “Judicature Acts” de 1873-1875<sup>79</sup>. SANTOFIMIO, citando a DAVID, indica con tino que “[e]l sustento del sistema jurídico anglosajón está ubicado en los desarrollos que se dieron en Inglaterra por el llamado *common law*, o Derecho común de carácter consuetudinario, formado principalmente a partir de la influencia del Derecho normando”<sup>80</sup>, el cual se fusionó con el *Judicature Act* de 1873 al mecanismo de resolución de conflictos denominado *equity*<sup>81</sup>, la cual siempre fue considerada como un complemento del *common law*.<sup>82</sup> También MORENO alude a las reformas procesales de la segunda mitad del siglo XIX y, en especial, a los *Judicature Acts* de 1873 y 1875 y el *Appellate Jurisdiction Act* de 1876 como reformas que favorecieron el fortalecimiento de la regla del *stare decisis* y permitieron al sistema inglés escapar una posible codificación en la forma planteada por BENTHAM, “codificación que probablemente habría amenazado seriamente el poder de una clase que monopolizaba (escondida en la ficción de la teoría declarativa) el acto de creación del derecho [...]”.<sup>83</sup> Esto confirma lo dicho por BUSTAMANTE en el sentido de que “El factor institucional más importante, sin embargo, son las *normas* de derecho positivo que disponen sobre la fuerza jurídica del precedente judicial. Es en estas que se puede encontrar el soporte institucional más fuerte para el *stare decisis*.”<sup>84</sup>

---

<sup>78</sup> DWORKIN, (G.). «Un adoucissement de la théorie du stare decisis à la chamber des Lords », *RIDC*, 1967, volume 19, numéro, p. 185-198. Citado por : RICHAUD, *Op. Cit.*, p. 82.

<sup>79</sup> CALVO, *Op. Cit.*, p. 98

<sup>80</sup> SANTOFIMIO, “La fuerza...”, *Op. Cit.*, p. 12.

<sup>81</sup> *Ibidem*, p. 21.

<sup>82</sup> *Ibidem*, p. 20.

<sup>83</sup> MORENO, *Op. Cit.*, p. 90.

<sup>84</sup> BUSTAMANTE, Thomas Da Rosa. “La interpretación y la fuerza gravitacional de los Precedentes Judiciales: Fragmentos de una teoría del Precedente Judicial” p. 111-140 En: Benavides, José Luis (Compilador). “Contribuciones para el sistema de precedentes jurisprudencial y administrativo” (serie



Así, solo a finales del siglo XIX se cuenta con una colección fiable de fallos, dispuestos de forma ordenada y adecuada (*Law Reports*) y con un sistema jerárquico de los órganos del poder judicial (*Judicature Acts*), elementos indispensables para hablar de reglas estrictas de precedente.<sup>85</sup> En ausencia de un medio técnico que, en la época, permitiera reproducir las decisiones, estas eran conservadas por el juez para que la memoria de ellas no desvaneciera. Los jueces desarrollaron numerosas técnicas de disociación de un “mal precedente”, como es el caso de la técnica de la *distinción*.<sup>86</sup>

De esta manera, “durante las últimas décadas del siglo XIX, en el derecho inglés, varios formantes (legislativo, jurisprudencial, doctrinal, profesional) se sumaron en un diálogo que condujo, en un período de tiempo relativamente breve, a la consolidación de una fuerte, si bien nunca absoluta, hegemonía del formante jurisprudencial en la forma de un endurecimiento de la (nunca legislada) regla del *stare decisis*...”<sup>87</sup>.

Así las cosas, a finales del siglo XIX la regla del *stare decisis* (metanorma) es “percibida, justificada como la respuesta más idónea a la exigencia de una ideología cientifista que abogaba por una mayor estabilidad en el tráfico jurídico y que en la Europa continental había conducido, al menos desde el punto de vista normativo, a la hegemonía del formante legislativo.”<sup>88</sup> En contraste con la desconfianza que los revolucionarios franceses tenían del juez, en Inglaterra se idealizó al juez, con la célebre fórmula del “judge made law” en la que el precedente se impuso como el

---

Temas de Derecho Administrativo No. 1), Universidad Externado de Colombia, Julio de 2014, Bogotá. pp. 126-127.

<sup>85</sup> LAPORTA, Francisco J. “La fuerza vinculante de la jurisprudencia y la lógica del precedente”. Pp 11-42. En: FERRERES, Victor *et* XIOL, Juan Antonio. “El carácter vinculante de la jurisprudencia”, Fundación Coloquio Jurídico, Madrid, 2009. p. 36.

<sup>86</sup> RICHAUD. *Op. Cit.* pp. 82 - 83.

<sup>87</sup> MORENO. *Op. Cit.* p. 94. (cursiva original)

<sup>88</sup> *Ibidem*, p. 94. (cursiva original).





fundamento de la memoria judicial, considerando al precedente como una herencia subyacente a la función de juzgar<sup>89</sup>.

[...] se trataba de un sistema que, en términos generales, operaba, y, por cierto, aún opera, de forma altamente rígida, al menos en sentido vertical: los jueces de inferior jerarquía estaban y, por ahora, aún hoy, están obligados a respetar (sic) las decisiones adoptadas por los jueces superiores, en una cúspide jerárquica gobernada por la *House of Lords* (ahora *Supreme Court*, según lo prescrito por la parte 3ª del *Constitutional Reform Act of 2005*).

Sin embargo, es preciso tener bien presente que ya desde BLACKSTONE (...) la (meta)norma que obligaba seguir los precedentes judiciales ha sido derrotable... Estas excepciones abren la puerta a una superación de los precedentes judiciales dentro del sistema de relevancia del precedente judicial inglés; superación que (aunque no habitual), casi siempre tiene lugar previo proceso de erosión progresiva de la *ratio decidendi* vinculante por parte de los mismos jueces en sus respectivos pronunciamientos, tanto mediante críticas abiertas (por ejemplo, en los salvamentos de voto o en los *obiter dicta* del pronunciamiento) como mediante un uso calculado de la técnica de la distinción que, formalmente, sino solo, y a lo sumo, la configuración de excepciones a la aplicación de las consecuencias previstas en la *ratio decidendi*. (...)<sup>90</sup>

Esta teoría va a prevalecer hasta 1966 en la *House of Lords*, cuando la relevancia horizontal del precedente pierde su carácter absoluto y decaen los fundamentos doctrinales de la teoría declarativa. En 1966, con el famoso *Practice Statement*<sup>91</sup>, la *House of Lords* declaró que no se sentirá necesariamente vinculada por sus propias decisiones so pena de caer en injusticias en casos particulares y limitar el desarrollo del derecho. Se declaró, en cambio, facultada para “superar sus propios precedentes sin la necesaria intermediación del poder legislativo y sin que para hacerlo, por cierto,

---

<sup>89</sup> RICHAUD, *Op. Cit.*, p. 66.

<sup>90</sup> MORENO. *Op. Cit.*, pp. 95-96.

<sup>91</sup> TARUFFO, Michelle. “Precedente y Jurisprudencia”, pp. 85-99. En: Universidad ICESI, “Precedente: Anuario Jurídico 2007”, Cali, p. 95.



deba *declamar*, en sintonía con la doctrina blackstoniana, la “existencia” de un error en el acto de descubrimiento del *common law*.<sup>92</sup> Aun así, “en las décadas sucesivas, esta [la House of Lords] continuó la praxis de seguir sus propios precedentes, al menos en la mayor parte de los casos, moldeándose de esta forma un espacio de discrecionalidad idóneo para garantizar la posibilidad de adecuar la propia jurisprudencia en la medida en que cambiara la realidad.”<sup>93</sup> Para MAGALONI, inclusive, el concepto de *precedente vinculante* sólo empieza a surgir de la mano del positivismo jurídico de Jeremy Bentham y su discípulo John Austin, quienes atacaron la idea blackstoniana del *common law* y la sustituyeron por un derecho de creación judicial (*judge-made law*). “Es una ficción pueril utilizada por los jueces –sostenía AUSTIN– que el *common law* no es creado por ellos, sino que es un algo misterioso creado por nadie, que existe, supongo, desde la eternidad y que simplemente los jueces declaran de tiempo en tiempo.”<sup>94</sup>

Entonces, contrario a lo que suele pensarse, la regla del precedente no es un “elemento fundante de la cultura jurídica inglesa”<sup>95</sup>, pues solo de manera relativamente reciente se ha aceptado que “los tribunales deben también seguir precedentes ‘incorrectos’. En este punto existe una diferencia fundamental con el derecho continental, donde los tribunales no están vinculados a precedentes incorrectos”, diferencia que está disminuyendo<sup>96</sup>. A esta teoría del *Common Law* debemos, también, “el desarrollo de una “escuela analítica” sociológica de la jurisprudencia, que ha aplicado con todo rigor el programa de una “*recherche clinique*” de la creación judicial y que, por encima de esto, considera de modo general al

---

<sup>92</sup> *Ibidem*, p. 96.

<sup>93</sup> *Ibidem*, p. 95.

<sup>94</sup> AUSTIN, J., “Lectures of Jurisprudence” (sic), ed. R. Campbell, Londres, 1885, p. 634. La cita la tomamos de J. Evans, <<Change in the Doctrine of Precedent During the Nineteenth Century>>, en *Precedent in Law*, ed. Laurence Goldstein, Clarendon Press, Oxford, 1987. pp. 67-68. Citado por: MAGALONI KERPEL, Ana Laura. “El Precedente Constitucional en el Sistema Norteamericano”, McGrawHill, Madrid, 2001. 1 ed. p. 9.

<sup>95</sup> MORENO, *Op. Cit.*, p. 85.

<sup>96</sup> HONDIUS, *Op. Cit.* p. 318.



derecho no como una continuidad estática, sino, desde el punto de vista de la profesión judicial como algo que se encuentra siempre “*in statu nascendi*”, estudiándolo, pues, tal como ‘opera’”.<sup>97</sup>

BUSTAMANTE explica un rasgo fundamental de la teoría inglesa del *stare decisis*, y es que...

En Inglaterra [...] se ha sostenido que la primera regla para establecer la ratio decidendi, es decir, el elemento vinculante, de un precedente, es que esta regla no debe ser buscada en la fundamentación de una decisión, sino únicamente en los hechos materiales del caso.<sup>98</sup> (Subrayado fuera de texto)

En esto coincide con SANTOFIMIO, quien también hace énfasis en el componente fáctico de la decisión (aunque sin excluir de la *ratio* la declaración sobre un punto de derecho que sirve de fundamento a la decisión o justificación del resultado).<sup>99</sup> Dice este autor:

Lo trascendente en el concepto de *ratio decidendi* es también, y de manera significativa, el componente factico que hubiere motivado y llevado a la decisión correspondiente. Tan solo configurará la *ratio* lo que corresponda en Derecho en relación con los hechos involucrados en la decisión; lo demás, no es ni puede considerarse técnicamente como verdadera *ratio*, en cuanto no corresponde al análisis jurídico obvio y necesario para resolver en Derecho lo que corresponda en relación con los hechos del caso. Para el Derecho inglés esto es significativo al momento de la construcción de un verdadero precedente, en la medida en que las proposiciones jurídicas contenidas en una sentencia se supeditan, es decir, están determinadas por los hechos del caso, de aquí que, la fuerza vinculante del precedente, o para un mejor entendimiento de la *ratio decidendi*, “... depende

---

<sup>97</sup> CALVO, *Op. Cit.*, p. 93.

<sup>98</sup> BUSTAMANTE, “La interpretación...”, *Op. Cit.* p. 115, citando a ARTHUR L. GOODHART. “Determining the *ratio decidendi* of a case”, en ID., *Essays in Jurisprudence and the Common Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1931, p. 2.

<sup>99</sup> SANTOFIMIO, “La fuerza...”, *Op. Cit.*, p. 24.



de su relación con los hechos del fallo en el cual ellos fueron declarados y de su relación con los hechos del juicio en que posteriormente se alega su aplicación... (WHITTAKER, pgs. 50-51<sup>100</sup>). (Se destaca)

Existe, no obstante, una dificultad: STONE demuestra que siempre hay un amplio margen de hechos que pueden considerarse 'materiales', esto es, hechos pertenecientes a la *ratio decidendi*<sup>101</sup> y enseña también que, como los hechos materiales del caso pueden enunciarse en varios niveles de generalidad, "puede haber un gran número de "*rationes* potencialmente vinculantes en competición para regular casos futuros".<sup>102</sup> Es decir, "[c]ada ratio es una interpretación de autoridades a la luz de los hechos del caso en cuestión"<sup>103</sup>, donde los llamados a determinar cuál fue la verdadera *ratio* son aquellos tribunales que deben considerar el precedente<sup>104</sup> para decidir si aplicarlo o no.

GOODHART aporta importantes herramientas para superar esta dificultad. El autor cita en su obra los comentarios de Sir John SALMOND y John Chipman GRAY sobre la naturaleza del precedente, criticándolos por no brindar al estudiante elementos para encontrar la *ratio decidendi* de una decisión. En cambio, aquel discute reglas concretas de interpretación<sup>105</sup>, planteando un modelo que restringe el poder normativo del juez y limita su rol a la mera resolución de la controversia que se le presenta. GOODHART entiende el *holding o ratio decidendi* de una decisión judicial como el principio jurídico que determina el resultado de la decisión judicial de acuerdo con los "hechos materiales".<sup>106</sup> Para determinarlo, propone seleccionar los hechos

---

<sup>100</sup> Ibidem, p. 25.

<sup>101</sup> BUSTAMANTE, "La interpretación...", *Op. Cit.* p. 119.

<sup>102</sup> Ibidem, p. 120.

<sup>103</sup> ALLEN, *Op. Cit.*, p. 376.

<sup>104</sup> Idem.

<sup>105</sup> GOODHART, Arthur L. "Determining the Ratio Decidendi of a Case", pp. 161-183. En: Yale Law Review, Vol XL, Diciembre 1930, No. 2. pp. 161-162. (Traducción libre)

<sup>106</sup> A. GOODHART, *Op. Cit.*, p. 169. Citado por: MAGALONI KERPEL, Ana Laura. "El Precedente Constitucional en el Sistema Norteamericano", Madrid: McGrawHill, 2001. 1 ed. p. 92.



materiales del caso, separándolos de los inmateriales, para luego determinar el *holding* o *ratio decidendi* (la regla de decisión) a partir del análisis de la conclusión o resultado de la sentencia<sup>107</sup>, así:

- (1) La “primera regla para descubrir la *ratio decidendi* de un caso es que ella no debe ser buscada en las razones en las que el juez basó su decisión”<sup>108</sup> (Se subraya), puesto que “la razón que el juez ofrece para su decisión nunca es la parte vinculante del precedente.”<sup>109</sup> Para muestra de lo anterior, cita casos en los que el precedente se mantiene, pese a fundarse en alguna razón equivocada (e.g. la lógica de los argumentos, la referencia al contexto histórico, el análisis de casos anteriores, etc.).<sup>110</sup> En efecto, “son precisamente algunos de esos casos que se han decidido sobre la base de premisas o razonamientos incorrectos los que se han convertido en los más importantes en el derecho. (...) Una mala razón con frecuencia puede hacer buen derecho.”<sup>111</sup>
- (2) El principio que contiene cada caso, y que puede descubrirse, no es necesariamente la regla enunciada por la corte, pues bien puede suceder que la sentencia se centre en los hechos y no establezca ninguna regla de derecho, o que lo haga de manera demasiado amplia o demasiado estrecha, sin por ello dejar de ser un precedente importante. Incluso, en épocas anteriores (*the Year Book period*), en muchos casos no se emitía una “opinión”, sino que el principio tenía que buscarse en otra parte. Sobre este último punto, GOODHART aclara que ya no es frecuente encontrar casos de alguna importancia sin “opinión”.<sup>112</sup>

---

<sup>107</sup> MAGALONI, *Op. Cit.*, pp. 92-93.

<sup>108</sup> GOODHART, *Op. Cit.*, p. 164. (Traducción libre, se subraya)

<sup>109</sup> *Ibidem*, p. 162. (Traducción libre)

<sup>110</sup> *Idem*. (Traducción libre)

<sup>111</sup> *Ibidem*, p. 163. (Traducción libre)

<sup>112</sup> *Ibidem*, p. 165. (Traducción libre)



Esta segunda guía para determinar la *ratio decidendi*es particularmente evidente en el caso de las cortes de apelación, donde puede haber consenso en cuanto al resultado, pero no en relación con la formulación de la regla. Esto es lo que explica la existencia de opiniones disidentes.<sup>113</sup>

- (3) El principio no necesariamente se encuentra considerando todos los hechos comprobables del caso y la decisión.<sup>114</sup> El intérprete no puede descifrar de manera autónoma el principio, a partir de los hechos y la decisión alcanzada, e ignorando la motivación, como lo sostiene la vertiente de la doctrina americana representada por el profesor OLIPHANT<sup>115</sup>. Para éste último, el principal objeto de cualquier estudio científico del derecho, y su elemento predecible, no es la opinión de los jueces, sino la forma como deciden los casos “en respuesta al estímulo de los hechos de los casos concretos que tienen ante sí”<sup>116</sup>. Sin embargo, GOODHART se separa de esta postura porque ella implicaría una pérdida de tiempo para el juez y el lector<sup>117</sup> y porque el argumento se basa en la falacia de creer que la conclusión del juez se basa en un conjunto constante de hechos, cuando en realidad son relativos: el juez decide sobre los hechos como los ve, y solo sobre los que consideró relevantes para su decisión<sup>118</sup>. El sistema de precedentes perdería su sentido si la visión que el juez tiene de los hechos se tornara irrelevante, por lo que resulta “esencial saber lo que el juez ha dicho sobre su selección de los hechos, puesto que lo que hace el juez [su decisión] tiene sentido para nosotros solo cuando se considera en relación con lo que dijo”.<sup>119</sup>

---

<sup>113</sup> Idem. (Traducción libre)

<sup>114</sup> Ibídem, p. 182. (Traducción libre)

<sup>115</sup> Ibídem, p. 168. (Traducción libre)

<sup>116</sup> OLIPHANT, A. “Return to Stare Decisis” (1927) Handbook of the Association of American Law Schools 76. Reimpreso en (1928) 14 A. B.A.J. 71,159. Citado por: GOODHART. *Op. Cit.* p. 168. (Traducción libre)

<sup>117</sup> GOODHART. *Op. Cit.* p. 168. (Traducción libre)

<sup>118</sup> Ibídem, p. 169. (Traducción libre)

<sup>119</sup> Idem. (Traducción libre)



(4) Lo que se requiere para determinar la *ratio*, entonces, es analizar el caso para determinar los hechos que fueron “materiales” para el juez, y su conclusión con base en ellos<sup>120</sup>, así como también los hechos que el juez excluyó por “inmateriales”<sup>121</sup>. Si bien no existen reglas infalibles para aislar los hechos materiales, GOODHART hace algunas sugerencias a los estudiantes de derecho. Una vez identificados los hechos del caso “como los vio el juez”<sup>122</sup>, habrá que definir cuáles de ellos son relevantes. Para ello...

- a. Habrá que revisar si se trata de aquellos que se presumen inmateriales (hechos de persona, tiempo, lugar, tipo y cantidad); si la misma Corte los denominó inmateriales, creando así un principio amplio en lugar de uno estrecho; o si la Corte los trató como inmateriales (e.g. si la Corte primero enuncia el hecho pero luego lo omite al explicar la base de su decisión, lo cual no equivale simplemente a no hacer énfasis en algún hecho). En este caso, deberán tratarse de la misma manera.<sup>123</sup> “Si no hay opinión, o si la opinión no contiene una enunciación de los hechos, entonces debemos asumir que todos los hechos dados en el reporte [*refiriéndose aquí a la decisión de cada juez, que en ocasiones contiene un resumen de las intervenciones de los apoderados*] son materiales, salvo los que evidentemente [*“on their face”*] no lo sean”.<sup>124</sup> Si bien se trata de una situación en extremo infrecuente, cuando ello ocurra se presumirán como inmateriales los hechos relativos a la persona, tiempo, lugar, tipo, cantidad, etc., salvo que el juez manifieste lo contrario.<sup>125</sup>

---

<sup>120</sup> Idem. (Traducción libre)

<sup>121</sup> Ibídem, p. 182. (Traducción libre)

<sup>122</sup> Ibídem, p. 173. (Traducción libre)

<sup>123</sup> Ibídem, pp. 174-175. (Traducción libre)

<sup>124</sup> Ibídem, p. 169. (Traducción libre)

<sup>125</sup> Ibídem, pp. 169-170. (Traducción libre)



- b. Por el contrario, habrá que considerar “materiales” todos los hechos que la Corte específicamente haya tildado de esta manera, que es lo que suele ocurrir cuando los jueces temen “establecer un principio demasiado amplio”.<sup>126</sup>
  
- c. Si la opinión enuncia los hechos, el intérprete debe atenerse a los hechos que el juez enunció y a la manera en que lo hizo, aunque parezca errónea, “pues es en los hechos como él, tal vez de manera incorrecta, los ha visto que ha basado su decisión”<sup>127</sup>. Solo así tiene sentido la vinculación a la conclusión basada en tales hechos, y de lo contrario no podría citarse un caso importante sin revisar los reportes para constatar que los hechos son correctos, haciendo excesivamente difícil la tarea del abogado.<sup>128</sup> Así pues, si un hecho no ha sido considerado por la Corte, por más importante que sea, entonces el caso no sienta un precedente para ese hecho, ni regirá los casos futuros en los que él se presente.<sup>129</sup>
  
- d. Si la decisión no distingue entre hechos materiales e inmateriales, ellos se presumen materiales<sup>130</sup> porque “[h]ay una presunción contra los principios amplios”<sup>131</sup>, y entre menos hechos materiales en un caso, más amplio será el principio<sup>132</sup>.
  
- e. Si hay distintas opiniones que coinciden en el resultado pero difieren en los hechos en los que cada una se basa, entonces “el principio del caso se limita a la suma de todos los hechos señalados como materiales por los varios

---

<sup>126</sup> *Ibidem*, pp. 177-178. (Traducción libre)

<sup>127</sup> *Ibidem*, p. 170. (Traducción libre)

<sup>128</sup> *Ibidem*, p. 172. (Traducción libre)

<sup>129</sup> *Idem*. (Traducción libre)

<sup>130</sup> *Ibidem*, p. 182. (Traducción libre)

<sup>131</sup> *Ibidem*, p. 178. (Traducción libre)

<sup>132</sup> *Idem*. (Traducción libre)





jueces”<sup>133</sup>, salvo que dos de los tres jueces coincidan acerca de cuáles son los hechos materiales, pues en ese caso solo será vinculante el precedente para tales hechos.<sup>134</sup>

(5) Una vez establecidos los hechos materiales e inmateriales del caso, debe formularse el principio, así...

La regla de decisión tiene que encontrarse en las conclusiones a la que llegó el juez con base en los hechos materiales y con exclusión de los hechos inmateriales. Si en un caso el tribunal determina que los hechos A, B y C existen. Si dicho tribunal, además, considera que el hecho A es inmaterial, y con base en los hechos B y C alcanza la conclusión X. ¿Cuál es la *ratio decidendi* del caso? Existen dos reglas: 1) en cualquier caso futuro donde existan los hechos A, B y C el tribunal debe alcanzar el resultado X, y 2) en cualquier caso futuro en donde existan los hechos B y C el tribunal debe alcanzar el resultado X. En este segundo caso la ausencia del hecho A no afecta el resultado, ya que A fue considerado como un hecho inmaterial.<sup>135</sup> (Se subraya)

(6) Dado que resulta imposible establecer un principio a partir de una conclusión basada en un hecho no determinado por la Corte, las conclusiones sobre la decisión que se adoptaría en situaciones hipotéticas no genera un principio<sup>136</sup>, sino que será *obiter dicta*.

(7) “Habiendo establecido el principio de un caso, y excluido todo el *obiter dicta*, el paso final es determinar si es un precedente vinculante o no para algún caso futuro en el que los hechos sean prima facie similares.”<sup>137</sup> (Se subraya). Para ello, es necesario determinar y comparar los hechos materiales del precedente y del

<sup>133</sup> *Ibidem*, pp. 178-179. (Traducción libre)

<sup>134</sup> *Ibidem*, p. 179. (Traducción libre)

<sup>135</sup> A. GOODHART, *Op. Cit.*, p. 179. Tomado de: MAGALONI. *Op. Cit.* p. 93.

<sup>136</sup> *Idem*. (Traducción libre)

<sup>137</sup> *Ibidem*, p. 180. (Traducción libre)



nuevo caso, y solo si son “idénticos” el primer caso será un precedente vinculante para el segundo (no lo será si sobra o falta uno de los hechos relevantes), lo cual obliga a la Corte a arribar a la misma conclusión.<sup>138</sup>

Las principales críticas a este modelo, provenientes de autores formados en la tradición de derecho continental, pueden resumirse así:

Goza el juez inglés, salvo ante el primer caso, de menor libertad que el continental, al estar, en virtud del carácter vinculante del precedente, encadenado al pronunciamiento inicial. Posee un desarrollo asistemático, carece de una visión amplia y general de las instituciones, demasiado apegado al caso concreto; con la doctrina del precedente, las normas de Derecho judicial nacen de los hechos considerados, con lo cual el proceso normal se invierte elevándose de lo particular a lo general para luego volver a descender al caso concreto.

Frente a la ventaja de su seguridad se argumenta que la complejidad del conocimiento jurídico originada por el extraordinario volumen de casos, así como la dificultad, a veces, de fijar la “ratio decidendi”, de la sentencia y la obligación de decisiones desafortunadas que fuerzan interpretaciones retorcidas para apartarse de ellas, producen un deterioro de la seguridad jurídica.<sup>139</sup>

## ***2.2 El precedente en Estados Unidos***

La cercanía geográfica, geopolítica y iusteórica entre Colombia y Estados Unidos da cuenta de una serie de trasplantes, algunas veces incompletos o descontextualizados, que explican la configuración que tiene la figura del ‘precedente judicial’ en Colombia.

El sistema norteamericano es bien distinto del inglés, aunque ambos se inscriban en lo que tradicionalmente se conoce como *common law*. Ello se debe a que “lo que en

---

<sup>138</sup> Idem. (Traducción libre)

<sup>139</sup> CALVO, *Op. Cit.*, p. 99-100.



realidad los norteamericanos importaron de Inglaterra no fue precisamente el derecho sustantivo, sino un método para que los jueces lo desarrollasen.”<sup>140</sup> En efecto, durante el llamado ‘período formativo’, enmarcado entre los años 1800 y 1850...

En (...) franco contraste con lo que sucedió en Inglaterra, el principio de *stare decisis* en Norteamérica no operó de forma estricta e inflexible. La vinculación judicial al precedente, sobre todo en el ámbito de los tribunales con jurisdicción de apelación, permitió la flexibilidad y dinamismo de las reglas: caso por caso, y a través de un proceso de ensayo y error, los tribunales ponían a prueba la idoneidad de las reglas y las transformaban en función del impacto social deseado.

(...) Si bien es cierto que, como veremos, después de este periodo de enorme transformación del sistema jurídico americano que duró hasta mediados del siglo XIX, siguieron años de enorme estabilidad, en donde los tribunales americanos siguen los pasos de los ingleses y concibieron de forma estricta el valor vinculante de los precedentes, ello no se extendió por muchos años. La visión instrumental del derecho vuelve a aparecer a principios del siglo XX y esta vez impulsada por el sector académico, lo cual significó dotar de un basamento teórico a esta forma de concebir el derecho.<sup>141</sup>

LANGDELL partió del entendimiento de que “el *common law* era un cuerpo normativo completo y que, por tanto, los jueces podían encontrar en el *case law* la solución a cualquier disputa.”<sup>142</sup> Pero esta concepción era insuficiente para elaborar una teoría jurídica científica, para lo cual era necesario sistematizar las decisiones judiciales en una «unidad manejable». A esto se dedicaron los formalistas, quienes acudieron a la generalidad y abstracción de las reglas jurídicas para transformar el orden jurídico en un conjunto estático, “racional, sistematizado y separado de la política, de la moral y de cualquier otro elemento no proveniente del derecho positivo”<sup>143</sup>, donde los jueces

---

<sup>140</sup> MAGALONI, *Op. Cit.*, p. 6.

<sup>141</sup> *Ibidem.* p. 12.

<sup>142</sup> *Ibidem.* p. 14.

<sup>143</sup> *Ibidem.* p. 15.



no adaptaran la doctrina judicial al contexto del caso concreto. “La ciencia del derecho debía terminar de una vez por todas con la argumentación jurídico-política que había caracterizado las decisiones judiciales del período formativo del derecho norteamericano.”<sup>144</sup> Fue precisamente el formalismo, bien arraigado en 1870 entre abogados y jueces que buscaban el ideal liberal del orden jurídico estable, el que trajo consigo la **vinculación estricta al precedente, al estilo inglés, y la eliminación del carácter dinámico que caracterizó el *common law* de principios del siglo XIX.**<sup>145</sup>

Lo que sigue en Estados Unidos es una fuerte reacción, desde las facultades de derecho, contra el formalismo jurídico durante las primeras tres décadas del siglo XX “la cual culmina con la primera teoría del derecho propiamente norteamericana: el «pragmatismo-instrumental».”<sup>146</sup> “Para designar las decisiones de los jueces frente al Derecho normado Pound acuñó la expresión “*law in action*” (derecho en acción) según la cual el juez debe atender ante todo un orden social, realmente reconocido, a pesar de las “máximas oficiales” insertas en lo que el mismo autor denomina “*law in the books*” (derecho contenido en los libros).”<sup>147</sup> Atacando, entonces, los cimientos de la teoría formalista –particularmente la pretensión de construir una ciencia jurídica con la metodología del racionalismo moderno–, cuestionan la existencia de alguna “esencia” o “naturaleza” del derecho, pues solo existen sus manifestaciones y sus efectos, y solo importan las consecuencias de la aplicación de las normas en la conducta humana y en la sociedad en general.<sup>148</sup>

Según los juristas pragmático-instrumentales, la actividad jurisdiccional no se desarrolla en términos silogísticos, sino que se trata de permanentes conflictos de intereses, donde toda decisión judicial implica una elección entre principios jurídicos

---

<sup>144</sup> *Ibidem*, p. 15.

<sup>145</sup> *Ibidem*, pp. 15-16.

<sup>146</sup> *Ibidem*, p. 17.

<sup>147</sup> CALVO, *Op. Cit.*, p. 94

<sup>148</sup> MAGALONI, *Op. Cit.* p. 18.



en conflicto<sup>149</sup>. Este dinamismo, aun a la fecha, es el que caracteriza el razonamiento judicial norteamericano, al punto que “el modelo teórico que propone la teoría pragmática-instrumental para estudiar derecho, como un modelo que busca dar cuenta del movimiento del derecho en su aplicación judicial, continúa siendo el eje motor del debate jurídico norteamericano actual”.<sup>150</sup>

Desde esta perspectiva, la función principal del juez, o de cualquier abogado, es construir la solución jurídica que mayores ventajas sociales tenga, no sólo hacia las partes y el pasado, sino sobre todo hacia el futuro y la sociedad.

Ello, en términos de la fuerza vinculante de los precedentes, significaba que toda regla quedaba condicionada por su utilidad e idoneidad para resolver el problema planteado. Así, los juristas pragmático-instrumentales buscaban terminar con la concepción estática y rígida del *stare decisis* propia del paradigma formalista, y retomar el carácter dinámico y flexible del *case law* que había caracterizado a lo (sic) doctrina del precedente de la primera mitad del siglo XIX.<sup>151</sup>

MAGALONI estudia el precedente constitucional en el sistema norteamericano contemporáneo y aborda, con especial detalle, lo que para LLEWELLYN son las dos doctrinas del precedente que coexisten en el derecho norteamericano: la ‘minimalista’ y la ‘maximalista’.<sup>152</sup> Aunque la autora se enfoca en el precedente constitucional, señala que él solo se distingue de los demás tipos de precedente en su contenido, “mas no en cuanto al método jurídico y el modo como opera su aplicación en la práctica judicial”<sup>153</sup>. Si bien esta última idea no se comparte del todo –siguiendo aquí a Duncan Kennedy-, las conclusiones de MAGALONI que aquí se recogen son predicables de todo el derecho norteamericano de casos, sin distingo entre las materias a las que atañen las decisiones. Cada una de estas posturas, que coexisten

---

<sup>149</sup> *Ibidem*, p. 19.

<sup>150</sup> *Ibidem*, p. 24.

<sup>151</sup> *Ibidem*, p. 21.

<sup>152</sup> *Ibidem*, p. 89.

<sup>153</sup> *Ibidem*, p. 61.



actualmente en la práctica judicial<sup>154</sup>, establece un modelo teórico relativo al “poder normador de los tribunales y el carácter vinculante de los precedentes”<sup>155</sup>. Si bien autores como SUNSTEIN<sup>156</sup> incluyen, a su vez, dos formas de minimalismo, el procedimental y sustantivo -atinente este último a la amplitud y profundidad relativa de la teoría sobre el contenido mínimo de la Constitución<sup>157</sup>-, solo el primer tipo de minimalismo ocupará las páginas que siguen, por ser pertinente para efectos de esta disertación.

Autores emblemáticos de la doctrina maximalista, como SCHAUER, propugnan que la actividad jurisdiccional debe desarrollarse con base en reglas preexistentes a la disputa (*rule-based decisionmaking*)<sup>158</sup> que, como tales, son generales, “condición necesaria para la existencia de una regla”<sup>159</sup>. En este modelo, el juez posterior tiene a su cargo la labor de “extraer de la decisión judicial vinculante un supuesto normativo abstracto y general”<sup>160</sup> para aplicarlo en la resolución del caso posterior. En cambio, el juez minimalista “nunca construye un supuesto normativo, abstracto y general, sino que tal supuesto lo elabora en el mismo momento de determinar las igualdades y diferencias fácticas entre los casos que se contrastan.”<sup>161</sup>

---

<sup>154</sup> *Ibidem.* p. 27.

<sup>155</sup> *Idem.*

<sup>156</sup> SUNSTEIN se centra en el análisis de las decisiones de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos a finales de la década de los noventa, en las cuales se interpreta y aplica la Constitución.

<sup>157</sup> SUNSTEIN, Cass R. “One Case at a Time: judicial minimalism on the Supreme Court”, Cambridge, Harvard University Press, 1999. pp. 62 y siguientes. (Traducción libre)

El autor se refiere al “núcleo” del minimalismo constitucional, el cual está compuesto por los siguientes principios: (1) protección contra el encarcelamiento no autorizado; (2) derecho a la oposición; (3) derecho al voto; (4) libertad religiosa; (5) protección contra la invasión de la propiedad; (6) protección contra el abuso de la persona o la propiedad por parte de la policía; (7) estado de derecho; (8) prohibición de la tortura, homicidio o abuso físico por parte del Estado; (9) prohibición de la esclavitud o subordinación sobre la base de raza o sexo; (10) protección del cuerpo humano contra invasión del Estado. Dice el autor: “Convergence on these principles has occurred not through maximalism but through a process of case-by-case development, via close encounters with the facts of particular disputes. The principles did not emerge all at once.” (p. 69)

<sup>158</sup> MAGALONI, *Op. Cit.*, p. 94.

<sup>159</sup> SCHAUER, Frederick. “Las reglas en juego: Un examen filosófico de la toma de decisiones basadas en reglas en el derecho y en la vida cotidiana”, Madrid: Marcial Pons, 2004. p. 153.

<sup>160</sup> MAGALONI. *Op. Cit.*, p. 95.

<sup>161</sup> *Idem.*



SUNSTEIN se refiere a la Corte Suprema de finales de los noventa como una corte minimalista<sup>162</sup> y considera que no es la única, porque “el derecho constitucional americano tiene sus raíces en el common law, y el proceso de juzgamiento del common law típicamente funciona caso a caso, ofreciendo amplios fallos sólo en raras ocasiones...”<sup>163</sup>. Para él, el actuar progresivo de los jueces a partir de casos anteriores es actuar al estilo del *common law* (“*in a good common law fashion*”<sup>164</sup>), y es adecuado en la mayoría de los casos. Aún así, reconoce que las cortes de Warren y Burger actuaron de manera diferente. En efecto, la Corte Warren prefería los fallos amplios con reglas, como lo fue el famoso fallo *Brown v. Board of Education*. A su turno, la Corte Burger, aunque era heterogénea, no mostró ninguna preferencia por el minimalismo<sup>165</sup>. Por eso, aclara que la elección entre el minimalismo y sus alternativas depende de varias consideraciones contextuales, sin que pueda decirse que el minimalismo es siempre la mejor opción<sup>166</sup>.

SUNSTEIN presenta tres casos maximalistas que son, a su vez, tres de los más importantes casos del derecho constitucional norteamericano, a saber: (i) *Dred Scott v. Sanford (1857)*, en el que la Corte rechazó el minimalismo para resolver el asunto de la esclavitud de una vez por todas<sup>167</sup>, fallando que los esclavos que fueran liberados no calificaban como ciudadanos para efectos del Artículo III<sup>168</sup>; (ii) *Brown v. Board of Education of Topeka (1954)*: un caso amplio y profundo, en el cual se invalidó la segregación racial en los colegios americanos<sup>169</sup> y que refleja un *stare decisis* muy débil, por tratarse de pronunciamientos amplios y profundos que tienen poco peso en

---

<sup>162</sup> SUNSTEIN, *Op. Cit.*, p. xi. (Traducción libre)

<sup>163</sup> *Ibidem*, p. xiii. (Traducción libre)

<sup>164</sup> *Ibidem*, p. 88. (Traducción libre)

<sup>165</sup> *Ibidem*, p. xiii. (Traducción libre)

<sup>166</sup> *Ibidem*, pp. 37-38. (Traducción libre)

<sup>167</sup> *Ibidem*, p. 37. (Traducción libre)

<sup>168</sup> *Ibidem*, p. 36. (Traducción libre)

<sup>169</sup> *Ibidem*, p. 17. (Traducción libre)



los casos subsiguientes<sup>170</sup>; y (iii) *Roe v. Wade*, en el cual la Corte falló por primera vez acerca de si la decisión de abortar estaba o no protegida por un derecho constitucional a la “privacidad”, mediante un elaborado sistema de trimestres, reglas y estándares<sup>171</sup>.

SUNSTEIN reconoce que el minimalismo puede entenderse como una forma de contención judicial (*‘judicial restraint’*)<sup>172</sup>, al punto que define el derecho constitucional como una mezcla peculiar entre teoría sustantiva y restricciones institucionales. Para el autor, algunas decisiones deben evitarse para no provocar hostilidad o violencia contra ciertos sectores sociales, o para no arriesgar la legitimidad de la Corte<sup>173</sup>. Aun así, alega que la contención judicial propia del minimalismo no opera de manera amplia o absoluta, puesto que los jueces minimalistas también están dispuestos a invalidar algunas leyes<sup>174</sup>. Y como prueba de ello, presenta algunos casos, esencialmente minimalistas, que han conducido a invalidar leyes con base en el criterio de razonabilidad, es decir, debido a una inadecuada conexión entre los medios y los fines de una ley<sup>175</sup>. Así, la Corte ha expulsado del ordenamiento jurídico normas que perseguían propósitos no permitidos, en al menos los casos siguientes casos: (i) *U.S. Department of Ag. v. Moreno* (1973), donde la Corte invalidó la norma que excluía del programa de bonos alimentarios los hogares que tenían individuos no emparentados entre sí, pues encontró que la historia legislativa sugería que el verdadero deseo del Congreso era excluir a las comunidades de hippies; (ii) *City of Cleburne v. Cleburne Living Center* (1985), en el que la Corte encontró que era inaceptable la decisión de la municipalidad de Texas de negar el permiso de operación de un hogar para personas con discapacidad mental, pues se basaba en prejuicios y

---

<sup>170</sup> *Ibidem*, pp. 20-21. (Traducción libre)

<sup>171</sup> *Ibidem*, p. 37. (Traducción libre)

<sup>172</sup> *Ibidem*, p. x. (Traducción libre)

<sup>173</sup> *Ibidem*, p. 161. (Traducción libre)

<sup>174</sup> *Ibidem*, p. x. (Traducción libre)

<sup>175</sup> *Ibidem*, p. 146. (Traducción libre)





no en propósitos públicos legítimos<sup>176</sup>; y (iii) *Romer*, caso en el cual el Estado estaba intentando no legitimar la homosexualidad<sup>177</sup>, aunque en este la Corte no explicó cuál era el propósito ilegítimo encontrado<sup>178</sup>.

Es por esto que SUNSTEIN recomienda a las Cortes evitar invalidar leyes con sustento en la dimensión “sustantiva” de la cláusula del debido proceso, si no hay defecto alguno en el sistema de deliberación democrática y si personas razonables podrían decidir el asunto de uno u otro modo<sup>179</sup>. Por ejemplo, la escogencia entre una *ratio* basada en derechos fundamentales de equidad (*‘fundamental rights for equal protection purposes’*) puede ser más minimalista que uno fundado en debido proceso sustancial (*‘substantive due process’*), pues aquél permite a los Estados invadir el derecho siempre que se haga de manera no discriminatoria<sup>180</sup>.

Esta idea se relaciona con las doctrinas de *desuetude*, *void-for-vagueness* y *non-delegation*, que se explican brevemente a continuación. En casos de *desuetude*, es dable esperar que la Corte invalide una ley por considerar que ella recoge un juicio obsoleto que no había sido reafirmado por un legislador reciente con base en principios constitucionalmente legítimos<sup>181</sup> (e.g. *United States v. Virginia*, 1996).<sup>182</sup> Así como los casos de *desuetude*, los fallos en los que la Corte invalida leyes excesivamente vagas (*‘void-for-vagueness’*) también conducen a resultados minimalistas, puesto que la Corte deja abierta la posibilidad de que una versión más específica del juicio legislativo regulando un derecho sea válida<sup>183</sup>. Y lo mismo podría decirse de las decisiones fundadas en la doctrina de la no delegación (*‘non-delegation*

---

<sup>176</sup> *Ibidem*, pp. 146-147. (Traducción libre)

<sup>177</sup> *Ibidem*, p. 149. (Traducción libre)

<sup>178</sup> *Ibidem*, p. 152. (Traducción libre)

<sup>179</sup> *Ibidem*, p. 115. (Traducción libre)

<sup>180</sup> *Ibidem*, p. 108. (Traducción libre)

<sup>181</sup> *Ibidem*, p. 110. (Traducción libre)

<sup>182</sup> *Ibidem*, p. 166. (Traducción libre)

<sup>183</sup> *Ibidem*, pp. 110-111. (Traducción libre)



*doctrine'*), como lo fue *Hampton v. Mow Sun Wong* (1976), en el que la Corte falló que si los extranjeros iban a ser privados de todo empleo oficial, tendría que ser mediante un juicio del Congreso o del Presidente, pero no del servicio civil<sup>184</sup>. Y si bien las Cortes no cuentan con los elementos para aplicar la '*non-delegation doctrine*', la exigencia al Congreso para que sea claro cuando desea presentar un problema constitucional serio es ahora la versión más modesta de dicha doctrina.<sup>185</sup>

Además de estas corrientes, sigue teniendo gran peso en la actualidad la aproximación de la Escuela Norteamericana del "Realismo Jurídico" (*Legal Realism*) que, si bien reconoce la naturaleza creadora del juez, entiende que su actitud "...está determinada por la idea de que no hay nada científico fuera de la experiencia y, puesto que ésta sólo es posible sobre realidades efectivas, la verdadera ciencia del Derecho debe centrar sus indagaciones en verificar la conducta real de los tribunales de justicia."<sup>186</sup> Esta doctrina es ampliamente difundida, pero además es objeto de severas críticas por parte de quienes consideran que "(...) la posición denominada realista, que considera que el derecho tiene su única fuente real en el juicio del jurista, es inadecuada e inexacta, incompatible con las verdaderas esencias de lo que es el Derecho, peligrosa, llena de riesgos y contraria a las exigencias de la seguridad del tráfico."<sup>187</sup> Los fundamentos teóricos de estas tres posturas serán analizadas en detalle en la PARTE I de esta tesis.

### ***2.3 El precedente en Francia***

Para nadie es un secreto que Francia no es uno de aquellos llamados "países productores" de la doctrina del precedente judicial. No obstante, para efectos de la

---

<sup>184</sup> *Ibidem*, p. 111. (Traducción libre)

<sup>185</sup> *Ibidem*, p. 226. (Traducción libre)

<sup>186</sup> "Derecho Civil", I (Introducción y derecho de la persona) UNED, p. 159. Citado por: CALVO, *Op. Cit.*, pp. 104-105.

<sup>187</sup> CALVO, *Op. Cit.*, p. 90.



presente investigación, es relevante examinar el tratamiento que –sobre todo en años recientes– se le ha dado a la jurisprudencia en dicha jurisdicción. Lo anterior porque, además a ser una muestra emblemática del sistema continental de derecho, es la cuna del derecho administrativo colombiano, con el cual guarda aún notorias similitudes. Como si lo anterior no fuera suficiente, de Francia proviene la concepción revolucionaria de separación de poderes que inspiró el ordenamiento jurídico colombiano, con sus prejuicios y desconfianza hacia el juez y sus prohibiciones canónicas con respecto a la posibilidad de un juez legislador (v.g. artículo 17 del Código Civil colombiano). Además, también los franceses han tenido que lidiar con un pasado y con unos textos legislativos que al parecer excluyen la aplicación del precedente, y ha debido enfrentar a su manera la tendencia globalizante que conduce a tomar cada vez más en serio al precedente judicial.

En general, el desarrollo de la doctrina del precedente en Europa continental ha sido opuesto al del sistema inglés. En el periodo del *ius commune* “efectivamente existía un sistema de precedentes en Europa continental”<sup>188</sup>, el cual perdió importancia dada la supremacía que adquirió la legislación a finales del siglo XVIII.<sup>189</sup>

Con la Revolución Francesa y la adopción del principio de codificación en el continente, el sistema de precedentes fue abolido casi por completo.

(...) En Francia y en otros países con un sistema de casación judicial, los tribunales solo tenían que tomar en cuenta la decisión de un tribunal después de que hubiera un reenvío de la Cour de Casación.<sup>190</sup> Los precedentes eran cosa del pasado, al menos en teoría. Los códigos civiles no mencionaban la jurisprudencia (...) <sup>191</sup>

---

<sup>188</sup> J. DRION. “Stare decisis / Het gezag van precedenten”, en *Verzamelde geschriften van J. Drion*, Kluwer, Deventer, 1968, pp. 142 – 170. Citado por: HONDIUS. *Op. Cit.* p. 306

<sup>189</sup> HONDIUS, *Op. Cit.*, p. 317.

<sup>190</sup> *Verzamelde geschriften van J. Drion*, p. 147. Citado por: HONDIUS. *Op. Cit.* p. 307.

<sup>191</sup> HONDIUS, *Op. Cit.*, pp. 306-307.



La noción particular del concepto de separación de poderes que tienen los franceses condujo a que, desde la época de la Revolución, se prohibiera a los jueces ordinarios decidir un caso que involucrara un órgano administrativo, so pena de incursionar en terrenos de las funciones administrativas. Por tanto, se les asignó a otros cuerpos la resolución de este tipo de litigios, primero bajo la autoridad del ejecutivo y luego, desde los albores de la Tercera República (1870-1945), actuando con independencia tanto del ejecutivo como de la justicia ordinaria<sup>192</sup>, bajo la cabeza del *Conseil d'État*.

Por ello, desde los principios de la Revolución Francesa (ley de 16-24 agosto de 1790) se prohíbe a las cortes dictar normas generales. Esta prohibición fue luego recogida por el artículo 5 del Code Civil francés de 1804, que impide a los jueces decidir mediante normas generales los casos sometidos a su conocimiento<sup>193</sup>, norma que creó “una suerte de invisible barrera mental a la existencia del precedente judicial en la jurisprudencia del continente europeo”<sup>194</sup>. Además, el artículo 455<sup>195</sup> del Código de Procedimiento Civil (aplicable también al derecho administrativo) impide aplicar una norma distinta a una ley, al punto que una sentencia que aplique solo el precedente no se entiende suficientemente motivada<sup>196</sup>.

Así, la única fuente legítima del derecho es la Ley, entendida como la norma producida por el parlamento, la cual es la expresión de la voluntad general en los términos de

---

<sup>192</sup> TROPER, Michel y GRZEGORCZYK, Christophe, “*Precedent in France*”. pp. 103- 140. En: MACCORMICK, D. Neil *et all.* “Interpreting Precedents”. p. 103. (Traducción libre)

<sup>193</sup> *Ibidem*, p. 117. (Traducción libre)

<sup>194</sup> LAPORTA, Francisco J. “La fuerza vinculante de la jurisprudencia y la lógica del precedente”. pp 11-42. En: FERRERES, Victor *et* XIOL, Juan Antonio. “El carácter vinculante de la jurisprudencia”, Fundación Coloquio Jurídico, Madrid, 2009. p. 12.

<sup>195</sup> FRANCIA. CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL. Artículo 455:

“Article 455, Modifié par le Décret n°98-1231 du 28 décembre 1998 - art. 11 JORF 30 décembre 1998 rectificatif JORF 13 février 1999 en vigueur le 1er mars 1999. Le jugement doit exposer succinctement les prétentions respectives des parties et leurs moyens. Cet exposé peut revêtir la forme d'un visa des conclusions des parties avec l'indication de leur date. Le jugement doit être motivé. Il énonce la décision sous forme de dispositif.”

<sup>196</sup> TROPER *et* GRZEGORCZYK, *Op. Cit.*, p. 118. (Traducción libre)



la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789.<sup>197</sup> Por eso son fuentes del derecho en Francia, en su orden: la constitución (incluidos los principios constitucionales), la ley europea, la ley (incluidos los principios legales) y la jurisprudencia<sup>198</sup>.

El panorama del derecho francés que CHENOT presentó a mediados del siglo XX es ilustrativo de la concepción clásica del derecho continental. Explica el autor que la concepción francesa del derecho es cartesiana, clásica y armoniosa, donde las nociones jurídicas enraizadas en la lógica eterna, sólidamente abstractas y ligeramente generales, sirven de referencia, de protección o de coartada a los jueces, ciudadanos y administradores.<sup>199</sup> En este contexto, la “única preocupación” que guiaba entonces la jurisprudencia del Consejo de Estado era la de evitar reglas generales y nociones *a priori*, examinando en cambio cada uno de los actos que se sometía a su consideración antes de decir si era del resorte de la jurisdicción ordinaria o la otra.<sup>200</sup>

Pero ya en ese entonces reconocía que el medio económico y social al que son aplicables las reglas de derecho han cambiado desde la Revolución Francesa, época en la que tienen sus raíces los dogmas jurídicos franceses, transformando a su turno el sentido y alcance de conceptos como Derecho, Libertad, Civilización, etc.<sup>201</sup> Por eso, atribuyó al movimiento de los hechos sociales la ‘crisis’ de los fundamentos de las ciencias sociales y del derecho, despojando a este último de su “aureola metafísica” y reduciéndolo al arte de buenas clasificaciones y algunas afirmaciones filosóficas y morales que solo tendrán sentido o valor a partir de una opción

---

<sup>197</sup> *Ibidem*, p. 107. (Traducción libre)

<sup>198</sup> *Ibidem*, p. 112. (Traducción libre)

<sup>199</sup> CHENOT, Bernard “L’Existentialisme et le Droit”. En: *Revue française de science politique*, 3e année, No. 1, 1953. pp. 57-68. [http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/rfsp\\_0035-2950\\_1953\\_num\\_3\\_1\\_452690](http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/rfsp_0035-2950_1953_num_3_1_452690) (Traducción libre), pp. 62-63.

<sup>200</sup> *Ibidem*, p. 62. (Traducción libre)

<sup>201</sup> *Ibidem*, p. 60. (Traducción libre)



metafísica<sup>202</sup>. Destacó, también, que las líneas de separación entre derecho público y privado se habían vuelto difusas<sup>203</sup> y que las construcciones clásicas se vacían de su sentido cuando el medio social evoluciona demasiado rápido, dejando atrás las teorías.<sup>204</sup>

En la misma línea, ROUSSEAU se ha referido a los límites de la aproximación legalista que, a partir de la crisis de 1929, demostró ser incapaz de dar cuenta de la realidad administrativa y jurisdiccional. La realidad no puede reducirse a tesis legalistas debido a dos fenómenos: (i) el crecimiento de los servicios de la administración en los años que siguieron la I Guerra Mundial y la mayor intervención del Gobierno en la confección de leyes y reglamentos para sectores importantes de la vida administrativa; y (ii) ciertas decisiones jurisdiccionales (como el fallo Gomel en 1914<sup>205</sup>) sobre medidas municipales de policía, que ponen en evidencia que el Consejo de Estado está dispuesto a pronunciarse sobre cuestiones de hecho, discutir apreciaciones administrativas y fallar en casos en que la ley es ausente o indeterminada.<sup>206</sup>

---

<sup>202</sup> *Ibidem*, p. 59. (Traducción libre)

<sup>203</sup> *Ibidem*, p. 62. (Traducción libre)

<sup>204</sup> *Ibidem*, pp. 62-63. (Traducción libre)

<sup>205</sup> Según explica Rolando KEUMURDJI RIZZUTI: “Separado en grandes rasgos, pueden observarse tres momentos en el proceso de reducción del dogma de discrecionalidad. Primero el de control de los elementos reglados del acto, en segundo lugar el control de los hechos determinantes del acto, y en un tercer momento la aplicación de los principios generales del derechos como técnica de reducción de la discrecionalidad, haciendo hincapié en la proporcionalidad y razonabilidad. / Originado en Francia, el primer control efectuado por el Consejo de Estado fue relativo al “exceso de poder”, luego a la “forma”, y luego a la “desviación de poder”. Un ejemplo de este primer periodo es el arrêt “LESBATS” (1864). Con posterioridad, surgieron, entre otros, los arrêt “GOMEL” (1914) y “CAMINO” (1916), como siguiente paso hacia el control de los hechos que fueron tenidos como determinantes, y hasta el control de la calificación jurídica que de ellos realizó la Administración. / Como última etapa del control efectuado por el Consejo de Estado, es menester destacar la aplicación de los principios generales del derecho como control del dogma de la discrecionalidad. Así podemos mencionar los arrêt “BAREL” (1954), “MAISON GENESTAL” (1968) y “VILLE NOUVELLE EST” (1971).” Ver: KEUMURDJI RIZZUTI, Rolando. “Las facultades discrecionales y sus límites. El proceso de reducción de la discrecionalidad. Consecuencia de la revisión judicial de la discrecionalidad.” Actualizado en Octubre 14 de 2016, Disponible en internet: <http://obiterdictumadministrativo.blogspot.com.co/2016/10/las-facultades-discrecionales-y-sus.html>

<sup>206</sup> ROUSSEAU, Dominique. “Le Controle de L’opportunité de l’action administrative par le juge administratif”, Thèse pour le Doctorat en Droit, présenté et soutenue par Dominique Rousseau. Université de Poitiers, Faculté de Droit et des Sciences Sociales. 1979, p. 5 (Traducción libre).



Es por eso que, hasta los años 1970, va a dominar en la doctrina francesa una nueva formulación “matizada” y prudente de la tesis legalista en el derecho público, en la que se reconoce que el control de legalidad de los actos de la administración puede obligar al juez a controlar la oportunidad de los mismos, aunque no de manera autónoma, sino integrado en una explicación que sigue siendo legalista. En este sentido, el juez –al controlar la legalidad de los actos de la administración por vía del *contentieux de l’excès de pouvoir*– debe “crear la regla de derecho jurisprudencial que permitirá un control de legalidad en sentido amplio, es decir, no reducido a los solos textos emanados del legislador”.<sup>207</sup>

Es por eso que el derecho no puede tratarse como una síntesis de ideas generales y nociones abstractas, sino que debe interpretarse dentro del contexto político y social (sin el cual se torna incomprensible), pues lo que hacen los textos es permitirle al juez construir sobre una palabra agregada u omitida, sobre un tiempo verbal o sobre una frase, interpretaciones asombrosas que revelan, años después, las intenciones ocultas de un legislador.<sup>208</sup> Es decir, a partir de las ambigüedades y defectos que tienen frecuentemente los textos legislativos, el juez desarrolla ‘el esfuerzo creador de la jurisprudencia’, descifrando las intenciones del legislador.<sup>209</sup>

Entonces, la labor del juez es, la mayoría de las veces, un automatismo; y solo algunas veces tiene a su cargo la elección, que ocurre cuando hace jurisprudencia en el instante del fallo de principio “l’arrêt de principe”. Después de ese instante, es una secuencia de elementos que se repiten siguiendo la línea del primer fallo, donde “juez no se plantea ninguna cuestión de dogma, sino que ejerce su arte para hacer entrar

---

<sup>207</sup> *Ibidem*, p. 6 (Traducción libre).

<sup>208</sup> CHENOT, *Op. Cit.*, pp. 64 – 65. (Traducción libre)

<sup>209</sup> *Ibidem*, p. 63. (Traducción libre)



los hechos en el cuadro de un derecho fijado.”<sup>210</sup> Aun así, ocurre en ocasiones que son los motivos (las nociones y principios) los que siguen a la disposición (la solución)<sup>211</sup>.

Es por esto que Jean RIVERO, de cara a una jurisprudencia concisa en su motivación, enemiga de explicaciones y generalizaciones, y más sensible a las necesidades concretas de la vida administrativa que al rigor lógico, puso en duda la supuesta división entre el juez, que dice el derecho a través de los casos puntuales (*cas d'espèce*), por un lado, y el doctrinante o comentarista, que sistematiza y organiza las soluciones particulares para hacerlas inteligibles, por el otro.<sup>212</sup> El autor explica que la sistematización del derecho se encuentra en múltiples planos: en un grado superior, ella produce las grandes síntesis que buscan dar una explicación total al fenómeno jurídico, como ocurre con la construcción kelseniana o el positivismo jurídico; y en un plano más humilde, los “creadores de sistemas” van de lo concreto a lo abstracto, pasando de lo múltiple a lo unitario, buscando reducir la pluralidad de soluciones dadas por la ley o la jurisprudencia a algunas fórmulas de las que emergen los aspectos fundamentales; y todavía a este nivel hay grados, según se adhiera a un campo más o menos vasto.<sup>213</sup> Por tanto, invita a una colaboración necesaria entre el juez y el doctrinante.

Pone de presente, por ejemplo, que fue el Consejo de Estado el que fundó la Doctrina en Derecho Administrativo -mediante categorías del exceso de poder como incompetencia, vicio de forma, violación de la ley- y que el derecho jurisprudencial se hizo mediante sistematizaciones sucesivas dada la generalidad de toda definición de derecho y su función de estabilidad y seguridad, para lo cual se requiere que el

---

<sup>210</sup> *Ibidem*, p. 64. (Traducción libre)

<sup>211</sup> *Ibidem*, p. 64. (Traducción libre)

<sup>212</sup> RIVERO, Jean. “Apologie pour les “faiseurs de systèmes”. pp. 99-102. En: *Cronique XXIII*, 1951. p. 99. (Traducción libre)

<sup>213</sup> *Ibidem*, p. 99. (Traducción libre)





individuo pueda prever la regla que regirá la situación<sup>214</sup>. Por tanto, “[l]a regla no puede regir las especies sino reuniéndolas en el marco de una categoría (...). Como la regla de derecho es general, y no puede no serlo, ella debe ser abstracta. (...)”.<sup>215</sup>

Por esto, concluye que el juez no puede rehusarse a considerar la cosa en sí, porque es a ella a la que debe referirse, para determinar el estatus jurídico de la misma, la multiplicidad de situaciones que le propone la vida. Eso lo torna, aun en contra de su voluntad, en una “Creador de sistemas”. Sin embargo, critica la falta de simplicidad del derecho administrativo francés, e invita a la claridad de las fórmulas empleadas. Lo anterior, con el fin de que el juez administrativo pueda darle, al derecho que elabora, una mayor eficiencia.<sup>216</sup> Así, sugiere que el Consejo de Estado debe seguir la lección más austera de los “creadores de sistemas” que iniciaron la elaboración, aun imperfecta, del derecho administrativo francés.<sup>217</sup>

Esta es la visión que imperó hasta hace un par de décadas, donde la jurisprudencia tenía, a lo sumo, una función doctrinal de sistematización del derecho vigente<sup>218</sup> y una función excepcional de interpretación de la voluntad del legislador ante las ambigüedades y defectos de los textos legislativos<sup>219</sup>. Por el contrario, la mayoría de las veces el juez era visto como un autómatas que se limita a hacer entrar los hechos en el cuadro de un derecho fijado por el ‘*arrêt d’espèce*’<sup>220</sup>.

Así pues, hasta finales del siglo XX, los franceses negaban la existencia del precedente formalmente vinculante, como aparece con toda claridad en el artículo de TROPER y GRZEGORCZYK para la obra colectiva titulada “*Interpreting Precedents.*”

---

<sup>214</sup> *Ibidem*, p. 100. (Traducción libre)

<sup>215</sup> *Idem*. (Traducción libre)

<sup>216</sup> *Ibidem*, p. 102. (Traducción libre)

<sup>217</sup> *Idem*. (Traducción libre)

<sup>218</sup> *Idem*. (Traducción libre)

<sup>219</sup> CHENOT, *Op. Cit.*, p. 63. (Traducción libre)

<sup>220</sup> *Ibidem*, p. 64. (Traducción libre)



Concluyeron, en su momento, que la jurisprudencia era una fuente secundaria del derecho en la cultura jurídica, cuya autoridad relativa derivaba solo de la fuente formal de derecho que la sentencia aplicaba e interpretaba<sup>221</sup>. Es decir, “si se le concibe como fuente de derecho, es siempre en conjunción con la ley, que es el fundamento último de su validez, aún en el campo del derecho administrativo.”<sup>222</sup>

Por tanto, para TROPER y GRZEGORCZYK las sentencias del estilo francés (a) son deductivas, porque el razonamiento se percibe como un silogismo; (b) son principalmente legalistas, aunque la importancia de la ‘*qualification juridique des faits*’ conduce a las Cortes a discutir, no el significado de la norma, sino la naturaleza de los hechos para efectos de determinar si ellos pueden subsumirse en las categorías de la ley; y (c) son magistrales.<sup>223</sup>

Solo la parte resolutive (‘*dispositif*’) de la sentencia goza del valor de cosa juzgada o *res judicata*, aunque se le ha otorgado también autoridad a los *motifs* que sirven de base a la parte resolutive<sup>224</sup>. Entonces, la sentencia solo tiene fuerza vinculante relativa (‘*autorité relative de la chose jugée*’), pues solo vincula a las partes en el mismo caso.<sup>225</sup> Así las cosas, aun cuando las sentencias contienen opiniones, normalmente no habrá una discusión de los problemas interpretativos en la sentencia, porque existe una presunción legal en el sentido de que el texto de la ley es claro, por lo que *interpretatio cessat in claris*. Son los comentarios los que abordan este tipo de cuestión.<sup>226</sup>

---

<sup>221</sup> TROPER et GRZEGORCZYK, *Op. Cit.*, p. 112. (Traducción libre)

<sup>222</sup> *Ibidem*, p. 119. Traducción libre (parcial) del siguiente texto: “We can conclude by saying that the bindingness of ‘precedent’ in the French system is a question of normative constraints in the sense defined above, and if precedent is deemed a source of law, it is always in conjunction with statutes, which is the ultimate basis of its validity, even in the field of administrative law.”

<sup>223</sup> *Ibidem*, p. 107. (Traducción libre)

<sup>224</sup> *Ibidem*, p. 107. (Traducción libre)

<sup>225</sup> *Ibidem*, p. 111. (Traducción libre)

<sup>226</sup> *Ibidem*, p. 109. (Traducción libre)



Y si bien existe un caso en el cual la Corte de Casación fija reglas para casos futuros, es un supuesto que no se presenta en sede del *Conseil d'État*. Se trata del caso en que la Corte de Casación falla en sala plena, luego de que un fallo previo suyo haya sido desconocido por una Corte de Apelaciones, caso en el cual la decisión de la Corte de Casación será vinculante para una nueva Corte de Apelaciones, aunque solo en el caso particular y no en casos similares<sup>227</sup>. Solo en este caso se admitía, entre los franceses, la referencia al carácter formalmente vinculante de los precedentes. Sin embargo, lo cierto es que era impropia la referencia, porque no es que existiera un nuevo caso similar que quedara regido por el precedente, sino una directiva de la Corte de Casación a una corte inferior en el mismo caso<sup>228</sup>.

TROPER y GRZEGORCZYK se refirieron, también, al caso en que el Consejo Constitucional declara constitucional una ley en el entendido de que sea interpretada de cierta manera, aclarando que lo que ocurría en esos casos era el respeto de la decisión judicial en la situación que describió el Consejo (*res judicata*, que se refiere a los asuntos decididos), y no un caso de respeto al precedente (que se extiende a casos análogos).<sup>229</sup> Esta distinción será de suma utilidad para la construcción del concepto estricto de precedente que se propondrá en este escrito, y la comprensión de sus implicaciones, y tendrá un rol fundamental en la identificación de las providencias de la Corte Constitucional colombiana que tienen valor de precedente (PARTE II, Título I, Capítulo II), como premisa o condición de la teoría del precedente judicial.

Pero, a pesar de lo anterior, TROPER y GRZEGORCZYK reconocieron que el precedente era ya, *de facto*, el material más importante que utilizaban los jueces para fallar y que los demás materiales eran solo relevantes en la medida que fueran

---

<sup>227</sup> *Ibidem*, p. 111. (Traducción libre)

<sup>228</sup> *Ibidem*, p. 116. (Traducción libre)

<sup>229</sup> *Ibidem*, pp. 116-117. (Traducción libre)



mencionados e interpretados por el precedente<sup>230</sup>. Tan es así que, ya para 1997, los autores reconocieron que una corte superior puede revocar el fallo de una corte inferior basado en un precedente en derecho privado y administrativo<sup>231</sup>. No obstante, limitaron el alcance de esta conclusión al aclarar que ello ocurría solo *de facto*, debido a la jerarquía de las cortes, algo que conduce a la corte inferior a interpretar las leyes y principios de la misma manera en que lo hizo la corte superior para que su sentencia no sea revocada, sin que la alta corte esté vinculada por sus decisiones anteriores<sup>232</sup>.

Por eso señalaron que, en el lenguaje jurídico francés, el término '*precedent*' nunca se refiere a una decisión vinculante<sup>233</sup>. De hecho, para TROPER y GRZEGORCZYK, incluso cuando el término se utiliza en su acepción más fuerte, se refiere a la decisión de una corte superior utilizada no como argumento de derecho sino como argumento de autoridad. Lo anterior, en cuanto la corte inferior no está obligada a fallar de la misma manera, aunque por razones prácticas suela hacerlo en casi todos los casos<sup>234</sup>. En este aspecto, son las Cortes de Apelación las que siguen de mayor manera (*de facto*) la jurisprudencia de la Corte de Casación, en todo caso más que las cortes de primera instancia siguen la jurisprudencia de las Cortes de Apelación<sup>235</sup>, por una suerte de auto-contención ('*self-restraint*'<sup>236</sup>) de los jueces. También es posible encontrar el uso de la decisión precedente como argumento legal ilustrativo para la *ratio decidendi*, o para evitar tratar casos iguales de manera distinta. Sin embargo, esto no bastará para que sea revocada la decisión posterior, sino que será solo un asunto práctico<sup>237</sup>.

---

<sup>230</sup> *Ibidem*, p. 112. (Traducción libre)

<sup>231</sup> *Ibidem*, p. 119. (Traducción libre)

<sup>232</sup> *Ibidem*, p. 113. (Traducción libre)

<sup>233</sup> *Ibidem*, p. 111. (Traducción libre)

<sup>234</sup> *Idem*. (Traducción libre)

<sup>235</sup> *Ibidem*, p. 119. (Traducción libre)

<sup>236</sup> *Ibidem*, p. 120. (Traducción libre)

<sup>237</sup> *Ibidem*, p. 117. (Traducción libre)



En suma, según TROPER y GRZEGORCZYK lo que se ha forjado en Francia es algo parecido a un modelo de *jurisprudencia indicativa o persuasiva* en la medida en que:

- (i) Como el artículo 455<sup>238</sup> del Código de Procedimiento Civil de los franceses dispone que las sentencias deben describir brevemente las pretensiones de las partes y sus argumentos, y debe ser motivada, los *motifs* constituyen la parte más importante y más larga de la sentencia, donde se enuncia la norma general aplicable al caso, bien sea una disposición normativa o una interpretación del 'verdadero contenido' del estatuto o de la declaración del principio. Tan es así, que en los reportes que publican las Revistas de Derecho (*'law journals'*), muchas veces no se publica siquiera la decisión misma, porque los que interesan al público son los *motifs* –expuestos en extenso por el comentarista, quien agrega algo que no se encuentra en las sentencias, y es la discusión sobre los problemas interpretativos–.<sup>239</sup>

Por eso se dice que esta formulación de la norma general aplicable al caso es orientada al precedente ("*precedent-oriented*"), porque permite resolver no solo el caso puntual sino una clase de casos similares, al punto que los académicos franceses emplean la expresión '*cour régulatrice*'.<sup>240</sup>

- (ii) En adición a lo anterior, desde 1971 el Consejo Constitucional (*Conseil Constitutionnel*) decidió que la Constitución incluye el preámbulo y los principios referidos en el mismo, lo cual ha conducido a un importante desarrollo del rol de dicho Consejo, que ejerce un control previo de las leyes

---

<sup>238</sup> **Article 455.** Le jugement doit exposer succinctement les prétentions respectives des parties et leurs moyens. Cet exposé peut revêtir la forme d'un visa des conclusions des parties avec l'indication de leur date. Le jugement doit être motivé.

Il énonce la décision sous forme de dispositif.

<sup>239</sup> TROPER et GRZEGORCZYK, *Op. Cit.* pp. 109-110. (Traducción libre)

<sup>240</sup> *Ibidem*, p. 107. (Traducción libre)



tan pronto son aprobadas en el parlamento, y antes de su promulgación.<sup>241</sup> Por ello, se ha visto una creciente influencia de la jurisprudencia del Consejo Constitucional en otras ramas del derecho<sup>242</sup> al punto que, de la mano de la constitucionalización de los principios por la vía de las sentencias del Consejo Constitucional, se ha impedido su reforma por parte del legislativo. Además, el *Conseil d'État* revocará las decisiones de las cortes inferiores cuandoquiera que desconozcan tal jurisprudencia<sup>243</sup>.

Pero aún en este escenario, la jurisprudencia es más vigorosa en el ámbito del derecho administrativo, donde no hay derecho codificado ni se trata de un cuerpo sistemático que estatuya principios generales (como sí ocurre en la jurisdicción ordinaria, en la que la Corte de Casación es vista como mero intérprete de las normas y principios existentes<sup>244</sup>). Por ello, en aquella rama del derecho es forzoso acudir a los principios expresados en las decisiones del Consejo de Estado para encontrar una exposición sistemática del derecho administrativo, y la academia acepta que los principios son creados por el propio *Conseil d'État*<sup>245</sup> que, “*pretendiendo aplicar la ley, tuvo que producir la vasta mayoría de las reglas sustantivas*”<sup>246</sup>. Inclusive, se ha llegado a decir que el derecho administrativo francés es derecho judicial (“*judge-made law*”), lo cual para TROPER y GRZEGORCZYK, y para quien escribe, constituye una exageración, puesto que las cortes francesas –aún las administrativas- seguirán constreñidas por el artículo 5 del Código Civil.<sup>247</sup> En todo caso, sí reconocen una

---

<sup>241</sup> *Ibidem*, p. 105. (Traducción libre)

<sup>242</sup> *Ibidem*, p. 124. (Traducción libre)

<sup>243</sup> *Ibidem*, p. 125. (Traducción libre)

<sup>244</sup> *Ibidem*, p. 113. (Traducción libre)

<sup>245</sup> *Ibidem*, p. 113-114. (Traducción libre)

<sup>246</sup> *Ibidem*, p. 119. Traducción libre del siguiente texto: “Nevertheless, because the number and scope of statutes regarding administrative activities were extremely restricted and not codified, the Conseil d'Etat, still pretending to apply statutes, had to produce the vast majority of substantive rules.”

<sup>247</sup> *Ibidem*, p. 104 (Traducción libre)



mayor importancia de la jurisprudencia en el derecho administrativo francés que en otras ramas del derecho.<sup>248</sup>

Las cortes nunca reconocen que ellas crean precedentes, sino que su jurisprudencia se presenta como la expresión del 'verdadero sentido' de una regla preexistente, contenida en una ley o un principio, válida aún en ausencia de un texto legal (fallo Aramu, oct. 1945<sup>249</sup>), puesto que se parte del supuesto de que el sistema jurídico es pleno.<sup>250</sup> Lo anterior dificulta, por supuesto, la tarea de identificar la creación de un nuevo precedente...

La comunidad jurídica se percatará de la creación de un nuevo precedente, bien porque la decisión se adoptó de cierta forma solemne (*assemblée plénière de la Cour de Cassation* o *assemblée générale du Conseil d'Etat*) o porque los académicos, analizando la *ratio decidendi*, encuentran que (1) una laguna ha sido llenada, (2) una nueva interpretación de algún texto legal ha sido proporcionada, (3) que algún nuevo principio ha sido construido o (4) que una línea previa de decisiones ha sido revocada (*revirement de jurisprudence*).<sup>251</sup>

---

<sup>248</sup> *Ibidem*, p. 122. (Traducción libre)

<sup>249</sup> En este fallo, el Consejo de Estado falló, por primera vez, que un acto administrativo será nulo si viola los principios generales de derecho aplicables, aun en ausencia de un texto que establezca una determinada obligación legal. En esta oportunidad, el Consejo de Estado decidió un litigio iniciado por el señor Aramu, antiguo comisario de policía, quien fue suspendido de sus funciones y privado de su pensión e indemnidad a título de sanción, en virtud de un decreto del 4 de mayo de 1941. El señor Aramu no pudo preparar ni presentar su defensa, pues ni siquiera se le informó acerca de los hechos que se le reprochaban. Por lo tanto, el señor Aramu presentó una acción (*recours por excès de pouvoir*) contra el decreto del 4 de mayo de 1941, sosteniendo que una sanción no puede ser legalmente pronunciada sin que el interesado haya tenido oportunidad de presentar útilmente su defensa. Fuente: DOC DU JURISTE. "Commentaire de l'arrêt Aramu rendu le 26 octobre 1945 par le Conseil d'Etat sur les droits de la défense et les principes généraux du droit". Disponible vía internet. (Marzo 2017). <https://www.doc-du-juriste.com/droit-public-et-international/droit-administratif/cours-de-professeur/12-octobre-1945-aramu-droit-defense-472953.html>. (Traducción libre)

<sup>250</sup> TROPER et GRZEGORCZYK, *Op. Cit.*, p. 115. (Traducción libre)

<sup>251</sup> *Idem*. Traducción libre del siguiente texto: "The legal community will be aware that a new precedent has been created, either because the decision has been rendered in a particularly solem form (*assemblée plénière de la Cour de Cassation* or *assemblée générale du Conseil d'Etat*) or because scholars, analysing the *ratio decidendi*, find that (1) a lacuna has been filled, (2) a new interpretation of some legal text has been provided, (3) that some new principle has been constructed or (4) that a previous line of decisions has been overruled (*revirement de jurisprudence*)."



Los jueces, salvo algunas excepciones, ni siquiera citan los precedentes en sus decisiones –aunque los practicantes y académicos del derecho sí lo hacen–<sup>252</sup>, y no pueden basar sus decisiones en el precedente, **por no ser una fuente legítima de derecho**<sup>253</sup>, al punto que una sentencia judicial que trate el precedente como vinculante es nula<sup>254</sup>. Como se dijo, las sentencias se escriben de manera deductiva, legalista y magistral<sup>255</sup>, y el precedente no es vinculante, pues lo que vincula es el principio o la regla en la cual se basa la sentencia anterior, sin que tampoco resulte relevante si el principio se aplica en una larga línea de sentencias o en una única sentencia<sup>256</sup>. En aquellas pocas ocasiones en las que las altas cortes citan sus precedentes, no lo hacen por su valor intrínseco, sino solo por el valor de los argumentos interpretativos o principios que contienen<sup>257</sup>.

Y es precisamente la ausencia de una regla del precedente vinculante lo que explica que el sistema de *res interpretata* tenga más aceptación que el *res judicata* en Francia, donde la función oficial de la Corte de Casación es unificar la aplicación de la ley. Ello explica, también, “por qué las cortes nunca discuten los hechos de las decisiones previas y por qué generalmente mencionan, no el precedente en sí mismo ni la autoridad de otra corte, sino la sustancia de tales precedentes, esto es, su *ratio juris*”<sup>258</sup> (Se destaca). Por eso resulta por completo exótica a este sistema la práctica de la distinción (*‘distinguishing’*), aplicable sólo en un sistema en el que exista la obligación

---

<sup>252</sup> *Ibidem*, p. 112. (Traducción libre)

<sup>253</sup> *Idem*. (Traducción libre)

<sup>254</sup> *Ibidem*, p. 115. (Traducción libre)

<sup>255</sup> *Ibidem*, p. 127. (Traducción libre)

<sup>256</sup> *Ibidem*, p. 130. (Traducción libre)

<sup>257</sup> *Ibidem*, p. 113. (Traducción libre)

<sup>258</sup> *Ibidem*, p. 126. Traducción libre del siguiente texto: “This explains why the courts never discuss the facts of prior decisions and why they generally mention, not the precedents themselves nor the authority of another court, but the substance of these precedents, that is the *ratio juris*”.





de seguir el precedente<sup>259</sup>. Esto reitera el uso conceptualista, y escaso, de la jurisprudencia. Como dicen TROPER y GRZEGORCZYK...

El precedente no es nunca oficialmente vinculante. La obligación de la corte es aplicar, no el precedente, sino la regla detrás del precedente. Una corte nunca discutirá expresamente una similitud de hechos entre el caso pendiente de decisión y el precedente, pero necesariamente tomará en cuenta antes de decidir que el mismo estatuto (interpretado en la misma manera) o el mismo principio sea aplicable.

Por tanto, para descubrir cuáles elementos son vinculantes, se deben revisar las razones que las cortes superiores usarán para justificar la revocatoria de una decisión, si la corte inferior desechó algún elemento en un precedente. La justificación de esa revocatoria nunca se obtendrá de una similitud de hechos, sino siempre de la violación por parte de la corte inferior de alguna regla o principio expresado o implícito en el precedente. Es, sin embargo, imposible distinguir entre los elementos del presente y aislar la regla de los hechos, debido a una particularidad de la manera en la que se deciden los casos en Francia, 'qualification juridique des faits': la corte decide si los hechos del caso pueden subsumirse en las categorías de la regla. Esto se hace examinando simultáneamente los hechos y la sustancia de la regla.<sup>260</sup>

Aún en este panorama inicial, altamente atribuible al contenido de las normas del código civil y del código de procedimiento civil francés sobre la función judicial, se revela ya una ruptura entre lo que se declama como fuente del derecho y las fuentes

---

<sup>259</sup> *Ibidem*, p. 132. (Traducción libre)

<sup>260</sup> *Ibidem*, p. 126. Traducción libre del siguiente texto: "Precedent is never officially binding. The obligation of the court is to apply, not the precedent, but the rule behind the precedent. A court will never expressly discuss a similarity of facts between the case pending and the precedent, but will necessarily take it into account before deciding that the same statute (interpreted in the same way) or the same principle applies.

Therefore, to discover what elements are binding, one must look at the reasons that a superior court will use to justify reversing a decisión, if the lower court was wrongly disregarded some element in a precedent. The justification of such a decisión to reverse will never be drawn from a similarity of facts, but always from a violation by the lower court of some rule or principle expressed or implicit in the precedent. It is, however, imposible to distinguish between the elements of a precedent and to isolate the rule from the facts, because of one particularity of French adjudication, '*qualification juridique des faits*': the court decides whether the facts of the case can be subsumed under the categories of the rule. This is done by examining simultaneously the facts and the substance of the rule."



que *de facto* existen en este sistema. En años recientes esta tendencia se ha acentuado, como lo revela la tesis doctoral de Coralie RICHAUD, quien describe la manera en que el recurso al precedente por el juez francés implica un cambio en la representación tradicional del oficio del juez.<sup>261</sup> Estas conclusiones coinciden con las de HONDIUS al decir que...

(...) debido a la pasividad de la legislatura en el área de derecho privado, los tribunales recobraron gradualmente su anterior posición. En este sentido, los tribunales fueron apoyados por la doctrina jurídica, ya que con sus comentarios brindaron pautas para que los litigantes comprendieran la relevancia de la jurisprudencia. La teoría del derecho llega a la conclusión de que existe nuevamente una versión moderada del sistema de precedentes, si bien con algunas excepciones y maneras de evitar su aplicación. (...) <sup>262</sup>

RICHAUD toma del *common law* la definición del término 'precedente' como herramienta de elaboración de decisiones y, a la vez, como un instrumento de disciplina judicial.<sup>263</sup> Son especialmente relevantes, para efectos de esta investigación, los aportes de RICHAUD sobre: (i) las razones históricas que condujeron a la expedición del artículo 5 del Código Civil francés, razones que deberían condicionar la interpretación de dicha norma –y, podría agregarse, la del artículo 17 del Código Civil colombiano, redactado a imagen y semejanza de aquél–; (ii) la importancia del nuevo despertar de la memoria judicial, acallada desde la época revolucionaria; y (iii) el papel de la analogía entre casos como piedra angular de la doctrina del precedente.

En cuanto a lo primero, esto es, *las razones históricas que condujeron a la expedición del artículo 5 del Código Civil francés*, explica RICHAUD que la prohibición de sentencias reglamentarias ("*arrêts de règlement*"), tan anclada en la tradición jurídica

---

<sup>261</sup> RICHAUD, *Op. Cit.*, p. 47. (Traducción libre)

<sup>262</sup> HONDIUS, *Op. Cit.* pp. 317-318.

<sup>263</sup> RICHAUD, *Op. Cit.* p. 45. (Traducción libre)



francesa, es el principal obstáculo al reconocimiento de la práctica de obediencia al precedente por parte de los jueces supremos franceses. Lo anterior, para la autora, es inaceptable, porque el artículo 5 del Código Civil, que prohíbe a los jueces pronunciarse por vía de disposición general y reglamentaria sobre las causas que les son sometidas (*'prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises'*) solo estaba destinado a prohibir en la República las prácticas de las cortes del Antiguo Régimen, es decir, a evitar que los jueces se pronunciaran por vía general y reglamentaria. Tal vez por eso la sanción en caso de violación del artículo 5 del Code Civil es prácticamente inexistente.<sup>264</sup>

En efecto, la norma citada no concernía a la expresión jurisprudencial del juez, de manera que el sentido contemporáneo dado a los *"arrêts de règlement"* no corresponde con la realidad que dio vida a esta norma. La doctrina ha entendido los *« arrêts de règlement »* como decisiones en las que un juez aprovecha un caso particular para fijar las bases de una regla general aplicable a litigios futuros similares, noción muy cercana a la de precedente –y, como se verá, a la de sentencias de unificación de jurisprudencia en Colombia-. No obstante, según RICHAUD, se trata de una representación que no es fiel a las razones históricas invocadas para la prohibición de estas sentencias<sup>265</sup>. Las Cortes soberanas del Antiguo Régimen, bajo la guisa de los *"Arrêts de règlement"*, eminentemente políticos, usurpaban el poder legislativo<sup>266</sup> y emitían reglamentos locales, de carácter general y habitualmente transitorios, que cumplían ante todo una misión de policía y de administración de justicia, y combinaban funciones legislativas y ejecutivas para llenar las lagunas de la legislación real o de la costumbre, siempre que fueran aceptadas por el rey. Con ello, las Cortes Soberanas perpetuaban un mecanismo que se remonta a la *curia regis*.<sup>267</sup>

---

<sup>264</sup> *Ibidem*. pp. 46-47. (Traducción libre)

<sup>265</sup> *Idem*. (Traducción libre)

<sup>266</sup> *Ibidem*, p. 90-91. (Traducción libre)

<sup>267</sup> *Ibidem*, pp. 91-93. (Traducción libre)



Para RICHAUD, aún en el modelo jurídico francés, la presencia del recurso al precedente durante el periodo medieval –en el que la sola alegación del precedente en un caso análogo bastaba como argumento, aunque el juez podía exigir a las partes pruebas adicionales<sup>268</sup>– permite concebirlo como una técnica inherente a la función judicial.<sup>269</sup> Cuando, desde 1330, el juez cesó de motivar sus decisiones para no tener que dar explicación de las razones de sus argumentos, algunas jurisdicciones motivaron sus sentencias haciendo referencia a las precedentes.<sup>270</sup> Esta técnica ha sido relanzada por la corriente comparatista, también para recordarle al juez lo que ha juzgado e interpretado. Así pues, a raíz del acercamiento entre el juez continental y el anglosajón, se han superado las oposiciones culturales y teóricas sobre lo que significa juzgar.<sup>271</sup>

En relación con lo segundo, esto es, *la importancia que para el precedente tiene el nuevo despertar de la memoria judicial, acallada desde la época revolucionaria*, dice RICHAUD que desde la Revolución Francesa ha existido una enorme desconfianza – que persiste– hacia la memoria del juez, reducido por los revolucionarios a la ejecución muda de la ley.<sup>272</sup> Sin embargo, la citación expresa de precedentes judiciales por parte del Consejo Constitucional en las *visas* implica una ruptura con la representación tradicional del oficio del juez. Así, el precedente deja de ser un *tabu* y constituye la manera que tiene el juez, que ha tomado conciencia de sí mismo y de su producto normativo vía el recurso al precedente, de afirmarse en la época en la que está inscrito y afirmar su poder como actor del presente.<sup>273</sup> Explica que el precedente es el “vector” de la memoria del juez, que le permite navegar en su memoria jurisdiccional

---

<sup>268</sup> *Ibidem*, p. 87. (Traducción libre)

<sup>269</sup> *Ibidem*, pp. 45-46. (Traducción libre)

<sup>270</sup> *Ibidem*, p. 87. (Traducción libre)

<sup>271</sup> *Ibidem*, pp. 45, 46 y 87. (Traducción libre)

<sup>272</sup> *Ibidem*, p. 65. (Traducción libre)

<sup>273</sup> *Ibidem*, pp. 47-48. (Traducción libre)



(pues le permite recordar lo que ha decidido) como de su memorial jurisprudencial (le permite recordar lo que ha interpretado).<sup>274</sup>

He aquí la principal contradicción en la que incurre RICHAUD, pues mientras que niega que el artículo 5 del Código Civil sea un impedimento para la aplicación del precedente judicial, esbozando para ello argumentos históricos, en su tesis reconoce que esta norma, así como los artículos 10 y 12 de la Ley del 16-24 de agosto de 1790, son el resultado del propósito revolucionario consistente en eliminar la memoria judicial, debido a la desconfianza en el juez y la reconceptualización de su rol.

Resulta, entonces, cuando menos dudoso el argumento de RICHAUD en cuanto que el código civil francés no impide el recurso al precedente. Lo anterior, debido a que la República francesa implicó una ruptura con el régimen monárquico, en el que el sistema de fuentes estaba atado al precedente, para lo cual los revolucionarios le prohibieron al juez aplicar la doctrina o el precedente para moderar el rigor de la ley que debía reproducir en sus decisiones.<sup>275</sup> En la visión revolucionaria y formalista del derecho, la sentencia no era sino el silogismo donde la premisa mayor era el hecho, la menor era la ley y el fallo la consecuencia<sup>276</sup> y donde el juez dejó de ser el guardián de la memoria jurídica, la cual fue encerrada o aislada<sup>277</sup>. Despojaron, entonces, al juez del poder de decir el derecho (*jurisdictio*), dejándole únicamente el poder de dictar ordenes que ponen fin a un litigio (*imperium*). Bien sea a través del artículo 5 del

---

<sup>274</sup> *Ibidem*, pp. 61, 119 y 122. (Traducción libre)

Sobre la “visa”, elemento de las decisiones del Consejo Constitucional francés, dice RICHAUD: “Le terme ‘visa’ inspiré du verbe ‘viser’, ‘voir’ entend cibler dans chaque décision, les différents outils qui ont été nécessaires au raisonnement explicité dans les termes de la décision. Il a comme utilité de ‘viser’, ‘d’indiquer’ les références retenues par le juge dans l’exercice de son contrôle, mais aussi de ‘situer’ la décision au sein de ces références.” (p. 119)

<sup>275</sup> ZENATI, (F.). *La jurisprudence*, Dalloz, 1991, p. 45-46. Citado por: RICHAUD, *Op. Cit.* p. 69.

<sup>276</sup> Discours de DUPORT du 29 mars 1790, *Archives parlementaires*, t. XII, p. 413. Citado por: RICHAUD, *Op. Cit.* p. 72.

<sup>277</sup> RICHAUD, *Op. Cit.* p. 72. (Traducción libre)



código, o del código en su conjunto, lo cierto es que los revolucionarios avalaron la teoría “mecanicista” de la función judicial que le impedía al juez decidir como lo hacía antes de 1789, porque –como lo reconoce RICHAUD- todo lo anterior desapareció.<sup>278</sup> Es por ello que no tiene cabida una interpretación pretendidamente histórica del artículo 5 como la que propone la autora en cita. Claro está, ello no significa que sea imposible la obediencia al precedente en Francia.

Finalmente, sobre el papel de la analogía entre casos como piedra angular de la doctrina del precedente, RICHAUD encuentra que si **la doctrina del precedente se constituyó al otro lado de La Mancha sobre la base de la memoria judicial, es a través del concepto de analogía que ha tenido su despliegue<sup>279</sup> y refuerzo<sup>280</sup>**. La autora explica que, mientras que los países de derecho continental han hecho de la analogía un modo excepcional de razonamiento jurídico, ella ha sido extensamente utilizada por el juez anglosajón para llenar las lagunas del ordenamiento jurídico, constituyéndose en “un modo de pensar y una técnica jurídica indispensable para el derecho”<sup>281</sup>, la cual hace parte de los elementos constitutivos de la memoria judicial al asegurar la relación temporal entre los distintos fallos.<sup>282</sup> Es así como, para los anglosajones, la función judicial siempre ha sido concebida como una actividad decisoria que pone fin a un litigio sobre la base del derecho común, y como el derecho no está codificado, corresponde al juez producir una norma en el caso concreto, consultando las leyes y los precedentes, las normas y principios jurídicos, así como las circunstancias fácticas.<sup>283</sup>

---

<sup>278</sup> *Ibidem*, pp. 69-70. (Traducción libre)

<sup>279</sup> *Ibidem*, p. 81. (Traducción libre)

<sup>280</sup> *Ibidem*, p. 84. (Traducción libre)

<sup>281</sup> *Idem*. (Traducción libre)

<sup>282</sup> *Idem*. (Traducción libre)

<sup>283</sup> *Ibidem*, p. 85. (Traducción libre)



Pese a los importantes aciertos de esta aproximación, que en mucho se parece a los desarrollos que en Colombia han tenido lugar desde principios de la década de los noventa, y además de la grave contradicción antes mencionada, es importante recordar que el alcance del texto de RICHAUD está circunscrito al precedente constitucional francés, y no aborda con especial detalle el devenir de las otras jurisdicciones.

Por otro lado, pese al reconocimiento de la autoridad del precedente, en RICHAUD se trata de un recordatorio para el juez acerca de su propia interpretación de la ley, siendo este el producto del precedente, con lo cual asimila la interpretación de la ley con el producto normativo.<sup>284</sup> Se trata, pues, de una forma de autoridad de la interpretación anterior, para dar la apariencia de coherencia y preservar la autoridad institucional.<sup>285</sup> Pero suele ocurrir de manera encubierta, pues en lugar de citar la sentencia anterior, el juez preserva su libertad interpretativa y se reserva el derecho de revocar sus precedentes realizando una motivación concisa y, en cambio, asegura el respeto de sus precedentes reproduciendo y repitiendo de manera oficiosa ciertas consideraciones de principio, como si la sentencia fuera el resultado de la aplicación de una regla de derecho al caso sometido a consideración del juez.<sup>286</sup> Más aun, en lo contencioso, los jueces supremos enuncian precedentes de interpretación, y no precedentes de casos.<sup>287</sup> Por eso, contrario a la práctica de los jueces del *common law*, en Francia el juez no acude a la técnica de distinción para inaplicar un precedente, porque este no es identificado como tal en las decisiones gracias a la “opacidad” de la función jurisprudencial, en beneficio de la función jurisdiccional.<sup>288</sup>

---

<sup>284</sup> *Ibidem*, p. 48. (Traducción libre)

<sup>285</sup> *Ibidem*, pp. 157-158. (Traducción libre)

<sup>286</sup> *Ibidem*, pp. 199 – 200, 206. (Traducción libre)

<sup>287</sup> *Ibidem*, p. 201. (Traducción libre)

<sup>288</sup> *Ibidem*, p. 207. (Traducción libre)



El hecho de que la fuerza del precedente dependa de la voluntad del juez de seguirlo, y la ausencia de la distinción (innecesaria en este sistema) son argumentos suficientes para corroborar la **ausencia de un régimen de precedente judicial en Francia**. Parece haber, únicamente, una tendencia reciente de los jueces administrativos y judiciales –en especial a partir de la entrada en vigor de la QPC, *question prioritaire contitutionnalité*– a citar fallos del Consejo Constitucional en las “visas”, simplemente para determinar si la disposición legislativa pertinente ha sido o no objeto de control constitucional<sup>289</sup>, y a enunciar precedentes de interpretación, pero nada de ello basta para inscribir este sistema en uno con regla de precedente vinculante. Cuando los jueces administrativos y judiciales retoman la interpretación normativa del Consejo Constitucional, y cuando este admite de manera explícita el valor jurídico de una interpretación jurisprudencial constante de la Corte de Casación o del Consejo de Estado, existe un reconocimiento recíproco del alcance normativo de sus interpretaciones<sup>290</sup>, pero nada más.

Tampoco se comparte la conclusión de que el enunciado de la norma jurisprudencial ha alcanzado un grado de generalidad parecido al de la ley, desde un punto de vista tanto formal como material<sup>291</sup>, y que da la apariencia de ser aplicada con el mismo grado de generalidad y abstracción que el de la norma legal.<sup>292</sup> Para RICHAUD, los términos *doctrina, tesis de derecho y jurisprudencia constante* contribuyen a dotar a la norma jurisprudencial de los criterios de generalidad y abstracción propios de la norma legal. Nada de ello se comparte porque, como se verá en mayor detalle adelante, la decisión judicial, aun la que tiene valor de precedente, siempre se profiere en el contexto de un caso particular y NUNCA a partir de un ejercicio silogístico.

---

<sup>289</sup> *Ibidem*, p. 210. (Traducción libre)

<sup>290</sup> *Ibidem*, pp. 238-239. (Traducción libre)

<sup>291</sup> *Ibidem*, p. 74. (Traducción libre)

<sup>292</sup> *Ibidem*, p. 75. (Traducción libre)





Además, se trata de una doctrina eminentemente francesa, que no tiene en cuenta los flujos iusteóricos y cuyo trasplante a Colombia merecería importantes ajustes en atención a la cultura jurídica local, y a los desarrollos acerca del precedente judicial en Colombia, doctrina que es más cercana a la anglosajona y, en todo caso, mucho más elaborada que la francesa a la fecha.

Aunque en Francia no existe una teoría del precedente vinculante, las ediciones de los códigos por lo general enumeran a pie de página de cada artículo las principales decisiones en las que ellos han sido interpretados por los jueces.<sup>293</sup> El caso francés se encuadra, así, en la clasificación que propone CHIASSONI de los sistemas de relevancia de iure de los precedentes, en la categoría de “Sistemas de relevancia prohibida”.<sup>294</sup>

## ***2.4 El precedente en Alemania***

El desarrollo del precedente en Alemania está condicionado y marcado por la manera en la que se materializa la tridivisión de poderes en esta jurisdicción, con especial énfasis en el poder judicial y su conformación. El artículo 20 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania dispone que el poder del Estado emana del pueblo, el cual es ejercido por medio de elecciones a través de órganos especiales de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial<sup>295</sup>. La misma disposición consagra el

---

<sup>293</sup> MACCORMICK, Neil, “Legal Reasoning and Legal Theory”, Nueva York: Clarendon Law Series, 1995 (primera impresión en 1978), pp. 218-219. (Traducción libre)

<sup>294</sup> CHIASSONI, Pierluigi, ‘La Filosofía del Precedente: Análisis Conceptual y Reconstrucción Racional’, pp. 21 – 66. En: BERNAL, Carlos et BUSTAMANTE, Thomas, “Fundamentos Filosóficos de la Teoría del Precedente Judicial”, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho No. 71, Trad. Rodrigo Camarena González, Junio de 2015. p. 59.

<sup>295</sup> **Artículo 20**

**[Fundamentos del orden estatal, derecho de resistencia]**

**(1)** La República Federal de Alemania es un Estado federal democrático y social.

**(2)** Todo poder del Estado emana del pueblo. Este poder es ejercido por el pueblo mediante elecciones y votaciones y por intermedio de órganos especiales de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial.

**(3)** El poder legislativo está sometido al orden constitucional; los poderes ejecutivo y judicial, a la ley y al Derecho.



sistema de fuentes y ordena el sometimiento del poder *legislativo* al orden constitucional, mientras que los poderes *ejecutivo* y *judicial* quedan sujetos a la ley y al derecho. Como se ve, la Constitución no menciona la decisión judicial como fuente del derecho. Aun así, el papel de la jurisprudencia se deduce esencialmente de la injerencia de las fuentes formales en los poderes públicos, incluidos los órganos judiciales.

El Artículo 20 de la Constitución alemana se refiere, en primer lugar, a la Ley, entendida desde la perspectiva material, la cual se traduce en “toda aquella disposición, de carácter general y abstracto, que regula situaciones jurídicas determinadas”<sup>296</sup> y que se encuentra, por supuesto, sometida a la Constitución. La segunda de las fuentes es “el derecho”, entendido como toda aquella disposición no positivizada pero con un valor vinculante, esto es, los principios generales del derecho y la costumbre. Finalmente, el “orden constitucional”, el cual no solo se limita a la Constitución misma, sino a la función del órgano jurisdiccional superior, es decir, el Tribunal Constitucional Federal.<sup>297</sup>

El sistema judicial alemán se divide en cinco Tribunales federales, con competencia para resolver el recurso de casación. Se trata de los órganos de cierre en cada una de las jurisdicciones, a saber: el Tribunal Federal Civil y Penal (BGH), el Tribunal Federal Administrativo (BVerwG), el Tribunal Federal Tributario (BFH), el Tribunal Federal Laboral (BAG) y el Tribunal Federal Social (BSG).

---

**(4)** Contra cualquiera que intente eliminar este orden todos los alemanes tienen el derecho de resistencia cuando no fuere posible otro recurso.

<sup>296</sup> PALOMARES GARCIA, Jorge Ricardo. “El carácter vinculante de la jurisprudencia constitucional en el derecho alemán”. En: Revista Virtual Vía Inveniendi et Iudicandi Vol. 10, N° 2, de julio a diciembre de 2015, Bogotá. p. 43.

<sup>297</sup> *Ibidem* p. 42.



Toda vez que estos tribunales también pueden fungir como juez constitucional para sus Tribunales Federados o de los Landers, los cuales tienen inferior jerarquía, debe destacarse la relevancia que tiene el Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht* o BVerfG), ente superior de la jurisdicción constitucional. Por ser el guardián de la Constitución, sus pronunciamientos son decisivos para el poder legislativo según lo normado en el artículo 20 de la constitución, y es el único organismo judicial con un sistema de precedente que está estrictamente consagrado en la legislación alemana. Además de las funciones generales de los tribunales federales, el artículo 93 de la Ley Fundamental le asigna al Tribunal Constitucional especiales facultades, a saber: (i) tiene una vinculación directa con las fuentes del derecho por lo que, mientras los demás órganos del poder judicial están vinculados a la Ley y el Derecho, la Corte Constitucional está obligada a aplicar directamente la Ley Fundamental, lo cual se configura en un control normativo y un control de amparo; (ii) sus decisiones constituyen una decisión última de poder, en la medida en que interpreta la Ley Fundamental; (iii) a diferencia de los demás Tribunales Federales, las competencias del Tribunal Constitucional no son definidas por el legislador, sino directamente por el constituyente; y (iv) al tener como fuente primaria de aplicación la Constitución, el Tribunal Constitucional emplea argumentos basados en la figura de autolimitación judicial o “judicial self-restraint”<sup>298</sup>.

Por todo esto, las decisiones de esta corporación se tornan decisivas para el ordenamiento constitucional en general. De ahí la necesidad de examinar los efectos procesales y el carácter vinculante de las decisiones que emite.<sup>299</sup> Los efectos procesales son de dos tipos, a saber: la fuerza de ley y la cosa juzgada.

El § 31 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal BVerfGG (por sus siglas en alemán) establece que las decisiones del Tribunal Constitucional vinculan a los órganos

---

<sup>298</sup> Ibidem, p. 45.

<sup>299</sup> Ibidem, p. 45.



constitucionales federados, así como a todos los jueces y autoridades, y en determinados asuntos tiene fuerza de ley, a saber:

1. Diferencias sobre constitucionalidad formal o material de una Ley.
2. Diferencias en materia de legislación concurrente entre federación y federados.
3. Compatibilidad de leyes federales y federadas con la Constitución y compatibilidad de leyes federadas y federales.
4. Valor del derecho internacional en el derecho alemán.
5. Vigencia de las normas federales como Derecho.<sup>300</sup>

Dicho de otro modo, siempre que el Tribunal se pronuncie sobre cualquiera de estos temas, esa decisión tendrá fuerza de ley, esto es, efectos erga omnes a futuro (irretroactividad), ligados a la publicidad del mismo acto. Pero, además, los pronunciamientos tendrán efectos de cosa juzgada, de manera que no será posible interponer recurso sobre una discusión judicial ya cerrada, y le estará vedado a las partes discutir nuevamente un asunto que ya se ha decidido entre ellas. Pero lo más interesante de este aspecto es la discusión de la teoría de la no reiteración, la cual se convierte en una restricción al legislador en su margen de configuración legislativa, pues este no podrá expedir una nueva ley que contenga la misma contradicción declarada por el Tribunal Constitucional.<sup>301</sup> En breve, las decisiones del Tribunal podrían llegar a convertirse en imperiosas restricciones para el legislador del futuro.

Lo anterior, sumado al hecho de que la constitución es fuente formal para el poder legislativo y que la supremacía constitucional está a cargo de este único órgano, implica que el Tribunal Constitucional contribuye con el legislador en la correcta conformación del orden constitucional.<sup>302</sup> Y, en la medida en que la jurisprudencia

---

<sup>300</sup> *Ibidem*, p. 46.

<sup>301</sup> *Ibidem*, p. 48.

<sup>302</sup> *Ibidem*, p. 48.



constitucional tiene carácter vinculante al amparo del § 31 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal, es de obligatorio cumplimiento para el resto de órganos jurisdiccionales y, en especial, para el legislativo. Este artículo ha sido interpretado en el sentido de que todas las decisiones del Tribunal Constitucional, sin importar si son emitidas en sala plena o no, vinculan a todos los poderes públicos, incluidos los órganos jurisdiccionales, administrativos y gubernamentales.

Y la jurisprudencia, entre los alemanes, se configura con base un sistema de argumentos determinantes, que son los que interfieren directamente en la toma de la decisión y los cuales pueden llegar a vincular decisiones futuras.<sup>303</sup> Se entiende como argumento determinante el conjunto de reglas jurídicas o enunciados normativos que el juez constitucional consagra en su decisión, los cuales provienen no de un ejercicio arbitrario del Tribunal Constitucional, sino de una legitimidad democrática, al estar dichas reglas jurídicas a la reserva constitucional y legal.<sup>304</sup>

Esta función de vinculatoriedad del precedente suele confundirse con la fuerza de Ley que tienen algunas de sus decisiones. Sin embargo, se trata de asuntos diferentes: (i) la fuerza de Ley que tienen algunas de estas decisiones depende de la configuración de alguna de las causales consagradas de forma taxativa; mientras que (ii) la vinculatoriedad de la jurisprudencia constitucional deriva de sus funciones de guardián e interprete constitucional, funciones que le han sido otorgadas por la misma Ley Fundamental. Dichos fallos vinculantes no tienen más restricción que la misma Constitución.

Así las cosas, el Tribunal Constitucional juega un único e importante papel en la creación del derecho, lo cual convierte sus decisiones en una fuente indudable de derecho desde la perspectiva vertical y horizontal...

---

<sup>303</sup> *Ibidem*, p. 50.

<sup>304</sup> *Idem*.



- a. Los jueces inferiores -tanto los jueces constitucionales como los especializados- están obligados a respetar las decisiones de la Corte. Sin embargo, este carácter vinculante tiene un alcance limitado en tratándose de los Tribunales Federados, los cuales solo están obligados a respetar el precedente constitucional sobre aquellos fallos concernientes a la constitución, pero no sobre las constituciones federadas, ni mucho menos en aquellos temas propios de cada Tribunal, respecto de los cuales se encargará cada uno de ellos.<sup>305</sup>
  
- b. El Tribunal Constitucional alemán está compuesto por 16 magistrados, los cuales se encuentran divididos en partes iguales en dos senados que, a su vez, pueden dividirse en 3 cámaras.<sup>306</sup> Debido a esta división, la corporación solo podrá apartarse de fallos que conforman el precedente constitucional cuando esté reunida en sala plena. Por el contrario, si es alguna de las cámaras la que desea apartarse del precedente, solo podría lograrlo llamando a una reunión de la sala en pleno, único organismo facultado para el cambio del precedente constitucional.<sup>307</sup>

**Ahora bien, en relación con los Tribunales Federales, la legislación alemana no atribuye directamente fuerza vinculante a sus decisiones,** lo cual no obsta para que del análisis de las normas jurídicas que regulan la práctica judicial se pueda determinar un grado de vinculación de las decisiones precedentes<sup>308</sup>. Lo anterior se debe a que los cinco Tribunales Federales cuentan con dos importantes funciones de cierre, a saber: (i) la casación y (ii) el procedimiento de divergencia.

---

<sup>305</sup> *Ibidem*, p. 51.

<sup>306</sup> *Ibidem*, p. 52.

<sup>307</sup> *Idem*.

<sup>308</sup> ALEXY, "Precedent in the Federal Republic of Germany" p. 28. Citado por: MORAL, *Op. Cit.* p. 196.



El primero de ellos se entiende como el mecanismo de control de la aplicación e interpretación del derecho realizada por los órganos judiciales inferiores.<sup>309</sup> Por ejemplo, el § 542 del Código Procesal Civil alemán (ZPO) consagra el recurso de casación, y el § 543 en el numeral segundo del inciso segundo establece que “la casación debe admitirse cuando... sea necesaria una resolución del tribunal de casación para el perfeccionamiento del derecho o el aseguramiento de una jurisprudencia unificada”, lo cual claramente le da la posibilidad al tribunal no solo de entrar a revisar los casos particulares en los que se crea que un derecho ha sido violentado, sino que además impone la carga, como órgano de cierre, de atender y decidir aquellos casos en que sea necesario asegurar una jurisprudencia unificada. Esta causal de “unificación de jurisprudencia” no solo está consagrada para la casación, sino en general para todos los recursos.

La conformación de los Tribunales es muy similar a la del Tribunal Constitucional. En efecto, también los Tribunales Federales se dividen en senados, los cuales posteriormente lo pueden hacer en cámaras. En Alemania la justicia civil decide además sobre temas penales<sup>310</sup>. Para asegurar la unificación de la jurisprudencia de los diferentes senados en materia civil, existe un proceso especial que debe llevarse a cabo ante el Gran Senado en materia civil, integrado por los presidentes de los respectivos senados civiles, los cuales una vez reunidos resuelven sobre sentencias contradictorias proferidas por los senados.

Y como el BGH es el máximo órgano en materia civil, comercial y penal, podrían presentarse sentencias contradictorias entre senados penales y civiles, haciendo necesaria la reunión del Gran Senado Unificado para decidir tal controversia. Ahora

---

<sup>309</sup> MORAL, *Op. Cit.*, p. 197.

<sup>310</sup> PÉREZ J, Álvaro *et* ORTIZ ORADILLO, Juan Carlos “Codigo procesal Almena (ZPO) traducción con un estudio introductorio al proceso civil alemán contemporáneo”. Konrad-Adenauer-Stiftung E.V. 2006. p. 44.



bien, si la contradicción existe entre senados integrantes de distintos Tribunales Federales, existe la posibilidad de reunir a los presidentes de cada Corte Suprema Federal mediante el Senado Común de los Tribunales Superiores Federales.<sup>311</sup> Este es el proceso de solución de divergencias,<sup>312</sup> el cual está establecido en la Ley de Tribunales Constitucionales.

Así las cosas, los recursos persiguen el perfeccionamiento y la unificación del derecho, objetivo que se logra también mediante la justicia y la realización del derecho material en el caso particular, en el cual son empleados los medios de impugnación.<sup>313</sup>

En conclusión, aunque existe un fin último implícito en las normas legales como lo es la unificación jurisprudencial, el precedente no está consagrado como estrictamente obligatorio, aunque existan procedimientos que aseguren su cumplimiento. En últimas, exceptuando el precedente constitucional, existe un claro respeto por la vinculatoriedad de la jurisprudencia, más que por una razón de positivización, en razón de los fines del ordenamiento, pues de ello depende la armonía de los preceptos legales.

En pocas palabras, existe la posibilidad de solicitar al juez superior que revise una decisión judicial por violación del precedente, pero el juez de segunda instancia solo podrá hacer control de esta decisión con el propósito de mantener un orden jurídico unificado, y en el caso de que su decisión sea contradictoria con la de otro senado, le corresponderá al órgano común dirimir dicha disputa, para preservar el orden unificado, en los términos establecidos en la Ley de Tribunales Constitucionales.

---

<sup>311</sup> Idem.

<sup>312</sup> MORAL, *Op. Cit.*, p. 198

<sup>313</sup> PÉREZ *et* ORTIZ, *Op Cit.*, p. 116.





## *2.5 Conclusiones para el caso colombiano*

El precedente contencioso administrativo en Colombia revela una serie de rupturas o, por decir lo menos, algunas “particularidades”, que encuentran su explicación, en buena medida, en las mutaciones derivadas de la circulación de modelos jurídicos y su trasplante a este sistema. Como bien lo señala LÓPEZ, Colombia pasó de imitar los ideales franceses del derecho y Estado al comienzo de su vida republicana, a imitar los modelos norteamericanos desde comienzos del siglo XXI “cuando nuestros ideales de derecho y estado imitan cercanamente la ‘República comercial’ de los norteamericanos, nuestra iusfilosofía parece una pálida suma de nuevos autores y argumentos. Éramos, en un principio, copias europeas y ahora, quizás, copias norteamericanas.”<sup>314</sup>

Como se explicó, un elemento central en la teoría inglesa del *stare decisis* es que la *ratio decidendi* de un precedente “no debe ser buscada en la fundamentación de una decisión, sino únicamente en los hechos materiales del caso”<sup>315</sup>, y que “siempre hay un amplio margen de “hechos” que pueden ser considerados “materiales” y, por tanto, parte de la *ratio decidendi*”<sup>316</sup>. En línea con lo anterior, dice STONE que, como los hechos materiales del caso pueden enunciarse en varios niveles de generalidad, “puede haber un gran número de “rationes potencialmente vinculantes en competición para regular casos futuros”.<sup>317</sup> Esto significa, cuando menos, un desafío para el concepto de *ratio decidendi* que surgió en Colombia en el marco de las sentencias de constitucionalidad de principios de la década de los noventa, concepto que tiende a ser abstracto y conceptualista. Esta diferencia determinará, a su vez, la

---

<sup>314</sup> LÓPEZ, “Teoría impura...”, *Op. Cit.*, p. 13.

<sup>315</sup> BUSTAMANTE, “La interpretación...”, *Op. Cit.* p. 115, citando a ARTHUR L. GOODHART. “Determining the *ratio decidendi* of a case”, en ID., *Essays in Jurisprudence and the Common Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1931, p. 2.

<sup>316</sup> BUSTAMANTE, “La interpretación...”, *Op. Cit.*, p. 119.

<sup>317</sup> *Ibidem.* p. 120.



compatibilidad de la doctrina jurídica mayoritaria sobre precedente en Colombia con técnicas como la distinción de casos (*'distinguishing'*), que no es sino el planteamiento de distintos niveles de generalidad o excepciones a los patrones fácticos.

La labor de construcción de una teoría local del precedente judicial no puede tornarse en un intento de lectura normalizada de la TTD, puesto que “las lecturas tergiversadas no pueden ser reemplazadas por lecturas normalizadas. Las lecturas tergiversadas han impulsado prácticas jurídicas locales, y, por tanto, están ya imbricadas con la cultura local produciendo dinámicas, pasadas y futuras, que ya no se pueden deshacer.”<sup>318</sup> Aun así, el estudio de las figuras de derecho extranjero, tomadas en su contexto y en sus justas proporciones históricas, aportan de manera considerable a la comprensión del producto local y, tal vez, brinda ‘pistas’ para realizar nuevos trasplantes en cuanto ello parezca deseable y adecuado a la cultura jurídica y las necesidades locales.

Colombia debería tomar para sí, cuando menos, cinco postulados de la doctrina inglesa del precedente judicial, a saber:

- (i) La inclinación hacia lo concreto y práctico, y la relevancia de los derechos precisos en juego en el caso por decidir (en lugar de la idealización universal propia de los franceses)<sup>319</sup>;
- (ii) El concepto de *holding* o *ratio decidendi* que, para GOODHART, no se halla en la motivación del juez sino en lo que el tribunal decidió<sup>320</sup>. El principio de la decisión se encuentra, así, en la conclusión a la que llegó el juez con base

---

<sup>318</sup> LÓPEZ, “Teoría impura...”, *Op. Cit.* p. 34.

<sup>319</sup> CALVO, *Op. Cit.*, p. 90.

<sup>320</sup> MAGALONI, *Op. Cit.*, p. 94.



en los hechos materiales y excluyendo los inmateriales<sup>321</sup>, sin que las razones o consideraciones constituyan la parte vinculante de un precedente<sup>322</sup>. Estas últimas solo permiten guiar al juez posterior en la determinación de los hechos que fueron considerados como materiales<sup>323</sup>;

- (iii) El énfasis que hace GOODHART en el nivel de 'generalidad de la regla de decisión', que depende de la cantidad de hechos que hayan sido considerados como materiales en la sentencia<sup>324</sup>;
- (iv) La presunción contra los principios amplios (aunque matizando el deber que enuncia GOODHART de presumir como materiales todos los hechos cuando el juez anterior no ha distinguido entre los materiales e inmateriales<sup>325</sup>); y
- (v) El alcance restringido del precedente, que se limita a los hechos considerados por la Corte, al punto que no se sentará precedente para los hechos no considerados, por más importante que sean<sup>326</sup>. Así, siendo imposible establecer un principio a partir de una conclusión basada en un hecho no determinado por la Corte, las conclusiones sobre la decisión que se adoptaría en situaciones hipotéticas no genera un principio<sup>327</sup>, sino que será *obiter dicta*.

La experiencia norteamericana deja, por su lado, las siguientes lecciones prácticas para el caso colombiano:

---

<sup>321</sup> GOODHART, *Op. Cit.*, p. 179. (Traducción libre)

<sup>322</sup> *Ibidem*, pp. 164 y 165. Tomado de: MAGALONI. *Op. Cit.* p. 94.

<sup>323</sup> *Ibidem*, p. 175. Tomado de: MAGALONI, *Op. Cit.*, p. 94.

<sup>324</sup> MAGALONI, *Op. Cit.*, p. 94.

<sup>325</sup> GOODHART, *Op. Cit.* p. 182. (Traducción libre)

<sup>326</sup> *Ibidem*, p. 172. (Traducción libre)

<sup>327</sup> *Ibidem*, p. 179. (Traducción libre)



- (i) Ante todo, las categorías de (i) “*holding*”, que es el sinónimo americano del término de *ratio decidendi*, (ii) *dictum*, referido a aquellas consideraciones jurídicas que elabora el tribunal y que son innecesarias para fundamentar la decisión, las cuales solo tienen fuerza persuasiva y se distinguen del *holding* dependiendo del grado de generalidad con que se formule la regla de precedente, y (iii) *rationale*, que son las razones o la justificación que da el tribunal para alcanzar el resultado, conocido también como “*the grounds of the holding*.”<sup>328</sup>
  
- (ii) Debido al poco respeto por el precedente en Estados Unidos y la gran discrecionalidad del juez posterior para recalificar los fundamentos del fallo entre *ratio decidendi* o *holding*, por un lado, y *dicta*, por el otro, aun cuando el juez del caso anterior haya intentado dictar un fallo amplio y profundo, el juez posterior podría convertir la decisión anterior en una decisión minimalista.<sup>329</sup> En efecto, una Corte Suprema que se rehúsa a cambiar su jurisprudencia puede lograr casi lo mismo reinterpretando sus decisiones de manera creativa<sup>330</sup>.
  
- (iii) También resulta relevante la descripción de las posibles operaciones con la regla de precedente, así: la de aplicar (*apply*) la regla del precedente, cuando se trate de dos litigios verdaderamente similares; la de extenderla o seguirla (*follow*), cuando pese a las diferencias relevantes entre los casos, el tribunal considera que ellas no justifican un trato jurídico distinto sino que extiende, a través del razonamiento analógico, la regla del precedente al nuevo

---

<sup>328</sup> MAGALONI, *Op. Cit.*, pp. 81-83.

<sup>329</sup> SUNSTEIN, *Op. Cit.*, pp. 19-20.

<sup>330</sup> *Ibidem*, pp. 20-21.



supuesto; y la de distinguir (*distinguish*) dicha regla, cuando las diferencias entre los hechos ameritan un trato distintivo.<sup>331</sup>

- (iv) La aproximación norteamericana al concepto de *case law*, cuyas reglas “se determinan a través de la interacción que existe entre el tribunal que las crea y el que las aplica. [...] el tribunal posterior es el que tiene que elegir el nivel de generalidad y abstracción de la regla del precedente, mientras que el tribunal anterior tiene que determinar el marco de posibilidades dentro del cual pueden llevarse a cabo las elecciones de los jueces vinculados a su decisión.”<sup>332</sup> Este es el problema que surge una vez se seleccionan los hechos relevantes, que consiste en configurar el supuesto normativo de la regla que le vincula a partir de la escogencia del nivel de generalidad al que deben interpretarse, para lo cual el juez posterior cuenta con discrecionalidad.<sup>333</sup>
- (v) Más aun, del minimalismo norteamericano debe rescatarse que el juez “nunca construye un supuesto normativo, abstracto y general, sino que tal supuesto lo elabora en el mismo momento de determinar las igualdades y diferencias fácticas entre los casos que se contrastan.”<sup>334</sup> Y entre sus méritos está que puede entenderse como una forma –parcial o imperfecta– de contención judicial (*judicial restraint*)<sup>335</sup>, con lo cual: (a) se evita la hostilidad o violencia contra ciertos sectores sociales, (b) se sale al paso a las críticas por la falta de legitimidad de la Corte<sup>336</sup>, y (c) se dejan las principales decisiones al sistema de deliberación democrática<sup>337</sup>.

---

<sup>331</sup> MAGALONI, *Op. Cit.*, pp. 84 y 88.

<sup>332</sup> *Ibidem*, p. 62-63.

<sup>333</sup> *Ibidem*, p. 86.

<sup>334</sup> *Ibidem*, p. 95.

<sup>335</sup> SUNSTEIN, *Op. Cit.*, p. x. (Traducción libre)

<sup>336</sup> *Ibidem*, p. 161. (Traducción libre)

<sup>337</sup> *Ibidem*, p. 115. (Traducción libre)



- (vi) Dada la cercanía de las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado con el concepto de *statutory precedents* norteamericano, es valioso lo dicho por MAGALONI en cuanto que "... Los *statutory precedents* vienen a completar, perfilar, delimitar o inclusive a modificar el contenido normativo de los preceptos legales. Asimismo, el hecho de que los tribunales sean órganos legitimados para crear derecho hace que el componente creativo de las decisiones judiciales que interpretan y aplican la ley, por lo general, sea mucho más acentuado que el de los sistemas continentales, pero además, dado el carácter vinculante de los *statutory precedents*, aquellos elementos que el juez "añade" a la obra del legislador tienen efectos generales. De ahí que se sostenga que las decisiones judiciales que interpretan y aplican los preceptos legales vienen a fusionarse o a formar parte de la ley."<sup>338</sup>
- (vii) En vista, pues, de la función creadora de los jueces, es relevante también la distinción entre *adjudicative* y *legislative facts*, así:

[...] los <<*adjudicative facts*>> no son los únicos hechos que el Tribunal toma en cuenta para decidir. La función de proveer reglas que desempeñan los tribunales con jurisdicción de apelación hace que, como señalamos, sus decisiones no sólo vean hacia las partes y hacia el pasado, sino también hacia el futuro y hacia la sociedad en general. Por ello, tales tribunales necesitan información acerca del contexto social, económico, cultural y político en el que se produce su decisión. Los denominados <<*legislative facts*>> constituyen todas aquellas cuestiones fácticas que permiten al Tribunal entender cuáles son los valores sociales en conflicto y las implicaciones prácticas que en la sociedad tendría una [u] otra regla de decisión. A fin de cuentas, los *legislative facts* le proporcionan al Tribunal la información

---

<sup>338</sup> MAGALONI, *Op. Cit.*, p. 69.



necesaria para hacer elecciones de política pública propias de cualquier órgano que crea derecho, que desempeña una función <<legislativa>>.”<sup>339</sup>

- (viii) Además, como la Corte Suprema Federal en ejercicio de su jurisdicción de apelación es generalmente una tercera instancia de revisión y ejerce dicha jurisdicción de modo discrecional, su función es predominantemente “institucional” (es decir, busca establecer una regla general que sirva de guía al resto de los tribunales y que resuelva el problema de la indeterminación del derecho) más que encaminada a fiscalizar los errores cometidos por los tribunales inferiores<sup>340</sup>. Esto recuerda al rol asignado al Consejo de Estado colombiano y podría explicar, también, la tensión entre lo concreto y lo abstracto que debe resolver esta Corporación al decidir los casos que llegan a su conocimiento. En efecto, como en Estados Unidos, “[l]a fuerza del *stare decisis* vertical hace que conforme el caso va ascendiendo en la jerarquía judicial, la resolución del caso y la justicia concreta vayan perdiendo importancia y que la función de proveer reglas aumente en importancia.”<sup>341</sup>
- (ix) Finalmente, dejan una importante lección para la construcción de la teoría local del precedente la gran flexibilidad y dinamismo de las reglas con que surgió la vinculación judicial al precedente en Estados Unidos en los albores del siglo XIX, en un contexto de prueba y error y de continua transformación de reglas según el impacto social deseado. Es de anotar que esta visión instrumental reapareció a principios del siglo XX<sup>342</sup>. Ahora bien, conviene tener en cuenta que la fuerza que desde mediados del siglo XX tiene el realismo entre los americanos pugna con el ideal de uniformidad, estabilidad

---

<sup>339</sup> *Ibidem*, p. 78.

<sup>340</sup> *Ibidem*, p. 46.

<sup>341</sup> *Ibidem*, p. 48.

<sup>342</sup> *Ibidem*, p. 12.



y seguridad jurídica que persiguen las nuevas figuras del CPACA, por lo que (al menos a primera vista) parecería que el legislador colombiano trabajó pensando más en la manera cómo opera el *stare decisis* entre los ingleses (que conciben de forma estricta el valor vinculante de los precedentes<sup>343</sup>) que entre los norteamericanos.

Por su parte, los **franceses dejan para Colombia grandes aportes** en materia de limitaciones históricas y legislativas a la aceptación del precedente como fuente formal y principal del derecho, pero solo porque, como en Colombia, se vieron obligados a realizar “interpretaciones creativas” de los textos legislativos vigentes para dar cabida a una práctica de seguir decisiones anteriores. Pese a la proximidad en estos asuntos, en el contexto colombiano existe una mayor aceptación y desarrollo de la doctrina del precedente judicial que en Francia. Esto probablemente puede atribuirse al hecho de que la concepción revolucionaria de separación de poderes que inspiró el ordenamiento jurídico francés, con sus prejuicios y desconfianza hacia el juez y sus prohibiciones canónicas con respecto a la posibilidad de un juez legislador, fue trasplantada a Colombia pero de manera descontextualizada, si se quiere, pues no se pretendía de este lado del Atlántico evitar prácticas similares a las de los jueces del Ancien Régime. Esto explica que sea más fácil ‘reinterpretar’ el artículo 17 del Código Civil colombiano que hacer lo propio con el artículo 5 del Code Civil francés, cuyo texto difícilmente puede escapar a sus antecedentes históricos y al espíritu mismo de la revolución francesa.

Pese a la tradición eminentemente legocentrista, se escuchan voces desde mediados del siglo XX que invitan a interpretar el derecho francés dentro de su contexto político y social, aunque solo para efectos de escudriñar ‘las intenciones ocultas de un legislador’.<sup>344</sup> Por tanto, las sentencias del estilo francés son todavía (a) deductivas,

---

<sup>343</sup> Idem.

<sup>344</sup> CHENOT, *Op. Cit.*, pp. 64 – 65. (Traducción libre)





porque el razonamiento se percibe como un silogismo; (b) principalmente legalistas; y (c) magistrales.<sup>345</sup> La labor del juez es, la mayoría de las veces, un automatismo.<sup>346</sup> Las cortes nunca reconocen que ellas crean precedentes, sino que su jurisprudencia se presenta como la expresión del 'verdadero sentido' de una regla preexistente, contenida en una ley o un principio, válida aún en ausencia de un texto legal, puesto que se parte del supuesto de que el sistema jurídico es pleno.<sup>347</sup>

Solo algunas veces tiene el juez una elección a su cargo, lo cual ocurre cuando hace jurisprudencia en el instante del fallo de principio "*l'arrêt de principe*"<sup>348</sup> (que es el camino que ha encontrado el juez francés para fijar reglas jurisprudenciales sin violar el artículo 5 del Código Civil de 1804, que prohíbe a los jueces decidir mediante normas generales los casos sometidos a su conocimiento). En efecto, desde hace algunas décadas, hay quienes reconocen la función creadora del Consejo de Estado francés que, por la vía del *contentieux de l'excès de pouvoir*, logra "crear la regla de derecho jurisprudencial que permitirá un control de legalidad en sentido amplio, es decir, no reducido a los solos textos emanados del legislador".<sup>349</sup> No es un misterio que fue el Consejo de Estado el que fundó la Doctrina en Derecho Administrativo y que el derecho jurisprudencial se hizo mediante sistematizaciones sucesivas, dada la generalidad de toda definición de derecho y su función de estabilidad y seguridad<sup>350</sup>.

Aunque la jurisprudencia es más vigorosa en el ámbito del derecho administrativo, donde, aunque existe derecho legislado, no hay derecho codificado ni se trata de un cuerpo sistemático que estatuya principios generales<sup>351</sup>, las cortes francesas

---

<sup>345</sup> TROPER et GRZEGORCZYK, *Op. Cit.*, p. 107. (Traducción libre)

<sup>346</sup> CHENOT, *Op. Cit.*, p. 64. (Traducción libre)

<sup>347</sup> TROPER et GRZEGORCZYK, *Op. Cit.*, p. 115. (Traducción libre)

<sup>348</sup> Idem. (Traducción libre)

<sup>349</sup> ROUSSEAU, *Op. Cit.* p. 6 (Traducción libre)

<sup>350</sup> RIVERO, *Op. Cit.* p. 100. (Traducción libre)

<sup>351</sup> Ibídem, p. 113. (Traducción libre)



seguirán constreñidas por el artículo 5 del Código Civil francés.<sup>352</sup> Pero aun aceptando la interpretación del artículo 5 que propone RICHAUD, esto es, como una norma dictada para prohibir reglamentos generales, que no para prohibir el recurso al precedente judicial, en todo caso la mera actividad creadora no basta para que pueda hablarse de un sistema de precedente vinculante, pues lo esencial es el tratamiento que da el juez posterior a la sentencia que dictó un juez para un caso anterior.

Y en esta materia, subsiste el inconveniente que plantea el Código de Procedimiento Civil para el juez. Dice parte de la doctrina que, una vez dictado el fallo de principio (*l'arrêt de principe*), lo que ocurre es una secuencia de elementos que se repiten siguiendo la línea del primer fallo, donde “juez no se plantea ninguna cuestión de dogma, sino que ejerce su arte para hacer entrar los hechos en el cuadro de un derecho fijado.”<sup>353</sup> No obstante, a la luz del artículo 455 del Código de Procedimiento Civil (aplicable también al derecho administrativo), una sentencia que aplique solo el precedente no se entiende suficientemente motivada<sup>354</sup>.

Incluso los autores franceses que defienden la obligatoriedad del precedente judicial, lo reducen en realidad a una suerte de jurisprudencia interpretativa. RICHAUD, por ejemplo, se refiere al precedente como producto de la ley concretada, de lo cual resulta únicamente la norma jurisdiccional (cuyo respeto se funda en la *cosa juzgada*), y solo después se crea la norma jurisprudencial sobre la base de la autoridad de la *cosa interpretada*<sup>355</sup>. En otras palabras, la interpretación que deriva de la concreción de la norma legal, que tiene un grado de abstracción igual al de la ley tal que puede aplicarse a casos futuros, es la que da lugar a la norma jurisprudencial.

---

<sup>352</sup> *Ibidem*, p. 104. (Traducción libre)

<sup>353</sup> CHENOT, *Op. Cit.* p. 64. (Traducción libre)

<sup>354</sup> TROPER et GRZEGORCZYK, *Op. Cit.*, p. 118. (Traducción libre)

<sup>355</sup> RICHAUD, *Op. Cit.*, pp. 224 y 270.



Dice la autora que “Si la norma legal es la materia bruta a partir de la cual se construye la norma jurisdiccional, la norma jurisprudencial es el producto pulido de la norma jurisdiccional. Manteniendo el proceso de transformación de la decisión para llegar a la construcción de un precedente, la norma jurisprudencial es, ella misma, el producto de una transformación”<sup>356</sup>, de manera que la norma jurisprudencial tendrá sentido propio cuando sea reconocida como precedente, mediante la repetición de la norma jurisprudencial.<sup>357</sup> En esta visión, la norma jurisprudencial no está enlazada en la categoría de los hechos, porque es la interpretación la que otorga al texto su alcance normativo.<sup>358</sup> Por eso, en realidad, no se trata de un precedente ni incorpora el componente fáctico, sino solo de manera mediata, pues es la norma jurisprudencial la que tendrá algún valor para el futuro, precisamente por su carácter general.

Por tanto, aunque en apariencia exista un respeto al precedente, lo que existe aún en Francia es una jurisprudencia (persuasiva o interpretativa) encargada de sistematizar el derecho vigente<sup>359</sup> y de interpretar la voluntad del legislador ante las ambigüedades y defectos de los textos legislativos<sup>360</sup>. En el lenguaje jurídico francés, el término ‘*precedent*’ nunca se refiere a una decisión vinculante<sup>361</sup>, de manera que los jueces del futuro no están obligados a respetarlo. Es, entonces, apenas una fuente secundaria del derecho, cuya autoridad relativa deriva solo de la fuente formal de derecho que la sentencia aplica e interpreta<sup>362</sup>. Y aun cuando una corte superior puede revocar el fallo de una corte inferior con base en un precedente en derecho privado y administrativo<sup>363</sup>, ello ocurre solo *de facto*, debido a la jerarquía de las cortes

---

<sup>356</sup> *Ibidem*, p. 273.

<sup>357</sup> *Ibidem*, p. 273 y 275.

<sup>358</sup> *Ibidem*, p. 237.

<sup>359</sup> RIVERO, *Op. Cit.*, p. 102. (Traducción libre)

<sup>360</sup> CHENOT, *Op. Cit.*, p. 63. (Traducción libre)

<sup>361</sup> TROPER et GRZEGORCZYK, *Op. Cit.*, p. 111. (Traducción libre)

<sup>362</sup> *Ibidem*, p. 112. (Traducción libre)

<sup>363</sup> *Ibidem*, p. 119. (Traducción libre)



(argumento de autoridad), pero no debido al carácter normativo y vinculante del precedente (argumento de derecho)<sup>364</sup>.

Tal vez por las restricciones legislativas francesas, tan similares a los textos legales que en Colombia constituyeron por un tiempo verdaderos obstáculos a la aceptación de la obligatoriedad del precedente a finales de la década de los 90, son valiosas las siguientes aspectos del modelo francés:

- (i) Para autores como TROPER y GRZEGORCZYK, cuando el Consejo Constitucional declara constitucional una ley en el entendido de que sea interpretada de cierta manera, lo que ocurre es el respeto de la decisión judicial en la situación que describió el Consejo (*res judicata*, que se refiere a los asuntos decididos), y no un caso de respeto al precedente (que se extiende a casos análogos).<sup>365</sup> Esta distinción entre los efectos de *res judicata* y de *precedente* resulta plenamente aplicable (y absolutamente necesaria) para el caso colombiano.
  
- (ii) Aunque resultan por completo exóticas a este sistema la práctica de la distinción (*'distinguishing'*), aplicable solo en un sistema en el que exista la obligación de seguir el precedente<sup>366</sup>, las Cortes llevan a cabo una calificación jurídica de los hechos (*'qualification juridique des faits'*), por lo que no discuten el significado de la norma sino la naturaleza de los hechos para efectos de determinar si ellos pueden subsumirse en las categorías de la regla.<sup>367</sup> Esto se hace examinando simultáneamente los hechos y la

---

<sup>364</sup> *Ibidem*, p. 111. (Traducción libre)

<sup>365</sup> *Ibidem*, pp. 116-117. (Traducción libre)

<sup>366</sup> *Ibidem*, p. 132. (Traducción libre)

<sup>367</sup> *Ibidem*, p. 107. (Traducción libre)



sustancia de la regla<sup>368</sup>, calificación jurídica que también sería útil para evaluar la 'materialidad' de los hechos. A este asunto se regresará en la PARTE II de la tesis.

- (iii) Deben destacarse, además, los aportes de RICHAUD en torno de *la analogía entre casos como piedra angular de la doctrina del precedente* que los países continentales emplean de manera excepcional pero que, en los países de derecho anglosajón, es ampliamente utilizada para llenar las lagunas del ordenamiento jurídico<sup>369</sup>. Sobre este asunto habrá lugar a algunas precisiones adelante, en la medida en que el razonamiento analógico opera de manera algo diferente en tratándose de textos legales y precedentes judiciales. RICHAUD pasa por alto esta distinción.
- (iv) Como el derecho no está codificado, corresponde al juez anglosajón producir una norma para el caso concreto, sobre la base del derecho común, consultando las leyes y los precedentes, las normas y principios jurídicos, así como las circunstancias fácticas.<sup>370</sup> Aunque parecería tratarse de una descripción predicable únicamente de los ordenamientos jurídicos de

---

<sup>368</sup> *Ibidem*, p. 126. Traducción libre del siguiente texto: "Precedent is never officially binding. The obligation of the court is to apply, not the precedent, but the rule behind the precedent. A court will never expressly discuss a similarity of facts between the case pending and the precedent, but will necessarily take it into account before deciding that the same statute (interpreted in the same way) or the same principle applies.

Therefore, to discover what elements are binding, one must look at the reasons that a superior court will use to justify reversing a decision, if the lower court was wrongly disregarded some element in a precedent. The justification of such a decision to reverse will never be drawn from a similarity of facts, but always from a violation by the lower court of some rule or principle expressed or implicit in the precedent. It is, however, impossible to distinguish between the elements of a precedent and to isolate the rule from the facts, because of one particularity of French adjudication, '*qualification juridique des faits*': the court decides whether the facts of the case can be subsumed under the categories of the rule. This is done by examining simultaneously the facts and the substance of the rule."

<sup>369</sup> RICHAUD, *Op. Cit.*, p. 84. (Traducción libre)

<sup>370</sup> *Ibidem*, p. 85. (Traducción libre)



tradición anglosajona, la evolución y mutación del derecho colombiano permite afirmar lo propio del juez en esta jurisdicción.

Finalmente, la experiencia alemana se asemeja a la colombiana en la medida en que la Ley Fundamental no menciona la decisión judicial como fuente del derecho. Aun así, como en Colombia, la doctrina del precedente judicial se ha desarrollado, en gran medida, al amparo de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional. En Alemania, es este el único organismo judicial con un sistema de precedente que está estrictamente consagrado en la ley. Como se dijo, la jurisprudencia constitucional tiene carácter vinculante al amparo del § 31 inciso primero de la Ley alemana del Tribunal Constitucional Federal BVerfGG con base un sistema de argumentos determinantes, que recuerdan al esquema de *ratio decidendi* que impera en la jurisdicción constitucional colombiana. Pero, además, el ordenamiento jurídico alemán cuenta con cinco tribunales federales con competencia para resolver el recurso de casación, encargados por tanto de la unificación de jurisprudencia. Entonces, la falta de atribución legal de fuerza vinculante a las decisiones de los tribunales federales no impidió que, desde un punto de vista práctico, del análisis de las normas jurídicas que regulan la práctica judicial se determinara un grado de vinculación de las decisiones precedentes<sup>371</sup>. En este ordenamiento, con la excepción del precedente constitucional (este sí positivizado), existe un claro respeto por la vinculatoriedad de los fallos anteriores, más que por una razón de positivización, en razón de los fines del ordenamiento, pues de ello depende la armonía de los preceptos legales.

---

<sup>371</sup> ALEXY, "Precedent in the Federal Republic of Germany" p. 28. Citado por: MORAL, *Op. Cit.*, p. 196.



### 3. Breve historia legislativa de Colombia

#### *3.1 La codificación federalista: negación de la fuerza vinculante de la jurisprudencia (1858 – 1886)*

Tanto la organización federal de la Confederación Granadina como los límites introducidos en las codificaciones decimonónicas influenciadas por las ideas de codificación napoleónica (que, en Colombia, quedaron reflejadas en los artículos 4<sup>372</sup> y 17<sup>373</sup> del Código Civil) obstaculizaron un fortalecimiento de la jurisprudencia<sup>374</sup>. Ambos factores serán abordados a continuación.

Sobre lo primero, es decir, la organización federal, conviene recordar que el Código Civil que aún rige en el país vio la luz en 1858, siendo adoptado primero de manera paulatina por algunos estados de la Colombia federal, y luego adoptado como código de la unión en 1873<sup>375</sup>. Este contexto “se erigió en una desventaja apreciable en la consolidación de una jurisprudencia unificada, al contar cada uno de los Estados Confederados con su propia estructura judicial, en cuyo caso la labor de unificar la

---

<sup>372</sup> COLOMBIA. CÓDIGO CIVIL, sancionado el 26 de mayo de 1873 como código de la unión, decisión ratificada con la Ley 57 de 1887. ARTICULO 4o. DEFINICION DE LEY. Ley es una declaración de la voluntad soberana manifestada en la forma prevenida en la Constitución Nacional. El carácter general de la ley es mandar, prohibir, permitir o castigar.

<sup>373</sup> COLOMBIA. CÓDIGO CIVIL, sancionado el 26 de mayo de 1873 como código de la unión, decisión ratificada con la Ley 57 de 1887. ARTICULO 17. FUERZA DE LAS SENTENCIAS JUDICIALES. Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que fueron pronunciadas. Es, por tanto, prohibido a los jueces proveer en los negocios de su competencia por vía de disposición general o reglamentaria.

<sup>374</sup> JARAMILLO J. Carlos Ignacio. “Segunda Parte: Papel y valor asignados a la Jurisprudencia”. pp. 175- 293. En: TAMAYO JARAMILLO, Javier *et* JARAMILLO J. Carlos Ignacio. “El Precedente Judicial en Colombia: papel y valor asignados a la jurisprudencia”. Ibáñez, Bogotá, 2012. pp. 221 y 223.

<sup>375</sup> ANAVITARTE, Jhair. “Historia del Derecho Civil Colombiano”. (Mayo 5 de 2012) Disponible en internet: <http://derechoteorico.blogspot.com.co/2012/05/historia-derecho-civil-colombiano.html> “Andrés Bello en Chile creó un código en 1840 basado en Francia, el cual presentó al congreso Chileno en 1852 y fue aprobado en 1855. En 1858 el estado soberano de Santander adoptó con pocas modificaciones el código de Bello, luego Cundunamarca y Cauca en 1859, Panamá en 1860, Antioquia y Boyacá en 1864; y el 26 de mayo de 1873 por iniciativa del presidente Murillo Toro se adoptó como código civil de la unión. Ésta decisión fue ratificada en el régimen de 1886.”



jurisprudencia, por sustracción de materia, no se constituía en una de las tareas de la administración de justicia...”.<sup>376</sup>

En relación con lo segundo, OSPINA explica que el legocentrismo colombiano “determinó que en el sistema de fuentes del Derecho el artículo 17 del Código Civil dispusiera que ‘las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que fueron pronunciadas’” y condujo a que el Código Civil les prohibiera “a los jueces proveer en los negocios de su competencia por vía de disposición general o reglamentaria”. Esta norma es reflejo de la inspiración europea-continental del sistema colombiano de fuentes del derecho, pues como otros artículos, el 17 del Código Civil colombiano es una traducción de normas francesas que, como se dijo, “resultaban de la fobia a los jueces del Antiguo Régimen (parlamentos)... fobia ajena a nuestra propia tradición y que en ese país dio lugar al nacimiento de la jurisdicción administrativa”<sup>377</sup>.

Es especialmente relevante lo establecido por el artículo 17 citado, pues “aquella codificación cumplía el rol de ser el principal referente de interpretación y unificación de todo el sistema jurídico en su conjunto”.<sup>378</sup> Sin embargo, en 2013 la Corte Constitucional reinterpretaría esta disposición en el contexto normativo actual, declarando su constitucionalidad “bajo el entendido de que no impide la existencia de efectos erga omnes y extensivos de las sentencias que deciden las acciones constitucionales”.<sup>379</sup> Más aun, el código reservó solo al legislador la interpretación general de una ley oscura (artículo 25 *ibidem*, que sería analizado luego por la Corte

---

<sup>376</sup> JARAMILLO, *Op. Cit.*, p. 221.

<sup>377</sup> HENAO, Juan Carlos. “La jurisdicción de lo contencioso administrativo: cien años creando Derecho a partir de precedentes jurisprudenciales”. pp. 243 – 269. Universidad Externado de Colombia, 2014. En: MONTAÑA PLATA, Alberto *et all.* “100 años de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo: Justificación, retos y aporte al Derecho Administrativo”. p. 246 (citando a Andrés Fernando Ospina Garzón).

<sup>378</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, “Sentencia C-461 del 17 de julio de 2013”, MP Nilson Pinilla, Exp. D-9446.

<sup>379</sup> *Idem*.





en la Sentencia C-820 del 4 de octubre de 2006), mientras que la interpretación de los jueces y funcionarios públicos en la aplicación de las leyes a los casos particulares y en los negocios administrativos solo se realiza “por vía de doctrina” (art. 26 CC)<sup>380</sup>.

Estas normas resultan de la transposición hecha por Bello de normas del Código Civil francés que solamente se explicaban en la historia propia del Derecho francés: aristocracias judiciales que, reunidas en los Parlamentos, se convirtieron en émulo y contenedor del Rey y de sus agentes: le anulaban sus decisiones, le sancionaban a sus agentes, no le registraban los decretos, requisito para su eficacia y, por el contrario, se pronunciaban mediante fallos de alcance reglamentario. Esta lucha de los aristócratas por el gobierno de los jueces determinó, de un lado, la prohibición de los reyes a los jueces de conocer asuntos de gobierno y de administración y, de otro lado, las limitaciones feroces a la función judicial por la Revolución y, posteriormente, por el Código Civil: *référé législatif* u obligación de acudir al legislador cuando el juez sintiera la necesidad de interpretar la ley y prohibición de pronunciar fallos parlamentarios. [...] Esa adopción de normas ajenas a nuestra propia historia hizo pagar a nuestros jueces por los desmanes de los jueces franceses. <sup>381</sup>

### ***3.2 Los textos legales de la ‘regeneración’ (1886 – 1892)***

Elegido Rafael Núñez como Presidente, emprendió el proyecto político conocido como la “Regeneración Nacional”, encaminada a consolidar una república centralista basada en el *orden y la libertad*<sup>382</sup>, entre cuyos propósitos estaba “el de desarrollar un sistema de justicia lo suficientemente fuerte para subsanar las deficiencias judiciales heredadas de la organización federal.”<sup>383</sup>

---

<sup>380</sup> OSPINA GARZÓN, Andrés Fernando. “Los Cambios de Jurisprudencia en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo: ¿Veledad o Independencia del Juez? pp. 21-58. En: Benavides, José Luis (Compilador). “Contribuciones para el sistema de precedentes jurisprudencial y administrativo” (serie Temas de Derecho Administrativo No. 1), Universidad Externado de Colombia, Julio de 2014, Bogotá. pp. 27-28.

<sup>381</sup> Idem.

<sup>382</sup> JARAMILLO, *Op. Cit.*, p. 224.

<sup>383</sup> Idem.



En Colombia, los textos que desarrollaron la supremacía del principio de legalidad, que imperó en buena parte de América Latina durante el Siglo XIX y parte del XX<sup>384</sup>, fueron la Ley 153 del 15 de agosto de 1887 y el Código Judicial (L. 61 de 1886<sup>385</sup>). Este último, con el propósito de unificar jurisprudencia<sup>386</sup>, en su artículo 37 consagra como causal de nulidad para efectos de interponer el recurso de casación, que la parte dispositiva de la sentencia sea violatoria de la ley sustantiva “o de doctrina legal” o se funde en una interpretación errónea de la una o de la otra. Además, el artículo 39 de la Ley 61 de 1886 introdujo una institución bajo el nombre de la figura hispana de *doctrina legal*<sup>387</sup> y la definió así:

**Artículo 39.** Es doctrina legal la interpretación que la Corte Suprema de a unas mismas leyes en tres decisiones uniformes. También constituyen doctrina legal las declaraciones que la misma Corte haga, en tres decisiones uniformes, para llenar los vacíos que ocurran, es decir, en fuerza de la necesidad de que una cuestión dada no quede sin resolver por no existir leyes apropiadas al caso.

La Corte, para interpretar las leyes, tendrá en cuenta lo dispuesto en los artículos de 27 a 32 del actual Código civil de la Nación.

Preparación, admisión y sustanciación del recurso.

La Ley 153 de 1887 vino a enriquecer esta institución<sup>388</sup>. “La norma decisiva fue el artículo 8 de esa ley, que designó como fuente primaria a la ley y como fuentes secundarias o auxiliares la analogía, la doctrina constitucional y las reglas generales del derecho.”<sup>389</sup> Dice el artículo en cita:

---

<sup>384</sup> QUINCHE, *Op. Cit.*, p. 21.

<sup>385</sup> LÓPEZ MEDINA, Diego. “Eslabones del Derecho: el deber de coherencia con el precedente judicial”, Bogotá: Legis y Universidad de los Andes, 2016. p. 75.

<sup>386</sup> JARAMILLO, *Op. Cit.*, p. 227.

<sup>387</sup> YEPES ARCILA, Hernando. “Prólogo”. pp. XIII- XL. En: TAMAYO *et* JARAMILLO, *Op. Cit.*, p. XX.

<sup>388</sup> JARAMILLO, *Op. Cit.*, p. 228.

<sup>389</sup> QUINCHE, *Op. Cit.*, p. 21.



**Artículo 8.** Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulan casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales del derecho.

Además, el artículo 10 de la ley (que sería luego subrogado por la Ley 169 de 1896) estableció en su versión original que la “doctrina legal más probable”, conformada por tres decisiones uniformes de la Corte Suprema de Justicia como tribunal de casación, sería aplicada por los jueces inferiores en casos dudosos. Y entre los efectos de esta figura se encuentra el establecido en el artículo 12 *ibídem*, que regulaba la “excepción de ilegalidad” y la noción de “doctrina legal más probable” como uno de los parámetros de comparación (junto a la Constitución y las leyes) para determinar si las órdenes y demás actos ejecutivos del gobierno expedidos en ejercicio de la potestad reglamentaria deberían aplicarse. Según esta última disposición, “Las órdenes y demás actos ejecutivos del gobierno expedidos en ejercicio de la potestad reglamentaria, tienen fuerza obligatoria, y serán aplicados mientras no sean contrarios a la Constitución, a las leyes ni a la doctrina legal más probable”. Adelante se revisarán los motivos que condujeron a la Corte, en la sentencia C-037 de 2000, a declarar inexecutable los apartes subrayados y a declarar la exequibilidad condicionada del resto del artículo.

Más aún, el artículo 239 de la Ley 153 de 1887 agregó como causal de casación “la de ser la decisión contraria en un punto de derecho a otra decisión dictada por el mismo Tribunal o por dos tribunales diferentes, siempre que las dos decisiones contrarias sean posteriores a la época en que empezó a regir la unidad legislativa.” He aquí el reconocimiento de la fuerza del precedente aún en los casos en que no existieran tres, sino dos decisiones uniformes dictadas por dos tribunales diferentes, o incluso una única sentencia contraria si provenía del mismo Tribunal.



Apenas cuatro años después de expedida la Ley 61 de 1886 y de instaurado el concepto de “doctrina legal”, debido a la acogida de este último<sup>390</sup>, la Ley 105 del 24 de noviembre de 1890 se refirió a la “doctrina legal aplicable” en el libro dedicado al “Enjuiciamiento en Negocios Criminales”, lo cual se convirtió en “el momento culminante de la vinculatoriedad del sistema de precedentes en Colombia”<sup>391</sup> antes del presente siglo. En efecto, en 1890 eran dos las decisiones uniformes requeridas para configurar doctrina legal (art. 371)<sup>392</sup>; se hizo alusión a la doctrina legal probable al referirse a los fundamentos del escrito que el Agente del Ministerio Público debía presentar en el acto de celebración del juicio, o al contestar el traslado del proceso (art. 353); y se innovó al disponer, en su artículo 383<sup>393</sup>, lo siguiente:

Respecto de la primera causal de las mencionadas en el artículo 369 [*refiriéndose a la causal de casación relativa a la existencia de una sentencia violatoria de la ley sustantiva o doctrina legal*], la Corte fijará siempre en dicha parte resolutive, en términos claros, precisos y generales que constituyan regla de derecho la genuina inteligencia de las leyes aplicadas en el caso de que se haya alegado violación directa o error en la interpretación de tales leyes.

### ***3.3 De la ‘doctrina legal’ a la ‘doctrina probable’ (1892 – 1896)***

El artículo 383 de la Ley 105 de 1890, que se acaba de citar, fue derogado parcialmente por el artículo 87 de la Ley 100 de 1892, a instancias de la Corte Suprema de Justicia. Esta alta corte, en el informe al Congreso de ese año, manifestó que tal herramienta aminoraba el fin de unificación jurisprudencial, así:

[...] reducida la doctrina legal a los estrechos límites de una declaración general y abstracta sobre un punto de derecho, formulada como un verdadero artículo de ley, la Corte viene a

<sup>390</sup> JARAMILLO, *Op. Cit.*, p. 229.

<sup>391</sup> *Ibidem*, p. 230.

<sup>392</sup> *Ibidem*, p. 229.

<sup>393</sup> Citado por: YEPES, *Op. Cit.*, p. XX.



asumir las atribuciones de legislador, sin la libertad de éste: porque el Cuerpo Legislativo puede reformar las leyes y debe hacerlo cuando de su aplicación resultan inconvenientes, y la Corte, según la estrechez de nuestra ley de casación, quizá no puede variar una doctrina legal [...].<sup>394</sup>

Los inconvenientes que en ese momento surgieron al emitir fallos a manera de regla general, y que motivaron las protestas contra este sistema<sup>395</sup>, dejan lecciones para la construcción de una teoría local del precedente, como se explicará en la PARTE I.

Pero la derogatoria del polémico artículo 383 de la Ley 105, a los ojos de la Corte Suprema, no era suficiente. Así lo puso de presente esta Corporación en el informe que en 1894 presentó al Congreso, en los términos que siguen:

... si las decisiones judiciales llegan a fijar la inteligencia de las leyes o a colmar los vacíos que en ella existan, no es por modo de disposición general, sino por la natural autoridad que sus doctrinas infunden, por la fuerza de las razones que expongan, y, sobre todo, si los tribunales están en desacuerdo con esas doctrinas, al fin prevalecen las de la Corte Suprema, mediante el mismo recurso, o son aceptadas las de los Tribunales, si en definitiva la Corte persuade que ha errado en alguna doctrina, lo que acontece a veces, merced al adelante (sic) continuo de la ciencia o al mejor conocimiento de las fuentes del derecho y de la historia de su establecimiento...<sup>396</sup>

Por eso, cuatro años más tarde, el artículo 4 de la Ley 169 de 1896 sustituyó la *doctrina legal* por la categoría de *doctrina probable*, norma que “constituía el fundamento legal de un sistema “libre” de jurisprudencia donde, efectivamente, las sentencias de la Corte de Casación tenían valor meramente persuasivo.”<sup>397</sup> Según la norma en mención:

---

<sup>394</sup> Gaceta Judicial, 1892, p. 291. Citado por: YEPES, *Op. Cit.*, p. XXI.

<sup>395</sup> JARAMILLO, *Op. Cit.*, p. 231.

<sup>396</sup> Informe de la Corte Suprema de Justicia al Congreso, 1894, p. 34. Citado por: JARAMILLO, *Op. Cit.*, p. 233.

<sup>397</sup> LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. “El Derecho de los Jueces”. 2ed. Bogotá: Legis, 2006. p. 74.



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

“Esta norma no ha sido derogada y fue declarada constitucional por la Corte Constitucional. Sin embargo, parece haber consenso respecto de su pérdida de eficacia, por desueta y formalista”, y porque siempre fue posible aducir tres sentencias en sentido contrario para superar una determinada doctrina probable sobre un punto de derecho.<sup>398</sup> Adelante se expondrán los motivos por los cuales la Corte Constitucional condicionó la exequibilidad de esta disposición en la Sentencia C-836 de 2001. A diferencia de la Ley 153 de 1887, entre las causales de casación que contiene la Ley 169 de 1896 no aparece en estricto sentido la violación de la doctrina probable, sino la violación de la Ley sustantiva, debido a una interpretación errónea de la ley o su indebida aplicación (art. 2 de la Ley 169 de 1896). Pero, a pesar del carácter aparentemente optativo, la violación de la doctrina probable fue considerada como causal de casación por “violación de la ley”<sup>399</sup>, al menos durante los primeros años de vigencia de la Ley 169.<sup>400</sup> Como lo ha señalado la Corte Constitucional, fue solo posteriormente que la Corte Suprema reinterpretó la expresión ‘doctrina probable’ como “una figura optativa para el juez, restringiendo de ese modo la causal de casación por violación de la Ley y descartando la contradicción de la jurisprudencia –en las modalidades de interpretación errónea o aplicación indebida de la Ley- como causales de casación, o de revisión”<sup>401</sup>. Es así como la Corte estableció un sistema relativo de jurisprudencia<sup>402</sup>.

<sup>398</sup> OSPINA GARZÓN. *Op. Cit.* p. 47.

<sup>399</sup> QUINCHE. *Op. Cit.*, p. 74, invocando la sentencia C-836 de 2001.

<sup>400</sup> JARAMILLO, *Op. Cit.*, p. 237.

<sup>401</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. “Sentencia C-836 del 9 de agosto de 2001”, MP. Rodrigo Escobar Gil, D-3374.

<sup>402</sup> JARAMILLO, *Op. Cit.*, p. 239.



En este sentido, antes de 1991 no había propiamente “precedente judicial” sino, a lo sumo, jurisprudencia o doctrina probable, quedando la jurisprudencia “confinada al pobre espacio de los casacionistas, quienes establecieron un sistema rígido de exclusiones que pervive, caracterizado por un formalismo extremo...”.<sup>403</sup>

### *3.4 La Constitución de 1991 y las ‘reglas de corrección’<sup>404</sup>*

Mientras en países como suiza invitaron expresamente al juez a pronunciarse de manera general<sup>405</sup>, en Colombia el artículo 230 CP estableció límites a la labor del juez, reproduciendo el sistema decimonónico de fuentes del derecho “en contra de la estructura misma del texto constitucional, insistiendo en la supremacía de la simple ley y en la distinción entre la fuente primaria y las fuentes secundarias o auxiliares”<sup>406</sup>. Según lo expresó el Consejo de Estado en la Exposición de Motivos del Proyecto de Reforma a la Administración de Justicia que presentó ante el Congreso de la República en 2011...

A lo largo del siglo XX y en particular hasta la última década de dicha centuria, prácticamente no ofrecía discusión alguna en el contexto jurídico colombiano la asignación a la jurisprudencia, en el elenco de fuentes de Derecho, de un valor puramente auxiliar, instrumental e incluso secundario, toda vez que, invocando la raigambre europea-continental o la estirpe romano-germánica del sistema jurídico nacional, el rol de máxima importancia le fue atribuido siempre a la Ley [...]. Naturalmente, la jurisprudencia, en medio de un panorama como el descrito, sólo podía desempeñar un papel accesorio y secundario.

---

<sup>403</sup> QUINCHE, *Op. Cit.*, p. 30.

<sup>404</sup> *Ibidem*, p. 22.

<sup>405</sup> OSPINA, *Op Cit.* p. 28. Cita a pie de página realizada por el autor: “... este enunciado del Código Civil suizo que le exige al juez decidir los casos singulares como si fuera él el legislador y estuviera en situación de fijar una norma legal para ese caso”: Max Weber, “Propos sur l’exposé d’ Hermann Kantarowicz ‘La science du droit et de la sociologie’ (Congreso alemán de Sociología, 1910), en *La Sociologie du droit de Max Weber*, dir Jean-Philippe Heurtin y Nicolas Molfessis, Dalloz, París, 2006, p. 227.

<sup>406</sup> QUINCHE, *Op. Cit.*, p. 22.



Esta concepción tuvo su reflejo en la cultura jurídica colombiana, como con meridiana claridad lo revela el artículo 17 del Código Civil, de conformidad con el cual “[L]as sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria, sino respecto de las causas en que fueron pronunciadas...”, precepto que para algunos constituye antecedente directo y explicación clarificadora respecto de los alcances del hoy vigente artículo 230 de la Carta Política, por cuya virtud los jueces sólo se encuentran sometidos al imperio de la Ley –en sentido formal-, de suerte que la jurisprudencia, en indudable posición de inferioridad respecto de aquella, apenas constituye un criterio auxiliar de la actividad judicial.<sup>407</sup>

Sin embargo, desde su expedición, el ordenamiento jurídico “ha introducido reglas de corrección”<sup>408</sup>, en la medida en que el artículo 230 Superior “se ha visto interpretado sistemáticamente, de primera mano, por la jurisprudencia misma de la Corte Constitucional que ha determinado la fuerza normativa de la jurisprudencia y, más recientemente, por el legislador, quien confirma la jurisprudencia como fuente del Derecho administrativo en Colombia, vinculante mas no obligatoria, que debe ser tenida en cuenta”.<sup>409</sup> Esto reitera lo dicho por MORENO, en el sentido de que “el precedente efectivamente relevante en el plano empírico puede tener, desde una perspectiva normativa, una relevancia *contra ius* o *extra ius*, es decir, en el primer caso, la relevancia del precedente judicial es, de hecho, contraria a lo prescrito en el plano normativo [...]”.<sup>410</sup>

En efecto, mediante sentencia C-486 de 1993, la Corte Constitucional dejó claro que, cuando el inciso primero emplea el vocablo “ley”, se refiere realmente a todo el “ordenamiento jurídico” que los jueces tienen el deber de aplicar, ordenamiento que no se compone solo de la ley en su acepción formal, “sino que se integra por poderes organizados que ejercen un tipo específico de control social a través de un conjunto

---

<sup>407</sup> CONSEJO DE ESTADO, Exposición de Motivos del Proyecto de reforma a la administración de justicia, presentado ante el Congreso en 2011. Citado por: JARAMILLO, *Op. Cit.*, pp. 212-213.

<sup>408</sup> QUINCHE, *Op. Cit.*, p. 22.

<sup>409</sup> OSPINA, *Op. Cit.*, pp 24-25.

<sup>410</sup> MORENO, *Op. Cit.*, p. 77.





integrado y armónico de normas jurídicas”. Para la Corte, en este mismo sentido deben leerse otras expresiones empleadas por el constituyente, como son los términos "Marco Jurídico" (Preámbulo) y "orden jurídico (art. 16)."<sup>411</sup> Así las cosas, hoy se concibe la expresión "imperio de la ley" como el necesario sometimiento al orden jurídico, mientras que es pacífico para la Corte Constitucional el reconocimiento de la jurisprudencia como fuente formal del derecho, incluida tanto la parte resolutive como la *ratio decidendi* de las sentencias<sup>412</sup>.

Entonces, la transformación del sistema de fuentes y la internacionalización del derecho dieron lugar a la irrupción del precedente judicial con la expedición de la Carta de 1991<sup>413</sup>, y a la reinterpretación o mutación de los textos legales de inspiración francesa, antes citados. Es así como, por ejemplo, la Corte Constitucional en sentencia C-461 de 2013 reinterpretó el tradicional artículo 17 del Código Civil, norma que trasplanta el "célebre artículo 5 del Código Civil de los franceses en el que, según la doctrina civil, la Revolución había puesto coto a los excesos de las jurisdicciones señoriales que usurpaban el poder legislativo: *Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises.*"<sup>414</sup>

A pesar de su evidente importancia en la historia del derecho, el artículo 17 del Código Civil ya no tenía mayor peso ideológico en la configuración del sistema de fuentes en Colombia. La explicación de ello es que tal lugar lo había ocupado de manera preponderante el artículo 4º de la Ley 169 de 1896 y su noción de "doctrina probable". Reinterpretada esta en el 2001, la resistencia napoleónica (y, en general, francófila e ilustrada) al papel del derecho judicial ya parecía haber quedado definitivamente derrotada. El artículo 17 estaba vigente, pero su uso en el debate sobre las fuentes no era ni tan vigoroso ni tan

---

<sup>411</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, "Sentencia C-486 de octubre 28 de 1993", MP. Eduardo Cifuentes Muñoz, Exp. D-244.

<sup>412</sup> QUINCHE, *Op. Cit.*, p. 23.

<sup>413</sup> *Ibidem.* pp. 30-31.

<sup>414</sup> LÓPEZ, "Eslabones...", *Op. Cit.*, p. 100.



frecuente como ocurría con los artículos 230 de la Constitución y con el mismo artículo 4º de la Ley 169 de 1896, verdaderos puntos focales en el tema.<sup>415</sup>

La reinterpretación realizada en la sentencia C-461 de 2013 consistió en reconocer que la norma es producto de “la corriente del racionalismo jurídico predominante para la época”, hoy superada, y en confinar su alcance a la resolución de conflictos en materia civil y a la parte resolutoria de las sentencias, no a la considerativa<sup>416</sup>. Por tanto, la Corte Constitucional declara su exequibilidad condicionada, bajo el entendido de que esa regla no impide la existencia de efectos *erga omnes* y extensivos en las sentencias que deciden las acciones constitucionales.<sup>417</sup>

### ***3.5 Los intentos del legislador por definir el valor de la jurisprudencia desde 1991***

El Decreto 2067 del 4 de septiembre de 1991, “Por el cual se dicta el régimen procedimental de los juicios y actuaciones que deban surtirse ante la Corte Constitucional”, fue proferido por el Presidente de la República con fuerza material de ley en ejercicio de las facultades que le confirió el artículo transitorio 23 de la Constitución Política. El decreto contiene algunas normas referidas al valor de la jurisprudencia de la Corte, a saber: el artículo 21, cuyo inciso primero estipula que estas sentencias son fuente obligatoria para los jueces<sup>418</sup>, y el artículo 23, según el cual “La doctrina constitucional enunciada en las sentencias de la Corte Constitucional, mientras no sea modificada por ésta, será criterio auxiliar obligatorio

---

<sup>415</sup> *Ibidem*, p. 100.

<sup>416</sup> *Ibidem*, p. 102.

<sup>417</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, “Sentencia C-461 del 17 de julio de 2013”, MP. Nilson Pinilla, Exp. D-9446.

<sup>418</sup> COLOMBIA. PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA. Decreto 2067 del 4 de septiembre de 1991. Artículo 21. Las sentencias que profiera la Corte Constitucional tendrán el valor de cosa juzgada constitucional y son de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades y los particulares. (Art. 45, Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia. Sentencia C-037 de 1996). (...)



para las autoridades y corrige la jurisprudencia. Las modificaciones a la doctrina existente, deberán ser explícitas en la sentencia." (Se destaca) Adelante se explicarán los motivos que condujeron a la Corte, en la sentencia C-131 de 1993, a declarar inexecutable la expresión "obligatorio" contenida en el artículo 23.

Algunas normas sobre la materia fueron introducidas, también, en el Decreto 2591 del 19 de noviembre de 1991, "Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política", en el que se declaró que las sentencias de revisión de tutela solo surtirán efectos en el caso concreto, es decir, en relación con las partes del mismo (art. 36).<sup>419</sup> En breve se hará mención a los pronunciamientos de la Corte Constitucional que extendieron el alcance de los fallos de revisión de tutela excediendo lo previsto por el legislador extraordinario.

La Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, se refirió de manera expresa al alcance de las sentencias en ejercicio del control constitucional, distinguiendo los efectos de las sentencias de control abstracto y concreto. Según el artículo 48 del citado estatuto...

**Artículo 48.** Alcance de las sentencias en ejercicio del control constitucional. Las sentencias proferidas en cumplimiento del control constitucional tienen el siguiente efecto:

1. Las de la Corte Constitucional dictadas como resultado del examen de las normas legales, ya sea por vía de acción, de revisión previa o con motivo del ejercicio del control automático de constitucionalidad, sólo serán de obligatorio cumplimiento y con efecto erga omnes en su parte resolutive. La parte motiva constituirá el criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general. **Solo** la

---

<sup>419</sup> COLOMBIA. PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA. Decreto 2591 del 19 de noviembre de 1991. ARTICULO 36.-Efectos de la revisión. Las sentencias en que se revise una decisión de tutela sólo surtirán efectos en el caso concreto y deberán ser comunicadas inmediatamente al juez o tribunal competente de primera instancia, el cual notificará la sentencia de la Corte a las partes y adoptará las decisiones necesarias para adecuar su fallo a lo dispuesto por ésta.



interpretación que por vía de autoridad hace ~~el Congreso de la República~~ tiene carácter obligatorio general.

2. Las decisiones judiciales adoptadas en ejercicio de la acción de tutela tienen carácter obligatorio únicamente para las partes. Su motivación sólo constituye criterio auxiliar para la actividad de los jueces.

**Nota de quien escribe:** la Corte Constitucional en sentencia C-037 de 1996 (MP Vladimiro Naranjo Mesa), mencionada en detalle adelante, declaró inexecutable los apartes tachados y condicionó la exequibilidad del numeral segundo “bajo el entendido de que las sentencias de revisión de la Corte Constitucional, en las que se precise el contenido y alcance de los derechos constitucionales, sirven como criterio auxiliar de la actividad de los jueces, pero si éstos deciden apartarse de la línea jurisprudencial trazada en ellas, deberán justificar de manera suficiente y adecuada el motivo que les lleva a hacerlo, so pena de infringir el principio de igualdad”.

Además de lo anterior, la Ley 446 de 1998 modificó normas procesales que, desde antes de la Carta de 1991, abordaban a su manera la finalidad de unificación jurisprudencial:

El artículo 130 CCA, en su versión dada por el Decreto Ley 2304 de 1989, preveía un recurso extraordinario de súplica con finalidades de unificación jurisprudencial. Este recurso procedía contra las sentencias de las secciones del Consejo de Estado que contrariaran la jurisprudencia de la sala plena. Dicho recurso fue suprimido por el artículo 38 de la Ley 446 de 1998 y reemplazado por un sistema donde las partes estaban excluidas de la unificación y el asunto solamente podía ser enviado a sala plena por petición del ministerio público, por envío de la sección o por decisión oficiosa de la sala plena. Por su parte el artículo 57 de la Ley 446 de 1998 reemplazó el recurso extraordinario de anulación que había previsto inicialmente el Decreto Ley 01 de 1984 por otro recurso extraordinario que también llamó “de súplica” pero que no tenía nada que ver con el derogado que procedía por cambio de jurisprudencia.<sup>420</sup>

---

<sup>420</sup> OSPINA GARZÓN. *Op. Cit.* p. 48.



En los últimos años se han proferido una serie de leyes que han ‘reinventado’ el concepto de doctrina probable. La primera de ellas es la Ley 1340 de 2009, que le ordenó a la Superintendencia de Industria y Comercio compilar y actualizar periódicamente las decisiones ejecutoriadas adoptadas en materia de protección de la competencia. Según el artículo 24 de esta ley<sup>421</sup>, “Tres decisiones ejecutoriadas uniformes frente a un mismo asunto, constituyen doctrina probable”. Su talante es similar al de la Ley 1564 de 2012, que obliga a los jueces regidos por el nuevo Código General del Proceso a respetar la doctrina probable, so pena de tener que “exponer clara y razonablemente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión”, misma carga que aplica para cambiar su criterio en relación con sus decisiones en casos análogos (artículo 7<sup>422</sup>). Pero, en uno y otro caso, el concepto de “doctrina probable” difiere del contenido en la Ley 169 de 1896 y “corresponde a la reinterpretada y reestructurada noción proveniente de la C-836 de 2001. El concepto, pues, se sigue usando, pero en su versión contemporánea que la hace compatible con la doctrina del precedente.”<sup>423</sup>

En la sentencia C-621 de 2015, la Corte Constitucional aclaró que...

---

<sup>421</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1340 del 24 de julio de 2009. **Artículo 24. Doctrina Probable y Legítima Confianza.** La Superintendencia de Industria y Comercio deberá compilar y actualizar periódicamente las decisiones ejecutoriadas que se adopten en las actuaciones de protección de la competencia. Tres decisiones ejecutoriadas uniformes frente al mismo asunto, constituyen doctrina probable.

*El texto subrayado fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-537 de 2010, en el entendido que éste sólo se aplica para las actuaciones administrativas de la Superintendencia de Industria y Comercio relacionadas con la libre competencia y la vigilancia administrativa de la competencia desleal.*

<sup>422</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1564 del 12 de julio de 2012. **Artículo 7. Legalidad.** Los jueces, en sus providencias, están sometidos al imperio de la ley. Deberán tener en cuenta, además, la equidad, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina. Cuando el juez se aparte de la doctrina probable, estará obligado a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión. De la misma manera procederá cuando cambie de criterio en relación con sus decisiones en casos análogos.

El proceso deberá adelantarse en la forma establecida en la ley. (Se subraya)

<sup>423</sup> LÓPEZ, “Eslabones...”, *Op. Cit.*, p. 98.



A diferencia de la forma en que se abordaba en el régimen jurídico de la Constitución de 1886, la doctrina probable en la Constitución de 1991 tiene el valor de fuente normativa de obligatorio cumplimiento, tal como claramente lo estableció la Corte Constitucional a lo largo de su jurisprudencia.

En la sentencia C-836 del 2001, la Corte Constitucional analizó la constitucionalidad del artículo 4 de la Ley 169 de 1896 que consagra la doctrina probable desde hace más de 100 años [...] la Corte no solo reconoce la constitucionalidad de la doctrina probable de la Corte Suprema, sino que fortalece su rigurosidad, exigiendo que el apartamiento de la misma por parte de los jueces de instancia, no sea caprichoso, sino que requiere una justificación de acuerdo con la seguridad jurídica, en concordancia con los principios de buena fe y la igualdad frente a la ley.

Sin embargo, pese a la importancia, fuerza normativa y garantía de seguridad jurídica y de la confianza legítima en la administración de justicia que contiene la doctrina probable, el acatamiento de la misma no constituye una obligación absoluta para el juez, en la medida en que tiene la posibilidad de apartarse de la doctrina probable siempre que dé a conocer de manera clara las razones por las cuales se aparta en su decisión.<sup>424</sup>

En paralelo, a partir de 2010 se presenta en Colombia “una actividad encaminada a relativizar el precedente constitucional, proveniente de la jurisdicción administrativa y de los sectores más conservadores del derecho y la judicatura. La Ley 1395 de 2010 fue el primer paso en esa dirección, luego complementado por la expedición del nuevo Código Administrativo.”<sup>425</sup> La Ley 1395, por la cual se adoptan medidas en materia de descongestión judicial, dispuso en su artículo 114 (hoy derogado), lo siguiente:

Artículo 114. Las entidades públicas de cualquier orden, encargadas de reconocer y pagar pensiones de jubilación, prestaciones sociales y salariales de sus trabajadores o afiliados, o comprometidas en daños causados con armas de fuego, vehículos oficiales, daños a reclusos, conscriptos, o en conflictos tributarios o aduaneros, para la solución de

---

<sup>424</sup> CORTE CONSTITUCIONAL, CORTE CONSTITUCIONAL, “Sentencia C-621 del 30 de septiembre de 2015”, MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, exp. D-10609.

<sup>425</sup> QUINCHE, *Op. Cit.*, p. 84.



peticiones o expedición de actos administrativos, tendrán en cuenta los **precedentes jurisprudenciales** que en materia **ordinaria o contencioso administrativa**, por los mismos hechos y pretensiones, se hubieren proferido en cinco o más casos análogos. (Negrilla fuera de texto).

Como se ve, la norma se refiere al precedente en los términos que en esta investigación se pretende abordar, esto es, referido a la analogía entre reglas y casos. Sin embargo, el artículo 114 de la Ley 1395 de 2010 ha sido criticado por haber caído en el error de exigir el elemento de reiteración para la conformación del precedente<sup>426</sup>, y por postular un “deber débil de obediencia administrativa del precedente judicial.”<sup>427</sup> Para SANTOFIMIO, inspirado en DIEZ SASTRE, esta disposición

[...] cae en el error de acudir a la idea de línea o reiteración jurisprudencia (sic), que puede desencadenar efectos perversos, ya que, como la doctrina lo sostiene, si “siempre se requiere más de un precedente en el mismo sentido, entonces se permite la existencia de oscilaciones en la aplicación de las normas por los órganos judiciales hasta asentar un criterio determinado en más de una decisión. Así, se acepta y justifica la existencia de supuestos en los que la jurisprudencia puede calificarse de “errática” o “no consolidada”, con los efectos que ello tiene sobre la protección del principio de igualdad y, especialmente, de la seguridad jurídica”.

No puede confundir la norma el precedente con la costumbre y la práctica judicial. El precedente como razón de ser de la decisión en relación con los hechos y circunstancias del litigio, esto es, como instrumento de control de la aplicación de las normas, no tiene que encontrar su justificación en la repetición o reiteración para operar, para ser mejor en lo propuesto en relación con la solución de lo caso respectivo, sino que encuentra su validez en la consolidación que ofrezca la *ratio decidendi* respecto a una construcción jurídica que merece proyectarse en el tiempo para permitir la plena efectividad de los principios de seguridad jurídica (confianza legítima) e igualdad ante la ley.<sup>428</sup>

---

<sup>426</sup> SANTOFIMIO, “La fuerza...”, *Op. Cit.*, p. 59.

<sup>427</sup> LÓPEZ, “Eslabones...”, *Op. Cit.*, p. 117.

<sup>428</sup> SANTOFIMIO, “La fuerza...”, *Op. Cit.*, pp. 59-60.



Esta norma fue declarada exequible bajo el entendido de que los precedentes jurisprudenciales a que se refiere la norma deben respetar la interpretación vinculante que realice la Corte Constitucional (C-539 de 2011), como se explicará adelante. Desde la derogatoria del artículo 114, basta con una única sentencia de unificación para que las autoridades deban aplicar extrajudicialmente el precedente obligatorio.

429

El Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012) también incursionó, aunque de manera más tímida, en esta materia. Por ejemplo, según el segundo párrafo del artículo 7, cuando el juez se aparte de la doctrina probable o cuando cambie de criterio en relación con sus decisiones en casos análogos, estará obligado a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos de su decisión. Lo anterior lo reitera el artículo 42 del Código, al referirse al deber que tiene el juez de motivar sus providencias. Sobre este punto, también se ha pronunciado la Corte Constitucional, en los términos que siguen:

En la norma demandada [*refiriéndose al segundo párrafo del artículo 7 del CGP*], encuentra la Corte que lo que existe es un esfuerzo del legislador por implementar a través de la Ley una fórmula jurídica que ha sido ampliamente desarrollada por la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de las demás Altas Cortes y cuya importancia y funcionalidad en el derecho colombiano actual resulta del mayor valor, por lo que, el artículo demandado, contribuye a dar aún más solidez a las decisiones de los tribunales de cierre y con ello fortifica la seguridad jurídica del sistema judicial colombiano.

En este sentido, respecto de la constitucionalidad de la norma, en lo que se refiere a imponer al juez una carga argumentativa para apartarse de la doctrina y del precedente judicial, la Corte declarará la constitucionalidad de la norma demandada, en virtud de su amplia

---

<sup>429</sup> TAMAYO JARAMILLO, Javier. "Parte I: El Precedente Judicial: ¿Obligatorio?". pp. 1- 173. En: TAMAYO JARAMILLO, Javier *et* JARAMILLO J. Carlos Ignacio. "El Precedente Judicial en Colombia: papel y valor asignados a la jurisprudencia". Ibáñez, Bogotá, 2012. p. 164.





jurisprudencia en la materia, en particular el precedente desarrollado en la jurisprudencia de la Corte y reiterado en la reciente sentencia T-309 de 2015, en que la corporación fija las pautas sobre el apartamiento del precedente jurisprudencial tal como se indicó anticipadamente.<sup>430</sup>

Además, el Código General del Proceso en su artículo 35 faculta a las salas de decisión de los Tribunales y de la Corte Suprema (en sala especializada o única) para decidir los recursos de apelación a solicitud del magistrado sustanciador contra autos o sentencias cuando se trate de asuntos de trascendencia nacional “o se requiera unificar la jurisprudencia o establecer un precedente judicial”, y su artículo 333 consagra entre los fines del recurso extraordinario de casación el de “unificar la jurisprudencia nacional”. Pese a lo anterior, la mentada “timidez” del código radica en la posición de fuente secundaria que otorga a la jurisprudencia y la doctrina constitucional entre las fuentes del derecho, así:

Artículo 42. Deberes del juez.

Son deberes del juez:

[...] 6. Decidir aunque no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, o aquella sea oscura o incompleta, para lo cual aplicará las leyes que regulen situaciones o materias semejantes, y en su defecto la doctrina constitucional, la jurisprudencia, la costumbre y los principios generales del derecho sustancial y procesal. [...]

En suma, “[l]a jurisprudencia en la Colombia republicana nació excesivamente fuerte (doctrina legal), fue reducida a fuente meramente auxiliar de uso potestativo en la actividad de los jueces (doctrina probable) y luego, en un proyecto típicamente contemporáneo, ha buscado una nueva forma en la figura del “precedente judicial” a la colombiana en donde se intenta un adecuado balance entre los deberes de coherencia con los eslabones jurisprudenciales del derecho y el mantenimiento, en

---

<sup>430</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, “Sentencia C-621 del 30 de septiembre de 2015”, MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, exp. D-10609.



todo caso, de la independencia judicial.”<sup>431</sup> Sin embargo, para LÓPEZ, no existe “diferencia técnica apreciable” entre los conceptos de ‘doctrina probable’, y ‘precedente’, al punto que los jueces ordinarios suelen utilizarlos como sinónimos<sup>432</sup>. Como se verá en esta investigación, cualquier teoría local del precedente judicial tiene que partir, ante todo, de una clara distinción entre uno y otro concepto, y de ambos frente al concepto de jurisprudencia vinculante, como se hará aquí.

### *3.6 Transformación del rol del juez contencioso administrativo en los años que precedieron la expedición del CPACA*

El CPACA constituye el cuarto código que ha regulado estas materias en Colombia. El primero fue la ley 130 de 1913, “que fue un código exclusivamente judicial. El segundo código, contenido en la ley 167 de 1941 (...) trata ya de los procedimientos administrativos en el Título Tercero, y dedica su Capítulo VIII especialmente al ‘Procedimiento Gubernativo’”.<sup>433</sup> Con el Decreto Ley 01 de 1984 se adoptó el tercer código, conocido como Código Contencioso Administrativo (en adelante “CCA”), el cual rigió en Colombia hasta la entrada en vigencia del CPACA y continúa rigiendo los procedimientos y actuaciones administrativas, así como las demandas y procesos judiciales que estaban en curso cuando entró en vigencia la Ley 1437 de 2011 (artículo 308 del CPACA).

Pues bien, durante las últimas décadas de vigencia del hoy derogado Decreto Ley 01 de 1984, se presentaron varias situaciones que moldearon y transformaron el perfil del juez contencioso administrativo, a saber:

- (i) El juez se convirtió en artífice del Estado Social de Derecho.

---

<sup>431</sup> LÓPEZ MEDINA. “Eslabones...”. *Op. Cit.* p. 111.

<sup>432</sup> *Ibidem*, p. 108.

<sup>433</sup> HERNÁNDEZ BECERRA, Augusto. “Lectura del Nuevo Código como Carta de Derechos ciudadanos ante la Administración”. pp. 46-58. En: CONSEJO DE ESTADO “La Administración ante el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”, Milenio Editores e Impresores E.U.. Bogotá: 2012. p. 46.



En el esquema clásico del Estado Social de Derecho que adoptó la Constitución de 1991, es el Ejecutivo quien tiene a su cargo “[l]a protección y garantía de derechos ... y solo de manera excepcional, como último recurso se podía acudir a la administración de justicia (...)”.<sup>434</sup> Sin embargo, SIERRA<sup>435</sup> explica la manera en la que esta lógica se fue invirtiendo como resultado de la “asimetría entre las obligaciones del Estado y su capacidad real para cumplirlas”. El autor explica esta situación de desequilibrio entre la parte dogmática y la parte orgánica de la Carta Política, así: por un lado, existe un amplio catálogo de derechos, objeto de una progresiva expansión, debido a los conceptos de bloque de constitucionalidad y “derechos innominados”. Por el otro lado, se ha producido una continua reducción del aparato burocrático estatal, con lo que se desplaza inevitablemente a la empresa privada<sup>436</sup> el cumplimiento de “la mayor parte de las cargas u obligaciones sociales que proclama la parte dogmática de las constituciones”<sup>437</sup>. Esto último, por supuesto, bajo el control del Estado.

Sin embargo, la falla del modelo radica en que las competencias de control, inspección, vigilancia y sanción a cargo de la Administración, o bien son insuficientes o bien no se ejercen de manera eficaz –incluso, en casos no se ejercen del todo-. Esto obliga al Estado a “resolver las demandas sociales de manera disfuncional, a través de la administración de justicia”<sup>438</sup>, al punto que “(...) el Estado social de derecho colombiano es hoy más un problema judicial que un problema administrativo (...)”<sup>439</sup>. Por eso se dice que

(...) el modelo de Estado social de derecho que existe hoy no es el mismo del formulado en la Constitución de 1886, a partir de la reforma de 1936, e incluso el modelo actual de

---

<sup>434</sup> SIERRA PORTO, Humberto. “La Administración de Justicia en el Estado Social de Derecho Colombiano”. Ponencia.

<sup>435</sup> Idem.

<sup>436</sup> Idem.

<sup>437</sup> SIERRA PORTO, Humberto. “Las Reformas Constitucionales: Transformaciones Explícitas e Implícitas del Estado Colombiano”. Ponencia.

<sup>438</sup> SIERRA PORTO. “La Administración...”. Op. Cit. (Se subraya)

<sup>439</sup> Idem.



Estado social de Derecho es totalmente distinto al previsto en 1991 cuando se expidió la actual Constitución política. Y la diferencia radica principalmente en un diseño de competencias, funciones e incluso de expectativas diferentes en los tradicionales órganos de poder, en especial de la rama judicial (...)<sup>440</sup>. (Se subraya)

Así pues, en los años que precedieron la expedición del CPACA, el particular que intentaba (en vano) la protección de sus derechos en sede administrativa, se veía obligado a “acudir al juez para que sea este quien reconozca sus derechos. Ese traslado de responsabilidades al aparato judicial [*es un*] factor adicional de congestión”<sup>441</sup>. Esto es, por supuesto, una de las explicaciones para la alta litigiosidad existente en Colombia, y ha sido causa de “insatisfacción y deslegitimación de nuestro Estado, motivo de críticas injustas a nuestros jueces.”<sup>442</sup>

Y ello explica que el CPACA se haya ocupado de robustecer la figura del juez. Con el nuevo código, la labor judicial se tornó, de nuevo, una actividad residual, aunque dotada en adelante de poderes superiores. Lo anterior permite (o debería permitir), además, rescatar la especialidad de la jurisdicción contenciosa, amenazada por las dinámicas de la constitucionalización del Derecho y el fenómeno de la globalización. Así pues, con la expedición del CPACA el legislador pretendió regresar al esquema clásico del Estado Social de Derecho en cuanto a la función de la autoridad judicial y, en especial, solucionar los desequilibrios entre la parte dogmática y la parte orgánica de la constitución. Pero ello no se intentó por la vía de engrosar el aparato burocrático del Estado; sino por la de empoderar a la Administración (con mejores herramientas y un nuevo procedimiento administrativo), para que ella sea la primera instancia de protección de derechos. Y lo que aquí se predica del juez contencioso encuentra

---

<sup>440</sup> Idem.

<sup>441</sup> OSTAÚ DE LAFONT PIANETA, Rafael E., Presidente del Consejo de Estado, CEBALLOS ARÉVALO, Miguel Viceministro de Justicia encargado de las funciones del Despacho del Ministro del Interior y de Justicia, PROYECTO DE LEY No. 198 DE 2009 SENADO, “por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”, Gaceta 1173/09 Senado.

<sup>442</sup> SIERRA PORTO. “La Administración...”. *Op. Cit.*



mayor eco en tratándose de la cúspide de esa jurisdicción, el Consejo de Estado, como se verá adelante.

(ii) La entrada en operación de los jueces administrativos

En agosto de 2006, después de más de 90 años de establecida la jurisdicción, entraron en operación 257 juzgados administrativos en todo el país, lo cual “implica, por una parte, la conformación de una estructura piramidal de tres niveles y, por otra, un cambio cualitativo en la toma de las decisiones, al pasar de una decisión colegiada a una unipersonal.”<sup>443</sup> Todo esto obligó a los redactores del nuevo CPACA a redefinir el papel del Consejo de Estado en esta nueva estructura “y determinar los mecanismos y recursos legales para **unificar la jurisprudencia que dicten los tribunales administrativos con el propósito de evitar el fenómeno que algunos han denominado “federalización de la jurisprudencia”**.”<sup>444</sup> (Negrilla fuera de texto)

(iii) Se impuso una “tendencia unificadora del derecho en Colombia”<sup>445</sup>

SIERRA se refiere, con este calificativo, a la tendencia a unificar las jurisdicciones ordinaria y contencioso administrativa (aunque delimitando sus ámbitos de competencia y actuación) en aras de reducir la inseguridad jurídica y dotar al universo normativo de coherencia y articulación, “en torno a la comprensión unificada del derecho conforme a la Constitución”<sup>446</sup>. Una vez “[r]oto el paradigma clásico de la centralidad de la ley y reemplazado por el de la Constitución y la consecuente constitucionalización del Derecho, es natural que se generen conflictos y tensiones

---

<sup>443</sup> OSTAU, PROYECTO DE LEY NUEVO 198 DE 2009 SENADO, *Op. Cit.*

<sup>444</sup> Idem.

<sup>445</sup> SIERRA PORTO, Humberto. “Críticas, ventajas y efectos del sistema de control de constitucionalidad en el ordenamiento político y en el sistema de fuentes del derecho”. Ponencia elaborada para el Taller Internacional “Un cambio Constitucional ineludible: La Corte Constitucional”, Quito, del 15 al 17 de octubre de 2007.

<sup>446</sup> SIERRA PORTO. “Críticas...”. *Op. Cit.*



en la aplicación de los principios y la efectividad de los derechos”<sup>447</sup>, todo lo cual resulta en un sistemático desconocimiento de estos últimos.

Una manifestación de esta dinámica es el recurso, cada vez más frecuente, a la jurisdicción constitucional para que definiera temas del resorte de otras jurisdicciones por la vía de procesos de control de constitucionalidad, que son “comparativamente más rápidos que los de la justicia ordinaria o contencioso (sic)”<sup>448</sup>. Sin embargo, en los años anteriores a la expedición del CPACA todo esto suscitó conflictos entre la Corte Constitucional y los tribunales de cierre de las jurisdicciones ordinaria y contencioso administrativa, surgidos con ocasión del control constitucional de normas e interpretaciones legales de tales jurisdicciones en su labor de “sistematizar y dar coherencia al ordenamiento jurídico”<sup>449</sup>.

Además del fortalecimiento de la función consultiva, la puesta en marcha de los juzgados administrativos y el peligro de la dispersión en la producción de jurisprudencia (en un contexto en el que, como se dijo, la satisfacción de necesidades se había trasladado a la sede judicial) obligó a los redactores del Código a determinar los mecanismos y recursos legales para unificar la jurisprudencia que dicten los tribunales administrativos. Esto se logró, en buena medida, por la vía de las sentencias de unificación de jurisprudencia y todo el andamiaje institucional en torno a las mismas.

Sin perjuicio de los condicionamientos que introdujo a estas normas la Corte Constitucional en las sentencias C-634 de 2011, C-816 de 2011 y C-588 de 2012, lo cierto es que con la entrada en vigencia del CPACA el Consejo de Estado adquiere un papel adicional y preponderante, cual es la unificación de la jurisprudencia en

---

<sup>447</sup> OSTAU, PROYECTO DE LEY NUEVO 198 DE 2009 SENADO, *Op. Cit.*

<sup>448</sup> SIERRA PORTO. “Críticas...”. *Op. Cit.*

<sup>449</sup> *Idem.*



ciertos temas que el legislador ha considerado relevantes. Y, para ello, debe “realizar un especial esfuerzo interpretativo y didáctico para que cumpla el papel que la ley les ha asignado a tales fallos”.<sup>450</sup>

- (iv) Hubo transformaciones sociales y tecnológicas, acompañadas de una vertiginosa globalización

La exposición de motivos de la Ley 1437 de 2011 atribuye al fenómeno de la globalización “la búsqueda de estandarización y homogenización general en todos los ámbitos de las actividades humanas.”<sup>451</sup> Esto, sumado a los desarrollos de la tecnología informática que facilitan el acceso a la información, condujo a la modificación de los presupuestos sobre los cuales se consolidaron los Estados-Nación.

Ello, a su turno, afectó los principios tradicionales, institutos y técnicas del derecho administrativo “que por naturaleza depende directamente de la concepción de Estado imperante.”<sup>452</sup> A lo anterior se suman, sin duda, los profundos cambios que sufrieron “el derecho, la economía, la cultura, la tecnología y, en particular, el cambio que la Constitución de 1991 introdujo en las relaciones entre la Administración y los ciudadanos y la sociedad”, todo lo cual transformó el contexto en el cual se había expedido el Código Contencioso Administrativo de 1984.<sup>453</sup>

---

<sup>450</sup> ARBOLEDA PERDOMO, Enrique José. “La institución de la Extensión de la Jurisprudencia en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”. pp. 68-80. En: CONSEJO DE ESTADO. “La administración ante el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”. *Op. Cit.* p. 79.

<sup>451</sup> OSTAU, PROYECTO DE LEY NUEVO 198 DE 2009 SENADO, *Op. Cit.*

<sup>452</sup> *Idem.*

<sup>453</sup> ÁLVAREZ JARAMILLO, Luis Fernando. “Antecedentes, fines y principales reformas al Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo”. pp. 39-45. En: CONSEJO DE ESTADO. “La Administración...”, *Op. Cit.*, p. 39.



Lo dicho hasta ahora da cuenta de una **profunda transformación del rol del juez contencioso administrativo en Colombia**, con ocasión de los cambios sociales y jurídicos que ha experimentado Colombia en las últimas décadas y, en particular, con motivo de la expedición de la Carta Política de 1991. Fue precisamente en el marco de este mundo globalizado, “consecuente[...] con la concepción de los derechos ciudadanos que introdujo la Constitución de 1991; ante una estructura piramidal de tres niveles en la jurisdicción contencioso-administrativa consolidada después de casi cien años de historia institucional; y conscientes de la emergencia de superar el fenómeno de la congestión judicial”<sup>454</sup>, que se creó mediante Decreto 4820 del 14 de diciembre de 2007 la Comisión para la Reforma a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Tras 20 meses de trabajo de la Comisión, el 17 de noviembre de 2009 se radicó en el Congreso de la República el Proyecto de Ley No. 98 de 2009, que habría de convertirse en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA).

La Ley 1437 del 18 de enero de 2011 (CPACA) ha significado un enorme desafío para la comprensión de las fuentes del derecho, así como para los criterios de análisis jurisprudencial que, en el momento, gozaban de aplicación relativamente pacífica entre los teóricos y operadores del derecho locales. Al regular la figura de la ‘sentencia de unificación jurisprudencial’ y los mecanismos para hacer efectiva su vinculatoriedad, que se mencionan adelante, no solo se obliga a las autoridades administrativas y jurisdiccionales a seguir estos fallos del Consejo de Estado en la resolución de casos futuros, sino que se postulan, por la vía legal, algunos fundamentos ideológicos, finalidades y usos del precedente contencioso administrativo, los cuales deben ser leídos a la luz de la construcción teórica que hasta el momento había hecho la Corte Constitucional en materia de precedente judicial, asunto al que se dedica el siguiente capítulo.

---

<sup>454</sup> OSTAU, PROYECTO DE LEY 198 DE 2009 SENADO, *Op. Cit.*





Aunque no puede hablarse propiamente de un “régimen autónomo de precedente administrativo, con reglas y funciones diferenciadas frente a los contenidos del régimen constitucional/ordinario” <sup>455</sup>, sí se trata de una doctrina refinada del precedente judicial, que recoge más de un siglo de historia y más de dos décadas de producción doctrinal en el seno de la Corte Constitucional, poniendo todas esas enseñanzas al servicio del juez contencioso administrativo.

#### **4. Breve historia jurisprudencial anterior al CPACA (1991 – 2011)**

Para este análisis, resulta útil realizar una “línea jurisprudencial” de las sentencias proferidas por la Corte Constitucional sobre el carácter vinculante de la jurisprudencia en Colombia con anterioridad a la expedición del CPACA, acudiendo a la metodología y terminología que propone el autor Diego López. Esta metodología, como se verá más adelante, resulta pertinente solo para estudios históricos como el que se realiza a continuación.

Con la expedición de la Constitución de 1991, se estableció como regla que los jueces en sus providencias solo están sometidos al imperio de la ley -en cuanto fuente principal de derecho-, mientras que la jurisprudencia constituye uno de los “criterios auxiliares” de la actividad judicial. A raíz de lo anterior, la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre el alcance de la cláusula constitucional que regula el papel de la jurisprudencia, definiendo y redefiniendo continuamente la figura con miras a descifrar el sentido del artículo 230 CP. Este último, a su turno, sirve de parámetro de validez para estudiar la constitucionalidad de ciertas normas que se han proferido sobre la materia.

---

<sup>455</sup> LÓPEZ. “Eslabones...”, *Op. Cit.*, p. 113.



No bien había sido proferida la Carta Política de 1991, la Corte Constitucional empezó a afirmar de manera progresiva la vinculatoriedad del precedente judicial, primero el de la Corte Constitucional y luego el de todas las Altas Cortes. Esto dio lugar a una mutación constitucional<sup>456</sup> en relación con el sistema de fuentes del derecho.

Aunque es mucho lo que se ha escrito en el seno de la Corte sobre el particular, la construcción de esta línea jurisprudencial está encaminada a identificar los balances constitucionales que se han presentado en torno de la constitucionalidad de normas que, al menos en apariencia, se han separado del tenor literal del inciso segundo del artículo 230 CP. Por ello, la construcción girará en torno a la siguiente pregunta:

---

<sup>456</sup> SANTAELLA. *Op. Cit.* pp. 142-143.

SANTAELLA reconoce la ocurrencia de esta mutación así: “Luego de una interesante y progresiva evolución, la jurisprudencia constitucional ha logrado consolidar una postura según la cual “la sujeción del juez al ordenamiento jurídico le impone el deber de tratar explícitamente casos iguales de la misma manera y los casos diferentes de manera distinta.” [Cita que el autor toma de la Sentencia C-836 de 2001 de la Corte Constitucional]. Esta ha sido la vía para imponer una novedosa disciplina de precedentes, cuya eficacia se hace exigible mediante la acción de tutela, y dar piso a la idea de una singular fuerza vinculante de la jurisprudencia, basada en una lectura amplia de la cláusula de sometimiento de los jueces “al imperio de la ley” contenida en el artículo 230 CP y en la armonización concreta de los principios de igualdad, seguridad jurídica y confianza legítima, por un lado, y autonomía judicial, por el otro.



¿ La jurisprudencia de las Altas Cortes puede tener fuerza vinculante <i>general</i> sin violar el artículo 230 Superior, según el cual jurisprudencia es criterio auxiliar de la actividad judicial?		
<p><b>No,</b> porque la jurisprudencia es "criterio auxiliar" de la actividad judicial, con excepción de la parte resolutive y la "cosa juzgada implícita"<sup>457</sup></p>	X C-131/93	<p><b>Si,</b> porque la jurisprudencia de las altas cortes constituye "ley" en sentido material y la <i>ratio decidendi</i> constituye precedente vinculante para las autoridades</p>
	X C-083/95	
	X C-037/96	
	X C-037/00	
	X C-836/01	
	X SU-120/03	
	X T-698/04	
	X T-292/06	
	X C-539/11	

La **sentencia fundadora** de línea es la **C-131 de 1993**<sup>458</sup>, mediante la cual se declaró inexecutable la expresión "obligatorio" contenida en el artículo 23 del Decreto 2067 de 1991, entre otros artículos del mismo decreto. Según la norma demandada, "La doctrina Constitucional enunciada en las sentencias de la Corte Constitucional, mientras no sea modificada por ésta, será criterio auxiliar obligatorio para las autoridades y corrige la jurisprudencia. Las modificaciones a la doctrina existente, deberán ser explicadas en la sentencia." (Se destaca)

Si bien la Corte encontró que sus sentencias eran fuente obligatoria para los jueces

<sup>457</sup> La "cosa juzgada implícita" sería luego llamada "cosa juzgada integradora" o *ratio decidendi*.

<sup>458</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, "Sentencia C-131 del 1 de abril de 1993", MP. Alejandro Martínez Caballero. Ref. D-182.



(inciso 1° del artículo 21 del Decreto 2067 de 1991, en concordancia con el artículo 243 de la Carta), aclaró que "únicamente una parte de sus sentencias posee el carácter de cosa juzgada", esto es: (i) la parte resolutive, de forma explícita, y (ii) los conceptos de la parte motiva que guarden una unidad de sentido con el dispositivo de la sentencia, de forma implícita, "así como los que la Corporación misma indique", y en esa condición "deben ser observados por las autoridades y corrigen la jurisprudencia". Así pues, declaró de manera expresa que las sentencias de la Corte Constitucional son fuente obligatoria para un juez, siempre que tengan la fuerza de cosa juzgada explícita (la parte resolutive, por expresa disposición del artículo 243 CP) y de cosa juzgada implícita (los conceptos de la parte motiva que guardan una unidad de sentido con la parte dispositiva). Este es el principal elemento del fallo, puesto que "se afirmó por primera vez que las sentencias de la Corte Constitucional son fuente formal y primaria de derecho, y que no solo tiene fuerza vinculante la parte resolutive del fallo de constitucionalidad (el "resuelve"), sino que la parte motiva o considerativa también contiene reglas jurídicas obligatorias para todos los operadores jurídicos." <sup>459</sup>

Lo anterior es una excepción al valor que, en principio, tiene la parte motiva de la sentencia bajo el artículo 230 CP (criterio auxiliar -no obligatorio-, esto es, *obiter dicta*). Para la Corte, limitar la fuerza de cosa juzgada a la parte resolutive sería permitir que el intérprete desconozca el sentido que la Corte quiso darle a una norma en la parte motiva para encontrarla conforme o inconforme a la Constitución.

La Corte interpretó la expresión "imperio de la ley" del artículo 230 CP en sentido material, esto es, como norma vinculante de manera general y citó la sentencia C-113 de 1993 para reiterar que solo la Corte Constitucional, ciñéndose a la preceptiva superior, puede fijar los alcances de sus sentencias, y reprodujo la célebre frase:

---

<sup>459</sup> QUINCHE, *Op. Cit.*, p. 61.



"entre la Constitución y la Corte Constitucional, cuando esta interpreta aquella, no puede interponerse ni una hoja de papel".

Por los motivos expuestos, la Corte consideró que palabra "obligatorio" del artículo 23 del Decreto 2067 de 1991 se oponía a los artículos 241 y 230 de la Constitución y transgredía la competencia asignada a la Corte para fijar el efecto de sus sentencias. Entonces, a la pregunta que encabeza la línea, la respuesta de la sentencia es negativa, pues en ella la Corte declaró inexecutable una parte de la norma que pretendía hacer vinculante la doctrina constitucional de manera *general*, aunque dejó sentada la posibilidad reconocer el carácter vinculante de los apartes de la parte motiva que guarden una unidad de sentido con la parte resolutive (cosa juzgada implícita), siempre que se reconozca el carácter de criterio auxiliar que tiene la jurisprudencia en los demás casos.

Mediante la sentencia C-083/95<sup>460</sup> se partió de la postura anterior para declarar executable el artículo 8° de la ley 153 de 1887, según el cual "Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulan casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho" (se destaca). La regla fijada por la Corte para decidir el caso fue del siguiente tenor:

La disposición destaca, nítidamente, la función que está llamada a cumplir la doctrina constitucional en el campo interpretativo. Es un instrumento orientador, mas no obligatorio, como sí ocurre cuando se emplea como elemento integrador: porque en este caso, se reitera, es la propia Constitución -ley suprema-, la que se aplica.

La Corte en este caso aclaró que el artículo 230 CP, al referirse a la jurisprudencia

---

<sup>460</sup> COLOMBIA. Corte Constitucional, "Sentencia C-083 del 1 de marzo de 1995", MP. Carlos Gaviria Díaz. Exp. D-665.



en tanto que "criterio auxiliar de la actividad judicial", lo hizo con un alcance más amplio que el imperante bajo la ley 169 de 1896, dado que no es solo la Corte Suprema de Justicia como Tribunal de Casación la que crea "pautas plausibles de orientación a los tribunales y jueces de niveles subalternos", sino también el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, corporaciones que no existían en el momento de la expedición de dicha ley. Para la Corte, "las orientaciones así trazadas no son vinculantes sino optativas para los funcionarios judiciales", salvo las decisiones que hacen tránsito a cosa juzgada.

El mismo valor tiene la "doctrina o jurisprudencia constitucional" que consiste en acudir al alcance y sentido de las normas constitucionales aplicables directamente como fundamento de fallos, a falta de ley, para que "de ese modo, la aplicación de las normas superiores esté tamizada por la elaboración doctrinaria que de ellas haya hecho su intérprete supremo... Es claro eso sí que, las interpretaciones de la Corte constituyen para el fallador valiosa pauta auxiliar, pero en modo alguno criterio obligatorio, en armonía con lo establecido por el artículo 230 Superior."

Bajo esta argumentación, se avaló entonces una ley que permite aplicar la doctrina constitucional en su 'función integradora' a falta de ley exactamente aplicable o por analogía, caso en el cual la interpretación fijada por la Corte Constitucional resulta obligatoria al amparo de la cosa juzgada constitucional.<sup>461</sup> Esta función es distinta de la función interpretativa que también tiene la jurisprudencia por virtud del artículo 4 de la Ley 169 de 1896, de manera que la jurisprudencia sigue siendo optativa como criterio auxiliar. Luego de integrar los enunciados contenidos en los artículos 4, 5 y 8 de la Ley 153 de 1887, dice la Corporación que "la disposición [*refiriéndose al artículo 5 de la ley 153 de 1887*] destaca, nitidamente, la función que está llamada a cumplir la doctrina constitucional en el campo interpretativo. Es un instrumento

---

<sup>461</sup> QUINCHE, *Op. Cit.*, p. 63.



orientador, mas no obligatorio, como sí ocurre cuando se emplea como elemento integrador; porque en ese caso, se reitera, es la propia Constitución –ley suprema–, la que se aplica.”

A continuación, mediante la Sentencia reconceptualizadora de línea C-037 de 1996, la Corte declaró inexecutable las expresiones “Sólo” y “el Congreso de la República” contenidas en el numeral 1o del artículo 48 del proyecto de Ley Estatutaria de Administración de Justicia. Dice QUINCHE que se trata de “una decisión más bien tibia respecto del alcance de las decisiones de la jurisdicción constitucional, [*aunque*] es muy importante, ya que dispone el primer balance de las reglas fijadas por la Corte Constitucional en fallos anteriores.”<sup>462</sup> Sin embargo, la sentencia hizo más que eso, puesto que se refirió al “carácter obligatorio general” que tiene la interpretación que por vía de autoridad hace la Corte Constitucional<sup>463</sup>.

La norma demandada, en su versión primigenia, disponía que las sentencias de constitucionalidad tenían el siguiente efecto: “1. Las de la Corte Constitucional dictadas como resultado del examen de las normas legales, ya sea por vía de acción, de revisión previa o con motivo del ejercicio del control automático de constitucionalidad, sólo serán de obligatorio cumplimiento y con efecto erga omnes en su parte resolutive. La parte motiva constituirá criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general. Sólo la interpretación que por vía de autoridad hace el Congreso de la República tiene carácter obligatorio general. (...)”

Entre los fundamentos de la decisión, dijo la Corte que este máximo tribunal constitucional está encargado de guardar la supremacía y la integridad de la Carta

---

<sup>462</sup> Ibidem, p. 67.

<sup>463</sup> COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, “Sentencia C-037 del 5 de febrero de 1996”, MP Vladimiro Naranjo Mesa, Exp. PE 008.



(Art. 241 C.P.), lo cual "hace que ella sea la responsable de interpretar con autoridad y de definir los alcances de los preceptos contenidos en la Ley Fundamental." En ese orden de ideas, para la Corte es "abiertamente inconstitucional" pretender que solo el Congreso de la República interpreta por vía de autoridad, lo cual es válido únicamente en lo que se relaciona con la ley (artículo 150-1 de la Carta), pero no en lo que atañe al texto constitucional.

Al responder la pregunta acerca de qué parte de las sentencias de la Corte hace tránsito a cosa juzgada, citó la sentencia C-083/95, incluyendo el extracto que se refiere a la distinción entre la función integradora (artículo 8 de la Ley 153 de 1887) e interpretativa (art. 4 ibídem) que cumple la doctrina constitucional. Así pues, declaró la exequibilidad condicionada del enunciado acusado del artículo 48 de la Ley 270 de 1996, que limitaba la obligatoriedad de las sentencias de la Corte a la parte resolutive, citando las sentencias C-131 de 1993 y C-083 de 1995, e indicando que como dice la norma, la parte motiva es criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas del derecho, y que "sólo tendrían fuerza vinculante los conceptos consignados en esta parte [*refiriéndose a la parte motiva*] que guarden una relación estrecha, directa e inescindible con la parte resolutive; en otras palabras, aquella parte de la argumentación que se considere absolutamente básica, necesaria e indispensable para servir de soporte directo a la parte resolutive de las sentencias y que incida directamente en ella." En palabras de QUINCHE...

[...] tiene fuerza vinculante obligatoria, además de la parte resolutive, la zona de la parte motiva del fallo que la Sentencia C-131 de 1993 llamara "cosa juzgada implícita", que la Sentencia C-083 de 1995 llamara "cosa juzgada integradora" y que como se verá más adelante, la Corte comenzaría [a] vincular luego al concepto de *ratio decidendi* del fallo.<sup>464</sup>

Finalmente, puntualiza la Corte que las sentencias de tutela "sólo tienen efectos en

---

<sup>464</sup> QUINCHE, *Op. Cit.*, p. 70.





relación con las partes que intervienen en el proceso (Decreto 2591/91, art. 36)", mientras que la doctrina constitucional que define el contenido y alcance de los derechos en el marco de una acción de tutela decidida por la Corte "trasciende las situaciones concretas que le sirven de base y se convierte en pauta que unifica y orienta la interpretación de la Constitución" y sirven como criterio auxiliar de la actividad de los jueces, quienes tendrán que justificarlo si deciden apartarse de la línea jurisprudencial, so pena de infringir el principio de igualdad. A la pregunta de esta línea respondió, de nuevo, de manera negativa, pues aunque se refirió al "carácter obligatorio general" de la interpretación que por vía de autoridad hace la Corte Constitucional<sup>465</sup>, declaró que la doctrina constitucional que define el contenido y alcance de los derechos en el marco de una acción de tutela tiene carácter de "criterio auxiliar", obligando a los jueces inferiores a motivar para separarse de dicho sentido.

QUINCHE anota que en esta primera etapa la Corte no utilizó la expresión "precedente" sino el término "jurisprudencia", debido a que "lo que enfrentaba eran dos siglos de formalismo en el sistema de fuentes, que colocaban a la jurisprudencia como fuente secundaria o auxiliar del derecho, de conformidad con la Ley 153 de 1887 y el inciso segundo del artículo 230 de la Constitución... durante la primera década, la Corte trabajaría alrededor del tránsito entre la consideración de la jurisprudencia como fuente auxiliar de derecho, hacia la jurisprudencia como precedente".<sup>466</sup>

Mediante **Sentencia C-037 de 2000**<sup>467</sup>, la Corte declaró inexecutable los apartes subrayados del artículo 12 de la Ley 153 de 1887, en virtud del cual: "Las órdenes

---

<sup>465</sup> COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, "Sentencia C-037 del 5 de febrero de 1996", MP. Vladimiro Naranjo Mesa, Exp. PE 008.

<sup>466</sup> QUINCHE, *Op. Cit.*, p. 55.

<sup>467</sup> COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, "Sentencia C-037 del 26 de enero de 2000", MP. Vladimiro Naranjo Mesa, Exp. D-2441.



y demás actos ejecutivos del gobierno expedidos en ejercicio de la potestad reglamentaria, tienen fuerza obligatoria, y serán aplicados mientras no sean contrarios a la Constitución, a las leyes ni a la doctrina legal más probable". El resto del artículo fue declarado exequible bajo el entendido de que no vincula al juez cuando falla de conformidad con los principios superiores que emanan de la Constitución "y que no puede desconocer la doctrina constitucional integradora". (Se destaca)

En su motivación, la Corte cita la sentencia C-131 de 1993 y reitera la fuerza vinculante de la parte resolutive de los fallos de constitucionalidad y de aquellas partes de la motivación que se encuentran directamente relacionados con ella, así como el alcance de la doctrina constitucional integradora. Además, recoge la distinción entre los conceptos de *jurisprudencia*, por un lado, y *doctrina constitucional integradora*, por el otro, distinción sentada en la sentencia C-083 de 1995. Esta sentencia, entonces, admite la conformidad de la norma con el artículo 230 CP en términos similares a lo establecido mediante la sentencia C-083/95, es decir, limitando dicha obligatoriedad a la doctrina constitucional integradora (en lugar de extenderla a toda interpretación realizada por la Corte Constitucional).

La Sentencia C-836 de 2001<sup>468</sup> "contiene el segundo balance alrededor del tema de la jurisprudencia de los órganos de cierre en Colombia y culmina un ciclo de la Corte Constitucional, referido a la pregunta por la fuerza vinculante de la jurisprudencia", pues en adelante se referiría más al precedente y a su fuerza vinculante<sup>469</sup>. Como lo destaca el doctor JULIO, en la sentencia C-836 de 2001 queda claro que la figura de la doctrina probable "no es sólo predicable de la jurisdicción ordinaria sino que también es aplicable en las otras jurisdicciones (como la contencioso administrativa y

---

<sup>468</sup> COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, "Sentencia C-836 del 9 de agosto de 2001", MP. Rodrigo Escobar Gil, Exp. D-3374.

<sup>469</sup> QUINCHE, *Op. Cit.*, p. 74.



constitucional)...”<sup>470</sup>. En este importante fallo, “el problema jurídico se reduce en realidad a uno sólo: la fuerza vinculante –tanto para los jueces inferiores como para la propia Corte Suprema de Justicia- de los precedentes fijados por esta última como juez de casación”.<sup>471</sup> Por esto concluyó el doctor JULIO que la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional con corte a 2001 era favorable a una teoría fuerte del precedente, que “ha terminado por imponerse al interior de la Corporación, lo que ha llevado [...] a una aproximación cada vez mayor a principios de un sistema jurídico del *common law*, aunque todavía existen algunas voces disidentes al interior de la Corte Constitucional.”<sup>472</sup>

En esta oportunidad, la Corte declaró exequible el artículo 4 de la Ley 169 de 1896 sobre “doctrina probable”, siempre y cuando se entienda que la Corte Suprema y demás jueces de la jurisdicción ordinaria, al apartarse de la doctrina probable dictada por aquella, están obligados a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión. Para imponer este condicionamiento, la Corte señaló que la

[...] función creadora del juez en su jurisprudencia se realiza mediante la construcción y ponderación de principios de derecho, que dan sentido a las instituciones jurídicas a partir de su labor de interpretación e integración del ordenamiento positivo. (...) De ahí se derivan la importancia del papel del juez como un agente racionalizador e integrador del derecho dentro de un Estado y el sentido de la expresión “probable” que la norma acuña a la doctrina jurisprudencial a partir de la expedición de la Ley 169 de 1896. La palabra probable, que hace alusión a un determinado nivel de certeza empírica respecto de la doctrina, no implica una anulación del sentido normativo de la jurisprudencia de la Corte Suprema.” (Se destaca)

---

<sup>470</sup> JULIO ESTRADA, Alexei. “El precedente jurisprudencial. Un breve estudio del estado de la cuestión en la jurisprudencia constitucional durante el año 2001”. pp. 45-62. En: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (Coord.). “Anuario de Derecho Constitucional: Análisis de jurisprudencia de la Corte Constitucional”, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 50.

<sup>471</sup> *Ibidem*, p. 51.

<sup>472</sup> *Ibidem*, p. 62.



Se extiende, pues, el carácter vinculante a la jurisprudencia interpretativa, que junto con la integradora son reconocidas como productos de la "función creadora" del juez, y como manifestaciones del "sentido normativo de la jurisprudencia" de la Corte Suprema. Según explica la Corte...

La fuerza normativa de la doctrina dictada por la Corte Suprema proviene (1) de la autoridad otorgada constitucionalmente al órgano encargado de establecerla y de su función como órgano encargado de unificar la jurisprudencia ordinaria; (2) de la obligación de los jueces de materializar la igualdad frente a la ley y de igualdad de trato por parte de las autoridades; (3) del principio de la buena fe, entendida como confianza legítima en la conducta de las autoridades del Estado; (4) del carácter decantado de la interpretación del ordenamiento jurídico que dicha autoridad ha construido, confrontándola continuamente con la realidad social que pretende regular.

Finalmente, la Corte Constitucional distingue entre las partes de la sentencia con fuerza normativa y obligatoriedad (los principios y reglas jurídicas: "los *ratione decidendi* o fundamentos jurídicos suficientes, que son inescindibles de la decisión sobre un determinado punto de derecho") y las que carecen de ellas (los llamados *obiter dicta* o afirmaciones dichas de paso, que constituyen criterios auxiliares de la actividad judicial). Y, aunque reconoce la obligatoriedad de la jurisprudencia interpretativa e integradora, concluye que ninguna parte de la doctrina judicial puede tener "un carácter tan obligatorio que con ello se sacrifiquen otros valores y principios constitucionalmente protegidos, o que petrifique el derecho hasta el punto de impedirle responder a las necesidades sociales". A partir de esta sentencia tienen lugar varios "cambios en el tratamiento de la regla sobre la obligatoriedad del precedente judicial y constitucional, relacionados con modificaciones en el lenguaje, el refinamiento en la argumentación y con mejores reconstrucciones, que finalmente derivaron en la afirmación de la jurisprudencia como precedente y sobre todo, con el hecho innegable del establecimiento del precedente constitucional como fuente



primaria y formal del derecho”.<sup>473</sup>

Así pues, cuando no ha habido un tránsito legislativo relevante, los jueces están obligados a seguir explícitamente la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia siempre que el principio o regla jurisprudencial sigan teniendo aplicación, imponiéndole a los jueces inferiores una “carga argumentativa” si deciden apartarse de la jurisprudencia decantada de la Corte Suprema o el Consejo de Estado, en virtud del principio de igualdad, la seguridad jurídica y la confianza legítima.<sup>474</sup> “En cuanto a la carga argumentativa que debe soportar quien se separa del precedente, la Corte Constitucional afirma que si se trata de un juez inferior dicha carga es superior a si es la Corte Suprema quien modifica su propia jurisprudencia, por tener la doctrina de esta última Corporación un *plus* de valor normativo, en virtud de la función unificadora de jurisprudencia a su cargo.”<sup>475</sup>

No obstante, varios aspectos del célebre fallo merecen alguna crítica. En primer lugar, “nada dijo acerca de las reglas fijadas por la Corte Constitucional, su obligatoriedad y alcance, déficit que fue suplido por la aclaración de voto del magistrado Cepeda”<sup>476</sup>, cuyas tesis recogerían luego algunos fallos de constitucionalidad como la Sentencia T-262 de 2006.<sup>477</sup> En segundo lugar...

[...] en ella se sostiene que sólo la Corte Suprema de Justicia puede corregir su jurisprudencia cuando considere que es contraria a los valores, principios y derechos consagrados en el ordenamiento, posibilidad que le estaría vedada a los jueces inferiores. Entonces, paradójicamente, el fallo redundaría en una disminución de la eficacia normativa de la propia Carta, pues la interpretación conforme a la Constitución estaría reservada a

---

<sup>473</sup> QUINCHE, *Op. Cit.*, p. 55.

<sup>474</sup> *Ibidem*, p. 75.

<sup>475</sup> JULIO, *Op. Cit.*, p. 53

<sup>476</sup> QUINCHE, *Op. Cit.*, p. 76.

<sup>477</sup> *Idem*.



las Altas Cortes.<sup>478</sup>

La doctrina del precedente se había “anunciado y se había estabilizado entre los años de 1998 a 2001”<sup>479</sup>, especialmente con esta sentencia C-836 de 2001 que “confirmaba la doctrina del precedente cuya construcción provenía de las Sentencias C-131 de 1993, T-123 de 1995, C-037 de 1996 y SU-047 de 1999”<sup>480</sup>. No obstante, debido a la resistencia de los jueces e incluso de otras cortes de cierre, en los años siguientes la Corte se dedica a reiterar su mensaje en las sentencias SU-120 de 2003, T-698 de 2004 y T-292 de 2006. Así, la Corte “afirma el valor normativo del precedente constitucional de protección de derechos fundamentales sobre la jurisprudencia ordinaria (SU-120/03), afirma el deber de coherencia de los jueces de instancia frente a su Corte de cierre en los temas relevantes (T-698/04) y, finalmente, afirma el deber de los particulares de ajustar sus conductas a la *ratio decidendi* de las doctrinas constitucionales vigentes definidas por la Corte (T-292/06)...”<sup>481</sup>

Con la **sentencia SU-120 de 2003**, la Corte tutela el derecho de los pensionados a que sus empleadores indexen la primera mesada pensional cuando ella se liquide y se empiece a pagar tiempo después del retiro del empleado, en lugar de que las pensiones se liquiden por los salarios históricos vigentes al momento del retiro. Para ello, la Corte controvierte la interpretación de la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, en el sentido de que la mera “doctrina probable” que emana de la jurisprudencia constitucional no obliga a los jueces ni a la Corte Suprema. En cambio, la Corte Constitucional reiteró la *ratio decidendi* sentada en la sentencia C-836 de 2001, que modificó la comprensión legocéntrica de la “doctrina probable” de manera que la jurisprudencia sí genera deberes específicos de coherencia y obediencia para

---

<sup>478</sup> JULIO, *Op. Cit.*, p. 55

<sup>479</sup> LÓPEZ, “Eslabones...”, *Op. Cit.*, p. 75.

<sup>480</sup> *Ibidem*, p. 184.

<sup>481</sup> *Ibidem*, p. 75.



los jueces, aunque no absolutos. Por tanto, la interpretación judicial estabilizada de la norma tiene preferencia sobre las demás opciones interpretativas, y debe prevalecer *por regla general*. Con base en lo anterior, la Corte Constitucional encuentra que la Corte Suprema incurrió en una “vía de hecho”.<sup>482</sup>

Ahora bien, con miras a lograr una aplicación consistente del ordenamiento jurídico, a la Corte Suprema de Justicia se le ha confiado el deber de unificar la jurisprudencia nacional. Labor que ha sido entendida por esta Corporación i) como una muestra fehaciente de que todas las personas son iguales ante la ley –porque las situaciones idénticas son resueltas de la misma manera-, ii) como un presupuesto indispensable en el ejercicio de la libertad individual –por cuanto es la certeza de poder alcanzar una meta permite a los hombres elaborar un proyecto de vida realizable y trabajar por conseguirlo-, y iii) como la garantía de que las autoridades judiciales actúan de buena fe –porque no asaltan a las partes con decisiones intempestivas, sino que, en caso de tener que modificar un planteamiento, siempre estarán presentes los intereses particulares en litigio-.

En suma i) una misma autoridad judicial –individual o colegiada- no puede introducir cambios a sus decisiones sin la debida justificación, ii) los jueces no pueden apartarse por su sola voluntad de las interpretaciones que sobre el mismo asunto ha hecho la Corte Suprema de Justicia, y iii) ésta no puede renunciar a su labor de darle unidad al ordenamiento jurídico.<sup>483</sup>

Luego, con la **sentencia T-698 de 2004**, la Corte Constitucional encontró que no estaba justificado el trato desigual entre dos sentencias del Tribunal Superior de Medellín proferidas en junio y agosto de 2003 en materia de la calificación como “trabajador oficial” –categoría que genera estabilidad del vínculo contractual- o como “empleado público”. La Corte concede el amparo y ordena al Tribunal del Distrito de Medellín que se pronuncie de nuevo, esta vez con plena advertencia y discusión de la doctrina de la Sala Laboral de la Corte Suprema y los fallos anteriores del propio

---

<sup>482</sup> *Ibidem*. pp. 34-39.

<sup>483</sup> COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, “Sentencia SU-120 del 13 de febrero de 2003”, MP. Dr. Álvaro Tafur Galvis, Exp. T-406257, T-453539 y T-503695.



tribunal<sup>484</sup>. Dijo la Corte:

[...] de manera general, para efectos de separarse del precedente horizontal o vertical, son necesarios entonces, dos elementos básicos: i) referirse al precedente anterior y ii) ofrecer un argumento suficiente para el abandono o cambio si en un caso se pretende fallar en un sentido contrario al anterior en situaciones fácticas similares, a fin de conjurar la arbitrariedad y asegurar el respeto al principio de igualdad. En este sentido, no debe entenderse que el deber del juez es simplemente el de ofrecer argumentos contrarios al precedente, sino que es su deber probar con argumentos por qué en un caso concreto el precedente puede ser aplicable y en otros no. Proceder de manera contraria, esto es, hacer caso omiso del precedente, –cualquiera que este sea-, de manera intencional, por desconocimiento o por despreocupación, permite que la discrecionalidad del juez en su área pueda llegar a introducir criterios de diferenciación no avalados por la constitución. Sólo este proceso permite superar la barrera que el derecho a la igualdad impone en la aplicación e interpretación del derecho para casos similares, en los estrados judiciales.

[...] a fin de garantizar el principio de igualdad y asegurar igualmente la autonomía e independencia judicial, los operadores jurídicos que resuelvan un caso de manera distinta a como fue decidido por ellos mismos en eventos semejantes, o si se apartan de la jurisprudencia sentada por órganos jurisdiccionales de superior rango sin aducir razones fundadas para esa separación, incurrirán necesariamente en una vía de hecho, susceptible de protección a través de la acción de tutela.<sup>485</sup>

Así las cosas, como los órganos jerárquicamente superiores en el nivel correspondiente asumen la tarea de unificar jurisprudencia dentro de su jurisdicción, “les son aplicables las reglas sobre precedente y doctrina probable...”.<sup>486</sup> Y, para apartarse del precedente del superior, el juez de instancia deberá aportar razones, como podrían ser las siguientes: a) que las razones de la sentencia anterior no son aplicables al caso concreto, “por existir elementos nuevos que hacen necesaria la

---

<sup>484</sup> LÓPEZ, “Eslabones...”, *Op. Cit.* pp. 40-52.

<sup>485</sup> COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, “Sentencia T-698 del 22 de julio de 2004”, MP Rodrigo Uprimny Yepes, Exp. T-869246.

<sup>486</sup> *Idem.*





distinción”; b) que la alta corte que emitió la sentencia con fuerza de precedente no valoró elementos normativos relevantes, que alteran la admisibilidad del precedente para el caso por resolver; c) que desarrollos dogmáticos posteriores conducen a una postura que responda mejor a la institución jurídica en sí misma considerada; d) que la Corte Constitucional o la Corte Interamericana de Derechos Humanos se han pronunciado de manera contraria a la interpretación de la alta corte (e.g. de la Corte Suprema); y e) que sobrevinieron cambios normativos que hacen incompatible el precedente con el nuevo ordenamiento jurídico.<sup>487</sup> He aquí un tratamiento de la jurisprudencia como verdadero precedente, al punto que se incluye la distinción entre casos como un motivo válido de apartamiento jurisprudencial.

En virtud de lo anterior, concluye la Corte que el juez ordinario está sometido a las restricciones interpretativas que surgen de la jurisprudencia de la Corte Suprema en sede de casación, de manera que para apartarse de la doctrina mayoritaria debe fundamentar las razones de su decisión, “cuando debe realizar la valoración de casos amparados por hechos y fundamentos similares, so pena de lesionar el derecho a la igualdad.”<sup>488</sup>

En la **sentencia T-292 de 2006**, la Corte Constitucional concedió el amparo impetrado por la viuda de un antiguo trabajador de la Flota Mercante Grancolombiana, quien había perdido la pensión sustitutiva al contraer nuevas nupcias. En sentencia C-309 de 1996, la Corte había declarado parcialmente inexecutable el artículo 2 de la Ley 33 de 1973, en cuanto consagraba la pérdida del derecho a la pensión vitalicia de sobreviviente por contraer nuevas nupcias o hacer vida marital. Aun así, la Flota Mercante alegaba que, al no haberse demandado el decreto específico de pensiones en el que se apoya la resolución particular de reconocimiento de pensión, esta última norma continuaba vigente y con plenos efectos, sin que la Corte Constitucional fuera

---

<sup>487</sup> Idem.

<sup>488</sup> Idem.



competente para pronunciarse sobre la constitucionalidad del decreto reglamentario y del acto administrativo, y sin que la *ratio decidendi* de la sentencia C-309 de 1996 pudiera extenderse a normas análogas.<sup>489</sup>

La Corte Constitucional rechazó de manera enfática la interpretación de la compañía, reiteró los efectos de la “cosa juzgada implícita” puntualizados en la sentencia C-131 de 1993, esto es, que algunos razonamientos de la parte motiva de la sentencia de constitucionalidad, “al guardar unidad de sentido con el dispositivo de la sentencia” y un claro “nexo causal con la parte resolutive” resultan vinculantes en casos futuros. Por tanto, la parte motiva de las sentencias de constitucionalidad sí tiene fuerza vinculante, en aquellas partes que sostienen jurídicamente el peso de la decisión, denominada ‘cosa juzgada implícita’ (sentencias T-123/93 y C-037 de 1996) o *ratio decidendi* de la sentencia (desde la SU-047 de 1999).<sup>490</sup>

Además, la sentencia T-292 de 2006 propone unas pautas para que los jueces acierten en su labor de identificar la *ratio decidendi* de una sentencia, así:

[...] ¿cómo se determina en concreto la *ratio decidendi* en una decisión específica?

Al respecto, esta Corporación ha señalado que es necesario tener en cuenta tres elementos principales cuando se trata de una sentencia de control abstracto: “i) *la norma objeto de decisión de la Corte*; ii) *el referente constitucional que sirvió de base a la decisión*; y iii) *el criterio determinante de la decisión*”. Todo ello, porque como se dijo, la *ratio decidendi* corresponde a aquellas razones de la parte motiva de la sentencia que constituyen la regla determinante del sentido de la decisión y de su contenido específico, o sea, aquellos aspectos sin los cuales sería imposible saber cuál fue la razón determinante por la cual la Corte Constitucional decidió en un sentido, y no en otro diferente, en la parte resolutive.

---

<sup>489</sup> LÓPEZ MEDINA. “Eslabones...”, *Op. Cit.*, pp. 52-74.

<sup>490</sup> COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, “Sentencia T-292 del 6 de abril de 2006”, MP Manuel José Cepeda. Exp. T-1222275.



Bajo estos supuestos, puede considerarse que se ha identificado adecuadamente la *ratio* de una sentencia de constitucionalidad, cuando: i) La sola *ratio* constituye en sí misma una regla con un grado de especificidad suficientemente claro, que permite resolver efectivamente si la norma juzgada se ajusta o no a la Constitución. Lo que resulte ajeno a esa identificación inmediata, no debe ser considerado como *ratio* del fallo; ii) la *ratio* es asimilable al contenido de regla que implica, en sí misma, una autorización, una prohibición o una orden derivada de la Constitución; y iii) la *ratio* generalmente responde al problema jurídico que se plantea en el caso, y se enuncia como una regla jurisprudencial que fija el sentido de la norma constitucional, en la cual se basó la Corte para abordar dicho problema jurídico. Tomando estos elementos en conjunto, se podrá responder, por ejemplo, preguntas como las siguientes: 1) ¿por qué la Corte declaró inexecutable una norma de determinado contenido?, 2) ¿por qué concluyó que dicha norma violaba cierto precepto constitucional?, 3) ¿por qué fue necesario condicionar la executableidad de una norma, en el evento de que la sentencia haya sido un fallo condicionado?

[...] esta Corporación ha indicado que la *ratio decidendi* sobre un tema jurídico puede *consolidarse* “en una oportunidad posterior”, esto es, cuando de manera reiterada se reafirma la regla del fallo inicial en otros casos. En ese sentido, **si bien la *ratio* de una sentencia surge de la sentencia misma, los fallos posteriores de la Corte ofrecen los criterios autorizados para identificar adecuadamente dicha *ratio*; de manera tal que le permiten al juez o quien habrá de aplicar una sentencia, ser fiel a una interpretación constitucional determinada.**

[...] en materia de *tutela* [...] la *ratio decidendi* sí constituye un precedente vinculante para las autoridades. La razón principal de esta afirmación se deriva del reconocimiento de la función que cumple la Corte Constitucional en los casos concretos, que no es otra que la de “*homogeneizar la interpretación constitucional de los derechos fundamentales*” a través del mecanismo constitucional de revisión de las sentencias de tutela (artículo 241 de la C.P.). En este sentido, **la vinculación de los jueces a los precedentes constitucionales resulta especialmente relevante para la unidad y armonía del ordenamiento como conjunto, precisamente porque al ser las normas de la Carta de textura abierta, acoger la interpretación autorizada del Tribunal constituye una exigencia inevitable.** (Cursivas originales; negrilla fuera de texto)



A pesar de las obligaciones de obediencia al precedente, la Corte destaca que el juez inferior conserva la posibilidad de separarse de la doctrina reiterada del superior, siempre que “exponga clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión”. Lo anterior, porque existen límites a la autonomía judicial que en el ámbito interpretativo consagra el artículo 228 de la Carta, a saber: los derechos de quienes acceden a la justicia y la estructura funcionalmente jerárquica de cada jurisdicción (arts. 234, 237 y 241 C.P.). Entonces, cuandoquiera que “un juez desconozca abiertamente un precedente constitucional, la sentencia judicial ciertamente incurrirá en un *defecto* que la separa de la coherencia orgánica con la Constitución” y será procedente la acción de tutela contra providencias judiciales por defecto sustantivo.

Mediante la sentencia dominante o principal C-539/11<sup>491</sup>, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad condicionada del artículo 114 de la Ley 1395 de 2010, norma que sería luego derogada por la Ley 1437 de 2011. La disposición acusada ordenaba a las entidades públicas de cualquier orden, encargadas de reconocer y pagar pensiones de jubilación, prestaciones sociales y salariales de sus trabajadores o afiliados, o comprometidas en ciertos tipos de daño o en conflictos tributarios o aduaneros, tener en cuenta, para la solución de peticiones o expedición de actos administrativos, “los precedentes jurisprudenciales que en materia ordinaria o contenciosa administrativa, por los mismos hechos y pretensiones, se hubieren proferido en cinco o más casos análogos.” El artículo fue declarado exequible, pero en relación con la expresión subrayada tal declaratoria se hizo “en el entendido que los precedentes jurisprudenciales a que se refiere la norma deben respetar la interpretación vinculante que realice la Corte Constitucional.”

---

<sup>491</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, “Sentencia C-539 del 6 de julio de 2011”, MP. Luis Ernesto Vargas Silva. Exp. D-8351.



Como suele suceder cada vez que una norma con rango de ley pretende restarle obligatoriedad o importancia relativa a los pronunciamientos de la Corte Constitucional (recuérdese, por ejemplo, la sentencia C-037/96), este tribunal reaccionó con una fuerte tendencia hacia la derecha de la gráfica de la línea jurisprudencial. En últimas, lo que existe –para la Corte Constitucional– es “un ataque al régimen ordinario del precedente constitucional construido en el período 1995-2010”<sup>492</sup>, ataque que por su puesto ameritaba una respuesta. Para la Corte, la exclusión de los precedentes jurisprudenciales en materia constitucional del listado del artículo 114 de la Ley 1395 constituía una omisión legislativa inconstitucional, yerro que corrigió incluyendo dicha categoría y aclarando que las materias a que se refiere la ley son enunciativas.

La Corte señaló que todas las autoridades públicas, de carácter administrativo o judicial, de cualquier orden, se encuentran sometidas a la Constitución y a la ley, y que como parte de esa sujeción, las autoridades administrativas se encuentran obligadas a acatar el precedente judicial dictado por las Altas Cortes de la jurisdicción ordinaria, contencioso administrativa y constitucional como presupuesto del Estado Social y Constitucional de Derecho, y en desarrollo de ciertas normas constitucionales invocadas por el alto tribunal, incluyendo “la fuerza vinculante del precedente judicial contenida en el artículo 230 superior; así como de la fuerza vinculante del precedente constitucional contenido en el artículo 241 de la Carta Política.” (Se destaca). Vemos, pues, que se trata de una postura radical en virtud de la cual no solo es legítimo estipular el valor vinculante de la jurisprudencia sin vulnerar el artículo 230 CP, sino que ahora la Corte afirma que el respeto de “la fuerza vinculante del precedente judicial” *está exigido por los artículos 230 y 241 de la Carta*, a través de una interpretación amplia del concepto “imperio de la ley” como el conjunto de normas constitucionales y legales, valores y objetivos, “incluida la interpretación jurisprudencial de los máximos órganos judiciales” (Subrayado fuera de texto). Y va más allá la Corte,

---

<sup>492</sup> LÓPEZ, “Eslabones...”, *Op. Cit.*, p. 151.



pues señala que de los precedentes sentados por las Altas Cortes, tiene prelación el precedente constitucional. Por eso, "la interpretación que la Corte haga del texto constitucional es vinculante para todos los operadores jurídicos, sea la administración o los jueces (...) no sólo para la interpretación de la Constitución, sino también para la interpretación de las leyes que obviamente debe hacerse de conformidad con la Carta (...)". (Negrilla fuera de texto)

En consecuencia, "el nivel de vinculatoriedad del precedente judicial es absoluto en el caso de las autoridades administrativas, quienes no gozan de la autonomía que le corresponde a los jueces" (se destaca), y tales autoridades solo pueden apartarse del precedente con argumentos contundentes, en especial si se trata de un precedente constitucional. No cumplir esta carga, según la Corte, puede conllevar a: (i) una infracción directa de preceptos constitucionales o legales o de un acto administrativo de carácter general, (ii) a la posible configuración del delito de prevaricato por acción, y (iii) a la configuración de una causal de procedencia de la tutela contra providencias que se apartan arbitrariamente del precedente horizontal o vertical. En contraste, los jueces por la autonomía judicial que les es propia, pueden apartarse del precedente judicial impuesto por las Altas Cortes "en ciertos casos excepcionales y razonablemente justificados."

En consecuencia, el problema jurídico planteado para efectos del ejercicio de construcción de la línea jurisprudencial es respondido de manera afirmativa, por cuanto la Corte en este caso respetó la voluntad del legislador "de consagrar expresamente el deber de las autoridades administrativas de acatar y aplicar el precedente judicial, tanto en la jurisdicción ordinaria, en la contencioso administrativa, como en la constitucional, especialmente en algunas materias neurálgicas que han producido gran congestión judicial (...) en donde se presenten situaciones similares o análogas que tengan que decidir estas autoridades con el fin de lograr celeridad y uniformidad a los procesos administrativos e impedir la congestión judicial (...)". (Se



destaca)

Se ha optado por limitar esta línea jurisprudencial hasta el año 2011, por motivos metodológicos y prácticos. Los primeros tienen que ver con la importancia de abordar, con detalle y mayor profundidad, los pronunciamientos de la Corte Constitucional frente a los artículos 10, 102 y 269 del CPACA, lo cual se hará en el siguiente capítulo; y los prácticos se concretan en que “curiosamente, nadie ha atacado el mecanismo [*que LÓPEZ denomina, de manera impropia, ‘precedente de descongestión’ contenido en las leyes 1395 de 2010 y 1437 de 2011*] por violar la comprensión textual del inciso 2 del artículo 230”.<sup>493</sup> En todo caso, este balance constitucional es el que se encuentra vigente, y ha sido reiterado por varias **sentencias confirmadoras de principio**, incluidas las sentencias proferidas en ejercicio de control abstracto de constitucionalidad de los artículos 10, 102 y 269 del CPACA, y a las que se refiere el capítulo siguiente.

Así pues, de manera progresiva y por la vía jurisprudencial, se produjo en Colombia una mutación constitucional que explica y sirve de soporte a los desarrollos legales recientes sobre el efecto vinculante de la jurisprudencia e, incluso, la regulación del precedente judicial. Sobre el particular, dice SANTAELLA que...

Con todo, la reciente proliferación de disposiciones legales que buscan valerse de esta **mutación constitucional** de nuestro sistema para dar solución a los grandes problemas de congestión judicial que aquejan al contencioso administrativo, ha sacado a la luz un problema al que hasta hace poco se prestaba escasa atención. Ciertamente, disposiciones como el artículo 114 de la Ley 1395 de 2010 o los artículos 102 y 269 de la Ley 1437 de 2011, en los cuales se prevé la posibilidad de que la Administración prevenga una controversia judicial mediante el arreglo directo o el reconocimiento de lo pedido en sede de procedimiento administrativo con base en la aplicación de **una regla jurisprudencial fijada en una sentencia de unificación de jurisprudencia del Consejo de Estado (caso de la**

---

<sup>493</sup> Ibidem, p. 123.



Ley 1437 de 2011), o bien de una línea jurisprudencial (caso de la Ley 1395 de 2010), han dado lugar a que el juez constitucional se vea forzado a pronunciarse de fondo sobre la forma como la fuerza vinculante de los precedentes opera no ya en instancias judiciales –su ámbito de aplicación natural– sino también en sede administrativa.<sup>494</sup> (Negrilla fuera de texto)

SANTAELLA no solo comparte la aproximación sobre la mutación constitucional aquí mencionada (ver capítulos 3.4 y 4 de la Introducción), sino que distingue con toda claridad las figuras de *jurisprudencia* y *precedente judicial*, lo cual resulta de la mayor relevancia para efectos de la presente investigación. Reconoce también, con acierto, que una única sentencia de unificación de jurisprudencia del Consejo de Estado basta para fijar la regla vinculante, sin necesidad de reiteración, todo lo cual se comparte.

El caso colombiano se encuadra, así, en la clasificación que propone CHIASSONI de los sistemas de relevancia *de iure* de los precedentes, en la categoría de “*Sistemas de vinculación fuerte*”. Dice el autor ...

*(6) Sistemas de vinculación fuerte.* Un sistema otorga a los precedentes judiciales una *fuerza vinculante fuerte*, o una relevancia de *derrotabilidad cerrada*, siempre que la doctrina del precedente (en cuanto a su relevancia externa) contiene las siguientes prescripciones:

(6a) los jueces deben considerar y mencionar en sus sentencias, cualquier precedente relevante;

(6b) los jueces deben dar razones “fuertes”, “serias”, “sólidas”, “imperantes”, “contundentes” para apartarse o revocar un precedente;

(6c) sin embargo, los jueces pueden abstener de seguir los precedentes, si el caso encuadra con una excepción perteneciente a una lista precisa, con un conjunto cerrado de excepciones. (...) <sup>495</sup>

---

<sup>494</sup> SANTAELLA, *Op. Cit.*, p. 144.

<sup>495</sup> CHIASSONI, “La Filosofía...”, *Op. Cit.*, p. 64.





Esto tiene explicaciones exógenas. MORENO destaca que “los sistemas de relevancia del precedente judicial tendencialmente son el resultado del proceso de **recepción** (activado por diferentes razones) y, entonces, **mutación** de modelos jurídicos.”<sup>496</sup> Para este autor, las fuentes del derecho (formales o no, expresas u ocultas) o formantes involucrados, en términos de RODOLFO SACCO, “tanto en el proceso de circulación como en los resultados (mediatos e inmediatos) del mismo, no necesariamente coinciden.”<sup>497</sup> Pero, en cualquier caso, los estudios sobre la jurisprudencia como fuente del derecho “muestran una tendencia hacia la hegemonía de este formante.”<sup>498</sup>

## 5. Las sentencias de unificación jurisprudencial y su régimen

En los términos del artículo 270 del CPACA, las sentencias de unificación jurisprudencial son un tipo especial de sentencia que profiere el Consejo de Estado “por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia”, y también al decidir los recursos extraordinarios o el mecanismo eventual de revisión previsto en el artículo 36A de la Ley 270 de 1996, adicionado por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009. El legislador optó, pues, por adoptar medidas para permear y “establecer una categoría especial de providencias, que el legislador denominó *de unificación jurisprudencial*, con el propósito de brindar claridad respecto de cuáles son vinculantes.”<sup>499</sup> Como lo tiene sentado el Consejo de Estado, “la sentencia de unificación resulta de la necesidad de identificar una interpretación normativa en un tema que no ha sido pacífico y que amerita en esa medida una decisión unificada; también cuando la decisión amerita que se acoja por

---

<sup>496</sup> MORENO, *Op. Cit.*, p. 77.

<sup>497</sup> *Ibidem*, pp. 77-78.

<sup>498</sup> *Ibidem*, p. 79.

<sup>499</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, “Auto del 16 de agosto de 2016”, ponente, Lucy Jannette Bermudez Bermudez. Exp. 11001032800020160005200.



razones de i) importancia jurídica, ii) trascendencia económica o social o iii) o por la necesidad de sentar jurisprudencia.”<sup>500</sup>

Conviene aclarar que, contrario a lo afirmado por LÓPEZ <sup>501</sup>, el primer tipo de sentencias de unificación puede provenir tanto de la Sala Plena como de las secciones del Consejo de Estado (artículo 271, inciso 2 del CPACA). Tampoco es cierto que la Sala Plena sea la única competente para resolver los recursos extraordinarios y el mecanismo eventual de revisión<sup>502</sup>, puesto que el artículo 36A de la Ley 270 de 1996 –adicionado por el artículo 11 de la Ley 1285–, al referirse al mecanismo de revisión eventual en las acciones populares y de grupo, señala con toda claridad que el Consejo de Estado “a través de sus Secciones” podrá seleccionar las sentencias o providencias de los Tribunales Administrativos que pongan fin al litigio para su eventual revisión, con el fin de unificar la jurisprudencia. En el mismo sentido, el artículo 111 del CPACA asigna a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo la función de “Resolver los recursos extraordinarios de revisión contra las sentencias dictadas por las secciones o subsecciones y los demás que sean de su competencia” (numeral 2, se subraya), pero no de las dictadas por los tribunales.

Pero la novedad no consiste en la denominación de las sentencias (asunto meramente formal), ni en su función de unificación, porque la Carta de 1991 en su artículo 237 asignó al Consejo de Estado la función de ejercer como “tribunal supremo de lo contencioso administrativo, conforme a las reglas que señale la ley” (numeral 1). Por el contrario, la novedad se debe a su importancia *de iuris* y *de facto*, garantizada mediante los instrumentos que contiene el mismo Código para la aplicación de tales sentencias. El principal es la extensión de los efectos de las sentencias de unificación jurisprudencial que consiste, en esencia, en aplicar tanto en sede administrativa

---

<sup>500</sup> Idem.

<sup>501</sup> LÓPEZ, “Eslabones...”, *Op. Cit.*, p. 178.

<sup>502</sup> *Ibidem.* p. 178.



[artículo 102 CPACA] como en sede jurisdiccional [artículo 269 CPACA] una sentencia de unificación jurisprudencial dictada por el Consejo de Estado que reconoce un derecho a un caso distinto al que dio origen a la misma, cuando se acrediten los mismos supuestos fácticos y jurídicos que dieron lugar al reconocimiento de la prerrogativa en sede judicial.

Con esta facultad, ideada para descongestionar los despachos judiciales y propiciar el reconocimiento de derechos y garantías ciudadanas en sede administrativa, se supera el concepto de un Estado lejano con poderes exorbitantes, ante quien se acudía simplemente para agotar la vía gubernativa. No en vano el artículo primero del CPACA señala como finalidades de su parte primera “proteger y garantizar los derechos y libertades de las personas (...)”. En efecto, “[l]a nueva lógica del código es que, en el Estado, la primera autoridad llamada a proteger eficazmente los derechos es la autoridad ejecutiva, la administrativa. Y que el juez sólo deberá acudir a su protección excepcional y residualmente”<sup>503</sup>. Este espíritu, aunado al “principio de igualdad”<sup>504</sup>, explica que el artículo décimo del CPACA estipule que las autoridades deben aplicar de manera uniforme las normas y la jurisprudencia al resolver los asuntos de su competencia, teniendo “en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas.”

El CPACA reafirma “la antigua vocación democrática del derecho administrativo colombiano y, bajo la influencia poderosa de la Constitución de 1991, ratifica la idea de la jurisdicción de lo contencioso administrativo como institución de defensa social

---

<sup>503</sup> HERNÁNDEZ, *Op. Cit.*, p. 52.

<sup>504</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1437 del 18 de enero de 2011. Artículo 3. “Principios (...) 2. En virtud del principio de igualdad, las autoridades darán el mismo trato y protección a las personas e instituciones que intervengan en las actuaciones bajo su conocimiento. No obstante, serán objeto de trato y protección especial las personas que por su condición económica, física o mental se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta.”



y salvaguardia de la justicia y del derecho (...)”<sup>505</sup>. Solo que, con el Código, el juez pasa a cumplir esta función de manera residual. En efecto, la primera parte del CPACA contiene un nuevo concepto de Administración Pública, que ahora “debe ser la primera protectora de esos derechos y debe tener la voluntad de actuar siempre tomándolos en cuenta”<sup>506</sup>. Así se planteó desde la Exposición de Motivos del Proyecto de CPACA:

En un Estado social de derecho, el reconocimiento de los derechos de las personas debe hacerse prioritariamente por la administración, dejando la intervención del juez solamente para aquellas situaciones excepcionales en que la administración encuentre que debe negar su reconocimiento.<sup>507</sup> (Se subraya)

Así las cosas, el cambio de lógica en el entendimiento del papel de la administración como “artífice de la defensa de esos derechos”<sup>508</sup>, el otorgamiento de eficaces herramientas a la administración y la reforma misma del procedimiento administrativo que se logra con el CPACA tienen, como contrapartida, una reducción –si se quiere– en las funciones del juez, ante quien solo se deberá acudir cuando sea “realmente necesario (...) para que obligue a la administración a hacer lo que desde el principio ésta ha debido hacer”<sup>509</sup>. Ahora bien, cuando en efecto sea necesaria la intervención del juez, este lo hará con poderes robustecidos en aras de salvaguardar la finalidad principal del código, cual es la tutela judicial efectiva de los derechos de los administrados. En especial, “[p]ara garantizar el respeto a las decisiones judiciales que constituyen jurisprudencia reiterada o de unificación, se propone como mecanismo el derecho a solicitar la extensión y adaptación de la jurisprudencia del

---

<sup>505</sup> HERNÁNDEZ, *Op. Cit.*, p. 51.

<sup>506</sup> ZAMBRANO CETINA, William. “La Protección de Derechos en Sede Administrativa y la Eficacia de los Principios Constitucionales de la Función Administrativa.” pp. 58 – 67. En: CONSEJO DE ESTADO, “La Administración ante el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”, Milenio Editores e Impresores E.U.. Bogotá: 2012. p. 59.

<sup>507</sup> OSTAU, PROYECTO DE LEY 198 DE 2009 SENADO, *Op. Cit.*

<sup>508</sup> ZAMBRANO, *Op. Cit.*, p. 60.

<sup>509</sup> Idem.



Consejo de Estado”<sup>510</sup>, contenida en una sentencia de unificación de jurisprudencia en la que se haya reconocido un derecho.

El reconocimiento de la fuerza normativa de los precedentes para consolidar la fuerza de la jurisprudencia como fuente del Derecho administrativo resulta del movimiento propio de constitucionalización de nuestro derecho administrativo y, en concreto, del procedimiento jurisdiccional de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. O ¿acaso la idea de sentencias de unificación que introdujo el CPACA (art. 270) y la extensión de efectos de una sentencia de unificación (art. 102) no son mecanismos ya utilizadas por la Corte Constitucional, en asuntos de unificación en materia de tutela y ampliación de efectos de una sentencia cuando se encuentre en estado de cosas inconstitucional?<sup>511</sup>

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, en conceptos previos de extensión de jurisprudencia como el de radicado No. 20141030027941-OAJ, fechado el 9 de mayo de 2014, ha contribuido a esclarecer el concepto y alcance de las sentencias de unificación jurisprudencial al ejercer las precisas facultades que le otorgó el artículo 614 del Código General del Proceso a esta Agencia para emitir concepto, previa solicitud de las entidades públicas, con el objeto de que estas puedan resolver las peticiones de extensión de la jurisprudencia a las que se refieren los artículos 10 y 102 de la Ley 1437 de 2011. En el concepto citado, la Agencia analiza en detalle si son o no sentencias de unificación las providencias del Consejo de Estado con base en las cuales se había solicitado a la UGPP la extensión de jurisprudencia, para concluir que ninguna de ellas se ajustaba a los postulados de los artículos 270 y 271 CPACA. En efecto, consideró la Sala que la sentencia del 4 de agosto de 2010 de la Sección Segunda de esa corporación<sup>512</sup>, una de las invocadas, “no contiene la jurisprudencia unificada en materia de liquidación de pensiones de jubilación en el régimen de transición, en tanto difiere de la jurisprudencia de la Corte Constitucional

<sup>510</sup> OSTAU, PROYECTO DE LEY 198 DE 2009 SENADO, *Op. Cit.*

<sup>511</sup> OSPINA, *Op. Cit.* p. 45.

<sup>512</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN SEGUNDA, “Sentencia del 4 de agosto de 2010” de la MP. Víctor Hernando Alvarado Ardila, Rad. 25000-23-25-000-2006-07509-01.



sobre la misma.”

Así mismo, concluye que no constituyen sentencias de unificación jurisprudencial la providencia de la Sección Segunda- Subsección A del Consejo de Estado del 29 de mayo de 2003<sup>513</sup> ni la de la Sección Segunda- Subsección B del Consejo de Estado del 27 de enero de 2011<sup>514</sup>, sentencias en las que se reconoció al demandante el derecho al régimen de transición del artículo 36 de la ley 33 de 1985 (es decir, la aplicación integral de la misma, sin remisión alguna a la ley 100 de 1993) y, por tanto, se ordenó la re-liquidación de la pensión del actor con base en los factores devengados en el último año de servicios. El motivo es que ellas no responden a ninguna de las clases de sentencias indicadas en el artículo 270 del CPACA, a saber:

[...] las que profiera o haya proferido el Consejo de Estado por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia; las proferidas al decidir los recursos extraordinarios y las relativas al mecanismo eventual de revisión previsto en el artículo 36A de la Ley 270 de 1996, adicionado por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009.

Para el Consejo de Estado, el artículo 271 del CPACA descarta las sentencias de las subsecciones como sentencias de unificación; mientras que según auto del 1 de febrero de 2013 de la Sección Cuarta de esa corporación, la competencia de las secciones del Consejo de Estado para proferir sentencias de unificación “nació a la vida jurídica a partir de la expedición y entrada en vigencia del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, para efectos del mecanismo de extensión de jurisprudencia que creó el mismo Código, en su artículo 102”.<sup>515</sup>

<sup>513</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN SEGUNDA, Subsección A, “Sentencia del 29 de mayo de 2003”, Rad. 25000-23-25-000-2000-2990-01.

<sup>514</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN SEGUNDA, Subsección B, “Sentencia del 27 de enero de 2011”, MP. Bertha Lucía Ramírez, Rad. 08001-23-31-000-2007-00112-01.

<sup>515</sup> Rad. 11001-03-27-000-2012-00045-00(19718), Consejera Ponente: Martha Teresa Briceño de Valencia. Citado por: SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Hugo Alejandro. Jefe Oficina Asesora Jurídica, Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. CARTA No. 20141030024481-OAJ del 29-04-2014. (Vía



Como se anunció en el capítulo anterior, la Corte Constitucional ha proferido varias sentencias en ejercicio del control abstracto de constitucionalidad de algunos artículos de la Ley 1437 de 2011, que han terminado de moldear este nuevo esquema jurídico administrativo. Así, la sentencia C-634 de 2011<sup>516</sup> declaró la constitucionalidad condicionada del artículo 10 del citado código, norma que consagra el deber de aplicación uniforme de las normas constitucionales, legales y reglamentarias a situaciones con iguales supuestos fácticos y jurídicos, así como la obligación de "tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas"<sup>517</sup> en ese propósito. El condicionamiento de la Corte radicó en que la norma debía entenderse en el sentido de que "las autoridades tendrán en cuenta, junto con las sentencias de unificación jurisprudencial proferidas por el Consejo de Estado y de manera preferente, las decisiones de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia. Esto sin perjuicio del carácter obligatorio erga omnes de las sentencias que efectúan el control abstracto de constitucionalidad."<sup>518</sup> Se trata de una reiteración de la sentencia dominante C-539/11, ya analizada, puesto que se recoge el carácter predominante o prevalente de los precedentes constitucionales y la absoluta sujeción de las autoridades administrativas -destinatarias de la norma- al citado precedente, con excepción de los casos puntuales establecidos en la propia ley.

La Corte se refiere a "El reconocimiento de la jurisprudencia como fuente formal de

---

Internet.

<https://www.defensajuridica.gov.co/gestion/publicaciones-andje/Lists/Conceptos%20Jurisprudencia%20Articulo%20614/Attachments/23/6%20-%2020141030024481-OAJ.pdf>

<sup>516</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, "Sentencia C-634 del 24 de agosto de 2011", MP. Luis Ernesto Vargas Silva, Exp. D-8413.

<sup>517</sup> Idem.

<sup>518</sup> Idem.



derecho, opción adoptada por el legislador en la norma demandada”<sup>519</sup>, como vía para pasar de un texto normativo a una disposición normativa, esta sí dotada de un significado concreto, previo un proceso de interpretación y “la fijación de reglas, de origen jurisprudencial, para la solución de los casos que se someten a la jurisdicción”<sup>520</sup>. Y cuando esa interpretación la realizan autoridades con facultades constitucionales de unificación de jurisprudencia, como sucede con las altas cortes de justicia, “adquiere carácter vinculante” el precedente (se destaca).

La Corte reconoce que “el sistema jurídico colombiano responde a una tradición de derecho legislado, la cual matiza, aunque no elimina, el carácter vinculante del precedente, lo que no sucede con otros modelos propios del derecho consuetudinario, donde el precedente es obligatorio, basado en el principio del *stare decisis*”<sup>521</sup>. Pero también reconoce que, (i) dada la imposibilidad de que los cuerpos legislativos predigan todos los escenarios de aplicación de las normas, los jueces deben conservar la competencia para definir el derecho a partir de “reglas de origen judicial, creadas a partir de las disposiciones aprobadas por el legislador”<sup>522</sup>; (ii) el juez debe armonizar las diversas disposiciones aplicables, para delimitar la regla de derecho aplicable; (iii) no todas las disposiciones jurídicas están construidas a manera de una regla, sino también otros como principios (mandatos de optimización) que se aplican mediante un proceso de armonización; y (iv) es usual que para la solución de un caso concreto concurren diversas reglas que confieren alternativas de decisión, cuyas colisiones resuelve el juez antes de formular la regla particular de derecho o *ratio decidendi*. Finalmente, el carácter vinculante de los precedentes de las altas cortes se explica, desde la perspectiva teórica expresada, en la necesidad de garantizar la eficacia de principios básicos del Estado Constitucional, como la igualdad y la

---

<sup>519</sup> Idem.

<sup>520</sup> Idem.

<sup>521</sup> Idem.

<sup>522</sup> Idem.





seguridad jurídica que asegura el “carácter ordenador y unificador de las subreglas” que son vinculantes debido a “la naturaleza imperativa que la Carta confiere a la Constitución y a la ley”<sup>523</sup>. Esto obliga a asumir como reglas formales de derecho las decisiones que unifican jurisprudencia y/o hacen tránsito a cosa juzgada constitucional.

Reiterando fallos anteriores, dijo la Corte que “[u]na interpretación adecuada del imperio de la ley a que se refiere el artículo 230 constitucional... no puede entenderse en términos reducidos como referida a la aplicación de la legislación en sentido formal, sino que debe entenderse referida a la aplicación del conjunto de normas constitucionales y legales, valores y objetivos, incluida la interpretación jurisprudencial de los máximos órganos judiciales, la cual informa la totalidad del ordenamiento jurídico.”<sup>524</sup> (Se destaca) Mientras “no exista un cambio de legislación, persiste la obligación de las autoridades públicas de respetar el precedente judicial de los máximos tribunales”<sup>525</sup>. Por eso el cambio de jurisprudencia debe ser justificado y argumentado; y si no es claro, lo primero que debe hacer un alto tribunal es aclarar, precisar y unificar la propia jurisprudencia y, si hay varios criterios jurisprudenciales existentes, se debe “optar por las decisiones que interpreten de mejor manera el imperio de la ley”<sup>526</sup> para el caso en concreto.

La Corte también distingue entre el grado de vinculación precedente jurisprudencial de las altas cortes según si se trata de autoridades judiciales o administrativas: (i) las primeras, por su autonomía constitucional, pueden apartarse haciendo explícitas las razones y demostrando suficientemente la interpretación alternativa “deberá demostrarse a que esa opción es imperiosa, en tanto concurren razones sustantivas

---

<sup>523</sup> Idem.

<sup>524</sup> Idem.

<sup>525</sup> Idem.

<sup>526</sup> Idem.



y suficientes para adoptar esta postura, en tanto el arreglo jurisprudencial existente se muestra inaceptable”<sup>527</sup>, so pena de desconocer el principio de legalidad o incluso incurrir en prevaricato, y (ii) para las autoridades administrativas, por carecer de autonomía, “el acatamiento del precedente jurisprudencial es estricto, sin que resulte admisible la opción de apartarse del mismo”<sup>528</sup>, en especial si es jurisprudencia constitucional. En uno y otro caso, “El estándar aplicable cuando se trata del acatamiento de las decisiones proferidas por la Corte Constitucional, resulta más estricto” debido al efecto erga omnes que les otorga el artículo 243 C.P., a la jerarquía del sistema de fuentes y a la vigencia del principio de supremacía constitucional. “En otras palabras, los argumentos que conforman la razón de la decisión de los fallos de control de constitucionalidad son fuente formal de derecho, con carácter vinculante ordenado por la misma Constitución”.<sup>529</sup> (Se destaca) Las reglas fijadas en las decisiones que ejercen el control constitucional abstracto y concreto son prevalentes en el ejercicio de las competencias adscritas a las autoridades administrativas y judiciales.

En virtud de lo anterior, la Corte encuentra que no existía una razón suficiente para que el legislador omitiera referirse al carácter vinculante de la jurisprudencia constitucional en el caso analizado, configurándose por lo tanto una omisión legislativa relativa y una distinción injustificada, fundada “en el desconocimiento del papel que cumple dicha jurisprudencia en el sistema de fuentes que prescribe la Carta Política”.

<sup>530</sup>

Algo similar podría predicarse de la sentencia confirmadora de principio C-816 de 2011, mediante la cual la Corte declaró la exequibilidad condicionada de los incisos

---

<sup>527</sup> Idem.

<sup>528</sup> Idem.

<sup>529</sup> Idem.

<sup>530</sup> Idem.



primero y séptimo del artículo 102 de la Ley 1437 de 2011, “entendiéndose que las autoridades, al extender los efectos de las sentencias de unificación jurisprudencial dictadas por el Consejo de Estado e interpretar las normas constitucionales base de sus decisiones, deben observar con preferencia los precedentes de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia”<sup>531</sup>. La norma hace parte del título V del Código sobre “Extensión de la Jurisprudencia del Consejo de Estado”, y regula la procedencia de esta figura ante la “autoridad legalmente competente para reconocer el derecho”, siempre que la pretensión judicial no haya caducado<sup>532</sup>. La solicitud debe contener:

(...) 1. Justificación razonada que evidencie que el peticionario se encuentra en la misma situación de hecho y de derecho en la que se encontraba el demandante al cual se le reconoció el derecho en la sentencia de unificación invocada.

2. Las pruebas que tenga en su poder, enunciando las que reposen en los archivos de la entidad, así como las que haría valer si hubiere necesidad de ir a un proceso.

3. Copia o al menos la referencia de la sentencia de unificación que invoca a su favor.

Si se hubiere formulado una petición anterior con el mismo propósito sin haber solicitado la extensión de la jurisprudencia, el interesado deberá indicarlo así, caso en el cual, al resolverse la solicitud de extensión, se entenderá resuelta la primera solicitud.

La autoridad decidirá con fundamento en las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias aplicables y teniendo en cuenta la interpretación que de ellas se hizo en la sentencia de unificación invocada, así como los demás elementos jurídicos que regulen el fondo de la petición y el cumplimiento de todos los presupuestos para que ella sea procedente. (...)

La solicitud de extensión de la jurisprudencia suspende los términos para la presentación de la demanda que procediere ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. (...)

[Se subraya] [artículo 102]

---

<sup>531</sup> Idem.

<sup>532</sup> Este requisito es curioso, teniendo en cuenta que la no caducidad es uno de los presupuestos procesales de la acción, y no se predica del derecho como tal. Ver, entre otros: BETANCUR JARAMILLO, Carlos. “Derecho Procesal Administrativo.” 7 ed. Medellín: Señal Editora Ltda., 2009. pp. 178-181.



Dijo la Corte que, si bien las autoridades administrativas deben ejercer sus funciones de conformidad con el principio de legalidad, también deben adelantarse con fundamento en el principio de igualdad, es decir, garantizando el deber de trato igualitario en la adjudicación y protección de derechos. Además, “las sentencias de los órganos judiciales de cierre y unificación de las diferentes jurisdicciones, además del valor de cosa juzgada propio de ellas frente al caso sub iudice, posee fuerza vinculante como precedente respecto de posteriores decisiones judiciales que examinen casos similares, sin perjuicio de la posibilidad de apartamiento del mismo que tiene el juez”<sup>533</sup>, con razones explícitas, “y tal fuerza vinculante del precedente de las denominadas altas cortes puede ser extendida a la autoridad administrativa por el Legislador, quien cuenta con la posibilidad legal de apartamiento administrativo.”<sup>534</sup> (Se subraya)

También encontró la Corte que su jurisprudencia, “en materia de interpretación de la Constitución y los derechos fundamentales, tiene preeminencia en relación con la jurisprudencia de los órganos judiciales de cierre de las diferentes jurisdicciones, dada la supremacía de la Constitución sobre la normatividad restante del sistema jurídico y las competencias constitucionales de la Corte. Por ello, de conformidad con precedentes de esta corporación, se configuró omisión legislativa relativa en las disposiciones demandada e integrada, y se hace necesario condicionar la resolución adoptada, en los términos de la parte resolutive de esta sentencia.” (subraya fuera del original). Los incisos 1 y 7 del artículo 102 fueron declarados **CONDICIONALMENTE EXEQUIBLES** por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-816-11 *“entendiéndose que las autoridades, al extender los efectos de las sentencias de unificación jurisprudencial dictadas por el Consejo de Estado e interpretar las normas constitucionales base de sus decisiones, deben observar con preferencia los*

---

<sup>533</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, “Sentencia C-816 del 1 de noviembre de 2011”, MP. Mauricio González Cuervo, Exp. D- 8473.

<sup>534</sup> Idem.



*precedentes de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia”.*

En suma, a partir del vínculo entre los principios de igualdad y de legalidad, y de los pronunciamientos anteriores de la Corporación, la Corte reiteró la regla sobre la fuerza vinculante de la jurisprudencia, aunque calificando el grado de vinculatoriedad así: “total en el caso de la jurisprudencia constitucional y auxiliar en el caso de la producida por las otras cortes.”<sup>535</sup>

Finalmente, **mediante sentencia confirmatoria C-588/12**<sup>536</sup>, la Corte resolvió estarse a lo resuelto en la sentencia C-816 de 2011, en relación con las expresiones “extensión de la jurisprudencia del consejo de estado a terceros por parte de las autoridades”, “sentencia de unificación jurisprudencial dictada por el Consejo de Estado” y, “sentencia de unificación” del artículo 102 de la Ley 1437 de 2011. Además, la sentencia C-588/12 declaró la constitucionalidad del artículo 270 y de ciertas expresiones del numeral 3 del artículo 102, del artículo 102 y 269 del CPACA.

En esta sentencia, la Corte reitera el “carácter vinculante del precedente”<sup>537</sup> (se destaca) de las altas cortes (aclarando que todas las sentencias del Consejo de Estado son precedente vinculante, pero no todas se aplican vía extensión de jurisprudencia) y reconoce que los funcionarios judiciales cuentan con un margen de “autonomía funcional” para apartarse del mismo de manera excepcional y justificada. La Corporación cita la sentencia C-816 de 2011 para sostener, en síntesis, que

(i) la jurisprudencia, por definición constitucional, es “criterio auxiliar” de interpretación de la actividad judicial -CP, artículo 230.2-, y de este modo los jueces en sus providencias

<sup>535</sup> QUINCHE, *Op. Cit.*, p. 147.

<sup>536</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, “Sentencia C-588 del 25 de julio de 2012”, ponente Mauricio González Cuervo, Exp. D-8864.

<sup>537</sup> Idem.



“sólo están sometidos al imperio de la ley” -CP, artículo 230.1-; (ii) sin embargo, las decisiones de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura -autoridades de cierre de las correspondientes jurisdicciones- y la Corte Constitucional -en todos los casos, como guardián de la Constitución-, tienen valor vinculante por emanar de órganos diseñados para la unificación de la jurisprudencia, y en virtud de los principios de igualdad, buena fe y seguridad jurídica -CP, artículos 13 y 83-; (iii) excepcionalmente, el juez puede apartarse del precedente judicial vinculante de los órganos jurisdiccionales de cierre, mediante una argumentación explícita y razonada de su apartamiento, en reconocimiento a la autonomía e independencia inherentes a la administración de justicia y al ejercicio de la función judicial -CP, artículo 228-.” También se refiere al apartamiento administrativo de la decisión judicial precedente, figura que está reglada y debe ser “suficientemente motivada por la autoridad administrativa competente, al igual que ocurre cuando un juez se aparta de la jurisprudencia vinculante. (Se subraya)

La sentencia recoge también los pronunciamientos de las sentencias C-539/11 (“sentencia dominante”) y C-634 de 2011 para afirmar el carácter vinculante de la jurisprudencia constitucional y la exigencia de que se respete el precedente por parte de las autoridades administrativas como “parte del respeto del debido proceso y del principio de legalidad en materia administrativa –art. 29, 121 y 122 Superiores-, en cuanto (i) las autoridades están sometidas al imperio de la Constitución y de la ley, y por tanto se encuentran obligadas a aplicar en todas sus actuaciones y decisiones administrativas la Constitución y la ley; (ii) el contenido y alcance de la Constitución y la ley es fijado por las altas Cortes, cuyas decisiones hacen tránsito a cosa juzgada y tienen fuerza vinculante; (iii) las decisiones de las autoridades administrativas no pueden ser arbitrarias y deben fundamentarse de manera objetiva y razonable; (iv) el desconocimiento del principio de legalidad implica la responsabilidad de los servidores públicos (art. 6 y 90 C.P.-); (v) las actuaciones y decisiones de las autoridades administrativas deben respetar la igualdad de todos ante la ley –art. 13 C.P.”<sup>538</sup>,

---

<sup>538</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, “Sentencia C-539 del 6 de julio de 2011”, MP. Luis Ernesto Vargas Silva. Exp. D-8351.



recordando también lo dicho en fallos anteriores sobre la autonomía funcional de los jueces.

Esta sentencia se mantiene alineada con la interpretación amplia de “imperio de la ley” que se expuso líneas atrás, puesto que entiende incluidas en dicha categoría las sentencias de las altas cortes encargadas de la unificación de jurisprudencia. Confirma, además, que la sujeción de la administración al precedente sigue siendo estricto, al punto que hay unas causales regladas en virtud de la libertad de configuración del Legislador “en materia de la definición y el régimen de las acciones y los procesos judiciales”<sup>539</sup>, causales que están sujetas a control posterior del Consejo de Estado para que la administración pueda ejercer el apartamiento administrativo.

[...] Además, tal posibilidad tiene carácter excepcional y restringido, pues en principio, lo que procede es que la administración acoja la jurisprudencia que define el punto sobre el cual ésta se debe pronunciarse; y solo mediante una argumentación explícita y exigente, cabe oponer un criterio discrepante que sustente el *apartamiento administrativo*. Decisión que, por lo demás, no es definitiva, pues dentro del trámite legalmente dispuesto se prevé un mecanismo expedito y celerado que permite al interesado propiciar la intervención del máximo órgano de lo contencioso administrativo, con el objeto de evaluar la postura de la administración y, si es el caso, ratificar la posición jurisprudencial en discusión a través de una decisión que resulta obligatoria para aquella<sup>540</sup>.

Aunque en esta oportunidad la constitucionalidad de la facultad de apartamiento administrativo no fue condicionada, es como si lo fuera, puesto que la *ratio decidendi* de la sentencia consistió en declarar el carácter absolutamente “excepcional y restringido” de esta posibilidad, condición que no deriva del texto mismo del código, sino de la reconceptualización que de ella hizo la Corte Constitucional.

---

<sup>539</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, “Sentencia C-588 del 25 de julio de 2012”, ponente Mauricio González Cuervo, Exp. D-8864.

<sup>540</sup> Idem.



Todo esto implica un cambio en la forma de concebir el rol de la administración pública en sus relaciones con los particulares e invita a repensar el sistema colombiano de fuentes del derecho y, con él, el talante del ordenamiento jurídico. Es ahora la ley (que, al menos según el texto de la Constitución, es la fuente principal de derecho) la que introdujo estas figuras, y que han sido avaladas por la Corte Constitucional. En palabras de QUINCHE...

La positivización y la reconfiguración del precedente judicial en la jurisdicción administrativa es tal vez el asunto más importante del Nuevo Código, por varias razones, siendo las principales las siguientes: porque concurre con el hecho incontestable de la mutación del sistema de fuentes; porque hace posible desprenderse de la “herencia francesa”, del modelo del positivismo formalista y de las limitaciones del control de legalidad; y porque le permite al Consejo de Estado comportarse de un modo similar a como lo hace un tribunal constitucional, la Corte Constitucional.<sup>541</sup>

## **6. Las sentencias de unificación jurisprudencial tienen valor de ‘precedente’, y no constituyen mera ‘jurisprudencia’**

Los términos *‘jurisprudencia’* y *‘precedente’* son distintos, en cuanto el primero tiene naturaleza persuasiva y argumentativa, mientras que el segundo tiene carácter normativo y obligatorio. No se utiliza aquí, entonces, el concepto de precedente en sentido amplio que expone ITURRALDE –el que incluye tanto los obligatorios como los persuasivos<sup>542</sup>-. Tampoco la concepción de HENAO<sup>543</sup>, quien asimila los conceptos de jurisprudencia y precedente, sin ahondar en la obligatoriedad de las decisiones

---

<sup>541</sup> QUINCHE, *Op. Cit.*, p. 136.

<sup>542</sup> ITURRALDE, Victoria. “El Precedente Como Una Fuente De Interpretación (Perspectiva Desde El Derecho Continental)”, pp. 231-261. En: CARLOS BERNAL PULIDO, THOMAS BUSTAMANTE (EDS.), “Fundamentos Filosóficos de la Teoría del Precedente Judicial”, Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho No. 71, Trad. Rodrigo Camarena González, Junio de 2015. p. 243.

<sup>543</sup> HENAO, *Op. Cit.*





judiciales para los casos futuros ni el deber de justificación que debe satisfacer el juez del futuro que pretenda separarse del caso anterior.

TARUFFO explica la distinción así :

Antes que nada, existe una distinción de carácter, por así decirlo, cuantitativo. Cuando se habla del precedente se hace generalmente referencia a una decisión relativa a un caso particular, mientras que cuando se habla de la jurisprudencia se hace, generalmente, referencia a una pluralidad, a menudo bastante amplia, de decisiones relativas a varios y diversos casos concretos. La diferencia no es solo de tipo semántico. El hecho es que en los sistemas que tradicional y típicamente se fundamentan en el precedente, **generalmente la decisión que se asume como precedente es una sola**; más aún, pocas decisiones sucesivas son citadas para sostener el precedente. De este modo, es fácil identificar cual decisión verdaderamente “hace precedente”. **En cambio, en sistemas como el italiano, en los que se alude a la jurisprudencia, se hace referencia generalmente a muchas decisiones.** [...]

[...] El precedente provee una regla –susceptible de ser universalizada, como se ha dicho– que puede ser aplicada como criterio de decisión en el caso sucesivo, en función de la identidad o, como sucede regularmente, de la analogía entre los hechos del primer caso y los hechos del segundo caso. Naturalmente la analogía entre los dos casos es afirmada o excluida por el juez del caso sucesivo según retenga prevalentes los elementos de identidad o los elementos de diferencia entre los hechos de los dos caso. Es por lo tanto el juez del caso sucesivo el que establece si existe o no existe el precedente, y entonces, por así decirlo, “crea” el precedente. Aparte de este perfil [...] permanece claro que **la estructura fundamental del razonamiento que llega a aplicar el precedente al caso sucesivo se funda en el análisis de los hechos.** [...] El empleo de la jurisprudencia tiene características bastante diversas. El análisis comparativo de los hechos falta, al menos en la **grandísima mayoría de los casos.** [...] <sup>544</sup> (Negrilla fuera de texto).

---

<sup>544</sup> TARUFFO, *Op. Cit.*, pp. 87-88.



Como bien lo señala DIEZ-PICAZO<sup>545</sup> “la idea originaria de jurisprudencia se ha ido desnaturalizando hasta casi perderse. No significa hoy lo mismo que *‘prudentia iuris’*. No significa tampoco como entre los autores alemanes (*Jurisprudenz*) y anglosajones (*Jurisprudence*), ciencia del Derecho. Para nosotros (e igual franceses e italianos) significa ante todo un complejo de afirmaciones y decisiones pronunciadas en sus sentencias por los órganos jurisdiccionales del Estado y contenidas en ellas.”<sup>546</sup>

Ahora bien, en relación con el concepto de precedente (relacionado pero no equiparable al de jurisprudencia), dice el mismo autor que “el precedente es un caso ya decidido, que actúa como directriz de la decisión del nuevo caso planteado que puede ser y es una decisión judicial”.<sup>547</sup> A su turno, ROBLES ALVAREZ DE SOTOMAYOR señala que es “la norma o principio de Derecho objetivo, inducida de la decisión judicial, declaratoria o confirmatoria del Derecho, vinculante para los Tribunales de Justicia dentro de ciertos límites dados por la razón y la justicia”.<sup>548</sup> Y no es lo mismo hablar de *case law* (el derecho basado en el caso concreto y su solución) que del principio *stare decisis et non quieta movere*, que impone al juzgador la obligación de atenerse –por regla general- a pronunciamientos anteriores y la doctrina de la vinculación fuerte al precedente, propia del siglo XIX inglés.<sup>549</sup> Para LAPORTA, son reglas estrictas del precedente, las siguientes: “la de la vinculación fuerte a la propia decisión anterior, y sobre todo, la de la vinculación a lo dictado por una corte de superior jerarquía, en el caso inglés por la Cámara de los Lores.”<sup>550</sup>

---

<sup>545</sup> DIEZ-PICAZO, L. “Estudios sobre la jurisprudencia civil”, I, cit., p. 2.

<sup>546</sup> CALVO. *Op. Cit.* p. 74.

<sup>547</sup> DIEZ-PICAZO, L. “Experiencias...”. *Op. Cit.* p. 96.

<sup>548</sup> ROBLES ALVAREZ DE SOTOMAYOR, A. “El precedente judicial anglosajón y la jurisprudencia española”, en la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, T. XV, num 183, mayo 1948, p. 509. Citado por: CALVO, *Op. Cit.*, p. 96.

<sup>549</sup> LAPORTA, *Op. Cit.*, pp. 34-35.

<sup>550</sup> *Ibidem*, pp. 35-36.



Para efectos de este trabajo, se podría definir el “precedente judicial” partiendo de la definición de GASCÓN, aunque con la siguiente adición: **el precedente es “el *criterio jurídico, principio o fundamento* que justifica una decisión que es utilizado como una fuente jurídica para resolver casos futuros” (GASCON<sup>551</sup>) que, además, incorpora en su seno los hechos materiales del caso** (no su descripción). El complemento aquí enunciado termina aproximando la definición de GASCÓN a la de GOODHART, quien entiende el holding o ratio decidendi de una decisión judicial como el principio jurídico que determina el resultado de la decisión judicial de acuerdo con los “hechos materiales”.<sup>552</sup> El vocablo ‘principio’ no deberá leerse –en este contexto- por oposición al concepto de ‘regla’, sino como sinónimo de aquel criterio o razón que da cuenta de la decisión.

Esta concepción va en línea con el entendimiento que tiene la Sala Plena del Consejo de Estado acerca de los elementos que integran el concepto de *precedente judicial vinculante*, bien distinto del concepto de jurisprudencia y desligado de la necesidad de reiteración (es decir, desvinculado de la existencia o no de una línea jurisprudencial). Para esta Corporación...

El precedente judicial, en tanto que elemento jurídico que ejerce una fuerza gravitacional que atrae hacia su contenido los casos concretos que deban ser resueltos en el futuro por el mismo juez o por sus subordinados funcionales -según que se trate de precedente horizontal o de precedente vertical, respectivamente- sólo puede estructurarse correctamente a partir de la inescindible conjunción entre (i) los hechos relevantes del caso a decidir, (ii) la subregla o criterio jurisprudencial en el cual se soporta la decisión adoptada por el juez o tribunal -la ya comúnmente llamada ratio decidendi- y (iii) la parte resolutive del correspondiente fallo –decisum-.

---

<sup>551</sup> GASCÓN, Marina. “La Racionalidad y el (Auto) Precedente: Breves Consideraciones sobre el Fundamento y las Implicaciones de la regla del Auto-Precedente”. pp 67- 104. En: CARLOS BERNAL PULIDO, THOMAS BUSTAMANTE (Eds.), “Fundamentos Filosóficos de la Teoría del Precedente Judicial”, Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho No. 71, Trad. Rodrigo Camarena González, Junio de 2015. p. 68.

<sup>552</sup> GOODHART, *Op. Cit.* p. 169. Tomado de: MAGALONI, *Op. Cit.* p. 92.



La identidad de patrones fácticos existente entre la decisión constitutiva de precedente y aquella(s) a la(s) cual(es) el mismo puede ser aplicado, es lo que determina que, en principio, el juez deba aplicar la misma subregla jurisprudencial para resolver el nuevo litigio —*stare decisis*—, a no ser que pueda y/o deba aducir sólidos argumentos que lo fuercen a apartarse de o a no aplicar el criterio de decisión utilizado en el evento antecedente.

Así pues, el precedente judicial vinculante no está constituido por cualquier aparte o segmento de un pronunciamiento jurisdiccional, elegido de manera inopinada por el operador jurídico y carente de conexión alguna con los tres elementos antes aludidos - hechos relevantes del caso (o problema jurídico abordado), subregla o criterio jurisprudencial de decisión (*ratio decidendi*) y parte resolutive del proveído- sino, precisamente, por la conjunción de estos últimos, cuya articulación es la que permite que la jurisprudencia se utilice técnicamente de manera correcta como fuente normativa y que resulte verdaderamente limitante de los vaivenes injustificados en las decisiones de las autoridades -administrativas o jurisdiccionales- o, en otros términos, que funcione como herramienta de control frente a la arbitrariedad.<sup>553</sup>

## Según LÓPEZ...

La disciplina del precedente difiere en formas muy importantes de la idea tradicional de jurisprudencia meramente indicativa: bajo esta última las citas a casos anteriores tienden a ignorar criterios de analogía fáctica y a concentrarse más bien en la definición de *conceptos jurídicos* hecha en sentencias anteriores; en consecuencia, cada caso nuevo se decide de conformidad con la Ley y con el concepto jurídico anteriormente definido, con baja sensibilidad a la fuerza gravitacional de fallos anteriores análogos por sus hechos y circunstancias; finalmente, esta concepción de la jurisprudencia permite cambios frecuentes de criterio sin que se defina o discuta la doctrina jurisprudencial fijada en casos análogos.

---

<sup>553</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, “Auto de 11 de septiembre de 2012”, MP Mauricio Fajardo Gómez. acción popular No. 17001-33-31-003-2010-00205-01. Citado por: COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN SEGUNDA, Subsección A, “Sentencia del 9 de Abril de 2014”, MP. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Rad. 11001-03-25-000-2013-01528-00(3918-13).



(...) La utilización del modelo de jurisprudencia indicativa, al mismo tiempo, tiende a privilegiar el papel de la Ley en la definición de los casos, mientras que dentro de la doctrina del precedente, con frecuencia, la subregla jurisprudencial resulta fundamental en la decisión del caso.<sup>554</sup>

Si bien es cierto que el CPACA pretende reducir las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado a meros casos de interpretación y aplicación uniforme de normas constitucionales, legales y reglamentarias (es decir, a '*constitutional precedents*' o '*statutory precedents*', para adoptar la terminología americana, por oposición a los '*common law precedents*'<sup>555</sup>), una cosa es lo que el código declama y otra la realidad. En efecto, el artículo 102 del CPACA se refiere a la extensión de los efectos, no de las normas debidamente interpretadas por el Consejo de Estado, sino "de una sentencia de unificación jurisprudencial dictada por el Consejo de Estado", para lo cual el interesado deberá invocar una sentencia de unificación y demostrar la identidad de hecho y de derecho entre la situación del peticionario y la del demandante al cual se le reconoció el derecho en la sentencia invocada. Ello es así, aunque de inmediato la norma proceda a 'aclarar' que la autoridad deberá decidir "con fundamento en las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias aplicables y teniendo en cuenta la interpretación que de ellas se hizo en la sentencia de unificación invocada" así como los demás elementos que regulen el asunto. No obstante, este lenguaje no basta para despojar a estas sentencias de la categoría de precedente. Por el contrario, la extensión de los efectos de la sentencia de unificación por parte de la autoridad administrativa o del Consejo de Estado, y la posibilidad de interponer un recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia (que, si prospera, conducirá a la anulación, en lo pertinente, de la sentencia recurrida) demuestran que tales sentencias tienen valor normativo para la

---

<sup>554</sup> LÓPEZ, "El Derecho...", *Op. Cit.* pp. 109- 110.

<sup>555</sup> MAGALONI, *Op. Cit.*, pp. 31-32.



decisión de casos análogos que surjan en el futuro y, por tanto, constituyen verdadero 'precedente'.

Y el rol unificador de la figura aparece no solo en su configuración legislativa, sino en los requisitos para su procedencia. En efecto, cuando se le solicita al Consejo de Estado avocar el conocimiento de procesos judiciales en curso para expedir una sentencia de unificación jurisprudencial fundado en la necesidad de sentar jurisprudencia, es una carga del peticionario demostrar esta situación. Así lo aclaró esta Corporación en auto del 23 de junio de 2016, en el que se negó a avocar conocimiento de 40 procesos de nulidad y restablecimiento del derecho que se encontraban surtiendo la segunda instancia en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, porque el peticionario no logró demostrar la falta de uniformidad en los pronunciamientos de los juzgados y tribunales administrativos del país en relación con el reconocimiento de la reliquidación de la asignación de retiro de los uniformados de la Policía Nacional respecto del año 1996 con base en el IPC. Según el Consejo de Estado, el peticionario tampoco sustentó su afirmación acerca de la existencia de demandas de 25 mil retirados de la Policía Nacional para reclamar lo que también en estos procesos se solicitaba, esto es, la reliquidación de su asignación de retiro teniendo en cuenta la variación del IPC durante el año 1996, por lo que no se encontró que se tratara de un asunto de trascendencia social o económica<sup>556</sup>.

Así pues, el Consejo de Estado acudió a los pronunciamientos previos acerca del rol unificador de la jurisprudencia casacional para definir lo que se entiende por sentar jurisprudencia, "especialmente las ideas de: desarrollo de la jurisprudencia, desarrollo de precedentes y garantía de los derechos fundamentales".<sup>557</sup> Según el alto tribunal:

---

<sup>556</sup> COLOMBIA, CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN SEGUNDA. "Auto del 23 de junio de 2016", MP Sandra Lisset Ibarra Vélez, Exp. 110010325000201600244 00 (1423-2016).

<sup>557</sup> Idem.



En ese sentido, la expresión “necesidad de sentar jurisprudencia” contenida en el artículo 271 de la Ley 1437 de 2011, como causal que faculta al Consejo de Estado para proferir sentencias de unificación jurisprudencial, alude a la identificación, a partir de los supuestos facticos del caso estudiado, de escenarios propicios para que la Corporación en su calidad de órgano de cierre de la jurisdicción, desarrolle criterios o tesis para, por ejemplo, aclarar puntos oscuros o zonas grises de la legislación, doctrinales o jurisprudenciales, perfeccionar o refinar sus propios precedentes y garantice los derechos fundamentales, esto último en pro de asegurar los fines del Estado establecidos por el Constituyente en el artículo 2 superior.<sup>558</sup>

## **7. Situación jurídica poco satisfactoria, propósito y estructura de esta investigación**

Dada la profunda transformación del papel de la jurisprudencia contencioso administrativa en los últimos años, abandonando su rol meramente indicativo<sup>559</sup> para asumir un valor normativo como “precedente judicial”, es necesario analizar el precedente contencioso administrativo de cara a la cultura de los operadores jurídicos en el Colombia, los fundamentos doctrinales y jurisprudenciales de la existencia del precedente judicial en Colombia y las finalidades del CPACA, poniendo a prueba las herramientas de *análisis dinámico de precedentes*<sup>560</sup> de más extendida aplicación en Colombia.

En este ejercicio, el estudio de otras posturas epistemológicas, más afines al derecho de creación judicial, dará luces sobre los parámetros teóricos y empíricos que deberían tener en cuenta los jueces contencioso administrativos y las autoridades administrativas en Colombia para determinar y aplicar el “precedente judicial” contenido en las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado al decidir los asuntos que llegan a su conocimiento. Lo anterior, para avanzar hacia una

---

<sup>558</sup> Idem.

<sup>559</sup> LÓPEZ, “El Derecho...”, *Op. Cit.*, pp. 109- 110.

<sup>560</sup> *Ibidem*, pp. 139 y ss.



justificación racional de las decisiones judiciales y administrativas que aplican esta fuente del derecho. Además, como toda “cultura jurídica tiene una teoría, así sea implícita, del derecho”<sup>561</sup>, es obligatoria la referencia a las teorías que acompañan las distintas doctrinas sobre el precedente.

A diferencia de países como México o Brasil, donde el tribunal a cargo de generar los precedentes identifica de manera formal y explícita la *ratio decidendi* del fallo (lo cual ocurre en las “tesis jurisprudenciales” de la Corte Suprema Federal mexicana, así como en la “súmula vinculante” brasileña), en Colombia existe relativa libertad para que el juez que lee el fallo –no quien lo escribió- extraiga la *ratio decidendi* de la decisión.<sup>562</sup> En esto el esquema de decisión difiere, también, de las máximas elaboradas por cada una de las salas de la Corte de Casación de Italia:

La característica más importante de las máximas es que se trata de enunciaciones que se concretan en pocas frases que tienen por objeto reglas jurídicas. Estas reglas tienen generalmente un contenido más específico respecto al dictado textual de la norma de la cual se construye una interpretación; sin embargo, son siempre formuladas como reglas, es decir, como enunciaciones generales de contenido preceptivo. No en vano las recolecciones de jurisprudencia se asemejan a codificaciones más detalladas de aquellas que representan los códigos verdaderos y propios, pero continúan siendo una “recolección de normas”. [...] Aquí solo vale la pena observar que, en cuanto conozco, una oficina como aquella del Massimario<sup>563</sup> existe solo en Italia, y que los sistemas en los cuales rige la regla del precedente no conocen nada parecido a nuestras máximas. De hecho, en aquellos ordenamientos el precedente lo constituye la entera sentencia, y no textos que más o menos contienen extractos de las motivaciones en derecho.<sup>564</sup>

---

<sup>561</sup> LÓPEZ, “Teoría Impura...”, *Op. Cit.*, p. 51.

<sup>562</sup> LÓPEZ, “Eslabones...”, *Op. Cit.*, p. 61.

<sup>563</sup> Oficina en cabeza del Instituto Poligráfico del Estado Italiano que publica dos revistas mensuales: Massimario de las decisiones civiles y de las decisiones penales, las cuales contienen todas las máximas extraídas de las sentencias de la corte de casación, con la indicación de los respectivos precedentes jurisprudenciales.

<sup>564</sup> TARUFFO, *Op. Cit.*, p. 89.





Y aunque la Corte Constitucional ha trazado algunos parámetros para identificar la *ratio decidendi* de la sentencia (SU- 047 de 1999 y T-292 de 2006, entre otras), no hay uniformidad al respecto, y menos aún en materia contencioso administrativa, donde solo hace unos pocos años se han tomado como propias las categorías de análisis de la Corte Constitucional. Por eso, de tiempo atrás, JULIO puso en duda tanto la utilidad de ciertas herramientas hermenéuticas como la existencia de “una metodología única e infalible para identificar la ratio de una providencia judicial, y con ella el precedente vinculante”, dadas las múltiples lecturas que admite la jurisprudencia.<sup>565</sup>

Se intentará, pues, producir una verdadera teoría ‘local’ o ‘particular’ del precedente judicial. Esta teoría deberá reconocer los elementos característicos de las teorías hegemónicas trasplantadas (LÓPEZ alude a las ideas originadas en las jurisdicciones prestigiosas, figuras parentales de las *familias jurídicas*<sup>566</sup>) pero, al tiempo, deberá ajustarlos a la realidad colombiana (‘sitio de recepción’<sup>567</sup>). Y debe hacerlo teniendo en cuenta los fundamentos teóricos y constitucionales del respeto del precedente judicial en Colombia y el objetivo de la creación de las ‘sentencias de unificación jurisprudencial’ en la Ley 1437 de 2011.

Así, más que un estudio materialista o sociológico sobre cómo interactúan las teorías transnacionales con nuevas circunstancias materiales, como son las instituciones o actores locales<sup>568</sup>, aquí se abandonará el tradicional escepticismo frente a la posibilidad de desarrollo teórico en América Latina para, en cambio, intentar una participación periférica en el debate iusteórico<sup>569</sup> incluso más allá de las tareas de

---

<sup>565</sup> JULIO ESTRADA, Alexei. “Presentación”. pp. 15-20. En: Benavides, José Luis (Compilador). “Contribuciones para el sistema de precedentes jurisprudencial y administrativo” (serie Temas de Derecho Administrativo No. 1), Universidad Externado de Colombia, Julio de 2014, Bogotá. p. 17.

<sup>566</sup> LÓPEZ, “Teoría Impura...”, *Op. Cit.* p. 17.

<sup>567</sup> Idem.

<sup>568</sup> Ibidem, p. 21.

<sup>569</sup> Ibidem, p. 18.



descripción, prescripción y predicción que LÓPEZ propone para países periféricos o semiperiféricos. No se trata, tampoco, de un estudio de derecho comparado, ni de una disertación de filosofía del derecho, puesto que los elementos de derecho extranjero, de teoría jurídica y de filosofía jurídica que aquí se emplean son meras herramientas para la construcción de la teoría local que se propone.

El **problema de investigación**, que es de tipo normativo<sup>570</sup>, puede plantearse de la siguiente manera: ¿Cuál teoría del precedente judicial deberían tener en cuenta los jueces contencioso administrativos y las autoridades administrativas en Colombia para determinar y aplicar de manera racional el “precedente judicial” que contienen las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado al decidir los asuntos que llegan a su conocimiento, para que el resultado sea racionalmente justificado?

En este sentido, el trabajo se encamina a demostrar la **hipótesis** de que en Colombia, los jueces contencioso administrativos y las autoridades administrativas, con el fin de determinar y aplicar de manera racional el precedente judicial contenido en las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado para resolver los casos que llegan a su conocimiento, deberían aplicar criterios teóricos y prácticos propios de una teoría local del precedente, hasta ahora inexistente, que atienda: (i) los aportes *iusteóricos* a la doctrina trasnacional del precedente judicial y los flujos jurídicos que dieron origen a la figura del precedente en Colombia, (ii) los fundamentos teóricos y constitucionales del respeto del precedente judicial en Colombia y (iii) los objetivos de la creación de las ‘sentencias de unificación jurisprudencial’ en la Ley 1437 de 2011.

El tema es **pertinente** porque se inscribe en el nuevo régimen de derecho administrativo en Colombia, que ha suscitado importantes preguntas sobre el valor

---

<sup>570</sup> Se trata de establecer como debería tratarse el precedente desde una teoría local del precedente judicial para el contexto normativo y la cultura jurídica colombiana.



de la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional en materia contencioso administrativa. Además, es un tema **novedoso**, debido al reconocimiento que la Ley 1437 de 2011 hizo del nuevo papel de las providencias del Consejo de Estado –esto es, su carácter de verdadero precedente- y, sobre todo, debido a los retos que para el operador jurídico representan los mecanismos para garantizar la vinculatoriedad de las sentencias de unificación jurisprudencial. Y tiene **relevancia** tanto práctica como teórica, pues no sólo brindará criterios a los operadores jurídicos –quienes suelen carecer de las destrezas del jurista anglosajón en esta materia- para determinar y aplicar el “precedente judicial” contenido en las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado al decidir los asuntos que llegan a su conocimiento; sino que, además, con esta tesis doctoral se espera realizar una contribución a la teoría general del Derecho en Colombia y, en especial, a la construcción de una teoría jurídica local en torno del precedente contencioso administrativo, hoy inexistente. Por tanto, se abordará el tema desde una perspectiva novedosa y se avanzará en la construcción de una teoría jurídica del precedente contencioso administrativo.

Para estos efectos, la investigación tiene la siguiente estructura. En vista de que las doctrinas de derecho extranjero sobre el precedente judicial vienen acompañadas de importantes fundamentos filosóficos y esquemas metodológicos, la **PRIMERA PARTE** de esta disertación se dedica al análisis de lo que se ha denominado «teoría transnacional del precedente judicial»<sup>571</sup>, incluyendo –en la medida de lo posible- los contextos culturales y las teorías de derecho en las que se fundan estas normas. Una vez revisados los aportes *iusteóricos* que han hecho distintas doctrinas y autores contemporáneos sobre el papel del precedente en la práctica judicial desde la teoría de la interpretación jurídica y desde la teoría de la argumentación jurídica, **se fundamenta la NECESIDAD de una teoría local del precedente judicial, y los**

---

<sup>571</sup> LÓPEZ, “Teoría...”, *Op. Cit.*, Capítulo 1.



**FUNDAMENTOS y CONDICIONES** que debería tener dicha teoría. Así pues, el punto de partida será lo avanzado por las teorías hegemónicas trasplantadas (o susceptibles de ser trasplantadas), con las mutaciones necesarias para que, en lo posible, la teoría local sea acorde a la cultura jurídica local, a la tradición del ordenamiento jurídico y a las necesidades que plantea el CPACA.

En esta parte se abordará, por tanto, la cuestión acerca de si el proceso de razonamiento con precedentes es distinto del proceso de razonar con textos normativos. Debe aclararse, desde ahora, que en esta investigación no se intentará reconstruir el proceso psicológico que conduce al juez a una decisión determinada, por motivos similares a los que expone EZQUIAGA:

[...] una investigación del primer tipo no tendría sentido como algo autónomo [*del análisis del material decisorio, es decir, los argumentos ofrecidos por el aplicador judicial en la motivación de su decisión*] para aquellos que aprecian una relación sustancial entre motivación y decisión... Y, en segundo lugar, el material psicológico es la mayoría de las veces inaccesible y difícil de analizar. En definitiva, el estudio del razonamiento justificativo partiendo de los argumentos ofrecidos en la sentencia puede o no coincidir con el proceso psicológico seguido por el juez para adoptar la decisión, pero, en cualquier caso, el decisorio, además de ser el único material accesible, es el único que en estos momentos permite un control institucional sobre la labor del juez [...].<sup>572</sup>

Así las cosas, si se encuentra (i) que el razonamiento con precedentes es una forma 'peculiar' o 'especial' de razonamiento jurídico, y (ii) que ninguna de las doctrinas sobre el precedente judicial aquí estudiadas puede aplicarse *in toto* para determinar y aplicar el precedente judicial contenido en las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en Colombia, quedará entonces demostrada la NECESIDAD de una teoría del precedente judicial para Colombia. Además, la revisión de las distintas

---

<sup>572</sup> EZQUIAGA, Francisco Javier. "Argumentos Interpretativos Y Postulado Del Legislador Racional". Pp. 157 - 186. En: VÁZQUEZ, Rodolfo. Compilador. "Interpretación Jurídica y Decisión judicial". México D.F.: Doctrina Jurídica Contemporánea, 3 ed, 2002. pp. 161-162.



posturas epistemológicas permitirá determinar las **CONDICIONES** generales y los **FUNDAMENTOS** teóricos de dicha teoría para el caso colombiano, puntos de partida para la segunda parte de la tesis.

A partir de los fundamentos teóricos y las condiciones prácticas ya mencionados, en la **SEGUNDA PARTE** se intentará construir una la teoría local y racional del precedente judicial que permita a los jueces contencioso administrativos y a las autoridades administrativas en Colombia determinar y aplicar de manera racional el “precedente judicial” que contienen las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado al decidir los asuntos que llegan a su conocimiento. Así, a partir del concepto de precedente *stricto sensu* ya explicado y de los aportes doctrinales que en Colombia se han hecho –en especial desde la academia y desde la Corte Constitucional- sobre el carácter vinculante de la jurisprudencia, se abordarán las consecuencias del concepto estricto de precedente judicial que aquí se adopta, aclarando cuáles son las sentencias que se encuentran comprendidas en esta categoría y el grado de vinculatoriedad que ellas ostentan para las autoridades judiciales y administrativas. Se presentarán, así, los elementos estructurales de la Teoría Local del Precedente Contencioso Administrativo, incluidas sus premisas contextuales y su método de aplicación.

Finalmente, se presentará un capítulo de **CONCLUSIONES**, en el que se destacarán los principales hallazgos de esta investigación, si ellos valen la pena, así como los pilares y criterios de la teoría local del precedente así construida.



## PARTE I

### NECESIDAD, FUNDAMENTOS Y CONDICIONES DE UNA TEORÍA LOCAL DEL PRECEDENTE JUDICIAL

En vista de que las doctrinas de derecho extranjero sobre el precedente judicial vienen acompañadas de importantes fundamentos filosóficos y esquemas metodológicos, esta **PRIMERA PARTE** se dedica al análisis de la “teoría transnacional del precedente judicial”, incluyendo –en la medida en que los límites de esta investigación lo permiten– los contextos culturales y las teorías de derecho en las que se fundan.

En esta parte se abordará, por tanto, la cuestión acerca de si el proceso de razonamiento con precedentes es distinto del proceso de razonar con textos normativos. Si se encuentra (i) que el razonamiento con precedentes es una forma ‘peculiar’ o ‘especial’ de razonamiento jurídico, y (ii) que ninguna de las doctrinas sobre el precedente judicial aquí estudiadas puede aplicarse *in toto* para determinar y aplicar el precedente judicial contenido en las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en Colombia, **quedará entonces demostrada la NECESIDAD de una teoría del precedente judicial para Colombia.**

Con esta premisa, una vez revisados los aportes *iusteóricos* que han hecho distintas doctrinas y autores contemporáneos sobre el papel del precedente en la práctica judicial desde la teoría de la interpretación jurídica y desde la teoría de la argumentación jurídica, se podrán determinar los **FUNDAMENTOS teóricos y las CONDICIONES prácticas de dicha teoría** para el caso colombiano. Así las cosas, partiendo de lo avanzado por las teorías hegemónicas trasplantadas (o susceptibles de ser trasplantadas), se presentarán las bases de una teoría local que sea acorde a la cultura jurídica local, a la tradición del ordenamiento jurídico colombiano y a las



necesidades que plantea el CPACA. Todo ello servirá como punto de partida para la PARTE II de la tesis.



## TÍTULO I- NECESIDAD DE UNA TEORÍA LOCAL DEL PRECEDENTE JUDICIAL

LÓPEZ describe la iusteoría como una “empresa transnacional”, en el sentido de que los autores, argumentos y controversias de la teoría del derecho están ubicados por encima de lo nacional, regional o local, “en donde cierto tipo de conocimiento abstracto del derecho puede ser compartido y usado por personas con diferentes antecedentes y distintos contextos.”<sup>573</sup> Existe, para LÓPEZ, una construcción hegemónica y pseudouniversalista del derecho por unos pocos académicos “asentados en países centrales que terminan monopolizando, desde un punto de vista igualmente particular, la lectura estándar, objetiva o universal de un campo jurídico”<sup>574</sup>. Él denomina este campo intelectual transnacional *teoría transnacional del derecho (TTD)*, la cual define como “un tipo de literatura, ideas y argumentos iusteóricos que cruzan los (sic) fronteras nacionales mucho más fácilmente que los libros y análisis de doctrina o comentario legal-político”.<sup>575</sup> Esta TTD se origina en lo que LÓPEZ denomina “sitios de producción”, ubicados en los círculos intelectuales y académicos de los estados prestigiosos<sup>576</sup> y, por tanto, es producto de las circunstancias políticas y sociales del sitio de producción respectivo.

Pues bien, esta “transplantabilidad global” y su valor general se logra gracias a la minimización de los contextos específicos. Ello es posible porque tales iusteorías nacen en *ambientes hermenéuticos ricos*, es decir, en lugares donde el lector tiene acceso a mucha información que comparte con el creador de la iusteoría, y este presupone que su lector cuenta con este bagaje y que, por tanto, “el lector terminará

---

<sup>573</sup> LÓPEZ, “Teoría Impura...”, *Op. Cit.*, p. 11.

<sup>574</sup> *Idem*.

<sup>575</sup> *Ibidem*, p. 15.

<sup>576</sup> *Ibidem*, p. 16.





haciendo una lectura correcta, o por lo menos normalizada de la iusteoría que se le ofrece”<sup>577</sup>.

Estas ideas originadas en occidente (Francia, Alemania, Estados Unidos, Inglaterra), siguen su trayectoria “por sitios intermedios de traducción y difusión en la semi-periferia (México, Argentina y ahora, quizás, Colombia...) para llegar, por último, a lugares de (aparentemente) pasiva y total recepción.”<sup>578</sup> Esta teoría de los flujos de TTD y la manera como los académicos “adoptan, adaptan y trasforman esas ideas para usarlas en sus propios contextos jurídicos vigentes” es lo que LÓPEZ denomina “teoría comparada del derecho” (teocomp)<sup>579</sup>.

El hecho de que el ‘lector periférico’ tenga acceso a poca información contextual sobre las coyunturas que originaron la iusteoría del precedente en el país de producción explica, en buena medida, las mutaciones ocurridas en su trasplante<sup>580</sup>. A tales mutaciones contribuyen, también, los nuevos ambientes en los cuales ocurre la recepción de la teoría trasplantada, ambientes que no se componen primariamente de “arreglos institucionales o materiales (reales) sino por redes (culturales) de textos, ideas e imaginarios compartidos por quienes hacen el transplante.”<sup>581</sup> Sólo a manera de ejemplo, LÓPEZ expone lo sucedido con la teoría kelseniana, que ha sido leída como “férreamente positivista, incluso exégeta”<sup>582</sup> en Latinoamérica, como resultado de la mutación local que se hizo debido “al dominio teórico previo que concentró, desde la expedición de los códigos nacionales, el positivismo jurídico francés del siglo XIX.”<sup>583</sup>

---

<sup>577</sup> *Ibidem*, p. 17.

<sup>578</sup> *Ibidem*, p. 33.

<sup>579</sup> *Ibidem*, p. 71.

<sup>580</sup> *Ibidem*, p. 18.

<sup>581</sup> *Ibidem*, p. 19.

<sup>582</sup> *Ibidem*, p. 66.

<sup>583</sup> *Ibidem*, p. 19.



Entonces, la investigación de tales contextos o coyunturas subyacentes y, sobre todo, de la “red intertextual”<sup>584</sup> en las distintas latitudes tal vez permitirá nutrir o complementar la iusteoría para comprenderla, aprehenderla y aprovecharla de mejor manera, al tiempo de evitar que sus adaptaciones o mutaciones sean accidentales. Deben ser, en cambio, el reflejo de una voluntad racional de acoplarlas a las diferencias contextuales. Por eso, este trabajo no consiste en una estrategia ‘excepcionalista o particularista’ encaminada a la crítica del conocimiento hegemónico, asimilable a la desarrollada en campos como el de los derechos humanos o el derecho internacional<sup>585</sup>. Se trata, por el contrario, de un intento por producir una verdadera teoría ‘local’ o ‘particular’ del precedente judicial que reconozca los elementos característicos de las teorías hegemónicas trasplantadas (LÓPEZ alude a las ideas originadas en las jurisdicciones prestigiosas, figuras parentales de las *familias jurídicas*<sup>586</sup>) pero que, al tiempo, propugne por ajustarlos a la realidad colombiana (‘sitio de recepción’<sup>587</sup>) y, sobre todo, a la cultura jurídica local. Así, más que un estudio materialista o sociológico sobre cómo interactúan las teorías transnacionales con nuevas circunstancias materiales, como son las instituciones o actores locales<sup>588</sup>, aquí se abandonará el tradicional escepticismo frente a la posibilidad de desarrollo teórico en América Latina para, en cambio, intentar una participación periférica en el debate iusteórico<sup>589</sup>. Se intentará superar, incluso, las simples tareas de descripción, prescripción y predicción que LÓPEZ propone para países periféricos o semiperiféricos<sup>590</sup>.

Inevitablemente, esta iusteoría local adolece de los mismos defectos que suelen atribuírsele a la iusteoría latinoamericana, a saber, la influencia y la tardanza, pues

---

<sup>584</sup> Idem.

<sup>585</sup> Ibídem, pp. 11-12.

<sup>586</sup> Ibídem, p. 17.

<sup>587</sup> Idem.

<sup>588</sup> Ibídem, p. 21.

<sup>589</sup> Ibídem, p. 18.

<sup>590</sup> Ibídem, p. 33.



“el autor periférico siempre llega tarde a trasplantar teorías, ideas o autores centrales”<sup>591</sup>. No obstante, se intentará demostrar que ellos no son verdaderos defectos, sino que el jurista local puede capitalizar el resultado de ideas que ya han sido puestas a prueba y tal vez reevaluadas, ajustadas o *maduradas*. Además, se tendrá cuidado de no sucumbir frente “al constante vaivén de modas intelectuales”<sup>592</sup>, sino trasplantar solo lo trasplantable, aquello que, entendido en su contexto y en sus justas proporciones, pueda brindar herramientas para afrontar una situación jurídica poco satisfactoria que existe entre los colombianos (Sección 7 de la Introducción).

## **CAPÍTULO I - Aproximaciones sobre el papel del precedente en la práctica judicial desde la Teoría de la Interpretación Jurídica**

Teniendo en cuenta que “...la cuestión de las fuentes del Derecho se entrecruza a la de los métodos de interpretación e integración”<sup>593</sup>, conviene revisar la manera en que la teoría de la interpretación jurídica se aproxima al asunto de la decisión judicial y, en especial, al papel del precedente en la práctica judicial. Se identificarán, entonces, las principales contribuciones que, desde esta perspectiva, se han hecho a la doctrina del precedente judicial.

Convencionalmente, la interpretación es el proceso intelectual a través del cual, partiendo de las formas lingüísticas contenidas en el enunciado se llega a su contenido normativo: de los significantes (los enunciados) a los significados (las normas).

Según una terminología que habitualmente se viene utilizando se dice que el “acto normativo”, como expresión final de un poder normativo, se concreta en “disposiciones” en las que el legislador pretende “imprimir” cierto significado utilizando determinadas fórmulas. Sin embargo, dichas disposiciones a su vez deben “expresar” un significado para

---

<sup>591</sup> *Ibidem*, p. 43.

<sup>592</sup> *Ibidem*, p. 32.

<sup>593</sup> CALVO, *Op. Cit.*, p. 84.



aquellos a quienes van dirigidas las disposiciones. A tal fin serviría la interpretación, medio de expresión de los contenidos normativos de las disposiciones.<sup>594</sup>

Esta visión del proceso interpretativo, simplista si se quiere, debe contrastarse con las elaboradas doctrinas que toman postura frente el concepto mismo de interpretación del derecho, de cara a su aplicación, para así intentar teorizar sobre la función que ha de desempeñar el precedente en la producción de la decisión judicial.

## 1. Separación entre interpretación y aplicación del derecho, donde el precedente desempeña una función análoga a la de un texto normativo en la producción de la decisión judicial

### *1.1 Decisión judicial como acto de individualización del derecho (SCHMILL Y COSSIO; TAMAYO Y SALMORÁN)*

Centrándose en la función de los órganos límite, SCHMILL Y COSSIO hacen una clara distinción entre dos funciones a cargo de los órganos jurídicos en general, a saber: las funciones de interpretación e individualización del derecho.<sup>595</sup> En relación con la **interpretación**, equiparan la disposición a la norma jurídica y la conciben como “marcos de diversas significaciones posibles”<sup>596</sup> en atención a la textura abierta del derecho, en términos de HART<sup>597</sup>. Por ello, consideran que es imposible “controlar jurídicamente las interpretaciones producidas por los órganos límite”<sup>598</sup>, máxime cuando los órganos de individualización tienen, ante todo, que darle sentido a expresiones normativas tales como “letra de la ley”, “interpretación jurídica de la ley”,

---

<sup>594</sup> *Ibidem*, pp. 84-85.

<sup>595</sup> SCHMILL, Ulises y COSSIO, José Ramón. “Interpretación del Derecho y Concepciones del Mundo”. pp. 57- 87. En: VÁZQUEZ, Rodolfo. Compilador. “Interpretación Jurídica y Decisión judicial”. México D.F.: Doctrina Jurídica Contemporánea, 3 ed, 2002. p. 57.

<sup>596</sup> *Ibidem*, p. 58.

<sup>597</sup> *Ibidem*, p. 62.

<sup>598</sup> *Ibidem*, p. 77.



“ley”, “principios generales del derecho”, “analogía” o “mayoría de razón”, entre otros.

599

Y ubican la **aplicación o individualización del derecho** como una función cronológicamente posterior a la de interpretar el derecho, que supone escoger uno de los sentidos posibles y que, siguiendo a KELSEN, resultará en la necesaria y sucesiva creación de una norma inferior.<sup>600</sup> Pues bien, para SCHMILL y COSSIO la jurisprudencia es una forma más de producción de normas jurídicas que, como tal, supone conductas humanas de los titulares de los órganos de producción (‘positividad’) para formular el derecho mediante actos descendentes de individualización.<sup>601</sup> Así las cosas, al igual que la norma consuetudinaria o legislada, la norma jurisprudencial como “norma superior objeto de la interpretación” por lo general tampoco tiene un sentido unívoco u objetivo.<sup>602</sup> Los órganos de interpretación establecen interpretaciones ‘provisionales’ de la norma, la cual se convierte ‘final’ cuando proviene del órgano límite, esto es, cuando las condiciones funcionales del sistema impiden su revisión<sup>603</sup>.

En dicha labor de individualización, para efectos de escoger *un significado* entre la pluralidad de significados posibles, los autores aplican las éticas weberianas a la función interpretativa<sup>604</sup>. Un juez o intérprete que siga la **‘ética de la convicción’** interpretará las normas jurídicas de tal manera que se realicen los valores (absolutos) propios de la convicción que él sostiene, sin consideración de las consecuencias políticas, económicas o sociales de tal interpretación.<sup>605</sup> Esta ideología explica, según SCHMILL y COSSIO, la óptica lógica, deductiva y silogística con la que se solían

---

<sup>599</sup> *Ibidem*, p. 68.

<sup>600</sup> *Ibidem*, p. 58.

<sup>601</sup> *Ibidem*, pp. 58 y 62.

<sup>602</sup> *Ibidem*, p. 63.

<sup>603</sup> *Ibidem*, p. 78.

<sup>604</sup> *Idem*.

<sup>605</sup> *Ibidem*, p. 79.



entender los procesos de creación del derecho en ordenamientos romanistas, en especial el judicial. La premisa que guía la interpretación es, aquí, la satisfacción del valor absoluto 'justicia' que, como tal, no puede matizarse o exceptuarse en situaciones concretas. **Esto, a su vez, explica la poca relevancia de los hechos – siempre contingentes y cambiantes- en sistemas romanistas.**<sup>606</sup> La poca relevancia dada a los hechos explica, además, que algunos ordenamientos exoneren al legislador de la carga de hacer expresos los fundamentos fácticos que motivan la creación de una ley, y “que el juez no tiene por qué motivar sus sentencias, *i.e.* establecer de qué manera llegó a considerar los hechos que habrá de significar jurídicamente.”<sup>607</sup> Como consecuencia de la lógica deductiva y de la poca atención a los hechos, en esta ideología “tiene poca relevancia la crítica normativa.”<sup>608</sup>

En cambio, un juez o intérprete que siga la '**ética de la responsabilidad**' interpretará las normas jurídicas de forma instrumental y utilitarista, según las circunstancias en que interpreta, de tal manera que generen el menor daño o el mayor beneficio<sup>609</sup>. La justificación final de las decisiones de los órganos del Estado estará, entonces, “en el método detallado, cuidadoso, explícito, de argumentación o construcción seguido al tomar la decisión.” (...) <sup>610</sup>

SCHMILL Y COSSIO presentan una teoría que, al menos para el ordenamiento jurídico colombiano, resulta insatisfactoria, en la medida en que equiparan la disposición a la norma jurídica y conciben la *aplicación o individualización* del derecho como una función cronológicamente posterior a la *interpretación* del derecho. Ambas nociones son ficticias, y parten de premisas erradas, como se explicará adelante. Además, los autores equiparan la jurisprudencia a las demás formas de producción de normas

---

<sup>606</sup> *Ibidem*, pp. 80-81.

<sup>607</sup> *Ibidem*, p. 82.

<sup>608</sup> *Idem*.

<sup>609</sup> *Ibidem*, pp. 83-84.

<sup>610</sup> *Ibidem*, p. 85.



jurídicas y asimilan la norma legislada a la norma jurisprudencial, como si el proceso de razonar con uno y otro instrumento fueran equiparables. Más aun, aunque SCHMILL Y COSSIO aluden a la óptica lógica, deductiva y silogística con la que los romanistas solían entender los procesos de creación judicial bajo la ética de la convicción, no analizan las transformaciones ocurridas en las últimas décadas con la “irrupción” del precedente en los sistemas de derecho continental, ni explican si en estas nuevas condiciones, los hechos habrían de tener un papel más acentuado que el normalmente reconocido, o en qué medida ello podría ocurrir.

Rolando TAMAYO Y SALMORÁN también toma como punto de partida la teoría kelseniana relativa a la individualización progresiva del derecho. Según el autor, **interpretar** consiste en *dotar* de significado, mediante lenguaje significativo, ciertas cosas, signos, fórmulas o acontecimientos, por lo que este significado no se busca ni se desentraña, sino que se incorpora mediante su interpretación.<sup>611</sup> Para los ‘órganos’ que aplican el derecho, la interpretación ‘positiva’ de los materiales jurídicos es un presupuesto para su **aplicación**<sup>612</sup> y “La interpretación es, pues, un proceso intelectual que acompaña necesariamente el proceso de aplicación del derecho en su progresión de un grado superior a un grado inferior.”<sup>613</sup> En dicho proceso, el órgano aplicador no encuentra una significación correcta (*right answer*, en términos de DWORKIN) sino que decide –de manera más o menos arbitraria, dependiendo de su cultura, sentimientos, instintos, credo político o religión- el significado que guarda el lenguaje jurídico que aplica para poder continuar el proceso progresivo de creación del derecho.<sup>614</sup> Para este autor...

---

<sup>611</sup> TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. “Interpretación Constitucional: La falacia de la interpretación cualitativa”. pp. 89-133. En: VÁZQUEZ, Rodolfo. Compilador. “Interpretación Jurídica y Decisión judicial”. México D.F.: Doctrina Jurídica Contemporánea, 3 ed, 2002. pp. 92-93.

<sup>612</sup> *Ibidem*, p. 98.

<sup>613</sup> KELSEN, Hans, *Reine Rechtslehre*, Franz Deuticke, 2, Auf., Viena, 1960, p. 118, p. 346. (Cf. *Teoría Pura del Derecho*, trad. De Roberto J. Vernengo, México, Porrúa/UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1997, p. 349). Citado por: TAMAYO Y SALMORÁN, *Op. Cit.*, p. 98.

<sup>614</sup> TAMAYO Y SALMORÁN, *Op. Cit.* pp. 98, 99, 117.



Las normas de cualquier cadena normativa se encuentran inmediatamente precedidas por los actos jurídicos que las crean. [...] La última norma de una cadena normativa (v. gr., una sentencia) es una norma válida del conjunto en la medida que ha sido creada por un acto jurídico que ha satisfecho las “reglas de formación del sistema conjunto” (reglas de formación introducidas, en primera instancia, por el [acto] **constituyente** (i.e. **a1**) y, subsecuentemente, por los actos que progresivamente lo **aplican**. De esta suerte puede decirse que la norma que consideramos (v. gr., la sentencia), encuentra su fuente, su origen o, si se prefiere, su fundamento de validez, primeramente en el acto que la crea.

615

Quienes pertenecen a esta primera postura epistemológica, que aquí se ha denominado “*1.1 Decisión judicial como acto de individualización del derecho*”, pasan por alto que, para el juez o la autoridad administrativa llamados a resolver un asunto sometido a su conocimiento, la interpretación del derecho (bien sea del texto legislativo o del precedente) nunca ocurre de manera abstracta, ni de espaldas a los hechos del caso por resolver. Se trata, por el contrario, de un proceso de creación del derecho, donde la interpretación y la aplicación ocurren de manera concomitante en el instante de la decisión del caso, y no en una progresión cronológica. Aun así, debe rescatarse de esta postura el reconocimiento del papel preponderante que juega la cultura, los sentimientos, los instintos y el credo del operador jurídico en el proceso de decisión judicial<sup>616</sup>, la explicación (plausible) de los motivos por los cuales los hechos han sido relegados a un papel casi inexistente en ordenamientos romanistas, así como “las motivaciones o concepciones del mundo de los titulares de los órganos jurídicos”<sup>617</sup> en la interpretación de las normas jurídicas.

---

<sup>615</sup> *Ibidem*, p. 112.

<sup>616</sup> *Ibidem*, pp. 98, 99, 117.

<sup>617</sup> SCHMILL y COSSIO, *Op. Cit.*, p. 78.





## 1.2 *Distinción entre la justificación interna y externa de la decisión judicial (WRÓBLEWSKI; CHIASSONI)*

Refiriéndose a los sistemas de derecho estatutario, WRÓBLEWSKI clasifica las áreas del discurso jurídico, en función del sujeto, en tres actividades paradigmáticas: (i) la de hacer el derecho; (ii) la de aplicar el derecho; y (iii) la de describir el derecho, siendo esta última la tarea de la ciencia jurídica.<sup>618</sup> En relación con la de **aplicar** el derecho, el profesor polaco se refiere a la serie de decisiones que tienen lugar para llegar a la decisión jurídica final, a saber: “(a) determinación de la validez de la norma jurídica aplicada (decisión de validez); (b) **determinación del significado de la norma jurídica aplicada (decisión de interpretación)**; (c) determinación de los hechos del caso (decisión de evidencia); (d) “subsunción” de los hechos del caso bajo la norma jurídica aplicada; (e) determinación de las consecuencias jurídicas de los hechos del caso (decisión final)”.<sup>619</sup> (Se destaca)

La segunda de estas decisiones, la de *interpretación jurídica*, tiene lugar en los casos *excepcionales*<sup>620</sup> de duda acerca del sentido “verdadero” de la norma a aplicar, en las circunstancias concretas del caso, es decir, siempre que la norma a aplicar no sea suficientemente clara para decidir el caso.<sup>621</sup> Bajo este concepto estricto<sup>622</sup> de interpretación jurídica, si no hay duda (es decir, si existe isomorfía entre la norma y los hechos del caso<sup>623</sup>) no hay interpretación, porque *interpretatio cessat in claris*<sup>624</sup>.

---

<sup>618</sup> WRÓBLEWSKI, Jerzy. “Sentido y hecho en el derecho”, (Trad. Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas), México D.F.: Doctrina Jurídica Contemporánea, 2003. p. 46.

<sup>619</sup> *Ibidem*, pp. 27-28.

<sup>620</sup> *Ibidem*, pp. 119- 121.

<sup>621</sup> *Ibidem*, p. 100.

<sup>622</sup> *Ibidem*, p. 135.

<sup>623</sup> *Ibidem*, p. 317.

<sup>624</sup> *Ibidem*, p. 162.



La interpretación jurídica es, entonces, una interpretación operativa (la que realiza el órgano del Estado cuando decide el caso<sup>625</sup>) que se define como la “determinación del sentido de una norma jurídica de manera suficientemente precisa para los fines de toma de decisión y justificada por referencia a las directivas interpretativas elegidas”.<sup>626</sup> La elección de esas directivas suele depender de valoraciones de la norma y del caso<sup>627</sup>, y se suele presentar como la única respuesta correcta ante la duda interpretativa<sup>628</sup>, aunque sin utilizar el término “verdadero”.<sup>629</sup>

Como la norma es más bien una expresión lingüística<sup>630</sup> y el lenguaje legal es apenas una especie del lenguaje común<sup>631</sup>, WRÓBLEWSKI considera que la construcción del sentido de la norma debe tener una aproximación semántica, y debe utilizar los instrumentos modernos de análisis lógico del lenguaje<sup>632</sup> para discernir con claridad

---

<sup>625</sup> *Ibidem*, p. 175.

<sup>626</sup> *Ibidem*, p. 30.

<sup>627</sup> *Ibidem*, p. 31.

<sup>628</sup> *Ibidem*, p. 136.

<sup>629</sup> WRÓBLEWSKI, Jerzy. “Constitución y teoría general de la Interpretación Jurídica”, (Trad. Arantxa Azurza) Madrid: Editorial Civitas S.A., 1985. p. 89. En este texto, el autor explica el alcance del significado verdadero así:

“7.3.3. La tesis de la única interpretación correcta presenta, sin embargo, serios problemas desde el punto de vista de la teoría general de la interpretación. Conforme a este punto de vista, la tesis de la única interpretación correcta debería discutirse por referencia a la fórmula normal de la decisión interpretativa justificada [refiriéndose a la siguiente fórmula: La regla legal N tiene el significado S en el lenguaje legal LL y/o en la circunstancia C de acuerdo con el primer nivel de directivas interpretativas DI<sup>1</sup>-1, DI<sup>1</sup>-2... DI<sup>1</sup>-n, de acuerdo con las directivas interpretativas de segundo nivel de procedimiento y de preferencia DI<sup>2</sup>-1, DI<sup>2</sup>-2... DI<sup>2</sup>-n, y con arreglo a las valoraciones V<sub>1</sub>, V<sub>2</sub>... V<sub>n</sub>].

La decisión interpretativa construida según la fórmula en cuestión hace patente que no hay S<sup>x</sup>, y que todo significado atribuido es el resultado de utilizar determinadas valoraciones y directivas interpretativas DI. La tesis en cuestión no se justifica dentro del marco de nuestra teoría, dando por supuesto que no usamos la convención por la que algún grupo de DI y V determina *ex definitione* el S<sup>x</sup>. Este tipo de convención sería, de todos modos, una formulación de una ideología de interpretación, pero no de su teoría descriptiva.

Desde el punto de vista teórico presentado, una decisión interpretativa no es ni verdadera ni falsa en el sentido de que se corresponda con algún S<sup>x</sup>, porque este S<sup>x</sup> no existe. Esta decisión no es, por tanto, ni verdadera ni falsa en el sentido clásico de estos términos. De todos modos, la decisión en cuestión puede justificarse en sentido amplio por las DI y V como sus argumentos y se plantea la cuestión polémica acerca de si esto es una justificación *sensu stricto* o una verificación.” (pp. 87-89)

<sup>630</sup> WRÓBLEWSKI, “Sentido...”, *Op. Cit.*, p. 100.

<sup>631</sup> WRÓBLEWSKI, “Constitución...”, *Op. Cit.*, p. 41.

<sup>632</sup> WRÓBLEWSKI, “Sentido...”, *Op. Cit.*, p. 106.



los problemas de interpretación jurídica y el margen de libertad del intérprete<sup>633</sup>. Si persiste la duda en torno al sentido de la norma, se debe acudir a las directivas interpretativas de primer grado “con la finalidad de establecer el sentido de la norma de modo que haga posible una decisión en una situación factual particular”<sup>634</sup>. Tales directivas se agrupan según los contextos principales en que se sitúan las normas jurídicas: (i) el contexto lingüístico, (ii) el sistémico, referido a su ubicación en el sistema al que pertenece o la sistematización de las normas en partes o títulos, y (iii) el funcional, aquel en el que ha sido promulgada o es aplicada<sup>635</sup>.

Así, el resultado del proceso interpretativo en caso de duda depende del tipo de directivas utilizadas: desde las teorías normativas estáticas de interpretación jurídica (las que asumen la estabilidad de sentido de las normas) se dará gran importancia a las directivas lingüísticas y sistémicas; mientras que las teorías dinámicas (las que afirman el cambio de sentido de las normas) resaltarán las directivas funcionales.<sup>636</sup> Esto, sin perjuicio de que existan directivas interpretativas comunes a ambas ideologías<sup>637</sup>.

Solo si de la aplicación de las directivas interpretativas de primer grado queda indeterminado el sentido de la norma en cuestión (porque son diferentes los sentidos lingüístico, sistémico y funcional), habrá que acudir a las directivas de segundo grado para elegir el sentido “verdadero” o “propio” de la norma<sup>638</sup> que sea suficientemente preciso para hacer posible la decisión de aplicación del derecho<sup>639</sup>. Tales directivas son las que regulan la secuencia en la que deben aplicarse las de primer grado (directivas de procedimiento) y las que “determinan una selección preferente entre

---

<sup>633</sup> *Ibidem*, p. 108.

<sup>634</sup> *Ibidem*, p. 117.

<sup>635</sup> *Ibidem*, pp. 56, 101 y 124.

<sup>636</sup> *Ibidem*, pp. 102 y 128.

<sup>637</sup> *Ibidem*, p. 190.

<sup>638</sup> *Ibidem*, pp. 57 y 142.

<sup>639</sup> WRÓBLEWSKI, “Constitución...”, *Op. Cit.*, p. 54.



distintos sentidos atribuidos a la norma jurídica como consecuencia del uso de una serie de directivas interpretativas de primer grado (directivas de preferencia)".<sup>640</sup>

Las directivas de ambos niveles se seleccionan y utilizan de acuerdo con las correspondientes "valoraciones"<sup>641</sup>, que constituyen el tercer tipo de factores de los que depende la interpretación (textual) de las reglas jurídicas. Estas valoraciones "son habitualmente reconducibles a alguna de las dos principales *ideologías* de la interpretación de los documentos legislativos: la ideología «estática» y la ideología «dinámica»".<sup>642</sup> Solo en situaciones raras y artificiales ocurre que la decisión se toma sin intervención de valoraciones.

Así las cosas, la fórmula estándar de la decisión interpretativa es del siguiente tenor: "La norma N tiene el sentido M en el lenguaje L de acuerdo con las directivas interpretativas  $DI_1 \dots DI_n$  y valoraciones  $V_1 \dots V_n$  necesarias para la elección y el uso de  $DI_1 \dots DI_n$ "<sup>643</sup>. Esto, sin embargo, no significa que la aplicación del derecho no sea un proceso racional<sup>644</sup>. Por el contrario, la decisión final deberá ser *racional*, esto es, justificada a través de la norma aplicada, de los hechos probados, de los razonamientos y de las valoraciones<sup>645</sup> que implican la transformación individual de la norma<sup>646</sup>.

A su turno, en la reconstrucción de la justificación de las decisiones jurídicas existen dos niveles: *justificación interna*, que consiste en que el argumento se debe reconstruir como lógicamente válido, donde las premisas las componen la norma

---

<sup>640</sup> WRÓBLEWSKI, "Sentido...", *Op. Cit.*, p. 179.

<sup>641</sup> *Ibidem*, p. 142.

<sup>642</sup> CHIASSONI, Pierluigi. "Técnicas de interpretación jurídica: brevario para juristas". Madrid: Marcial Pons, 2011. pp. 130-131.

<sup>643</sup> WRÓBLEWSKI, "Sentido...", *Op. Cit.*, p. 31.

<sup>644</sup> *Ibidem*, p. 72.

<sup>645</sup> *Ibidem*, p. 83.

<sup>646</sup> *Ibidem*, pp. 84 y 136.



jurídica y los hechos, mientras que la conclusión es la decisión; y *justificación externa*, referida a la aceptabilidad de los hechos y la regla jurídica empleada en la justificación interna.<sup>647</sup> Mientras que la lógica permite evaluar la relación formal entre las premisas y la conclusión, siguiendo el requisito moral de *universabilidad* de HARE (1963) y el requisito de tratar de manera similar los casos similares<sup>648</sup>; la evaluación de la aceptabilidad de las premisas de un argumento jurídico supone usar “normas de aceptabilidad materiales (jurídicas o morales)”.<sup>649</sup>

Ahora bien, al hablar de la interpretación operativa, WRÓBLEWSKI no toma por objeto las decisiones judiciales del *common law*<sup>650</sup>, y parte de la base de que la regla del precedente no es vinculante en países de *statutory law*, salvo algunas clases cualificadas que tienen fuerza vinculante en unos pocos casos y para ciertos destinatarios, como ocurre con las decisiones de más alta instancia con respecto a las decisiones de los tribunales inferiores, y los procedimientos para resolver apelaciones.<sup>651</sup> Concibiendo la “decisión precedente” como aquella que, sea normativamente o de hecho, afecta la toma de decisiones futuras de aplicación del

---

<sup>647</sup> FETERIS, Eveline T. “Fundamentos de la Argumentación Jurídica: Revisión de las teorías sobre la justificación de las decisiones judiciales”, Trad. Alberto Supelano. Bogotá D.C.: Universidad Externado, 2007. p. 48.

<sup>648</sup> *Ibidem*, p. 61.

<sup>649</sup> *Ibidem*, p. 61.

<sup>650</sup> WRÓBLEWSKI, “Sentido...”, *Op. Cit.*, p. 154.

<sup>651</sup> *Ibidem*, p. 305.

Ver, también, la explicación de WRÓBLEWSKI, Jerzy en “Constitución...”, *Op. Cit.*, pp. 30-31 en relación los significados de validez de la decisión interpretativa: “Primeramente, la validez de la decisión interpretativa en el sentido de que todos los destinatarios de normas legales válidas (validez-T) o un determinado grupo de destinatarios de esta decisión (validez-G) están vinculados por esta decisión según reglas legales válidas. En segundo lugar, la validez de la decisión interpretativa en el sentido de que algunas personas interpretan textos legales según su parecer y piensan que es una forma correcta de hacerlo, sin plantearse ninguna duda al respecto (validez-F). La validez-G y -T están impuestas por el derecho y, por tanto, corresponde a la <<validez sistémica>> de las reglas legales, mientras que la validez-F se corresponde con la <<validez factual>> de las reglas legales. (...)”

La validez-F de la decisión interpretativa aparece cuando la decisión influye en la interpretación de manera análoga a la validez-T o -G, pero no hay regla legal que imponga semejante obligación. Así, en países de *statutory law*, las decisiones interpretativas de los más altos tribunales funcionan en situaciones ordinarias como si tuvieran validez-T o -G. (...)”



derecho<sup>652</sup>, concluye que “[s]i la decisión vinculante contiene normas generales y abstractas el destinatario las trata de la misma manera que a las normas legislativas que ha de aplicar”<sup>653</sup> (negrilla fuera de texto), y si contiene soluciones concretas, serán obligatorias para sus destinatarios al igual que cualquier decisión.<sup>654</sup>

Aun así, reconoce que está aumentando el papel del precedente en las decisiones de los tribunales<sup>655</sup>, y que hay argumentos prácticos e ideológicos que inducen a los tribunales a basar sus decisiones en precedentes aún más de lo que lo reconocen en sus decisiones. Pero concibe esta situación como una cuestión práctica, pues explica que ello se debe a que el recurso a los precedentes reduce el esfuerzo necesario para la toma de decisiones, aumenta la probabilidad de que se mantengan las decisiones si son apeladas, y conlleva a la aplicación uniforme del derecho<sup>656</sup>.

Para WRÓBLEWSKI, la ideología que mejor explica el papel del juez y de la valoraciones que funcionan en la justificación de las decisiones judiciales es la de la *decisión racional y legal*, que es un punto intermedio entre la ideología de la *decisión vinculada o determinada* propia del estado liberal del siglo XIX y la ideología de la *libre decisión*.<sup>657</sup> La ideología de la *decisión legal y racional* “subraya el papel de la legalidad y de la racionalidad de la decisión y [...] no elimina la diferencia entre la creación y aplicación del derecho.”<sup>658</sup> **El autor propone, entonces, la distinción entre la creación y aplicación del derecho en los sistemas de *statutory law* (distinción que, según dice, es inexistente en un sistema de *common law*), siendo la aplicación “una actividad que no crea ni normas generales ni abstractas, sino solamente normas individuales que están enlazadas con las normas legales y con las directivas admitidas por la ideología**

---

<sup>652</sup> *Ibidem*, p. 299.

<sup>653</sup> *Ibidem*, p. 305. (Negrilla fuera de texto)

<sup>654</sup> *Idem*. (Negrilla fuera de texto)

<sup>655</sup> *Ibidem*, p. 305.

<sup>656</sup> *Ibidem*, pp. 310 - 312.

<sup>657</sup> *Ibidem*, pp. 74-78, 298.

<sup>658</sup> *Ibidem*, p. 82.



de la aplicación del derecho”<sup>659</sup>. Además “[l]a ideología de la decisión legal y racional también determina el papel que juega el precedente”<sup>660</sup>, puesto que su función como fuente de derecho en el sistema de *statutory law* dependerá del papel que la ideología en cuestión asigne a la uniformidad de la decisión judicial y de los medios que establezca para que las decisiones sean uniformes.<sup>661</sup>

WRÓBLEWSKI propone el siguiente modelo para los casos en que se toma en cuenta el precedente en las decisiones de los tribunales (casos de no vinculatoriedad) como un argumento extra o un cierto estilo de justificar las decisiones<sup>662</sup>:

...una decisión  $D_1$  tomada bajo condiciones  $c_1$  es un precedente de una decisión  $D_2$  bajo unas condiciones  $c_2$ : (3.1)  $D_2$  es una repetición de  $D_1$ , o (3.2)  $D_2$  es deducible a  $D_1$  a través de reglas de inferencia aceptadas, o (3.3)  $D_2$  puede justificarse por las reglas  $R$ , mediante las cuales  $D_1$  ha sido aceptada, con el uso de idénticos o similares medios que han servido para justificar  $D_1$  bajo unas condiciones  $c_1$ , o (3.4)  $D_2$  puede justificarse a través de  $D_1$  de modo diferente a (3.2) y (3.3).<sup>663</sup>

Así, la decisión  $D_2$  puede motivarse mediante  $D_1$  acudiendo a dos mecanismos: motivación por analogía y motivación mediante la distinción entre *ratio decidendi* y *obiter dicta*.<sup>664</sup> El primer caso constituye una inferencia “caso a caso”, basada en las semejanza esencial entre los casos resueltos, prescindiendo de las diferencias entre los destinatarios y atribuyendo consecuencias similares a los hechos similares<sup>665</sup>. El segundo caso consiste en extraer la *ratio decidendi* del texto de decisiones previas<sup>666</sup>, es decir, en encontrar la uniformidad o elemento común que aparece en las distintas

---

<sup>659</sup> *Ibidem*, p. 83.

<sup>660</sup> *Ibidem*, p. 322.

<sup>661</sup> *Idem*.

<sup>662</sup> *Ibidem*, p. 306.

<sup>663</sup> *Ibidem*, p. 299.

<sup>664</sup> *Ibidem*, p. 301.

<sup>665</sup> *Ibidem*, p. 301.

<sup>666</sup> *Ibidem*, p. 304.



decisiones que brotan sobre la base del precedente, elemento que “es conclusivo para saber en qué tipo de casos origina (debe originar) la decisión dada”<sup>667</sup>. Es por ello que, para el autor, “[I]a *ratio decidendi* desempeña en este esquema una función análoga a la que cumple la norma de derecho material aplicada en la emanación de una decisión judicial”<sup>668</sup> (Negrilla fuera de texto). Esto explica la clasificación de este autor en este primer gran grupo de doctrinantes que separan interpretación y aplicación del derecho y que, además, sostienen que el precedente desempeña una función análoga a la de un texto normativo en la producción de la decisión judicial.

De WRÓBLEWSKI debe destacarse el papel dado a las valoraciones de la norma y del caso en la elección de las directivas interpretativas para decidir. Aun así, debe objetarse su teoría en cuanto no hay algo así como un sentido “correcto” o “propio” de la norma a aplicar, ni es válido reservar la actividad interpretativa a unos excepcionales casos de duda acerca del sentido “correcto”, como lo propone este autor. WRÓBLEWSKI sobredimensiona el papel del silogismo en la producción de la decisión judicial y supone que en el *statutory law* (a diferencia del *common law*), existe una clara distinción entre creación y aplicación del derecho, algo que no se acepta en esta disertación.

Las elaboraciones teóricas de WRÓBLEWSKI en torno del precedente judicial tampoco se comparten. Aunque acierta el autor cuando habla de la aplicación legal y racional del derecho por parte de los jueces y tribunales (*legal and rational decision-making*), esto es, la decisión judicial basada en normas jurídicas válidas y apoyada en razones<sup>669</sup>, el autor parte de la premisa de que la regla del precedente no es vinculante en países de *statutory law*, salvo algunos tipos especiales de sentencias. Tal vez por eso, para él, los precedentes en sistemas de derecho continental permiten

---

<sup>667</sup> *Ibidem*, p. 302.

<sup>668</sup> *Ibidem*, p. 303. (Negrilla fuera de texto).

<sup>669</sup> MORAL, *Op. Cit.*, p. 17.





eliminar las dudas del lenguaje vía la repetición de la decisión interpretativa (como ocurre también con la interpretación doctrinal), sin por ello transformar el “lenguaje jurídico vago en un lenguaje interpretado riguroso”<sup>670</sup>. Con esta postura, reduce sobremanera el papel de los precedentes en la producción de la decisión judicial y lo torna incompatible con las figuras que contiene la Ley 1437.

Y aun cuando la decisión vinculante contenga normas generales y abstractas, según WRÓBLEWSKI “el destinatario las trata de la misma manera que a las normas legislativas que ha de aplicar”<sup>671</sup>, postura que en esta investigación se intentará rebatir. De nuevo, al referirse a la distinción entre *ratio decidendi* y *obiter dicta* como forma de motivación de la decisión en el caso a resolver<sup>672</sup>, anota que “[l]a *ratio decidendi* desempeña en este esquema una función análoga a la que cumple la norma de derecho material aplicada en la emanación de una decisión judicial”<sup>673</sup>, nada de lo cual parece aceptable ni realizable por los motivos que adelante se exponen en extenso. Además, no brinda una solución satisfactoria para determinar cuáles son “los hechos que influyen la decisión”, asunto de la mayor importancia si se pretende aplicar un esquema de analogía o algo similar a la casuística anglosajona.

Para CHIASSONI, la propuesta de WRÓBLEWSKI es de las mejores en la teoría analítica de la argumentación jurídica. Para este, la conclusión de un silogismo judicial es justificada lógicamente si se siguen las reglas jurídicas de inferencia (que no coinciden con las reglas de la inferencia de la lógica deductiva estándar), siendo el esquema lógico deductivo del silogismo decisional “la parte final... de cadenas de silogismos que se enlazan vertical y transversalmente”<sup>674</sup>.

---

<sup>670</sup> WRÓBLEWSKI, “Sentido...”, *Op. Cit.*, p. 144.

<sup>671</sup> *Ibidem*, p. 305.

<sup>672</sup> *Ibidem*, p. 301.

<sup>673</sup> *Ibidem*, p. 303. (Negrilla fuera de texto).

<sup>674</sup> CHIASSONI, “Técnicas...”, *Op. Cit.*, p. 33.



CHIASSONI parte de la idea según la cual “el razonamiento aplicativo de normas a hechos tiene una estructura lógica deductiva, que constituye la *justificación interna* de la decisión judicial.”<sup>675</sup> Por tanto, concibe la *ratio decidendi* como “la *norma general* (máxima, principio), formulable [...] como un enunciado sintácticamente condicional, *que funciona –o [...] debería funcionar– de premisa normativa* en la *justificación interna*, lógico-deductiva, *de una decisión judicial*.”<sup>676</sup> Refiriéndose a los resultados de la interpretación textual, CHIASSONI sostiene que el juez que en una sentencia argumenta a favor de una interpretación textual de una disposición, lo que hace es defender un determinado modo de *traducir* la disposición en una norma explícita que usará contextualmente como premisa normativa de su decisión en torno de un determinado punto de derecho<sup>677</sup>. “Esta premisa constituye la denominada regla de decisión (*ratio decidendi*), o, por lo menos, una de las reglas de decisión en la cadena inferencial normativa que constituye el esqueleto lógico-deductivo del razonamiento judicial...”.<sup>678</sup> Y tanto la disposición como la regla explícita son enunciados formulados en una misma lengua natural, solo que la primera pertenece al discurso de las fuentes del derecho y la segunda al discurso de algún juez-intérprete.<sup>679</sup>

Para CHIASSONI, la justificación lógica-deductiva de las decisiones judiciales es posible tanto en ordenamientos jurídicos que adopten el modelo ilustrado del juez mecánico aplicador del derecho a hechos concretos descubiertos mediante actividades cognoscitivas, como en modelos más realistas donde el juez es un “prudente aplicador del derecho y prudente legislador intersticial: el juez que, en otras palabras, debe cooperar en la determinación del derecho vigente, con frecuencia indeterminado, oscuro, lagunoso o contradictorio y que está siempre más obligado a motivar sus

---

<sup>675</sup> CHIASSONI, Pierluigi. pp. 211- 266. En: MORENO, Diego (comp.) “Desencantos para abogados realistas”, Universidad Externado: Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, No. 62, Bogotá. p. 219.

<sup>676</sup> *Ibidem*, p. 219.

<sup>677</sup> CHIASSONI, “Técnicas...”, *Op. Cit.*, pp. 138-139.

<sup>678</sup> *Ibidem*, pp. 138-139.

<sup>679</sup> *Ibidem*, p. 139.



decisiones haciendo referencia a normas generales –o, en casos limitados, a razones de equidad-.”<sup>680</sup> En contraste con esta postura, se explicará adelante que el razonamiento judicial no funciona de manera lógica-deductiva, ni siquiera en la justificación interna de la decisión, y que no puede equipararse la *ratio decidendi* a una suerte de norma general dada.

A pesar de lo anterior, resulta de gran utilidad en la elaboración de la teoría local del precedente que aquí se propone la distinción de CHIASSONI entre la *ratio* explícita (expresada, declarada, anunciada por el juez autor del precedente-sentencia) e implícita (“una premisa normativa *tácita* dentro del razonamiento judicial”)<sup>681</sup>. **Esta distinción va de la mano de otra: *ratio* verdadera vs. *ratio* aparente.** Dice el autor...

En algunas ocasiones, la (aparente) *ratio decidendi implícita* de un precedente-sentencia puede oponerse a la (aparente) *ratio decidendi explícita*. En efecto, combinando esta separación con la otra distinción, de la *relevancia objetiva* de la *ratio*, entre la *ratio verdadera* y la *aparente*, alguien puede sostener, por ejemplo, que la *ratio* explícita de un precedente-sentencia, por más bien formulada que sea, no es más que un espejismo; es solo una *ratio aparente*, que debe descartarse, para concentrarnos en la *ratio verdadera*, la *ratio tácita*, implícita, que no fue ni formulada ni anunciada. Esta es la *ratio* que merece (o debe merecer) nuestra atención en futuras resoluciones judiciales.<sup>682</sup>

Según este autor, **los juristas del derecho continental suelen utilizar nociones objetivas o de-psicologizadas de la *ratio decidendi***, esto es, las que se aproximan a la *ratio* como “un objeto desprovisto de intención, como una pieza de discurso, cuyo significado o valor ha de ser identificado y valorado sin hacer ninguna referencia o sin prestar atención a la intención (propósito, creencias, actitudes) de su autor”<sup>683</sup>,

---

<sup>680</sup> *Ibidem*, p. 23.

<sup>681</sup> CHIASSONI, “La filosofía...”, *Op. Cit.*, pp. 34-35.

<sup>682</sup> *Ibidem*, p. 35.

<sup>683</sup> *Ibidem*, p. 36.



concepto de la *ratio* que hace referencia a la *estructura lógica de las decisiones judiciales*, así...

... de entenderse, en su forma básica (mínima, más simple), como un *modus ponens* normativo, en el cual una *conclusión normativa individual sintácticamente categórica* (la estatución individual, el *decisum*: ORa, PRa, ¬PRa) se sigue lógicamente de la combinación de una *premisa normativa general sintácticamente condicional* (la norma general aplicada, la *ratio decidendi*: (x) (Cx → ORx) con una *premisa calificatoria o subsuntiva individual sintácticamente categórica* (la calificación del hecho según el predicado contenido en el antecedente de la norma general: Ca).<sup>684</sup>

En suma, para el derecho continental la *ratio* podría definirse así...

*Ratio decidendi* (concepto objetivo)= Df. Una norma general (regla, principio, criterio) que se encuentra *expresamente* en un enunciado del texto de precedente-sentencia, o *implícita* en este, es la *ratio decidendi* de un caso en relación con cierta cuestión por decidir, si, y solo si, es la premisa normativa general del *modus ponens*<sup>685</sup>, a partir de la cual, junto con al menos otra premisa (la premisa individual subsuntiva), se puede derivar el *decisum*.<sup>686</sup>

En cambio, entre los juristas del *common law* prevalecen las nociones subjetivas o *intencionalistas*, que consideran la aparente intención del juez que pronunció el precedente-sentencia, o lo que quiso que fuera la *ratio*.<sup>687</sup> Dice, además, que el concepto objetivo es preferible a los subjetivos o mixtos “desde el punto de vista de la certeza jurídica”, pese a que aquél no considera el valor y la fuerza del precedente,

<sup>684</sup> CHIASSONI, Pierluigi. pp. 211- 266. En: MORENO, Diego (comp.) “Desencantos para abogados realistas”, Universidad Externado: Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, No. 62, Bogotá. p. 223.

CHIASSONI aporta el siguiente ejemplo: “Si alguno ha causado un daño injusto, debe resarcirlo [(x) (Dlx → ORx)]; Mario Rossi, con su comportamiento, ha causado un daño injusto [Dla]; Mario Rossi debe resarcir el daño [ORa]”.

<sup>685</sup> Debe aclararse que la forma de razonamiento *modus ponens* constituye una forma de razonamiento de la lógica de proposiciones, en la que se usa la expresión “si... entonces”. Fuente: FETERIS, *Op. Cit.*, p. 63.

<sup>686</sup> CHIASSONI, “La filosofía...”, *Op. Cit.*, p. 39.

<sup>687</sup> *Ibidem*, p. 36.



como sí lo hacen los demás conceptos.<sup>688</sup> Y la opción entre la concepción subjetiva y objetiva “se refleja de modo evidente sobre la *interpretación del precedente* en cuanto actividad que tiene como punto de partida el texto de una sentencia (un precedente-sentencia) y como resultado la identificación de “su” *ratio decidendi* (un precedente-ratio).”<sup>689</sup> Sugiere dejar abierta, desde el punto de vista teórico general, la alternativa entre el concepto objetivo, subjetivo y combinatorio, para que sean los juristas quienes opten por uno de ellos en la práctica de la argumentación “teniendo en cuenta la tradición y los objetivos de vez en cuando perseguidos”<sup>690</sup>. Este entendimiento acerca de lo que constituye la interpretación del precedente, y acerca del supuesto producto o resultado de esta interpretación supone la separación entre interpretación y aplicación del derecho, y la reducción de esta última a la puesta en operación de la *ratio decidendi* del precedente-sentencia.

Entre las técnicas textuales para la interpretación de la “ratio decidendi”, es decir, las encaminadas a re-interpretar lo que se asume es el significado original de la *ratio* identificada, CHIASSONI incluye la *interpretación declarativa* y la *correctiva*. La primera “busca establecer el correcto significado y el alcance normativo de una *ratio decidendi*... (a) cuando el significado ha demostrado ser indeterminado; (b) cuando el significado original ha sido (presuntamente) malinterpretado por algún otro juez en una decisión previa.”<sup>691</sup> Es aquí donde caben las técnicas de “interpretar” (*construing*), “señalar los alcances” (*measuring*) o “explicar” (*explaining*) un “precedente”.<sup>692</sup> Sin embargo, no puede aceptarse la pretendida categorización de estas técnicas como formas de interpretación “textual” de la *ratio decidendi*, porque el fragmento de la sentencia que el juez que la dicta, o algún juez del futuro designa

---

<sup>688</sup> *Ibidem*, p. 41.

<sup>689</sup> CHIASSONI, Pierluigi. pp. 211- 266. En: MORENO, Diego (comp.) “Desencantos para abogados realistas”, Universidad Externado: Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, No. 62, Bogotá. p. 221.

<sup>690</sup> *Ibidem*, p. 222.

<sup>691</sup> CHIASSONI, “La Filosofía...”, *Op. Cit.*, p. 44.

<sup>692</sup> *Ibidem*, p. 44.



como *ratio aparente* o declarada, no constituye en sí mismo una norma, ni puede dársele el mismo tratamiento de un texto legislativo.

En cambio, la *interpretación correctiva* es la que re-interpreta “la *ratio prima facie* establecida por una interpretación superficial de un precedente–sentencia y/o por la opinión pública... para que coincida con la *ratio* (aparentemente) *verdadera*, y *correcta*”, bien porque la *ratio* aparente ha sido *reducida* (*narrowed*) o se ha limitado su alcance (*downsized*).<sup>693</sup> Aquí caben, entonces, las técnicas usuales para juristas del *common law* como son las de “pulir” (*refining*), “reducir”, “restringir” (*confining*), “recortar” (*pruning*), “matizar” (*nuancing*), “extender”, “amplificar” (*loosening*) la *ratio*.<sup>694</sup> Y cabe, incluso, la distinción interna (“*distinguishing*”) del precedente, que distingue la regla, cambiando la descripción de los hechos relevantes que dieron lugar al precedente, como una forma de “re-interpretar” el precedente-*ratio* que en ocasiones se denomina “limitar los alcances de un precedente” (*confining a precedent*).<sup>695</sup>

La distinción externa del precedente (el otro tipo de “*distinguishing*”) cabe dentro de las técnicas meta-textuales para la interpretación de la “ratio decidendi”, pues se trata de una manera de neutralizarlo mediante la distinción de hechos materiales del caso frente a los hechos que comprende la *ratio* –no distinción de reglas, como ocurre con el *distinguishing* interno-.<sup>696</sup> CHIASSONI clasifica estas técnicas en dos grupos, así...

Por un lado, existen técnicas que tratan acerca del uso de un precedente-*ratio* previamente establecido para resolver un caso de primera impresión: este escenario implica, comúnmente, el uso de la analogía para pasar de la *ratio* establecida a una nueva *ratio* que resuelva el nuevo caso.

---

<sup>693</sup> *Ibidem*, pp. 44-45.

<sup>694</sup> *Ibidem*, p. 45.

<sup>695</sup> *Ibidem*, pp. 47-48.

<sup>696</sup> *Ibidem*, p. 47.



Por otro lado, existen técnicas que tratan acerca del *valor institucional precedencial* de una *ratio decidendi* previamente identificada: estas técnicas analizan cuando la *ratio* tiene o no la *fuerza* de una premisa normativa correcta para un determinado caso en concreto.

Algunas de estas técnicas buscan “eliminar” (*erase*), “debilitar”, o alternativamente, “fortalecer” la autoridad de un precedente *-ratio*. En este caso, los juristas del *common law* realizan operaciones como, por ejemplo, (a) “dictum-izar” (*dictum -izing*) (decir que la *ratio* no es *ratio*, sino que es *dictum*), (b) “minimizar” (*undermining*) alegar que hay razones para considerar que la *ratio* no es tan autoritativa como se presume), (c) “per-incuriam-nizar” (*per-incuriam-ing*) (decir que la *ratio* fue un error, un caso resuelto sin el debido cuidado), (d) “flanquear” (*outflanking*) (sostener que la *ratio* no fue más que un experimento, sin que nadie hubiera tenido la intención real de darle un valor vinculante), (e) “anacronizar” (*quondam-ing*) (alegar que la *ratio* fue pronunciada hace mucho tiempo, y por tanto, muchas cosas han cambiado desde entonces), (f) “adornar” (*garnishing*) (embellecer una *ratio* para que luzca mejor de lo que se suele ver) y (g) “entrelazar” (*napping*) (presentar una *ratio* como parte de una bien arraigada línea de precedentes).<sup>697</sup>

El hecho de que el autor aplique ambas perspectivas de análisis (interpretación *textual* y *extralingüística*<sup>698</sup>) para la interpretación de la *ratio decidendi* reitera las críticas hechas atrás frente al producto o resultado de la interpretación del precedente-sentencia, y confirma que debe rechazarse esta asimilación entre la *ratio decidendi* y un texto normativo como premisa normativa general del *modus ponens*, a partir de la cual, junto con al menos otra premisa (la premisa individual subsuntiva), se puede derivar el *decisum*.<sup>699</sup>

En todo caso, CHIASSONI parte de estos supuestos teóricos para abordar la pregunta sobre la vinculatoriedad de los precedentes civiles. Si bien este realista de la ‘escuela

---

<sup>697</sup> *Ibidem*, pp. 45-46.

<sup>698</sup> CHIASSONI, “Técnicas...”, *Op. Cit.*, p. 67.

<sup>699</sup> CHIASSONI, “La Filosofía...”, *Op. Cit.*, p. 39.



genovesa' aborda la cuestión desde la experiencia italiana<sup>700</sup>, sus aportes son relevantes, con los ajustes de rigor, para entender la cuestión en derecho colombiano. Distingue, por ejemplo, entre la relevancia *de iure* –normativa, formal, positiva- que pueden o deben tener los precedentes en la justificación de las decisiones sucesivas sobre casos similares, por un lado, y la relevancia *de facto* – empírica- que, en la práctica argumentativa y decisonal, tienen los precedentes en la justificación de las decisiones sucesivas.<sup>701</sup> El CPACA ubica a Colombia en el primer grupo, aun cuando parte de la doctrina se empeñe en negarlo.

Aunque insuficiente, la teoría de CHIASSONI contiene elementos valiosos, que serán de utilidad en la construcción de la teoría local del precedente judicial para lo contencioso administrativo. Tal es el caso de la explicación que hace de las técnicas tradicionales del *common law* para interpretar precedentes<sup>702</sup>, aunque queda abierta la cuestión acerca de si la adscripción al concepto objetivo de la *ratio* en el trasplante al *civil law* incidiría o no en la aplicación de estos métodos, relacionados con la interpretación textual o meta-textual de una *ratio decidendi* previamente identificada. Asume, además, que las técnicas textuales son aplicables a la interpretación de la "ratio decidendi", como si se tratara de un texto legislativo interpretado por un positivista jurídico, lo cual no se comparte. Debe aclararse, por último, que la *ratio* no podrá jamás tratarse como una pieza del discurso, como un extracto de una sentencia que pueda extirparse para su aplicación a casos futuros, porque ello abriría la puerta no solo a la libre creación judicial, sino que otorgaría un poder inusitado bien sea al juez que dictó el precedente, o al intérprete del futuro.

---

<sup>700</sup> CHIASSONI, Pierluigi. pp. 211- 266. En: MORENO, Diego (comp.) "Desencantos para abogados realistas", Universidad Externado: Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, No. 62, Bogotá. p. 211.

<sup>701</sup> *Ibidem*, pp. 227-228.

<sup>702</sup> CHIASSONI, "La Filosofía...", *Op. Cit.*, p. 43.





### *1.3 Precedente como razón excluyente de segundo orden en el proceso de aplicación del derecho (RAZ)*

RAZ se concentra en los rasgos normativo-estructurales del derecho, que lo hacen especial, entre los cuales se incluyen las reglas, la interpretación y el carácter sistemático del derecho. De estos rasgos, las esenciales son las reglas, por ser razones para la acción, pese a que no muestran el valor de las acciones que fundamentan [*opacidad de las reglas*<sup>703</sup>].

Para RAZ, además de las razones primarias para la acción, existen razones de segundo orden que suministran razones para actuar por una razón de primer orden o para abstenerse de hacerlo. Tal es el caso de las “razones excluyentes”, esto es, las que excluyen las de primer orden en cuanto suministran razones para abstenerse de actuar por razones de primer orden.<sup>704</sup> Así, por ejemplo, “una regla imperativa es la combinación de una razón de primer orden para realizar un cierto acto y una razón excluyente que elimina de la consideración razones de primer orden en conflicto”<sup>705</sup>.

El modelo de razonamiento práctico de RAZ se mantiene en la línea de la filosofía iuspositivista fundada en la *función normativa* o excluyente de la autoridad de una norma moral (cumplir las promesas) o jurídica (norma jurídica o decisión judicial)<sup>706</sup>, donde “la autoridad –dice RAZ- traslada la decisión de una persona a otra”.<sup>707</sup> Dicha autoridad tiene la función de excluir otras razones que carecen de autoridad (valores o principios), así como los juicios de carácter deliberativo o evaluativo.<sup>708</sup> Es la *función normativa* de la autoridad la que permite distinguir formalmente entre razones de

---

<sup>703</sup> RAZ, Joseph. “Entre la autoridad y la interpretación: Sobre la teoría del derecho y la razón práctica”, Madrid: Marcial Pons, 2013. pp. 215 y 221.

<sup>704</sup> SCHAUER, *Op. Cit.*, p. 149.

<sup>705</sup> *Ibidem*, p. 149.

<sup>706</sup> MORAL, *Op. Cit.*, p. 26

<sup>707</sup> RAZ, J. “Razón práctica y normas”, *Postscriptum*, p. 241. Citado por: MORAL, *Op. Cit.*, p. 35.

<sup>708</sup> MORAL, *Op. Cit.*, p. 26



primer orden y razones de segundo orden y entre dos niveles de razonamiento: haciendo discurrir el razonamiento práctico por niveles ejecutivos y no deliberativos.

<sup>709</sup> Es por eso que, mientras que el proceso legislativo consiste en un *law-making process*, el proceso judicial consiste, en esta visión, un *law-applying process*, donde “una norma jurídica excluye cualquier deliberación acerca del peso de las razones de primer orden y aparta el propio juicio respecto a cuál sea la razón para actuar.” <sup>710</sup> Pero aunque el razonamiento jurídico es predominantemente interpretativo, ello no significa que no sea moral, porque el razonamiento jurídico apunta no solo a establecer el contenido de los estándares autoritativos sino, además, a complementarlos e incluso modificarlos a la luz de consideraciones morales. <sup>711</sup> Sin embargo, ambos aspectos “se funden en una aparente continuidad”. <sup>712</sup>

Como se dijo, otro de los rasgos normativo-estructurales propios del derecho es la interpretación que, para RAZ, solo es buena si ella ilumina el significado de su objeto, que es uno solo <sup>713</sup>, y “la interpretación es posible solo cuando el significado de lo que es interpretado no es obvio” <sup>714</sup>. Para RAZ “una interpretación ilumina exitosamente el significado de su objeto en el grado en que responde a cualesquier (sic) razones que haya para prestar atención a su objeto como cosa de su tipo.” <sup>715</sup> **Las razones que hacen importante la interpretación en el razonamiento jurídico son la ‘continuidad’, la ‘autoridad’, el ‘desarrollo jurídico’ y la ‘equidad’.** <sup>716</sup> La ‘autoridad’ y la ‘continuidad’ responden la pregunta de ¿Por qué interpretar? <sup>717</sup>. Siendo el derecho un sistema normativo e institucionalizado, “reconoce la **autoridad** de las instituciones

---

<sup>709</sup> *Ibidem*, p. 27.

<sup>710</sup> *Ibidem*, p. 29.

<sup>711</sup> RAZ, “Entre la autoridad...”, *Op. Cit.*, p. 128.

<sup>712</sup> *Idem*.

<sup>713</sup> RAZ, Joseph. “¿Por qué interpretar?” pp. 39-56. *En*: VÁZQUEZ, Rodolfo. Compilador. “Interpretación Jurídica y Decisión judicial”. México D.F.: Doctrina Jurídica Contemporánea, 3 ed, 2002. p. 44.

<sup>714</sup> *Ibidem*, p. 40.

<sup>715</sup> *Ibidem*, p. 47.

<sup>716</sup> RAZ, “¿Por qué interpretar?”, *Op. Cit.*, p. 49.

<sup>717</sup> *Idem*.



para crear, aplicar y ejecutar disposiciones jurídicas”<sup>718</sup> (se destaca). He aquí la principal diferencia entre el razonamiento interpretativo y otros como el legislativo y el moral: el factor ‘autoridad’. “La dependencia en la autoridad conduce a la necesidad de interpretar las decisiones de la autoridad y este es el objeto fundamental de la interpretación jurídica.”<sup>719</sup> A diferencia del razonamiento moral y otros tipos de razonamiento evaluativo, que no son interpretativos, la naturaleza autoritativa del derecho “explica la centralidad de la interpretación en el razonamiento jurídico”<sup>720</sup>, y ello supone establecer qué han hecho las autoridades, qué han decidido y qué significan dichas decisiones.<sup>721</sup> Para RAZ, la *introducción* de la autoridad en el razonamiento práctico está legitimada por el *argumento pericial*, es decir, la mejor competencia técnica del experto para afrontar mejor la situación a resolver, y la *coordinación de las actuaciones* de los sujetos a quienes van destinadas las directivas autoritativas.<sup>722</sup>

A su vez, la **continuidad** es importante en tanto garantiza la obligatoriedad tanto de la legislación como de los precedentes aún después de que sus autores han perdido su poder o autoridad<sup>723</sup>, extendiendo la vida de las disposiciones más allá del momento en que se agota el respeto hacia su autor.<sup>724</sup> Para RAZ, “La necesidad de continuidad juega un papel similar en el razonamiento legislativo, sin proporcionarle un carácter interpretativo. Es solo en combinación con el respeto por la autoridad que guardan los tribunales que la continuidad soporta el razonamiento interpretativo.”<sup>725</sup> Ahora bien, para RAZ, la ambigüedad e incertidumbre en los métodos de interpretación limitan los poderes legislativos de los creadores del derecho, aumentando a su vez el

---

<sup>718</sup> *Ibidem*, pp. 49-50.

<sup>719</sup> *Ibidem*, p. 55.

<sup>720</sup> RAZ, “Entre la autoridad...”, *Op. Cit.*, p. 127.

<sup>721</sup> *Ibidem*, p. 127.

<sup>722</sup> MORAL, *Op. Cit.*, p. 33.

<sup>723</sup> RAZ, “¿Por qué interpretar?”, *Op. Cit.*, p. 50.

<sup>724</sup> *Ibidem*, p. 50.

<sup>725</sup> *Ibidem*, p. 54.



poder de los tribunales u otras instituciones para interpretar el derecho autoritativamente, y “[l]a elección del método de interpretación es un importante mecanismo para la distribución del poder entre los órganos del gobierno”.<sup>726</sup> Así, suele ser preferible la interpretación innovadora sobre una conservadora<sup>727</sup>, pero esta responsabilidad que tienen los tribunales de mejorar el derecho en ciertos casos no puede entenderse como una justificación para el “activismo judicial”<sup>728</sup>.

Pero, además de estos dos factores (autoridad y continuidad), existen otros que guían la actividad interpretativa y responden la pregunta de “¿Cómo debemos interpretar?”<sup>729</sup>. Se trata de la ‘**equidad**’ y el ‘**desarrollo del derecho**’, explicándose este último en la tendencia de las instituciones a desarrollar rutinas, como ocurre con el *common law*.<sup>730</sup> Por esto, mientras que una constitución recién expedida tendrá en la práctica constitucional el significado que pretendieron sus autores, “dicho significado será uno gradualmente recubierto por capas de decisiones interpretativas y por la manera en que las disposiciones relevantes sean entendidas en las prácticas de las instituciones jurídicas de un país y de su población.”<sup>731</sup>

La primera gran objeción al razonamiento jurídico raziano consiste en la *imperiosa fuerza excluyente* de las razones de segundo orden (y de las normas jurídicas), puesto que RAZ pasa por alto que puede haber conflictos entre normas jurídicas y razones de primer orden. Por eso CHIASSONI critica a RAZ -para quien las razones excluyentes son insuperables- y plantea, en cambio, que las reglas sí pueden ser desplazadas dentro de su ámbito de aplicación en ciertos casos.<sup>732</sup> RAZ no reconoce una distinción lógica entre la exclusión y la fuerza de exclusión, distinción sin la cual

---

<sup>726</sup> RAZ, “Entre la autoridad...”, *Op. Cit.*, p. 135.

<sup>727</sup> *Ibidem*, p. 374.

<sup>728</sup> *Ibidem*, pp. 365-366.

<sup>729</sup> RAZ, “¿Por qué interpretar?”, *Op. Cit.*, p. 53.

<sup>730</sup> *Ibidem*, p. 53.

<sup>731</sup> RAZ, “Entre la autoridad...”, *Op. Cit.*, p. 369.

<sup>732</sup> SCHAUER, *Op. Cit.*, pp. 149-150.



sería imposible apartar la norma jurídica a favor de una razón de primer orden en conflicto (e.g. sería imposible superar el límite de velocidad en casos de urgencia) <sup>733</sup>. Inclusive, puede haber conflicto entre razones de segundo orden cuando el derecho ofrece varias soluciones, conflicto que RAZ deja de lado y que no puede ser resuelto con la pretensión de autoridad legítima, pues “[e]l razonamiento ejecutivo entorpece la solución de la disputa porque evita que otras razones sean llamadas al conflicto. En estos casos los jueces razonan considerando *todas* las cosas: tanto las razones de autoridad como las que justifican estas últimas (razones de primer orden)”. <sup>734</sup>

La segunda gran objeción gira en torno de la pretendida autonomía del razonamiento jurídico, puesto que, contrario a lo que sostiene RAZ, existe una conexión entre el razonamiento jurídico y el moral. NINO la denomina *conexión interpretativa*. <sup>735</sup> Tal vez por esto ha dicho SCHAUER que el análisis de RAZ de las razones *excluyentes* es incompleto, puesto que las razones de segundo orden también pueden ser *incluyentes*, complementando (y no disminuyendo) el espectro de razones de primer orden, esto es, orientando al agente a considerar cosas que de otro modo habría o debería haber ignorado. <sup>736</sup>

Otra crítica a RAZ proviene de MORAL SORIANO, quien no solo rechaza la idea del precedente como razón de segundo orden excluyente, sino también el carácter ejecutivo que RAZ atribuye al razonamiento jurídico. Para la autora, el razonamiento jurídico transcurre más bien por niveles deliberativos. <sup>737</sup> Dice la autora:

(...) los jueces tienen que seguir dos reglas en su razonamiento: de un lado, las reglas de reconocimiento que señalan al juez qué disposiciones jurídicas tienen que aplicarse y, de

---

<sup>733</sup> MORAL, *Op. Cit.*, pp. 32-33.

<sup>734</sup> *Ibidem*, p. 68.

<sup>735</sup> *Ibidem*, p. 33.

<sup>736</sup> SCHAUER, *Op. Cit.*, p. 152.

<sup>737</sup> MORAL, *Op. Cit.*, p. 41.



otro lado, las reglas de discrecionalidad que guían al juez en la solución de conflictos a los que el sistema no da una solución clara.

Un tipo particular de regla de reconocimiento es la *doctrina del precedente*. En los sistemas de Derecho común las decisiones judiciales precedentes son vinculantes gracias al reconocimiento que reciben por medio de la práctica de los tribunales. Son los propios jueces los que al aplicar reiteradamente un precedente le reconocen un valor vinculante. La doctrina del precedente viene a sintetizar los hechos sociales (*social facts*) gracias a los que una decisión judicial pasa a ser considerada un precedente vinculante, es decir, una disposición jurídica.<sup>738</sup> Por ello hay que concluir que los precedentes, al igual que el Derecho legislado, son disposiciones jurídicas que tienen carácter de reglas de segundo orden excluyentes en el razonamiento práctico.

Sin embargo, RAZ indica que si bien los precedentes y las leyes tienen en común su carácter excluyente (y su función normativa en el razonamiento jurídico) es necesario establecer una diferencia con relación a su grado de obligatoriedad: los precedentes y las leyes no obligan a los tribunales de la misma forma, o **en palabras de RAZ « las normas del Derecho común son menos obligatorias que las normas legisladas », porque los precedentes al contrario que el Derecho legislado pueden ser distinguidos (*distinguishing*) o anulados (*overruling*) por los propios jueces.**

Una afirmación como ésta hace pensar inmediatamente en una contradicción interna en la obra de RAZ, puesto que no se puede declarar el carácter excluyente de los precedentes a la vez que su carácter “menos obligatorio” que el de las normas legisladas. [...] Es esta *especial revisibilidad* a la que están siempre sometidos los precedentes lo que los distingue del Derecho legislado que, según RAZ, no podría ser modificado ni siquiera parcialmente por los jueces.<sup>739</sup> (Negrilla fuera de texto)

Tampoco se comparte la noción que RAZ adopta del único significado<sup>740</sup>, ni del significado objetivo, ni tampoco la idea de reservar la interpretación solo para casos

---

<sup>738</sup> Tanto Raz como Hart entienden la doctrina del precedente como una regla de reconocimiento consuetudinaria, puesto que es la práctica de los jueces el vehículo para reconocer a estas disposiciones normativas especiales (véase RAZ, Joseph, “La autoridad del Derecho.” Ensayos sobre Derecho y moral, cita completa pp. 227 ss). MORAL, *Op. Cit.*, pie de página 34, p. 38.

<sup>739</sup> MORAL, *Op. Cit.*, pp. 38-40.

<sup>740</sup> RAZ, “¿Por qué interpretar?”, *Op. Cit.*, p. 44.



en que el significado de lo interpretado no es obvio<sup>741</sup>. Tampoco parece acertado atribuir a la autoridad la función de excluir la consideración de valores y principios (suprimiendo, por tanto, los juicios deliberativos<sup>742</sup>), porque la actividad judicial nunca es meramente ejecutiva o de mera aplicación (*law-applying process*)<sup>743</sup>.

Por el contrario, en este escrito se intentará demostrar que, aunque la independencia de contenido de las reglas<sup>744</sup> tiene un papel preponderante en un estadio inicial de la decisión judicial -asunto que será de la mayor relevancia en la construcción de la teoría local del precedente judicial-, la autoridad nunca llega a excluir de manera absoluta las razones de primer orden. Estas, por el contrario, entrarán siempre en un juego deliberativo en la etapa (posterior) de justificación de la decisión. Por eso los precedentes no son reglas de segundo orden excluyentes en el razonamiento práctico, y ni siquiera lo son los textos legislativos –a los que RAZ atribuye un grado superior de obligatoriedad, en tanto no pueden ser distinguidos o anulados-, no solo debido a las reglas de discrecionalidad, sino porque parte de la legitimidad misma de la autoridad es que ella no puede llevar la independencia de las reglas al extremo de lo irrazonable.

Las razones de segundo orden no tienen, entonces, *imperiosa fuerza excluyente*, pues siempre será necesaria la justificación de la decisión acudiendo a razones de primer orden que, inclusive, podrían llevar al juez a inaplicar un precedente (Ver la Parte II, Título II, Capítulo II de este escrito). Además, RAZ no ofrece una explicación satisfactoria sobre la interacción entre los estándares autoritativos y las consideraciones morales<sup>745</sup>, cuyo papel reconoce; ni tampoco propone una fórmula para conciliar la responsabilidad que tienen los tribunales (en ciertos casos) de

---

<sup>741</sup> *Ibidem*, p. 40.

<sup>742</sup> MORAL, *Op. Cit.*, p. 26

<sup>743</sup> *Ibidem*, p. 29.

<sup>744</sup> RAZ, “Entre la autoridad...”, *Op. Cit.*, p. 221-222.

<sup>745</sup> *Ibidem*, p. 128.



“mejorar el derecho”<sup>746</sup> y de corregir los defectos de una constitución a través de interpretaciones ingeniosas<sup>747</sup> con la supuesta función de aplicar el derecho.

Pasa por alto, además, que también el razonamiento legislativo es interpretativo y autoritativo, pues hace parte de la concreción de normas superiores (como serían las constitucionales, orgánicas, estatutarias, tratados internacionales, etc.), y por tanto la legislación y los precedentes no solo comparten la continuidad<sup>748</sup>, sino también la autoridad.

#### *1.4 Modelo de reglas del precedente, donde el tribunal del precedente actúa como órgano legislativo y judicial (ALEXANDER)*

Este autor toma como punto de partida la consideración de que “[e]l modelo de reglas del precedente concibe al tribunal del precedente a la vez como un órgano legislativo y como uno judicial”<sup>749</sup>; y el hecho de que la vinculación del precedente deriva no de la decisión misma, sino del “fallo” o *holding*, que es “la regla promulgada en el precedente para justificar dicha decisión.”<sup>750</sup> No se acepta ni lo uno ni lo otro.

ALEXANDER considera que es imposible distinguir las reglas que surgen de los precedentes, sin revocarlas, porque la regla modificada no justifica el caso precedente y no hay garantía de que ella “tendrá un efecto similar a la regla del precedente”.<sup>751</sup> Por tanto, “[l]os precedentes solo se pueden seguir o revocar, ya

---

<sup>746</sup> *Ibidem*, pp. 365-366.

<sup>747</sup> *Ibidem*, pp. 359-360.

<sup>748</sup> RAZ, “¿Por qué interpretar?”, *Op. Cit.*, p. 54.

<sup>749</sup> ALEXANDER, Larry. “La Vinculación del Precedente, su Alcance y su Fuerza: un Breve Análisis acerca de sus posibilidades y sus virtudes”. pp. 159-177. *En*: BERNAL, Carlos et BUSTAMANTE, Thomas, “Fundamentos Filosóficos de la Teoría del Precedente Judicial”, Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho No. 71, Trad. Rodrigo Camarena González, Junio de 2015. p. 162.

<sup>750</sup> *Idem*.

<sup>751</sup> *Ibidem*, p. 164.





sea total o parcialmente.”<sup>752</sup> Con esto, ALEXANDER confunde el proceso racional detrás de las actividades de distinción y revocación del precedente, procesos que aquí se distinguen no solo desde el punto de vista lógico, sino cronológico, porque uno y otro ocurren en momentos distintos del proceso de decisión judicial (ver la PARTE II de esta tesis). En esto difiere de RAZ, para quien es posible la distinción sin revocación, lo cual ocurre añadiendo una condición extra a la regla contenida en el precedente que, aun así, justifique el resultado del caso precedente<sup>753</sup>.

Para ALEXANDER, “los tribunales deben resolver con base en una presunción a favor de seguir aun las reglas maliciosas”.<sup>754</sup> Esta polémica pauta difícilmente podría aceptarse en el ordenamiento jurídico colombiano, pues ni siquiera en sistemas de derecho anglosajón existe una sujeción tan estricta al precedente como esta, ni sería ella acorde con las finalidades del CPACA.

ALEXANDER se adscribe, entonces, al modelo de la regla de precedente “como un modelo realmente vinculante del precedente”<sup>755</sup>. Así, deja a un lado los otros modelos como: (i) el modelo natural, que obliga al tribunal posterior a resolver tomando en cuenta todos los factores relevantes y efectos de la decisión previa, para “hacer lo correcto”<sup>756</sup>; y (ii) el modelo de resultados de precedente (que es el que parece defender DWORKIN<sup>757</sup>) el cual, a diferencia del modelo de reglas, distingue al precedente de las reglas legislativas, así como los procesos de revocación y la distinción de precedentes<sup>758</sup>. Así, pese a las tres objeciones a la regla del precedente (a saber, la falta de competencia de los tribunales para legislar, la dificultad o incluso imposibilidad de identificar una “regla” en la sentencia, y el hecho de que el modelo

---

<sup>752</sup> *Ibidem*, p. 165.

<sup>753</sup> *Ibidem*, p. 163.

<sup>754</sup> *Ibidem*, p. 177.

<sup>755</sup> *Ibidem*, p. 172.

<sup>756</sup> *Ibidem*, pp. 165 y 177.

<sup>757</sup> *Ibidem*, p. 171.

<sup>758</sup> *Ibidem*, p. 167.



de reglas parece ignorar la distinción de casos<sup>759</sup>), considera que el modelo de reglas es el único modelo del precedente que puede vincular y constreñir a los tribunales en escenarios futuros para resolver casos incluso cuando ellos consideran que el precedente fue resuelto incorrectamente.<sup>760</sup>

Y explica la vinculación del precedente en sistemas de derecho legislado, también bajo el modelo de reglas, como la vinculación de los tribunales futuros a la interpretación que el tribunal anterior hizo del texto, así: “[l]a interpretación del tribunal anterior se convierte en la regla que los tribunales futuros deben seguir en lugar de sus propias interpretaciones del texto legislativo o constitucional.”<sup>761</sup> Luego, cuando ya el tribunal ha interpretado el texto<sup>762</sup>, el resultado de la aplicación dependerá de si el tribunal interpreta las disposiciones textuales como regla o principio: en el primer caso, el tribunal posterior aplica la regla del caso anterior; y en el segundo, los tribunales posteriores están vinculados por la interpretación del texto. Si el tribunal anterior creó reglas para implementar el principio, estarán vinculados también por las reglas que formuló e implementó el tribunal anterior<sup>763</sup>.

Esta noción del precedente, equiparable a una ‘interpretación con autoridad’ o ‘jurisprudencia conceptual / interpretativa’ no permitiría a los jueces y a las autoridades administrativas colombianos determinar y aplicar el “precedente judicial” contenido en las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado, que contienen verdaderos precedentes aplicables mediante razonamiento analógico. No es aceptable, tampoco, la ficción del juez como órgano legislativo y judicial, ni mucho menos la falsa convicción de que un precedente malicioso puede constreñir y vincular a tribunales futuros, porque se trataría no solo de un modelo excesivamente estricto

---

<sup>759</sup> *Ibidem*, p. 163.

<sup>760</sup> *Ibidem*, p. 165.

<sup>761</sup> *Ibidem*, p. 172. (Negrilla fuera de texto)

<sup>762</sup> *Idem*.

<sup>763</sup> *Ibidem*, p. 173.



del precedente judicial, sino que dejaría por fuera toda instancia de justificación externa de la decisión, algo contrario a la teoría local que se propone en la Parte II de esta investigación.

### *1.5 La decisión judicial debe ser amplia y basada en reglas (ITURRALDE, MAXIMALISMO, FORMALISMO DEMOCRÁTICO)*

ITURRALDE acoge un concepto estricto de precedente, limitándolo a los precedentes obligatorios, esto es, los que el juez debe seguir con independencia de su opinión sobre los mismos.<sup>764</sup> Bajo esta concepción, analiza los problemas del “precedente como objeto de interpretación”, los cuales dan cuenta de la discrecionalidad de los tribunales al aplicarlos.<sup>765</sup>

En el *modelo declarativo de reglas*, los tribunales futuros deben aplicar la *ratio decidendi* “a menos que puedan distinguir o revocar el precedente”.<sup>766</sup> El principal problema radica, en este caso, en la identificación de la *ratio*, pues por lo general ella no está formulada, ni es usual que los tribunales identifiquen la *ratio* que sirvió de sustento para resolver un determinado caso<sup>767</sup>. Por el contrario, ella debe inferirse “a partir del criterio jurídico y su relación con la estructura judicial, los hechos del caso y la decisión.”<sup>768</sup> Por tanto, es imposible identificar el principio que cierto caso particular estableció<sup>769</sup>. Además, cuando el juez ofrece varias razones justificativas de una decisión, existe una dificultad adicional, cual es la de determinar cuál(es) de ella(s) conforma(n) la *ratio decidendi*.<sup>770</sup> Y la complejidad aumenta si se requiere de múltiples decisiones en un mismo

---

<sup>764</sup> ITURRALDE, *Op. Cit.*, p. 243.

<sup>765</sup> *Ibidem*, p. 245.

<sup>766</sup> *Idem*.

<sup>767</sup> *Ibidem*, p. 251.

<sup>768</sup> *Ibidem*, p. 246.

<sup>769</sup> *Ibidem*, p. 251.

<sup>770</sup> *Idem*.



sentido, durante un período relativamente extenso, para entender que existe un precedente, o cuando el precedente aplicable es distinguido<sup>771</sup>.

En relación con este último punto, ITURRALDE distingue los momentos de la interpretación y la aplicación de la norma (y del precedente) y hace un parangón con la interpretación de reglas jurídicas, así:

**Una vez que se ha establecido la *ratio decidendi* surge otro problema, referente este a su aplicación en casos futuros. Se trata de un problema ya que, tal y como sucede con la interpretación de reglas jurídicas, también es susceptible de interpretación determinar si a un nuevo caso se le debe aplicar dicha *ratio*. (Si no es aplicable, entonces debe ser distinta al caso, aun si es aplicable *prima facie*.)**

La técnica de la distinción puede ser utilizada adecuadamente para determinar si un precedente X no es aplicable al caso en particular toda vez que, como sucede con la aplicación de una regla, los hechos del caso no son previstos por X. En este supuesto, lo que en realidad sucede es una interpretación de la *ratio decidendi* en relación con los hechos del caso. Pero la técnica de la distinción puede ser utilizada también para evitar la aplicación de un precedente que en realidad es aplicable a un caso pero cuya aplicación se considera injusta, incorrecta, etc.<sup>772</sup>

En cambio, en el “*modelo de analogía particular* (...) cada caso simplemente se trata como un ejemplo ilustrativo de una decisión correcta a la luz de todos los hechos del caso y por ende una guía útil para casos similares. Aquí el problema es: ¿Cuáles casos son similares?”<sup>773</sup> La autora reconoce que razonar con base en precedentes es diferente a razonar con base reglas, aunque atribuye la diferencia al solo hecho de que “en el caso del precedente es necesario construir la generalización (la cual ya existe en el caso de reglas).”<sup>774</sup> Como se ve, la diferencia es sutil, lo cual puede

---

<sup>771</sup> *Ibidem*, pp. 252-254.

<sup>772</sup> *Ibidem*, pp. 254-255.

<sup>773</sup> *Ibidem*, pp. 245-246. (Se subraya)

<sup>774</sup> *Ibidem*, p. 259.



constatarse en las no pocas similitudes que ITURRALDE encuentra entre la aplicación de reglas y precedentes. Dice, por ejemplo, que “[u]na vez que se obtiene la *ratio decidendi* debemos determinar cuál es el significado de los conceptos que utiliza”, pues comparten con la interpretación de normas jurídicas el problema de vaguedad<sup>775</sup>. Y, como si ello fuera poco, tales diferencias se diluyen por completo tan pronto se realiza tal labor de generalización que la autora atribuye al juez llamado a aplicar el precedente, pues “[c]uando la descripción de los hechos se convierte en parte de lo que el precedente constituye, entonces al argumento basado en precedentes es similar al que se basa en reglas.”<sup>776</sup> (Se subraya)

Se coincide con ITURRALDE en cuanto a: (i) la diferenciación que hace entre el razonamiento con reglas y el razonamiento con precedentes, aunque debe anotarse desde ya que la distinción es muchísimo mayor de lo que la autora supone; (ii) la incorporación de los hechos en la *ratio decidendi*; y (iii) el reconocimiento del proceso de construcción de la regla por parte del juez llamado a aplicar el precedente, que es quien elabora la *regla de relevancia* y el proceso de *generalización*. Sin embargo, este modelo plantea dificultades en la construcción de los hechos del caso; en la elección entre distintos precedentes o soluciones a casos similares al actual; así como en la decisión sobre si existe suficiente similitud entre casos<sup>777</sup>. Como “el juez del segundo caso crea la generalización, a la luz de las circunstancias del caso actual en relación con el precedente”<sup>778</sup>, la “opinión del juez respecto de la necesidad de tratar dos casos de la misma manera”<sup>779</sup> es un factor que siempre estará implícita en la ‘regla de relevancia’ entre los casos.

---

<sup>775</sup> Idem.

<sup>776</sup> Idem (citando a F. SCHAUER. *Playing by the Rules*, Clarendon, Oxford, 1991, pp. 245 y 248).

<sup>777</sup> Ibídem, pp. 259-261.

<sup>778</sup> Ibídem, pp. 260-261.

<sup>779</sup> Ibídem, p. 261.



Y, ante todo, no resulta admisible la pretensión de ITURRALDE respecto de la existencia de una suerte de ‘descubrimiento en abstracto’ de la *ratio decidendi* para su posterior aplicación a varios casos futuros, como si se tratara de un texto legislativo que el juez del futuro deba hallar e interpretar *ex ante*. No solo es imposible, al momento de identificar la *ratio decidendi*, intentar separar al juez del caso que tiene ante sí, u obligarlo a olvidar los hechos nuevos que está analizando. Más que eso: como se demostrará en esta investigación, ello resulta innecesario y hasta contraproducente, dado que la regla del precedente debe aplicarse al caso futuro en el mismo nivel de generalidad en el que ella se encuentra, sin procesos de abstracción que abran la puerta a una excesiva discrecionalidad judicial.

ITURRALDE recuerda a la postura epistemológica que entre los norteamericanos se denomina ‘maximalismo’, donde el juez posterior también es el llamado a “extraer de la decisión judicial vinculante un supuesto normativo abstracto y general”<sup>780</sup> para aplicarlo en la resolución del caso posterior.

La cúspide del razonamiento judicial basado en reglas es el **MAXIMALISMO**, corriente que reúne a aquellos jueces que deciden los casos sentando reglas amplias para el futuro, y dotando las decisiones de ambiciosas justificaciones teóricas<sup>781</sup>, así como a los doctrinantes y académicos que defienden este tipo de decisión judicial. El MAXIMALISMO da primacía a “la continuidad, la certeza y la predictibilidad del derecho”<sup>782</sup> que, para ellos, solo se logra si la regla del precedente no solo regula los asuntos «*to the point*», sino también una amplia categoría de litigios potenciales<sup>783</sup>. Por ello, autores emblemáticos de esta doctrina, como SCHAUER, propugnan que la

---

<sup>780</sup> MAGALONI, *Op. Cit.*, p. 95.

<sup>781</sup> SUNSTEIN, *Op. Cit.*, pp. 9-10.

Traducción libre del siguiente texto: “Let us understand the term [*maximalism*] as a shorthand reference for those who seek to decide cases in a way that sets broad rules for the future and that also gives ambitious theoretical justifications for outcomes.”

<sup>782</sup> MAGALONI, *Op. Cit.*, p. 63.

<sup>783</sup> *Ibidem*, p. 108.



actividad jurisdiccional debe desarrollarse con base en reglas preexistentes a la disputa (*rule-based decisionmaking*)<sup>784</sup>.

Una característica central de esta corriente es considerar la generalidad como la “condición necesaria para la existencia de una regla”<sup>785</sup>, al punto de considerar que en la forma *particularista* de toma de decisiones, “no tendríamos noción de regla en absoluto, no habría un conjunto de casos claramente dentro, otros claramente fuera y otros dudosos”<sup>786</sup>, puesto que las decisiones están centradas en la situación particular y las reglas son indicativas y carentes de peso propio<sup>787</sup>. Esta noción intentará ser rebatida aquí, en la medida en que aún una regla con un patrón fáctico bien definido y un alcance más limitado, como la que opera en las decisiones minimalistas (que no necesariamente “particularistas”), no pierde su naturaleza de “regla”, aun cuando el espectro de casos futuros abarcados por ella sea infinitamente más reducido.

Así pues, existe una toma de decisiones *basada en reglas* cuando se excluye la consideración de algunas propiedades del hecho particular<sup>788</sup> y cuando “las instancias resisten los esfuerzos por penetrarlas en aras de su justificación.”<sup>789</sup> El papel que juegan los hechos es distinto en uno y otro modelo, así:

La toma de decisiones basada en reglas se distingue de la particularista justamente porque algunas características del hecho, que de otra manera serían relevantes en la decisión, son actual o potencialmente ignoradas por la generalización sub y sobreincluyente que constituye el predicado fáctico de cualquier regla.

---

<sup>784</sup> *Ibidem*, p. 94.

<sup>785</sup> SCHAUER, *Op. Cit.*, p. 153.

<sup>786</sup> *Ibidem*, p. 283.

<sup>787</sup> *Ibidem*, pp. 137-138.

<sup>788</sup> *Ibidem*, pp. 137-138.

<sup>789</sup> *Ibidem*, p. 136.



[...] las dos difieren cuando un decisor, aplicando las generalizaciones del ayer al hoy, se enfrentan con una experiencia recalcitrante –una situación en la cual la aplicación de la generalización a la decisión actual parece frustrar más que servir a la justificación que subyace a la generalización-. En casos semejantes, la toma de decisiones particularista adapta la generalización previa como si no mereciera peso intrínseco alguno en el cálculo de la decisión. La toma de decisiones basada en reglas rechaza, en cambio, la revisión continua de las generalizaciones y, consecuentemente, les atribuye fuerza, incluso en aquellos casos en los que parece no merecerla.<sup>790</sup>

SCHAUER estudia la conexión entre las reglas y el *common law*, y examina el papel de las reglas en el concepto de precedentes<sup>791</sup>, refiriéndose a las reglas prescriptivas como aquellas que poseen un contenido semántico normativo y sirven para “guiar, controlar o modificar la conducta de agentes con capacidad para la toma de decisiones.”<sup>792</sup> Entre las reglas prescriptivas, le interesan las reglas imperativas, que cuando son aceptadas establecen razones para la acción por solo existir, generando una presión normativa aun cuando las justificaciones subyacentes a la regla indican el resultado contrario.<sup>793</sup> En este sentido, “casi cualquier regla puede ser formulada de forma tal que el consecuente sea sólo una (sic) operador deóntico desnudo, quedando en el predicado fáctico todo aquello que no sea el establecimiento de una obligación, prohibición o permisión.”<sup>794</sup> Así las cosas, la justificación que determina cuál generalización conformará el predicado fáctico está dada por la prescripción que se persigue o el mal que se busca evitar<sup>795</sup>.

Y el concepto de precedentes es central en la obra de SCHAUER, pues mientras en el *civil law* el carácter basado en reglas deriva de la interpretación de textos canónicos, el carácter basado en reglas del *common law* se encuentra en la idea de

---

<sup>790</sup> *Ibidem*, p. 138.

<sup>791</sup> *Ibidem*, p. 55.

<sup>792</sup> *Ibidem*, p. 58.

<sup>793</sup> *Ibidem*, p. 61.

<sup>794</sup> *Ibidem*, p. 82.

<sup>795</sup> *Ibidem*, p. 86.





los precedentes, con la cual se logra el atrincheramiento. Así pues, el argumento basado en precedentes supone otorgarle peso al solo hecho de que se haya decidido antes, a pesar de que se considere que la decisión previa fue errónea, “y, por consiguiente, **un argumento basado en los precedentes opera sustancialmente como un argumento basado en reglas**. Del mismo modo en el que un argumento basado en reglas le confiere un peso independiente al hecho de que un resultado sea indicado por esa regla, así también el argumento basado en precedentes le confiere peso independientemente al hecho de que un resultado se parezca a uno alcanzado en el pasado. **El argumento basado en precedentes es, de esta manera, un argumento basado en autoridad...**”<sup>796</sup> (Negrilla fuera de texto).

Lo único que, para SCHAUER, distingue el razonamiento basado en precedentes del razonamiento basado en reglas “es la necesidad en el primero de *construir* la generalización/predicado fáctico que ya existe en el caso de las reglas”.<sup>797</sup> Como la decisión con valor de precedente solo concernía un evento particular, el tribunal del caso subsiguiente debe construir el predicado fáctico a partir del resultado del caso previo.<sup>798</sup> Llama la atención la cercanía con ITURRALDE en este punto, y deben hacerse –por tanto- extensivas las críticas que se formularon páginas atrás frente a esa postura.

Ahora bien, algo que no explica SCHAUER es cómo puede el razonamiento basado en precedentes ser similar al razonamiento basado en reglas, si “la idea de la obligatoriedad del precedente presupone que una decisión previa regulará un conjunto subsiguiente de hechos que son *semejantes* al primero”<sup>799</sup>, estando a cargo del segundo tribunal establecer la *regla de relevancia* y crear la generalización

---

<sup>796</sup> *Ibidem*, p. 245.

<sup>797</sup> *Idem*.

<sup>798</sup> *Ibidem*, p. 246.

<sup>799</sup> *Idem*.



respectiva<sup>800</sup>; mientras que la esencia de la toma de decisiones basada en reglas, como se dijo, “reside en el modo en el que las reglas, como generalizaciones, suprimen diferencias que en los casos de aplicación *resultan relevantes*”<sup>801</sup>, homogeneizando los casos para poder tratar de igual manera los casos que, en estricto sentido, no ameritan un mismo tratamiento. Esta tensión entre razonamiento analógico y homogeneización no encuentra explicación en el texto de SCHAUER. Además, según dice, puede ocurrir que el tribunal precedente no haya descrito el predicado fáctico de la regla, o no haya explicado la categoría a la que pertenece el caso, ni haya brindado razones para decidir en cierto sentido, sin que por ello el segundo tribunal quede liberado de la tarea de construir la generalización que comprenda el predicado fáctico de la regla vinculante.<sup>802</sup>

SCHAUER defiende la importancia de contemplar a las reglas como “generalizaciones probabilísticas duras, que pueden por ello producir, al ser seguidas en casos particulares, decisiones que resultan subóptimas o incluso lisa o llanamente erróneas”<sup>803</sup>. Y considera que se justifica la toma de decisiones con base en reglas “cuando la instanciación es atrincherada y suministra una razón para la decisión incluso cuando ella no sirve a los fines establecidos por su justificación subyacente”<sup>804</sup>, debido al deseo de evitar errores del decisor (del que se desconfía en algunos casos) en la aplicación directa de las justificaciones subyacentes.<sup>805</sup> El predicado fáctico de una regla es la generalización probabilística de alguna justificación que suele estar implícita<sup>806</sup>, es decir, la generalización se traza por la alta probabilidad de que tales hechos produzcan la consecuencia que motiva la justificación. Pero existirán casos en que la regla será *sobreincluyente* o *subincluyente*, tornándose así en casos

---

<sup>800</sup> Idem.

<sup>801</sup> Ibídem, p. 198.

<sup>802</sup> Ibídem, p. 248.

<sup>803</sup> Ibídem, p. 53.

<sup>804</sup> Ibídem, p. 54.

<sup>805</sup> Ibídem, p. 55.

<sup>806</sup> Ibídem, p. 90.



difíciles en los que, según SCHAUER, procede la interpretación, en la medida en que los problemas interpretativos se presentan solo en la zona de penumbra de las reglas, no en su núcleo<sup>807</sup>.

Las reglas dependen, pues, de predicados fácticos que son (habitualmente) generalizaciones probabilísticas y subincluyentes respecto de las justificaciones de la regla. (...) Bajo este modelo decisorio el decisor trata a las generalizaciones como algo más que meros indicadores, como si suministrasen razones para una decisión independientes de aquellas que son suministradas por la justificación subyacente a la generalización. Es a esta última forma de toma de decisión, esto es, aquella que se basa en generalizaciones atrincheradas, a la que denomino... una toma de decisión guiada o basada en reglas.<sup>808</sup>

Para SCHAUER, “el tribunal que crea el precedente decide, a través del *rationale* de su sentencia, el nivel de generalidad conforme al cual deben ser interpretados los hechos que dieron origen a la disputa, y el juez posterior tiene que estarse a lo decidido por dicho tribunal.”<sup>809</sup> La selección de los hechos materiales –aún si se siguen los parámetros de generalidad que otorga el juez anterior- resultará siempre determinante en la construcción (que no mera ‘extracción’) de la regla, labor que acomete el juez posterior sin jamás poder desvincularse del todo de los hechos que tiene ante sí. SCHAUER parece no otorgarle suficiente relevancia a este asunto. Pero, además, deja sin resolver el caso en el que la sentencia anterior con fuerza de precedente omite ‘describir’ los hechos, o aquel en el que el *rationale* de la sentencia anterior, por escueto o precario, no deja entrever el grado de generalidad conforme al cual deben interpretarse los hechos que originaron la controversia. ¿Quedaría, en esos casos, anulada la autoridad del precedente por insuficiencia en el razonamiento de la sentencia anterior? De ser así, ¿cómo evitar que la subjetividad (la cual tiñe, inevitablemente, la decisión sobre si el razonamiento del precedente fue o no

---

<sup>807</sup> *Ibidem*, p. 276.

<sup>808</sup> *Ibidem*, pp. 92 y 111.

<sup>809</sup> MAGALONI, *Op. Cit.* p. 95, refiriéndose a la postura de SCHAUER, F.



suficiente) sea utilizada por el juez posterior para desconocer el precedente que lo vincula?

Entonces, en el MAXIMALISMO los precedentes “se aplican a través de procesos deductivos en todos aquellos asuntos que se encuentran dentro de su ámbito normativo”<sup>810</sup>. Y así, **el uso de precedentes opera como cualquier regla, y se trata de una forma de atrincheramiento de la instanciación de una justificación**, postura que aquí se rechaza. A partir de HART y RAZ, SCHAUER considera que solo existe autoridad si “la fuente de una directiva suministra al destinatario una razón para seguirla con independencia del contenido de esa directiva.”<sup>811</sup>

Para todo lo no comprendido en dicho ámbito normativo, según SCHAUER procede la extensión del precedente (que, por tanto, no es precedente aplicable al asunto) a través del procedimiento analógico. Así las cosas, en esta doctrina la técnica analógica solo procede cuando el juez se enfrenta a un patrón fáctico que parezca exceder el alcance o espectro normativo de la regla (la cual, como se elabora de manera general y abstracta, de entrada abarca una amplia categoría de casos), de manera que se acude a la analogía para extender el ámbito normativo de la regla del precedente al otro *supuesto normativo*, creando una regla general para llenar el vacío jurídico, tomando en cuenta las *doctrinal propositions*.<sup>812</sup>

Por tanto, incluso cuando resulta aplicable, la técnica analógica opera de manera sustancialmente distinta a como opera en el minimalismo (la cual se abordará en la Sección 2.1 de este capítulo), puesto que “el razonamiento analógico no se centra en el contraste de particularidades fácticas o patrones de hecho como mecanismo para

---

<sup>810</sup> *Ibidem*, p. 109

<sup>811</sup> SCHAUER, *Op. Cit.*, p. 191.

<sup>812</sup> MAGALONI, *Op. Cit.*, p. 111



construir la regla de decisión, sino en la comparación de supuestos de hecho abstractos como forma de colmar vacíos o lagunas jurídicas”.<sup>813</sup> Así las cosas...

[...] la diferencia más importante entre los minimalistas y los maximalistas con relación a la analogía como forma de extender la regla del precedente es que, mientras para el minimalismo [...] la consistencia con el principio de igualdad, a través de formular analogías y distinciones respecto de las diferencias fácticas que existen entre la decisión con valor de precedente y la nueva disputa, constituye el límite más importante que el *stare decisis* impone al juez posterior, en cambio, para el maximalismo, los asuntos que no entran dentro del ámbito normativo del precedente quedan fuera, por decirlo de algún modo, de la fuerza imperativa que en *stricto sensu* tiene un precedente. **El principio rector del sistema de precedentes de dar un trato igual a los iguales, según los maximalistas, queda garantizado y tiene que ver fundamentalmente con la generalidad de la regla o *holding*. Aquello que los jueces decidan hacer con los asuntos que no entran dentro del ámbito normativo del *holding* no afecta propiamente la fuerza imperativa de las decisiones con valor de precedente.**<sup>814</sup> (Negrilla fuera de texto)

La técnica analógica se aplica, entonces, de manera excepcional y por fuera del ámbito normativo del precedente, sin afectar su fuerza imperativa, y es al exterior de ese ámbito normativo que el juez maximalista analiza los hechos en un nivel superior de generalidad. Lo que corresponde al juez no es intentar homogeneizar los hechos, reducirlos a sus rasgos similares, sino determinar si se justifica que dos supuestos que son distintos reciban el mismo tratamiento en derecho.<sup>815</sup>

Y si lo que procede es la distinción del precedente, para SCHAUER habrá “una excepción a la regla (...)”, pues “la técnica de la distinción es una forma de « modificar » la regla, de reducir su ámbito normativo, en el proceso mismo de su

---

<sup>813</sup> *Ibidem*, p. 111.

<sup>814</sup> *Ibidem*, pp. 112-113.

<sup>815</sup> *Ibidem*, p. 111.



aplicación, lo cual, según el autor, equivale a « revocar» el precedente vinculante.”<sup>816</sup> Tampoco se comparte esta última aproximación, pues bien puede suceder que lo que constituye una “distinción” sea simplemente resultado de un precedente que no sea aplicable al caso que se analiza, porque los hechos que dieron origen a la disputa sencillamente no son parte del ámbito normativo de la sentencia con valor del precedente, sin que por ello se pueda afirmar que se está revocando parcialmente el precedente vinculante o que se está modificando. De hecho, en esta investigación se argumentará que la aplicación de la distinción es posible sin revocar o desconocer la fuerza vinculante del precedente (Título II, Capítulo I, Sección 2.4 de esta parte). En cambio,

[...] para el maximalismo, a diferencia del minimalismo, elaborar una distinción significa crear una excepción a la regla general *a pesar de que el caso que se resuelve está comprendido por la misma*. Ello, evidentemente, rompe con las premisas fundamentales en las que se sustenta la teoría maximalista, en concreto, la idea de que los jueces deciden a partir de normas generales y preexistentes y que dichas normas son indisponibles para el juzgador<sup>817</sup>

De SCHAUER es posible tomar la independencia de la regla respecto de sus justificaciones subyacentes, y el *atrincheramiento* que con su sola existencia se produce en términos de obligatoriedad de llegar a un determinado resultado. Sin embargo, como se verá, es necesario matizar tal independencia e incorporar la justificación subyacente en algún momento del proceso judicial y dotar al decisor de suficiente libertad para encontrar tal justificación o, inclusive, reemplazarla por una mejor.

---

<sup>816</sup> SCHAUER, F. <<*Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision- Making in Law and in Life*>>, Clarendon Press, Oxford- Nueva York, reimpresión, 1992, p. 187. Citado por: MAGALONI, *Op. Cit.*, p. 96.

<sup>817</sup> MAGALONI, *Op. Cit.*, pp. 112-113.



No se comparte, como se anticipó, la opinión de que la dimensión de generalidad constituye “una condición necesaria para la existencia de una regla”<sup>818</sup>. Pero, además, una escogencia teórica como esta genera importantes dificultades puesto que, como el propio SCHAUER lo reconoce, “[e]l problema del atrincheramiento no se presenta respecto de las razones particulares, sino sólo en el caso de generalizaciones sub y sobreincluyentes”<sup>819</sup>. Existe, pues, un claro reconocimiento de los límites que presenta el modelo de decisión basado en reglas, donde se presentan “errores” (e.g. un resultado distinto del que indica la aplicación particularista directa de la justificación subyacente o de una teoría de justificación)<sup>820</sup>. El autor llega incluso a afirmar que, si bien las reglas pueden tener excepciones, tales excepciones no pueden ser incorporadas al momento de su aplicación, “a la luz del espectro completo de factores que de otro modo serían aplicables”<sup>821</sup>, so pena de perder su carácter de reglas. Advierte, en otra parte de la obra, contra la tendencia a modificar las reglas en el momento de su aplicación<sup>822</sup>. Tal vez esto explica su insistencia en equiparar los procesos de distinción y revocatoria del precedente.

En cambio, las decisiones amplias y profundas son deseables cuando: (i) los jueces tienen confianza en los fundamentos de la decisión; (ii) cuando la solución puede reducir el costo de una incertidumbre para futuras cortes y litigantes; (iii) cuando la planificación y anticipación son importantes –como ocurre por ejemplo en el derecho de los contratos y la propiedad-, (iv) cuando una aproximación maximalista promoverá

---

<sup>818</sup> SCHAUER, *Op. Cit.*, p. 153.

<sup>819</sup> *Ibidem*, p. 153.

<sup>820</sup> *Ibidem*, p. 212.

<sup>821</sup> *Ibidem*, p. 178.

<sup>822</sup> *Ibidem*, p. 228.



principios democráticos<sup>823</sup>; y (v) cuando es improbable que el debate público ocurra, o que se desarrolle adecuadamente<sup>824</sup>.

Los teóricos del modelo maximalista comparten con el legislador colombiano de 2011 la búsqueda de la estabilidad de las decisiones judiciales, que fue uno de los propósitos que motivó la creación de las sentencias de unificación jurisprudencial en el CPACA. Pero el juez maximalista, antes de poder aplicar por vía deductiva la regla, debe buscarla y descubrirla para dar una solución justa al caso que tiene enfrente<sup>825</sup>, debido a la concepción anglosajona del derecho como algo incompleto, dinámico y maleable<sup>826</sup>. Por ello, sería ilusorio pretender asemejarlo al tipo de razonamiento judicial al que están habituados los jueces en los sistemas originados en la tradición del llamado *civil law*.

Y tampoco es posible interpretar la postura maximalista como un regreso al formalismo jurídico que imperó en Norteamérica entre los años 1850 y 1900, que concebía el derecho como “un sistema de normas cerrado, completo y coherente”<sup>827</sup> y en el cual el juez se limitaba a aplicar el derecho que le había sido dado. Lejos de esto, el sistema de precedentes parte de la base de que las lagunas jurídicas son inevitables y de que los tribunales son órganos de creación de derecho en sentido amplio, entre otras premisas fundamentales.<sup>828</sup> Y en todo caso, no puede perderse de vista que “el juez posterior no tiene una norma expresa, abstracta y general, sino

---

<sup>823</sup> SUNSTEIN, *Op. Cit.*, p. 57.

Traducción libre del siguiente texto: “But it is worthwhile to attempt a broad and deep solution (1) when judges have considerable confidence in the merits of that solution, (2) when the solution can reduce costly uncertainty for future courts and litigants, (3) when advance planning is important, and (4) when a maximalist approach will promote democratic goals either by creating the preconditions for democracy or by imposing good incentives on elected officials, incentives to which they are likely to be responsive.” Ver también p. 58.

<sup>824</sup> SUNSTEIN, *Op. Cit.*, p. 132.

<sup>825</sup> MAGALONI, *Op. Cit.*, pp. 65-66.

<sup>826</sup> *Ibidem*, pp. 65-66.

<sup>827</sup> *Ibidem*, p. 13

<sup>828</sup> *Ibidem*, pp. 24-25.





una sentencia que resuelve una controversia concreta. Ello hace que, según [SCHAUER], sea especialmente problemático definir los límites sustantivos que la vinculación al precedente impone al juzgador.”<sup>829</sup>

Además de estas (para nada despreciables) limitaciones del modelo, SCHAUER aboga por el modelo de toma de decisiones basado en reglas partiendo de algunas consideraciones políticas y filosóficas que no se comparten, a saber:

1. Más que un mal necesario, para SCHAUER “la fuerza de una regla en la toma de decisiones reside en el atrincheramiento de una instanciación de alguna justificación subyacente”.<sup>830</sup> Pero esto no tiene por qué ser así. Lo que aquí se propone es que la regla NO la constituye el atrincheramiento de la instanciación de la justificación, sino **el atrincheramiento del resultado frente a ciertos hechos materiales, que es lo que constituye la regla**, y la fuerza no viene dada por la sola petrificación, sino por la autoridad de quien dicta el resultado. Adoptar una concepción como esta solucionaría los problemas del atrincheramiento que el propio MAXIMALISMO reconoce, teniendo en cuenta que “El problema del atrincheramiento no se presenta respecto de las razones particulares, sino sólo en el caso de generalizaciones sub y sobreincluyentes”.<sup>831</sup> Con esta solución las normas no pierden su fuerza, ni dejan de ser tales.

Además, SCHAUER reconoce que “cuando una regla se presenta por primera vez como poco clara, parece incuestionable que se miren en primer lugar las justificaciones que subyacen a ella.”<sup>832</sup> Así, por ejemplo, si es dudoso si un

---

<sup>829</sup> SCHAUER, F. <<Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision- Making in Law and in Life>>, Clarendon Press, Oxford- Nueva York, reimpresión, 1992, p. 183. Citado por: MAGALONI, *Op. Cit.* p. 95.

<sup>830</sup> SCHAUER, *Op. Cit.*, p. 197.

<sup>831</sup> *Ibidem.* p. 153.

<sup>832</sup> *Ibidem.* p. 287.



perro embalsamado es un perro para efectos de la regla que prohíbe el ingreso de perros a un restaurante, “esa falta de claridad desaparece una vez que se admite que la justificación que subyace a la regla ‘no se admiten perros’ pretende excluir del restaurante a aquellos agentes que, por su conducta molesta, pueden interferir con el placer de cenar de otra gente en el restaurante.”<sup>833</sup> Inclusive, sugiere la necesidad de acudir a la justificación de segundo orden que subyace a la de primer orden, pues la justificación de evitar molestias puede ser una instanciación de la justificación de maximizar el placer de los clientes, caso en el cual “podríamos (los hipotéticos intérpretes) desear excluir al perro embalsamado”<sup>834</sup>. Esta contradicción interna (que el autor minimiza arguyendo que son marginales los casos recalcitrantes en los que la aplicación de la regla no será consistente con su justificación<sup>835</sup>) no se resuelve en su obra. SCHAUER pasa por alto que el regreso a la justificación subyacente es un imperativo universal en la producción de una decisión racionalmente justificada.

Y también acude a las justificaciones cuando existen diversos precedentes por considerar que, en dichos eventos, corresponde al observador encontrar -mediante un proceso de interpretación inductiva- la regla jurídica con el predicado fáctico generalizado que incluya todos los casos. Pretende, empero, presentar el resultado inductivo como dependiente de “valores contingentes que residen fuera de los individuos en torno a los cuales se construye la generalización inductiva”<sup>836</sup>.

2. Hay una toma de postura a favor de virtudes como “la confianza, la certeza y el carácter predecible de los resultados”<sup>837</sup>, “la estabilidad por la estabilidad

---

<sup>833</sup> Idem.

<sup>834</sup> Ibidem, p. 288.

<sup>835</sup> Ibidem, p. 295.

<sup>836</sup> Ibidem, p. 247.

<sup>837</sup> Ibidem, p. 200.



misma”<sup>838</sup>, el ahorro de tiempo y esfuerzo en la toma de decisiones<sup>839</sup> y la centralización de la aplicación del procedimiento de decisión en quienes tienen entrenamiento o educación especializada y que, por tanto, están mejor dotados para evaluar ciertos factores<sup>840</sup>, todo ello en desmedro de la justicia en el caso individual.

Esta solución, *ex ante* y universal, de la pugna entre principios de igualdad y seguridad jurídica podría resolverse de otro modo. Recuérdese que, para SCHAUER, “la esencia de la toma de decisiones basada en reglas reside en el modo en el que las reglas, como generalizaciones, suprimen diferencias que en los casos de aplicación *resultan relevantes*.”<sup>841</sup> Se trata, pues, de una homogeneización fáctica para efectos de tratar de igual manera los casos que, en estricto sentido, no ameritan un mismo tratamiento, a través de la simplificación de las clasificaciones y de la determinación de la categoría pública, en aras de garantizar la confianza.

Difícilmente podría adoptarse una postura similar **en Colombia, donde el concepto mismo de precedente vinculante ha surgido de la mano del principio de igualdad**, como se verá adelante. El propio SCHAUER reconoce que “es la toma de decisión particularista, más que la que se basa en reglas, la que reconoce todas las similitudes relevantes, asegurando así que los casos sustantivamente similares sean efectivamente tratados de forma similar. [...] En consecuencia, no hay nada esencialmente *justo* en la toma de decisiones basadas en reglas.”<sup>842</sup>

---

<sup>838</sup> *Ibidem*, p. 217.

<sup>839</sup> *Ibidem*, p. 210.

<sup>840</sup> *Ibidem*, p. 213.

<sup>841</sup> *Ibidem*, p. 198.

<sup>842</sup> *Ibidem*, p. 199.



3. “[L]a toma de decisiones basada en reglas es necesaria, lógica e inevitablemente conservadora, en un sentido no político del término”<sup>843</sup>, puesto que atrinchera el pasado contra las presiones presentes y futuras. Así, la aversión al riesgo “lleva implícita una valoración (relativamente) positiva del estado de cosas existente”<sup>844</sup>.
4. Solo habría cabida para decisiones particularistas, según SCHAUER, en los casos (raros) en que pueda confiarse en los decisores, o cuando el espectro de decisiones a tomar tiene una alta proporción de hechos motivadores de decisiones singulares (no predecibles), “con serias consecuencias si se los decide equivocadamente”.<sup>845</sup> Pero la desconfianza en que sea el decisor quien aplique el procedimiento particularista se debe a la errónea creencia de que ello supone liberarlos de las reglas para, en su lugar, permitirles “examinarlo todo”<sup>846</sup>, cuando no es necesario llegar a tal extremo de libertad ni desconocer la existencia misma de las reglas.
5. Las reglas operan como herramientas para la *distribución del poder*<sup>847</sup>, y “pueden también servir para quitar poder a los miembros individuales de una comunidad y atribuírselo a la comunidad, considerada como institución en sí misma.”<sup>848</sup> Si bien el autor manifiesta no suscribirse al argumento simplista de que los jueces deben ser simples aplicadores de las reglas<sup>849</sup>, es precisamente eso lo que sugiere cuando invita a pensar acerca de quién es mejor haciendo qué<sup>850</sup>, o cuando se refiere a la importancia de dejar la decisión a quienes

---

<sup>843</sup> *Ibidem*, p. 220.

<sup>844</sup> *Idem*.

<sup>845</sup> *Ibidem*, p. 215.

<sup>846</sup> *Ibidem*, p. 212.

<sup>847</sup> *Ibidem*, p. 221.

<sup>848</sup> *Idem*.

<sup>849</sup> *Ibidem*, p. 222.

<sup>850</sup> *Idem*.



tienen entrenamiento o educación especializada y que, por tanto, están mejor dotados para evaluar ciertos factores<sup>851</sup>, o la atribución de poder “a la comunidad”<sup>852</sup> para la toma de decisiones.

6. Además de los inconvenientes prácticos y metodológicos que conllevaría cualquier intento de trasplantar esta doctrina para aplicarla en el marco del CPACA, este modelo plantea enormes retos para el jurista colombiano desde una perspectiva filosófica. Lo anterior en la medida en que supone aceptar, de entrada, al juez contencioso administrativo como legitimado para crear reglas abstractas y generales que abarquen una serie de casos, distintos al que se decide, y supone que la aplicación de la técnica de distinción equivaldría a “revocar” el precedente (una alternativa que solo procede si su aplicación conlleva a una “verdadera injusticia”<sup>853</sup>). Ahora bien, aunque el CPACA no confiere facultad expresa al Consejo de Estado para dictar estas normas generales y abstractas (de hecho, su texto presenta la labor del Consejo de Estado como intérprete de la disposición legislativa a aplicar), en la práctica su función desborda esta enunciación.

Estos elementos, sumados a la excesiva importancia que SCHAUER otorga a lo que el juez *dijo* en su sentencia, esto es, al *rationale* de la sentencia para poder determinar el supuesto normativo del precedente, impiden al juez contencioso administrativo colombiano hacerse a los postulados del modelo MAXIMALISTA en la tarea de determinar y aplicar el precedente contenido en las sentencias de unificación de jurisprudencia que profiere el Consejo de Estado. Así, aunque el juez colombiano esté inclinado a replicar la ‘premisa normativista’<sup>854</sup> propia del MAXIMALISMO en el

---

<sup>851</sup> *Ibidem*, p. 213.

<sup>852</sup> *Ibidem*, p. 221.

<sup>853</sup> MAGALONI, *Op. Cit.*, p. 113

<sup>854</sup> *Ibidem*, p. 63.



proceso de análisis y aplicación del precedente, ello no basta para asumir como propia esta aproximación al análisis del derecho judicial. Con mayor razón, no puede servir para tomar como premisa mayor la “ratio” de la sentencia de unificación de jurisprudencia (como si fuera una norma general y abstracta, en el cual la descripción de los hechos del precedente hace las veces del “supuesto normativo de la regla”<sup>855</sup>) que deba ser objeto del proceso deductivo de subsunción. De lo contrario, solo habría una deformación del modelo maximalista, que no un verdadero trasplante (y ni siquiera una mutación) del mismo.

Finalmente, una importante cercanía con el MAXIMALISMO la tiene el **FORMALISMO DEMOCRÁTICO**, encabezado por el fallecido magistrado de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos Antonin SCALIA. Tan es así que autores como SUNSTEIN han catalogado a SCALIA como maximalista, en la medida en que favorecía los fallos amplios y basados en reglas. Es esto lo que explica su entusiasmo por el “originalismo” en el derecho constitucional, esto es, la búsqueda del significado del texto (que no la intención de quien lo aprobó) tal como fue entendido en la época de su aprobación<sup>856</sup>. Pero aunque SCALIA, al igual que el magistrado THOMAS, aboga por las reglas como la que postula que *nadie puede conducir excediendo 65 millas por hora*, en lugar de los principios como el de que *nadie puede conducir en exceso de velocidad*<sup>857</sup>, la importancia que aquél otorga a los valores democráticos hacen de su pensamiento una corriente distinta (aunque, sin duda cercana) al MAXIMALISMO.

Según SCALIA, el *common law* se asocia con el particularismo, que se precia de prestarle especial atención a los hechos del caso, y es anacrónico, por estar desligado de los valores y operaciones del Estado moderno. Además, considera que los métodos

---

<sup>855</sup> SCHAUER, F. <<*Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision- Making in Law and in Life*>>, Clarendon Press, Oxford- Nueva York, reimpresión, 1992, p. 185. Cita textual tomada de: MAGALONI, *Op. Cit.*, p. 95.

<sup>856</sup> SUNSTEIN, *Op. Cit.*, pp. 209, 211.

<sup>857</sup> *Ibidem*, p. 41.



del *common law* comprometen valores democráticos en cuanto otorgan a los jueces –quienes, por lo general, no son elegidos popularmente– un rol excesivo en la formulación de políticas y les permite hacer a un lado las reglas para actuar caso-a-caso, haciendo impredecible el derecho y privando a los operadores jurídicos de un trasfondo claro en el cual deban operar<sup>858</sup>. Y, lo que es más, atribuye al *common law* el riesgo de que las preferencias políticas de los jueces sustituyan las del Congreso.

SCALIA extrajo buena parte de sus conclusiones del caso *Church of the Holy Trinity v. United States* (1892). En dicho caso, la Corte sostuvo que, contrario al lenguaje aparentemente claro de la norma que prohibía la importación de mano de obra extranjera, la iglesia sí podía pagar por el transporte de un rector a los Estados Unidos, sustituyendo con ello el espíritu de la ley. Según la Corte, del lenguaje general no puede derivarse un resultado que no fue deseado por el legislador, según la intención revelada por el contexto y la historia legislativa. Y, con mayor razón, no puede derivarse de allí un resultado contrario a las creencias y prácticas sociales arraigadas, si el Congreso no ha declarado, sin ambigüedad, que desea entrometerse en dicha tradición. Y en ese caso, la historia legislativa demostraba que el mal que se intentó remediar era la llegada de mano de obra barata y no especializada, pero no la libertad religiosa<sup>859</sup>.

Pues bien, precisamente para evitar casos como este, SCALIA invitaba al juez a no exceder el rango de significados que ofrece el entendimiento razonable de los términos de la norma, tomados en su contexto, utilizando cánones de interpretación solo en cuanto faciliten el significado del texto<sup>860</sup> y rehusando a hacer excepciones aun cuando las circunstancias lo justifiquen<sup>861</sup>. Propuso, así, el **FORMALISMO**

---

<sup>858</sup> *Ibidem*, pp. 210-211.

<sup>859</sup> *Ibidem*, p. 220.

<sup>860</sup> *Ibidem*, p. 215.

<sup>861</sup> *Ibidem*, p. 222.



DEMOCRÁTICO, basado en el “textualismo” (no en el literalismo, porque reconoce que el significado del texto es función del contexto<sup>862</sup>), buscando que los juicios más importantes los realizaran quienes estuvieran sujetos a procesos electorales<sup>863</sup>. SCALIA fue un formalista declarado en el sentido de que favoreció las reglas claras, trató los textos constitucionales y legales como reglas, y desconfió de una interpretación basada en intenciones o cánones interpretativos ajenos al texto. Por el contrario, proclamó la existencia de principios interpretativos y reglas aplicables por defecto<sup>864</sup>, por considerar que esta versión del “textualismo” ofrecía los incentivos apropiados para controlar al poder judicial y aumentar el protagonismo del legislativo en la producción de políticas, obligando a los legisladores a ser más claros en la redacción<sup>865</sup>.

Rechazó, así, el uso de la historia legislativa, que torna la ley menos predecible y más fácil de manipular, pues lo que importa no es la *intención* original sino el *significado* original del texto; y desconfió de los cánones sustantivos o presunciones que carecen de legitimidad y tienen un peso indeterminado<sup>866</sup>. Y las mismas críticas que hizo al *minimalismo* las dirigió contra la noción que tiene el *common law* de la Constitución como “viviente”, pues consideraba que ello carece de legitimidad y es demasiado discrecional.

SUNSTEIN ha sido un gran crítico de SCALIA, a quien acusa de querer degradar, e incluso de buscar exorcizar el *common law*<sup>867</sup>. Por eso, señala que el ataque de SCALIA a las prácticas del *common law* no resiste un encuentro con países del *civil*

---

<sup>862</sup> Idem.

<sup>863</sup> Ibídem, p. 210.

<sup>864</sup> Idem.

<sup>865</sup> Ibídem, p. 218.

<sup>866</sup> Ibídem, pp. 215-216.

<sup>867</sup> Ibídem, p. 210. Traducción libre del siguiente texto: “By contrast, Justice Scalia seeks to demote, even to exorcise the common law, to complain of its ascendancy in an age committed to the principles of democratic government and the rule of law”.





*law*, que solo son textualistas de manera intermitente y están permeadas por las prácticas que SCALIA rechazó, pues aún el “textualismo” requiere algunos elementos subjetivos e incluso de la historia legislativa<sup>868</sup>. Así, SUNSTEIN realiza dos objeciones a esta corriente (que entiende como una línea del maximalismo), a saber:

- (i) Que la amplitud es una virtud contingente<sup>869</sup>, pues suele no ser apropiada la amplitud en los asuntos más sensibles del derecho constitucional<sup>870</sup>; mientras que resulta favorable cuandoquiera que puedan diseñarse reglas decentes, sobre todo en las áreas en las que es importante planear<sup>871</sup>, Señala, por eso, que debería optarse por reglas amplias cuando la Corte puede confiar en su regla (porque hay una fuerte presunción a favor de la regulación económica o contra las invasiones a la propiedad, etc.), y en áreas donde es fundamental la predicción<sup>872</sup>; y
  
- (ii) Que el formalismo democrático de SCALIA: (1) entra en conflicto con la moralidad interna de la democracia, (2) pasa por alto que existen otras posturas no-formalistas, cercanas a la tradición del *common law*, que también limitan la discrecionalidad judicial y promueven la democracia, y (3) no es armónico con el papel de la administración en la estructura del derecho público moderno, pues propugna que el texto claro siempre prevalece sobre la interpretación de una agencia de la administración, mientras que en la actualidad la mayoría de la interpretación legal la realizan las agencias<sup>873</sup>.

---

<sup>868</sup> *Ibidem*, pp. 219 y 224.

<sup>869</sup> *Ibidem*, p. 209.

<sup>870</sup> *Ibidem*, p. 213.

<sup>871</sup> *Ibidem*, p. 209.

<sup>872</sup> *Ibidem*, p. 213.

<sup>873</sup> *Ibidem*, pp. 211, 212, 227 y 228.



Dada la tradición jurídica colombiana, de carácter históricamente legalista o normativista, el operador jurídico probablemente tendría mayor inclinación hacia la búsqueda de aquella norma general, abstracta y preexistente del precedente, pues solo ello permitiría resolver, por la vía deductiva, casos futuros. Tradicionalmente, lo que caracteriza a las familias de derecho continental es que ...

La actividad judicial por lo general presupone que existe un enunciado normativo previo que comprende el supuesto de hecho y que, además, a través de la actividad interpretativa, es posible atribuir un significado a ese enunciado. La premisa mayor del razonamiento judicial casi siempre es una norma y la operación de aplicación es un ajuste o encaje lógico del caso en dicha norma. El acto jurisdiccional, si bien no es pura y simple subsunción, sí se rige por procedimientos deductivos en el sentido que siempre va de lo abstracto a lo concreto, de lo general a lo particular, de la norma al caso.<sup>874</sup>

Por eso podría pensarse que la decisión judicial basada en reglas (*rule-based decisionmaking*), al menos desde un punto de vista metodológico, resulta “cómodo” para los juristas colombianos, puesto que una vez extraído el supuesto normativo general, abstracto y externo a la controversia, la autoridad administrativa o el juez actuaría de conformidad con modelos de aplicación del derecho por subsunción para decidir el caso concreto. La regla, entonces, se aplicaría desde esta perspectiva “a través de procesos deductivos, en todo asunto que entre dentro de su ámbito normativo (*rule-based decisionmaking*)”.<sup>875</sup> No obstante, las mismas salvedades hechas atrás frente a la postura MAXIMALISTA, y las notorias diferencias entre la cultura jurídica local y la americana, impiden realizar un trasplante del FORMALISMO DEMOCRÁTICO, que aparenta ser aún más textualista de lo que hoy se acepta en países de derecho continental.

---

<sup>874</sup> MAGALONI, *Op. Cit.* pp. 65-66.

<sup>875</sup> *Ibidem*, p. 96.



## 2. Función distintiva del precedente, disímil a la de la regla, en la producción de la decisión judicial

### *2.1 Decisión caso a caso, centrada en la comparación de patrones fácticos (MINIMALISMO)*

El *minimalismo* como forma de decisión judicial consiste en la solución del caso puntual que llega a conocimiento del juez, pero dejando muchos asuntos sin decidir –esta es su característica más distintiva-. Se trata, pues, de una corriente que evita las reglas claras y definiciones finales<sup>876</sup>, haciendo un *uso constructivo del silencio* para no tener que pronunciarse sobre cuestiones constitucionales ni sobre asuntos innecesarios para resolver el caso. En esta visión, el juez solo decide, no rinde conceptos, y aunque se atiene a sus precedentes, no necesariamente respeta el *obiter dicta* de sus sentencias anteriores<sup>877</sup>. Pertenecen a esta corriente algunos magistrados de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos, como la exmagistrada O'CONNOR que, más inclinados a los estándares, dejan mucho trabajo pendiente para el momento de la aplicación<sup>878</sup>.

Solo en casos verdaderamente idénticos ( '*cases that are on all fours*' o '*cases to the point*') la regla del precedente se aplicará a través de procesos deductivos, pues las circunstancias fácticas son tan similares que sería “prácticamente imposible” que el

---

<sup>876</sup> SUNSTEIN, *Op. Cit.*, pp. ix-x. Traducción libre del siguiente texto: “Procedure first: A minimalist court settles the case before it, but it leaves many things undecided. It is alert to the existence of reasonable disagreement in a heterogeneous society. It knows that there is much that it does not know; it is intensely aware of its own limitations. It seeks to decide cases on narrow grounds. It avoids clear rules and final resolutions. Alert to the problema of unanticipated consequences, it sees itself as part of a system of democratic deliberation; it attempts to promote the democratic ideals of participation, deliberation, and responsiveness. It allows continued space for democratic reflection from Congress and states. It wants to accommodate new judgments about facts and values. To the extent that it can, it seeks to provide rulings that can attract support from people with diverse theoretical commitments.

<sup>877</sup> *Ibidem*, pp. 4-5.

<sup>878</sup> *Ibidem*, p. 41.



tribunal posterior realizara algún tipo de distinción.<sup>879</sup> Y el principal límite para el juez posterior, más que el “núcleo duro” de la autoridad del precedente, está dado por “la fuerza imperativa del principio de igualdad. El *stare decisis* obliga al juez posterior a ser *consistente* con las decisiones previas que le vinculan.”<sup>880</sup>

Esta postura se preocupa, entonces, por “la flexibilidad, el dinamismo y la capacidad de adaptación del case law a los nuevos escenarios sociales”<sup>881</sup> y es, probablemente, la que mejor desarrolla el llamado *case and controversy requirement* del artículo III constitucional, que “limita el ejercicio de la función jurisdiccional a la resolución de disputas concretas, en donde intereses jurídicos subjetivos estén en juego, prohibiendo que los tribunales se pronuncien sobre cuestiones abstractas, hipotéticas o contingentes a la disputa”.<sup>882</sup>

Para SUNSTEIN, el *common law* se caracteriza por una fuerte teoría de *stare decisis*, pues un juez solo decide los casos, sin dictar reglas amplias, aunque los jueces futuros le otorgan gran peso a la decisión anterior<sup>883</sup>. Y una fuerte teoría de *stare decisis* genera incentivos democráticos al otorgarle un trasfondo claro al Congreso para que este trabaje.<sup>884</sup> Sin embargo, el juez tiene poder limitado para definir el alcance futuro de su decisión, lo cual depende del juez a cargo de la recepción<sup>885</sup>. Así las cosas, puede ocurrir que, debido al poco respeto por el precedente, aun cuando el juez del caso anterior haya intentado dictar un fallo amplio y profundo, la gran discrecionalidad del juez posterior para recalificar los fundamentos del fallo entre *ratio decidendi* o *holding*, por un lado, y *dicta*, por el otro, lleve a convertir la decisión anterior en una

---

<sup>879</sup> SUNSTEIN, C. *Legal Reasoning and Political Conflict*, Oxford University Press, Nueva York-Oxford, 1996. p. 71. Citado por: MAGALONI, *Op. Cit.*, p. 100.

<sup>880</sup> MAGALONI, *Op. Cit.*, p. 101.

<sup>881</sup> *Ibidem*, p. 63.

<sup>882</sup> *Ibidem*, pp. 42-43.

<sup>883</sup> SUNSTEIN, *Op. Cit.*, pp. 20-21.

<sup>884</sup> *Ibidem*, p. 21.

<sup>885</sup> *Ibidem*, pp. 21-22.



decisión minimalista.<sup>886</sup> En efecto, una Corte Suprema que se rehúsa a cambiar su jurisprudencia puede lograr casi lo mismo reinterprelando sus decisiones de manera creativa.<sup>887</sup>

SUNSTEIN explica el razonamiento en 5 pasos de manera algo diferente a GOODHART (sección 2.1 de la INTRODUCCIÓN), pues para aquel la solución del caso no se obtiene a partir de la aplicación un determinado resultado, sino a partir de la aplicación del mismo principio del caso anterior. El modelo de SUNSTEIN es del siguiente tenor:

1) el caso A (el precedente o *source case*) tiene un patrón de hechos X, Y, Z; 2) el caso B (la nueva disputa o *target case*) tiene un patrón de hechos X, Y, M; 3) el caso A es tratado jurídicamente de una forma determinada; 4) En el proceso de comparar los casos A y B y sus interrelaciones el juez posterior extrae un principio que le explica por qué el caso A es tratado de esa forma; 5) El juez decide aplicar el mismo principio del caso A al caso B por las características comunes que tienen ambos casos, o bien, decide elaborar una distinción entre los casos A y B, pues estima que sus diferencias exigen un trato jurídico distinto.<sup>888</sup>

Las diferencias con GOODHART giran en torno al quinto paso, esto es, en torno de la aplicación del principio del caso A al caso B por las características comunes que tienen ambos casos (o su distinción si las diferencias exigen un trato distinto, según el caso). Aún si se toma la acepción 'principio' en la forma más amplia como razón jurídica o justificación, y por tanto se acepta que él opera en la etapa de comparación de los casos y sus interrelaciones (paso 4), este modelo merece los siguientes reparos: (i) se centra en las similitudes y no en las diferencias; (ii) no somete estas últimas a un '*test de relevancia*'; (iii) supone que lo que hace el juez del caso por resolver (C<sub>2</sub>) es aplicar el criterio, principio o razón jurídica al caso C<sub>2</sub>, algo que implicaría dejar al azar el resultado; y (iv) excluye toda instancia de justificación

---

<sup>886</sup> *Ibidem*, pp. 19-20.

<sup>887</sup> *Ibidem*, pp. 20-21.

<sup>888</sup> SUNSTEIN, C. Legal reasoning and Political conflict, p. 33. Citado por: MAGALONI, *Op. Cit.*, p. 99.



externa. Por el contrario, como se explicará adelante, lo que ocurre en un sistema de precedentes no es otra cosa que la aplicación de la misma consecuencia y resultado, solo que este se considera justificado porque tiene fundamento en la misma razón de derecho.

Son propios del minimalismo los fallos estrechos y superficiales. **Un fallo es “estrecho” (*narrow*)** cuando solo resuelve la controversia, sin decidir a su vez otros casos, salvo que sea necesario para justificar el resultado<sup>889</sup>, y sin establecer reglas amplias<sup>890</sup>. **Un fallo es “superficial” (*shallow*)** cuando deja subsistir las discrepancias más profundas para lograr convergencias, aunque se trate de acuerdos teóricamente incompletos (*‘incompletely theorized agreements’*)<sup>891</sup>. Para SUNSTEIN estos acuerdos teóricamente incompletos son uno de los medios que permiten la constitución de sociedades<sup>892</sup>, y son usuales en el derecho constitucional, donde existe una convergencia sobre principios como la equidad, aunque no exista un acuerdo sobre su significado específico<sup>893</sup>. Por eso, SUNSTEIN aboga por fallos sin motivaciones abstractas o ambiciosas que den cuenta de las decisiones, si las explicaciones de bajo nivel son suficientes (sin que, por ello, se trate de una falta absoluta de motivación)<sup>894</sup>.

Un caso estrecho y superficial es *Romer v. Evans*, en el cual la Corte invalidó la Segunda Enmienda de la Constitución de Colorado, aprobada por referendo popular, que prohibía las ordenanzas locales contra la discriminación basada en orientación sexual. En este caso, la Corte ni siquiera mencionó el caso *Bowers v. Hardwick*

---

<sup>889</sup> SUNSTEIN, *Op. Cit.*, p. 10.

<sup>890</sup> *Ibidem*, p. 10. Traducción libre del siguiente texto: “... minimalists try to decide cases rather than to set down broad rules”.

<sup>891</sup> *Ibidem*, p. 11.

<sup>892</sup> *Ibidem*, p. 14.

<sup>893</sup> *Ibidem*, p. 11.

<sup>894</sup> *Ibidem*, pp. 13-14.



(1986), el otro caso de la Corte sobre homosexualidad<sup>895</sup> en el que parecía haberse dicho que era legítimo que el Estado desaprobara la conducta homosexual por la vía del derecho penal, que es una respuesta social aún más severa<sup>896</sup> que la que se analizaba en *Romer*. El caso *Romer* es estrecho y superficial porque no toca otros casos y su motivación no se extiende mucho más allá que su *ratio*, aunque en casos posteriores se haya pretendido ampliar su alcance.<sup>897</sup> Para SUNSTEIN esto podría ser virtuoso, pues de haberse optado por una mayor amplitud y profundidad, tal vez no habría podido conseguirse un fallo mayoritario<sup>898</sup>.

El caso *Virginia*, en cambio, es estrecho pero profundo, pues la Corte dijo más de lo estrictamente necesario al ofrecer su entendimiento sobre la equidad de sexos (las diferencias entre los sexos no pueden utilizarse como la base para privar a un sexo de oportunidades de educación). Tal vez esto explica que, en otras partes de su obra, SUNSTEIN se refiera a dicha decisión (prototípico fallo minimalista) como no-minimalista<sup>899</sup>. Para SUNSTEIN, tanto *Romer* como *Virginia* son correctos, porque parten de la base de que el prejuicio es un fundamento ilegítimo para una ley, y porque prohíben medidas encaminadas a crear ciudadanos de segunda categoría o reflejar odio o prejuicios contra grupos sociales, debido al derecho a la igualdad (*'equal protection clause'*)<sup>900</sup>.

Y un rasgo característico del minimalismo es el razonamiento analógico, que reduce la necesidad de construir grandes teorías de la nada y, por el contrario, crea un trasfondo fijo y compartido en el cual los jueces pueden trabajar<sup>901</sup>. El proceso de

---

<sup>895</sup> *Ibidem*, pp. 138-139.

<sup>896</sup> *Ibidem*, p. 151.

<sup>897</sup> *Ibidem*, p. 16.

<sup>898</sup> *Ibidem*, p. 159.

<sup>899</sup> *Ibidem*, p. 165.

<sup>900</sup> *Ibidem*, pp. 167 y 171.

<sup>901</sup> *Ibidem*, p. 42. Traducción libre y no literal del siguiente texto: "Most important, analogical reasoning reduces the need for theory-building, and for generating law from the ground up, by creating a shared and relatively fixed background from which diverse judges can work."



análisis de casos otorga mayor flexibilidad que el de reglas preestablecidas, debido a la autoridad que tiene el juez del caso posterior para apreciar lo que ha hecho y dejado de hacer el juez del caso precedente<sup>902</sup>, y permite obtener los beneficios de los acuerdos teóricamente incompletos, de manera que el análisis se centra en la búsqueda de similitudes y principios de bajo nivel en los que distintos sectores puedan confluir<sup>903</sup>.

Para SUNSTEIN, este proceder reporta múltiples beneficios (sin que por ello pueda concluirse que es apropiado en todos los casos), a saber:

- (i) Tiene en cuenta las razonables diferencias que puede haber en una sociedad heterogénea en torno de un mismo punto de derecho, por lo que busca que un fallo atraiga el apoyo de personas con distintos trasfondos teóricos<sup>904</sup> en lugar de imponerle al resto de la sociedad un determinado punto de vista<sup>905</sup>. Con ello, se torna innecesario el acuerdo cuando él es imposible<sup>906</sup>, en especial si se trata de desacuerdos teóricos intensos y de difícil mediación<sup>907</sup>;

---

<sup>902</sup> *Ibidem*, p. 43.

<sup>903</sup> *Idem*.

<sup>904</sup> *Ibidem*, pp. ix-x. Traducción libre del siguiente texto: "Procedure first: A minimalist court settles the case before it, but it leaves many things undecided. It is alert to the existence of reasonable disagreement in a heterogeneous society. It knows that there is much that it does not know; it is intensely aware of its own limitations. It seeks to decide cases on narrow grounds. It avoids clear rules and final resolutions. Alert to the problema of unanticipated consequences, it sees itself as part of a system of democratic deliberation; it attempts to promote the democratic ideals of participation, deliberation, and responsiveness. It allows continued space for democratic reflection from Congress and states. It wants to accommodate new judgments about facts and values. To the extent that it can, it seeks to provide rulings that can attract support from people with diverse theoretical commitments.

<sup>905</sup> *Ibidem*, p. x.

<sup>906</sup> *Ibidem*, p. 14.

<sup>907</sup> *Idem*.





- (ii) No puede caracterizarse como puramente liberal o conservador<sup>908</sup>, aunque en otra parte de su obra SUNSTEIN alega que el proyecto minimalista es comparable a la idea del liberalismo político en términos de John Rawls, pues asegura consensos en unos principios básicos<sup>909</sup>;
- (iii) Reconoce las limitaciones de la Corte o del juez, que no lo sabe todo<sup>910</sup> y reduce las cargas de una decisión judicial, máxime en una corte plural y diversa que podría tardar mucho en llegar a acuerdos o podría requerir para tal propósito de mucha información, la cual no está siempre disponible<sup>911</sup>;
- (iv) Evita las consecuencias inesperadas de las decisiones, sobre todo en sistemas complejos o campos en continua evolución<sup>912</sup> y, reduce tanto la frecuencia como el impacto de los errores judiciales<sup>913</sup>. Se dice que reduce su frecuencia, porque es menos probable equivocarse si cada decisión está adecuadamente informada en los hechos particulares del caso<sup>914</sup>, y reduce también el impacto de los posibles errores que lleguen a producirse. En cambio, si una decisión amplia es equivocada, sus errores serán más costosos, al afectar muchos casos futuros<sup>915</sup>. Es esto lo que vincula al minimalismo con la idea de virtudes pasivas (*'passive virtues'*) que menciona Alexander Bickel<sup>916</sup>;
- (v) Intenta promover los ideales democráticos de participación, deliberación y respuesta, así como las reflexiones democráticas del Congreso y los

---

<sup>908</sup> Ibidem, p. x.

<sup>909</sup> Ibidem, p. 50.

<sup>910</sup> Ibidem, pp. ix-x.

<sup>911</sup> Ibidem, p. 4.

<sup>912</sup> Ibidem, pp. ix, x y 4.

<sup>913</sup> Ibidem, p. 4.

<sup>914</sup> Ibidem, p. 49.

<sup>915</sup> Idem.

<sup>916</sup> Ibidem, p. 39.



estados<sup>917</sup>, para que ciertas decisiones fundamentales sean tomadas por actores con legitimidad democrática<sup>918</sup>. Esta noción tiene sus raíces en las ideas de SUNSTEIN sobre el sistema constitucional americano, el cual no aspira simplemente al poder de las mayorías, sino que promueve un sistema de democracia deliberativa donde las decisiones las tomen quienes estén políticamente legitimados y haya intercambio de ideas.<sup>919</sup> Por ello, deben evitarse las reglas amplias, como lo hizo la Corte Suprema de Estados Unidos hacia finales de los noventa en casos de discriminación positiva, manteniendo así el tema en la agenda pública<sup>920</sup>;

- (vi) Pretende acomodar los nuevos juicios sociales acerca de los hechos y los valores<sup>921</sup>. Es por eso que, en SUNSTEIN, la postura minimalista usualmente tiene sentido cuando se trata de un asunto constitucional muy complejo – debido a la falta de información, circunstancias cambiantes o incertidumbre moral- respecto del cual existen fuertes sentimientos y la nación está dividida<sup>922</sup>, como ocurre en casos de aborto o muerte asistida<sup>923</sup>. Un claro ejemplo de esto es *Romer*, ya mencionado. Esta idea justifica una postura minimalista en la aplicación de principios sobre libertad de expresión a las TICs, donde las cosas cambian muy rápido<sup>924</sup> y, por tanto, los fallos suelen

---

<sup>917</sup> Ibidem, pp. ix-x.

<sup>918</sup> Ibidem, p. 5.

<sup>919</sup> Ibidem, p. 25.

<sup>920</sup> Ibidem, p. 132.

<sup>921</sup> Ibidem, pp. ix-x.

<sup>922</sup> Ibidem, p. 5. Traducción libre y no literal del siguiente texto: “My second suggestion is that a minimalist path usually –not always, but usually- makes a good deal of sense *when the Court is dealing with a constitutional issue of high complexity about which many people feel deeply and on which the nation is divided (on moral or other grounds)*. The complexity may result from lack of information, from changing circumstances, or from (legally relevant) moral uncertainty.” Ver también páginas 46 y siguientes.

<sup>923</sup> Ibidem, p. 115.

<sup>924</sup> Ibidem, p. 48.



ser muy estrechos y dependen de una serie de factores, en lugar de una regla, y se deja un amplio espectro de asuntos sin decisión<sup>925</sup>;

- (vii) El proceso de decisión *caso-a-caso* mantiene un grado de flexibilidad para el futuro, pues los casos anteriores pueden ser *distinguidos* si su aplicación a nuevas circunstancias parece errónea<sup>926</sup>. Algunos minimalistas en Estados Unidos admiten la posibilidad de distinguir un caso de otro no con base en los hechos, sino en el racionamiento o motivación de la decisión. Por ejemplo, SUNSTEIN señala que la Corte en el caso *Romer* ha podido distinguir dicho caso del precedente *Hardwick*, alegando que este involucraba la cláusula del debido proceso, que suele servir para proteger la tradición como fuente de derechos constitucionalmente protegidos (en este caso la Corte fue enfática en afirmar que el actor no había elevado un cargo de violación al principio de igualdad) y *Romer* la de igualdad, que suele utilizarse para corregir la tradición. Para SUNSTEIN este tipo de distinción es admisible, pues todo depende de la norma constitucional cuya violación se alega, lo cual permitiría concluir que *Romer* no modificó el precedente de *Hardwick*<sup>927</sup>. No se comparte esta visión, pues sería tanto como dejar a la merced de los apoderados de las partes la definición del alcance del precedente, relegando los hechos y lo que se decidió a un segundo plano.

---

<sup>925</sup> Ibidem, pp. 183-184, refiriéndose a los casos Turner I y II –decisiones estrechas y superficiales, al no abordar las implicaciones para otras clases de restricciones a la libertad de expresión- y *Denver Area Educational Telecommunications Consortium, Inc. v. FCC* (1996), donde la Corte se rehusó a fijar una regla reconociendo expresamente los cambios que estaban ocurriendo en el derecho, la tecnología y la estructura industrial, relativos a las comunicaciones. SUNSTEIN cita un aparte de este último fallo, en el que la Corte manifestó: “*aware as we are of the changes taking place in the law, the technology, and the industrial structure, related to communications, we believe it unwise and unnecessary definitely to pick one analogy or one specific set of words now.*”

<sup>926</sup> Ibidem, p. 44

<sup>927</sup> Ibidem, pp. 153 y 155.



Los críticos del minimalismo cuestionan la premisa de que el minimalismo reduce el costo de las decisiones, puesto que el costo agregado de una multiplicidad de decisiones puede ser muy inferior con reglas claras que, una vez establecidas, funcionan de manera sencilla para el futuro y no dejan el asunto al arbitrio de los jueces inferiores<sup>928</sup>, al tiempo que otorgan a los participantes en el proceso democrático un contexto claro para trabajar<sup>929</sup>. Quienes defienden el activismo judicial insisten, también, en la necesidad de asegurar el respeto de los derechos individuales y de la justicia, por lo cual no comparten la debilidad o cobardía del juez en decidir<sup>930</sup>; e incluso se refieren a una posible afrenta al Estado de Derecho porque las decisiones no se anuncian de antemano<sup>931</sup>, al tratarse de decisiones *ad hoc* y particulares que aumentan la discrecionalidad de los jueces y hacen el derecho impredecible<sup>932</sup>.

En conclusión, en el esquema minimalista el juez “nunca construye un supuesto normativo, abstracto y general, sino que tal supuesto lo elabora en el mismo momento de determinar las igualdades y diferencias fácticas entre los casos que se contrastan.”<sup>933</sup> En efecto, el juez minimalista evita el razonamiento deductivo, inclinándose en cambio por la analogía y la referencia a problemas actuales e hipotéticos; no considera que una decisión sea el resultado de una regla o teoría preexistente. Y es en este sentido que, para SUNSTEIN, la Corte Suprema de Estados Unidos es usualmente minimalista.<sup>934</sup> Además, el minimalismo es más afín al derecho constitucional norteamericano, donde el razonamiento analógico –en lugar del fallo basado en reglas- es central en el proceso del *common law*<sup>935</sup>, que se caracteriza

---

<sup>928</sup> *Ibidem*, pp. 48 y 50.

<sup>929</sup> *Ibidem*, p. 55.

<sup>930</sup> *Ibidem*, p. 49.

<sup>931</sup> *Ibidem*, p. 55.

<sup>932</sup> *Ibidem*, p. 209.

<sup>933</sup> MAGALONI, *Op. Cit.*, p. 95.

<sup>934</sup> SUNSTEIN, *Op. Cit.*, p. 9.

<sup>935</sup> *Ibidem*, p. 49.



por su particularismo, su especial énfasis en los hechos<sup>936</sup> y su construcción progresiva.

*A contrario sensu*, el razonamiento analógico no es característico del razonamiento en el proceso de decisión del juez continental. Además, merece reparo la suposición *minimalista* de que en casos muy similares (*'on all fours'*) el razonamiento es meramente deductivo, así como el esquema metodológico que propone SUNSTEIN, donde lo que se aplica no es un resultado sino que, por las características comunes que tienen los casos que se comparan, el juez aplica “el mismo principio del caso A al caso B”<sup>937</sup>, algo que dejaría las consecuencias o el resultado concreto librado al azar.

Las incongruencias filosóficas mencionadas, así como a la excesiva flexibilidad y dinamismo que caracterizan la casuística norteamericana podrían dificultar el actuar del juez minimalista en Colombia, haciendo no solo inútil sino, inclusive, peligroso el trasplante automático de este modelo para efectos de la determinación y aplicación de los precedentes contenidos en las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado. Este último, acostumbrado como está a la aplicación deductiva de normas generales y abstractas creadas (“dadas” *a priori*) por el legislador, en las cuales proceda una pacífica subsunción de los hechos del nuevo caso, por lo general no cuenta con las herramientas para inferir o construir el principio que rige el caso anterior (tarea que corresponde, en el sistema anglosajón, al juez posterior al momento de aplicar el precedente para resolver el caso que llega a su conocimiento). Ello impide adoptar, sin más, el *minimalismo* para Colombia, dada la enorme resistencia que podría esperarse de las autoridades y jueces colombianos llamados a aplicarlo y las dificultades prácticas de hacerlo.

---

<sup>936</sup> *Ibidem*, p. 211.

<sup>937</sup> SUNSTEIN, C. *Legal reasoning and Political conflict*, p. 33. Citado por: MAGALONI, *Op. Cit.*, p. 99.



No obstante, la cercanía que tiene el juez colombiano con la *analogía legis* (que, como se explicará adelante, opera de manera diferente al esquema analógico del *stare decisis*) hace factible la introducción del razonamiento analógico con un papel y peso preponderante en el proceso de decisión judicial en Colombia, como aquí se propone. Ello resulta aconsejable, pues reduce la necesidad de construir grandes teorías de la nada<sup>938</sup> o poner en boca del tribunal del precedente una regla abstracta que probablemente aquel nunca tuvo en mente, ni se encontraba capacitado (ni legitimado) para dictar. Queda autorizado, en cambio, el juez del caso posterior para apreciar lo que ha hecho y dejado de hacer el juez del caso precedente<sup>939</sup>, para *distinguir* los casos anteriores si su aplicación a nuevas circunstancias parece errónea<sup>940</sup> y para acomodar los nuevos juicios sociales (siempre cambiantes) acerca de los hechos y los valores<sup>941</sup>. Se obtienen, así, los beneficios de los acuerdos teóricamente incompletos, puesto que el análisis se centra en la búsqueda de similitudes y principios de bajo nivel en los que distintos sectores puedan confluír<sup>942</sup>. Todo lo anterior sobre la base del principio de igualdad que, como se verá, también está en la base del reconocimiento del precedente como fuente de derecho en Colombia. De esta manera se deja un amplio espectro de asuntos sin decisión<sup>943</sup>, tan

---

<sup>938</sup> SUNSTAIN, *Op. Cit.*, p. 42. Traducción libre y no literal del siguiente texto: "Most important, analogical reasoning reduces the need for theory-building, and for generating law from the ground up, by creating a shared and relatively fixed background from which diverse judges can work."

<sup>939</sup> *Ibidem*, p. 43.

<sup>940</sup> *Ibidem*, p. 44.

<sup>941</sup> *Ibidem*, pp. ix-x. Traducción libre del siguiente texto: "Procedure first: A minimalist court settles the case before it, but it leaves many things undecided. It is alert to the existence of reasonable disagreement in a heterogeneous society. It knows that there is much that it does not know; it is intensely aware of its own limitations. It seeks to decide cases on narrow grounds. It avoids clear rules and final resolutions. Alert to the problema of unanticipated consequences, it sees itself as part of a system of democratic deliberation; it attempts to promote the democratic ideals of participation, deliberation, and responsiveness. It allows continued space for democratic reflection from Congress and states. It wants to accommodate new judgments about facts and values. To the extent that it can, it seeks to provide rulings that can attract support from people with diverse theoretical commitments."

<sup>942</sup> *Ibidem*, p. 43.

<sup>943</sup> *Ibidem*, pp. 183-184, refiriéndose a los casos Turner I y II –decisiones estrechas y superficiales, al no abordar las implicaciones para otras clases de restricciones a la libertad de expresión- y *Denver Area Educational Telecommunications Consortium, Inc. v. FCC* (1996), donde la Corte se rehusó a fijar una regla reconociendo expresamente los cambios que estaban ocurriendo en el derecho, la tecnología y la estructura industrial, relativos a las comunicaciones. SUNSTEIN cita un aparte de este último fallo,



amplio como esto: todo aquello que no fue sometido a la decisión del juez, queda sin decisión y el precedente no tiene autoridad respecto de dichos asuntos.

Teniendo en cuenta que en el ordenamiento jurídico colombiano no es pacífico el reconocimiento de una amplia autoridad o legitimidad del juez contencioso administrativo para crear derecho de alcance general y para casos futuros, y donde existen limitantes normativos similares al artículo III de la Constitución Americana (ver la Sección 3 de la INTRODUCCIÓN), existen importantes puntos de encuentro con el *minimalismo*. En efecto, también en Colombia el principio de congruencia y la falta de competencia normadora son factores que obligan al juez contencioso a limitarse a decir lo indispensable para resolver la controversia, centrándose en las particularidades del caso concreto o delimitando el problema<sup>944</sup>. A esto se suman los términos en que fue redactado el CPACA, que asigna al Consejo de Estado la función de interpretar el texto legislativo o constitucional aplicable (artículos 10 y 102 numeral 3). Y por eso, como el juez minimalista, el colombiano también deja “muchas preguntas abiertas para que futuras decisiones las respondan”<sup>945</sup>, enfocando su atención en las particularidades fácticas del caso, o bien, eligiendo un aspecto concreto y delimitado del problema planteado<sup>946</sup>.

Nada de lo aquí dicho puede interpretarse como un desprecio hacia las reglas. Por el contrario, ellas son entendidas en relación con casos paradigmáticos, con lo cual se reduce su amplitud y a su vez se disminuye la carga del juez en la toma de decisiones<sup>947</sup>. Incluso, la teoría local que aquí se plantea realza el papel de las reglas

---

en el que la Corte manifestó: “*aware as we are of the changes taking place in the law, the technology, and the industrial structure, related to communications, we believe it unwise and unnecessary definitely to pick one analogy or one specific set of words now.*”

<sup>944</sup> MAGALONI, *Op. Cit.*, p. 120.

<sup>945</sup> *Ibidem*, p. 120.

<sup>946</sup> *Ibidem*, p. 120.

<sup>947</sup> SUNSTEIN, *Op. Cit.*, pp. 43-44. (Traducción libre)



en la toma de decisiones judiciales, recogiendo de paso valiosos frutos en términos de seguridad jurídica, uniformidad del derecho y predictibilidad de las decisiones.

## *2.2 La jurisprudencia como forma de 'concretar' o 'realizar' el derecho en función del caso individual (MÜLLER, HESSE)*

En MÜLLER, la legislación, la administración y el gobierno actúan como instancias de concreción del derecho, al igual que la jurisprudencia y la ciencia jurídica.<sup>948</sup> El autor se separa de la doctrina tradicional de la interpretación propia del positivismo *jurídico* –que no *filosófico*–, para el cual el proceso de la decisión jurídica es un procedimiento de conclusión lógica y la realización del derecho es un problema cognitivo<sup>949</sup>. Critica, entonces, la concepción de la interpretación como la re-ejecución de una voluntad preexistente<sup>950</sup> y la idea de la resolución de casos por la vía del silogismo<sup>951</sup>.

MÜLLER también critica al positivismo porque asimila la norma a su configuración lingüística, confusión que seguía siendo dominante en la metodología del derecho constitucional de la época<sup>952</sup>. Según explica el autor

(...) una norma jurídica es más que un texto. Este último no expresa por sí solo la supuesta orden jurídica ni el programa normativo, toda vez que carece aún de interpretación. En el mismo rango y de forma co-constitutiva, pertenece a la norma el campo normativo, es decir, el segmento de la realidad social, tomado en su estructura fundamental, que a título de campo de reglamentación es elaborado por el jurista a partir de la interpretación del conjunto de datos lingüísticos “seleccionados” (campo normativo no producido o parcialmente no-producido por el derecho). Es entonces como el “campo normativo”, en este contexto, significa no sólo el sector de reglamentación de la norma tomado en su

---

<sup>948</sup> MÜLLER, Friedrich, “Discours de la Méthode Juridique” (trad. del alemán por Oliver Jouan Jan), Paris: Presses Universitaires de France, 1996. p. 163. (Traducción libre)

<sup>949</sup> *Ibidem*, pp. 52, 58 y 100. (Traducción libre)

<sup>950</sup> *Ibidem*, p. 58. (Traducción libre)

<sup>951</sup> *Ibidem*, pp. 52, 54 y 55. (Traducción libre)

<sup>952</sup> *Ibidem*, pp. 106, 107 y 182. (Traducción libre)





conjunto, sino sólo una parte de él. “Campo normativo” significa la estructura fundamental del campo fáctico de la norma jurídica; dicho de otro modo: la suma y organización de los hechos tomados del campo fáctico con los que el jurista puede justificar, a la luz del programa normativo, que son compatibles con este programa y esenciales para la solución del asunto concreto y que por tanto son al mismo tiempo (co-)normativos.<sup>953</sup>

Dicho de otro modo, “... la *normatividad* que, según la concepción tradicional, es inherente a la norma no resulta del texto mismo.”<sup>954</sup> El texto solo permite llegar a la norma jurídica y a la norma-decisión<sup>955</sup>, que sí tienen carácter normativo, pero su normatividad proviene más de elementos que no están fijados en el texto de la norma, como son los datos extra-lingüísticos o sociopolíticos, del funcionamiento efectivo del orden constitucional<sup>956</sup>. El texto es, entonces, apenas uno de los múltiples elementos de la concreción, que no pesa más que los otros, y aunque brinda los primeros elementos de apoyo, no tiene sino un efecto de *limite* al programa normativo (este no se puede ir más allá del espacio que deja el texto, so pena de terminar en una decisión irregular).<sup>957</sup>

Por ello dice MÜLLER que “[l]os atributos de la normatividad solo pueden ser despejados en el proceso de resolución de un caso” (negrilla fuera de texto).<sup>958</sup> Y el juez no es libre de valoraciones políticas o de otro tipo al producir la norma jurídica para el caso en cuestión<sup>959</sup>, porque son motores de la concreción presupuestos como “los contextos objetivos, los datos de la experiencia [...] posiciones, aspiraciones y contenidos teóricos (de las teorías del derecho, del Estado y de la Constitución), dogmáticos y políticos...”<sup>960</sup>. Así pues, **entran en juego como elementos de la**

---

<sup>953</sup> *Ibidem*, pp. 106-107. (Traducción libre)

<sup>954</sup> *Ibidem*, p. 168. (Traducción libre)

<sup>955</sup> *Idem*. (Traducción libre)

<sup>956</sup> *Ibidem*, p. 169. (Traducción libre)

<sup>957</sup> *Ibidem*, pp. 239-243. (Traducción libre)

<sup>958</sup> *Ibidem*, p. 223. (Traducción libre)

<sup>959</sup> *Ibidem*, p. 108. (Traducción libre)

<sup>960</sup> *Ibidem*, p. 217. (Traducción libre)



concreción datos sociológicos, politológicos y económicos impuestos por el campo normativo de la disposición a concretar<sup>961</sup>, argumentos dogmáticos relacionados con los textos de las normas, así como algunos medios metodológicos auxiliares no relacionados directamente con los textos normativos. Tal es el caso de los elementos dogmáticos no orientados al texto normativo, elementos de la técnica de resolución de casos, elementos teóricos y elementos de política constitucional.<sup>962</sup> Estos elementos tomados de la “realidad” (no del caso) permiten despejar el elemento normativo que decide el caso de especie, es decir, aquel elemento que no podría descartarse del razonamiento sin que exista una modificación esencial del resultado.<sup>963</sup> En suma, “es ‘normativo’, en sentido pleno del término, todo lo que determina el caso de especie, todo lo que orienta la solución de ese caso”.<sup>964</sup>

En palabras del autor, la expresión *concreción* “no designa de ninguna manera la reducción de una norma general dada a la dimensión del caso de especie, **sino la producción de una norma jurídica general en el marco de la solución de un caso determinado.** (...) A continuación de lo cual se amolda esta norma en vista de la especie que debe ser resuelta, para lo cual la individualiza en norma-decisión.”<sup>965</sup> (Negrilla fuera de texto).

Las etapas de la “concreción” pueden resumirse así: partiendo de las circunstancias de la especie (aspecto fáctico) y de los textos normativos seleccionados de la masa del derecho vigente por la pertinencia de sus hipótesis textuales frente al caso (aspecto jurídico), el jurista despeja los campos fácticos de las normas pertinentes para reducir tales campos a las dimensiones del campo de especie –elementos, estos últimos, que no son normativos-. La relación del texto normativo con los datos

---

<sup>961</sup> *Ibidem*, p. 293. (Traducción libre)

<sup>962</sup> *Ibidem*, pp. 296, 301, 305, 307 y 321. (Traducción libre)

<sup>963</sup> *Ibidem*, p. 64. (Traducción libre)

<sup>964</sup> *Ibidem*, p. 66. (Traducción libre)

<sup>965</sup> *Ibidem*, p. 222. (Traducción libre)



lingüísticos conduce a la elaboración del programa normativo, mientras que su relación con los datos reales conduce a la delimitación del campo fáctico<sup>966</sup>, “a su reducción en campo de especie y, luego, a la constitución del campo normativo gobernado por los criterios planteados por el programa normativo. El programa normativo y el campo normativo proporcionan, juntos, la norma jurídica (normativa) y esta, una vez moldeada en función del caso individual, arroja la norma-decisión (normativa)”.<sup>967</sup>

MÜLLER niega, entonces, que la aplicación del derecho sea una mera explicación de un texto. En cambio, la concibe como una “concreción” de un conjunto de datos previstos en el programa normativo, el campo normativo y las particularidades de las circunstancias de especie. Este proceso está condicionado siempre por el caso de especie, donde la interpretación como explicación del texto es solo uno de los elementos a considerar<sup>968</sup>. Y aunque no se trata de una racionalidad integral,<sup>969</sup> el jurista no es libre, sino que está sometido a la instancia normativa que él ha creado, porque el estado de derecho como garantía para la colectividad exige que la concreción pueda ser controlada, analizada y discutida.<sup>970</sup>

Para MÜLLER, lo que normalmente se describe como “derecho jurisprudencial” es todo aquello que excede el modelo silogístico<sup>971</sup>, donde no existe un texto normativo o un programa normativo, y predominan los argumentos puramente fácticos que no pueden conformar un campo normativo jurídicamente pertinente.<sup>972</sup> En estos casos, el juez crea derecho jurisprudencial, como una especie de ‘cuasi-texto’ (o pseudo-

---

<sup>966</sup> *Ibidem*, pp. 224-225. (Traducción libre)

<sup>967</sup> *Ibidem*, p. 225. (Traducción libre)

<sup>968</sup> *Ibidem*, pp. 107 y 223. (Traducción libre)

<sup>969</sup> *Ibidem*, pp. 216 y 218. (Traducción libre)

<sup>970</sup> *Ibidem*, pp. 111 y 229. (Traducción libre)

<sup>971</sup> *Ibidem*, p. 125. (Traducción libre)

<sup>972</sup> *Ibidem*, p. 126. (Traducción libre)



texto) de norma formulado por primera vez al resolver el caso.<sup>973</sup> Sin embargo, considera que los poderes ejecutivo y judicial no tienen derecho de actuar como pretores<sup>974</sup>, por lo que “el juez debe *metodológicamente* poder demostrar que la norma-decisión que ha planteado puede ser correctamente imputada a la norma jurídica que él invoca y que esa norma, a su vez, puede ser correctamente imputada al texto normativo del cual él partió.”<sup>975</sup>

A este respecto HESSE incorpora, desde la edición de 1975, la concepción de F. MÜLLER de la norma constitucional en la que se integran por igual, en una relación de mutua influencia, el « programa normativo » (**Normprogramm**), es decir, el mandato contenido básicamente en el texto de la norma, y el « ámbito normativo » (**Normbereich**), es decir, el sector concreto de la realidad « acotado » por la norma, sobre el que el « programa normativo » pretende incidir. Tanto el « programa normativo » como el « ámbito normativo » deben ser sometidos a una labor de concretización (sic) [...].<sup>976</sup> (Negrilla y cursiva originales)

Así pues, en la producción iuspublicista de Konrad HESSE, discípulo de SMEND y maestro de MÜLLER, es fundamental el proceso de “realización” de las normas constitucionales, el cual consiste en la actualización y concreción de la constitución, subordinado a las condiciones de realización de la Constitución.<sup>977</sup> De esto depende la efectiva vigencia de la Constitución<sup>978</sup> puesto que, un mismo programa normativo, a lo largo de los años y de la realidad cambiante, arroja resultados distintos de la concreción, dando lugar a una “*mutación constitucional constante*”<sup>979</sup>, más o menos

---

<sup>973</sup> Idem.

<sup>974</sup> Ibidem, p. 128. (Traducción libre)

<sup>975</sup> Ibidem, p. 186. (Traducción libre)

<sup>976</sup> CRUZ VILLALON, Pedro. “Introducción”. pp. IX – XXVIII. En: HESSE, Konrad. “Escritos de Derecho Constitucional (selección)”. Centro de estudios constitucionales: Madrid, 1983. pp. X VII - XVIII.

<sup>977</sup> Ibidem, p. IX, XI, XV.

<sup>978</sup> HESSE, Konrad. “Escritos de Derecho Constitucional (selección)”. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1983. pp. 28-30.

<sup>979</sup> Debe aclararse que HESSE emplea un concepto más estrecho de “mutación constitucional” que el sostenido en esta tesis, pues acoge el término acuñado por la doctrina bajo la Constitución de 1871 para designar los cambios producidos en el funcionamiento de las instituciones del Reich sin reformar la constitución, o los cambios en la concreción del contenido de las normas constitucionales, siendo el



notable, que no resulta fácil de captar y que, por ello, rara vez se manifiesta con nitidez.<sup>980</sup>

Así, también para HESSE, la interpretación constitucional es “concreción”, aunque considera que ella solo es necesaria para dar respuesta a una cuestión constitucional que la Constitución no permite resolver de manera concluyente. En cambio, en los casos de cumplimiento de normas constitucionales lo que ocurre es una mera actualización<sup>981</sup>. Y el cometido de la interpretación es hallar y fundamentar el resultado constitucionalmente “correcto” a través de un proceso racional y controlable (en lo que coincide con MÜLLER) que supone comprender el contenido de la norma a concretar e incorporar la realidad (el ámbito normativo) como contenido de la Constitución.<sup>982</sup>

Y también en HESSE el texto constitucional opera imponiendo límites a este ejercicio<sup>983</sup>, debiendo mantenerse el órgano de interpretación en el marco de las funciones que se le asignaron. En efecto, el tribunal constitucional sólo tiene la función de controlar al legislador, por lo que “le está vedado una interpretación que condujese a una restricción de la libertad conformadora del legislador más allá de los límites establecidos por la Constitución o, incluso, a una conformación llevada a cabo por el tribunal mismo.”<sup>984</sup> Todo lo que vaya más allá de estas posibilidades no será una mutación sino una quiebra o anulación de la constitución.<sup>985</sup>

---

texto de la norma es el límite último del proceso de mutación constitucional. Si bien reconoce que el contenido de la norma constitucional en sí misma puede cambiar en algunos casos de mutación constitucional mediante interpretación, la mayoría de las mutaciones constitucionales –y las de mayor peso– consisten en cambios en la situación constitucional. Ver: CRUZ, *Op. Cit.*, pp. XXVI – XVIII; HESSE, *Op. Cit.* p. 97.

<sup>980</sup> HESSE, *Op. Cit.*, pp. 28-30.

<sup>981</sup> *Ibidem*, pp. 35, 36 y 43.

<sup>982</sup> *Ibidem*, p. 47.

<sup>983</sup> CRUZ, *Op. Cit.*, pp. XVI y XIX.

<sup>984</sup> HESSE, *Op. Cit.*, p. 50.

<sup>985</sup> *Ibidem*, p. 111.



Se comparten las críticas que hacen MÜLLER y HESSE a la doctrina tradicional de la interpretación que propugnaba el positivismo jurídico, así como a la pretendida separación entre la interpretación del derecho y su creación jurisprudencial<sup>986</sup>. Dice MÜLLER, con razón, que “[l]os atributos de la normatividad solo pueden ser despejados en el proceso de resolución de un caso”<sup>987</sup>, en lo que coincide HESSE, para quien “[n]o existe interpretación constitucional desvinculada de los problemas concretos”<sup>988</sup>. Con ello se desmitifica el texto y se le otorga, apenas, el efecto de límite al programa normativo. Y, de paso, se reconoce el carácter “normativo” que tienen los factores de la “realidad” (que no los hechos del caso) y, en general, todo aquello que orienta la solución de ese caso<sup>989</sup>. Todas estas premisas parecen en todo compatibles con el modelo colombiano, y ajustados a la realidad de la práctica de decisión judicial.

Las etapas de concreción que llevan al jurista desde el texto normativo a la producción de la norma y, luego, a la producción de la norma-decisión son indicativas de que el razonamiento con precedentes tiene características distintivas. Y las tiene básicamente porque, cuando el juez aplica el precedente para decidir casos futuros, hace algo muy distinto de cuando parte de un texto legislativo (no interpretado ni concretado) o de una norma general y abstracta (concretada pero no individualizada en una norma-decisión en función de las circunstancias del caso particular a resolver). La norma-decisión es, por supuesto, más concreta que la norma jurídica intermedia, y aunque tiene al texto como “punto de imputación” para decisiones concretas futuras, este no es reproducido sino enriquecido en el juego del lenguaje jurídico según el contexto<sup>990</sup>. Como se explicará en esta tesis, el proceso de concreción no tiene reversa.

---

<sup>986</sup> MÜLLER, *Op. Cit.*, p. 119. (Traducción libre)

<sup>987</sup> *Ibidem*, p. 223. (Traducción libre)

<sup>988</sup> HESSE, *Op. Cit.*, p. 45.

<sup>989</sup> MÜLLER, *Op. Cit.*, p. 66. (Traducción libre)

<sup>990</sup> *Ibidem*, p. 179. (Traducción libre)



Además, con HESSE, los datos del ámbito normativo plantean una solución para los frecuentes casos en los que existe una relación entre varias normas, solución que se estructura “sobre la base de la *coordinación objetiva* de las respectivas relaciones o ámbitos vitales y una exposición de los puntos de vista objetivos que sustentan esta coordinación”. Así, el ámbito normativo posee un carácter sistemático, pues los datos que aportan permiten esta coordinación<sup>991</sup>, asunto que resultará de la mayor relevancia para la estructuración de la teoría local del precedente (PARTE II de la tesis).

Ahora bien, pese a los innegables méritos de la teoría de MÜLLER y HESSE, ella resulta insuficiente para abordar las necesidades que las figuras de la Ley 1437 plantean al jurista colombiano, puesto que:

- (i) sus apreciaciones se circunscriben a la metodología del derecho constitucional, aunque bien podrían hacerse extensivas *mutatis mutandis* a lo contencioso administrativo como teoría general –pese a algunos reparos de MÜLLER frente a esto último-;
- (ii) no brinda herramientas prácticas para que el jurista reduzca los campos fácticos de los textos normativos seleccionados de la masa del derecho vigente a los campos de especie, ni lo instruye sobre cómo elaborar el programa normativo (el cual, junto con el campo normativo, producen la norma jurídica);
- (iii) aunque MÜLLER niega que el modelo de concreción corresponda a la aceptación de la ‘libre creación del derecho’, alegando que el proceso puede

---

<sup>991</sup> HESSE, *Op. Cit.*, p. 47.



ser controlado y discutido, lo cierto es que la complejidad de su presentación hace cuando menos dudosa la posibilidad real de control;

- (iv) el argumento de que el jurista está sometido a la instancia normativa que él ha creado<sup>992</sup> no desvirtúa el riesgo de que esa norma –a la que dice someterse– sea creada libremente, a la medida del resultado esperado; y
- (v) si bien la jurisprudencia es concebida como uno de los modos de realización de la Constitución<sup>993</sup> o de concreción de las normas, ni MÜLLER ni HESSE reconocen a los precedentes un papel vinculante en el proceso de concreción, ni encuentran que el juez esté legitimado para producir derecho, sino que debe haber siempre un proceso de imputación que reconduzca la norma-decisión a un texto.

### ***2.3 Interpretación “orientada a los hechos”, como uno de los presupuestos de la aplicación de las normas (GUASTINI)***

Riccardo GUASTINI, estudioso y crítico del realismo escandinavo<sup>994</sup>, distingue (como lo hacen los autores enunciados en la Sección 1.1 de este Capítulo), los procesos de interpretación y aplicación del derecho. Y lo hace desde dos perspectivas, a saber: (a) desde el *sujeto*, en el sentido de que la ‘aplicación’ del derecho se circunscribe a los órganos de aplicación, como los jueces y funcionarios administrativos, mientras que la actividad de interpretación la puede ejercer cualquier sujeto;<sup>995</sup> y (b) desde el *objeto* de interpretación, pues mientras que la interpretación tiene por objeto textos

<sup>992</sup> MÜLLER, *Op. Cit.*, pp. 111 y 229. (Traducción libre)

<sup>993</sup> *Ibidem*, p. 51. (Traducción libre)

<sup>994</sup> FARALLI, Carla. “La filosofía del derecho contemporánea: Los temas y desafíos” (Santiago Perea Latorre, traductor), Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007. p. 49.

<sup>995</sup> GUASTINI, Riccardo. “La interpretación: Objetos, Conceptos y Teorías”. México DF: Doctrina Jurídica Contemporánea, 3ed, 2002. pp. 19-38. En: VÁZQUEZ, Rodolfo. Compilador. “Interpretación Jurídica y Decisión judicial”. México D.F.: Doctrina Jurídica Contemporánea, 3 ed, 2002. p. 27.





normativos o disposiciones, que “resultan” en la norma, “la aplicación tiene por objeto normas en sentido estricto (entendidas como el contenido de sentido de los textos normativos).”<sup>996</sup> Para GUASTINI, la aplicación presupone la interpretación “(o la incluye como una parte constitutiva)”<sup>997</sup> y trasciende la operación interpretativa, pues incluye otras operaciones como la calificación de los hechos y la decisión de la controversia.<sup>998</sup>

El autor adopta un concepto amplio de ‘interpretación’, referido a toda atribución de significado a un texto o enunciado normativo, aun cuando no exista motivo de duda. De conformidad con esta postura, si bien un significado obvio o la resolución de una controversia “fácil” no requiere argumentación...

(...) también un significado obvio y cualquier significado, es el resultado de una variable dependiente de la interpretación. Incluir o excluir un determinado supuesto de hecho del campo de aplicación de una cierta norma, aunque la cuestión sea pacífica, presupone comúnmente una interpretación.

Desde ese punto de vista, se produce interpretación no ya en presencia de casos “difíciles”, sino en presencia de cualquier caso: la interpretación es el presupuesto de la aplicación.<sup>999</sup>

Quienes adoptan este concepto de interpretación suelen distinguir entre los textos normativos –que son el objeto de la interpretación- y las normas que producen los intérpretes al adscribir significado al texto, como resultado de la actividad interpretativa<sup>1000</sup>. Así, “atribuir un significado a un texto siempre requiere de valoraciones, elecciones y decisiones. En ningún caso la interpretación, así entendida,

---

<sup>996</sup> *Ibidem*, pp. 27-28.

<sup>997</sup> *Idem*.

<sup>998</sup> *Ibidem*, p. 27.

<sup>999</sup> *Ibidem*, p. 23.

<sup>1000</sup> *Ibidem*, pp. 24-26.



puede ser representada como una actividad cognoscitiva.”<sup>1001</sup> Y, en GUASTINI, la interpretación judicial se distingue de la doctrinal en su “fuerza”, dado que la primera es una verdadera “decisión” en torno a la disposición, mientras que la doctrinal no es más que una “recomendación” a los jueces sobre el significado que debería atribuírsele a cierta disposición<sup>1002</sup>.

Traza, además, una distinción en la aproximación a la interpretación, puesto que los jueces no indagan por el significado del texto normativo “en abstracto”, como lo hace el jurista, “sino que se preguntan si un determinado supuesto de hecho cae, o no, dentro del campo de aplicación de una cierta norma”<sup>1003</sup>. Esto último lo denomina interpretación “orientada a los hechos”, la cual tiene como trasfondo la controversia a resolver.<sup>1004</sup> Es por eso que “el juez no puede limitarse a la interpretación textual”, sino que “requiere, juntas: a) la interpretación de las fuentes, y b) la calificación del supuesto de hecho. A su vez, la calificación del supuesto de hecho presupone c) la verificación de los hechos de la causa.”<sup>1005</sup>

De GUASTINI debe destacarse la superación de la duda como único escenario para la interpretación, por cuanto aún los casos pacíficos suponen una interpretación. Es valiosa, también, la noción de interpretación “orientada a los hechos” a cargo del juez y de cara a la controversia por resolver<sup>1006</sup>, aunque este concepto es insuficiente para dar cuenta del complejo y rico proceso racional que ocurre en la producción de la norma que rige el caso. GUASTINI lo asemeja a la comparación entre los hechos del caso a resolver y el campo de aplicación de la norma, para determinar “si un determinado supuesto de hecho cae, o no, dentro del campo de aplicación de una

---

<sup>1001</sup> *Ibidem*, p. 25.

<sup>1002</sup> *Ibidem*, p. 36.

<sup>1003</sup> *Ibidem*, pp. 36-37. (Negrilla fuera de texto)

<sup>1004</sup> *Ibidem*, pp. 36-37.

<sup>1005</sup> *Ibidem*, p. 37.

<sup>1006</sup> *Ibidem*, pp. 36-37.



cierta norma”<sup>1007</sup>, excluyendo del análisis la multiplicidad de factores que entran en juego en el proceso de producción de la norma jurídica (o ‘concreción’, en términos de MÜLLER). También debe cuestionarse a GUASTINI cuando desplaza la operación de aplicación del derecho a un estadio posterior a la interpretación, al decir que “la interpretación es el presupuesto de la aplicación.”<sup>1008</sup>

Es cierto que el autor, en el artículo citado, no se refiere al rol del precedente en la decisión judicial, sino que circunscribe los efectos jurídicos de las decisiones interpretativas de los jueces “por regla general, al caso concreto decidido”<sup>1009</sup>. No obstante, su postura sobre la interpretación orientada a los hechos en sede judicial justifica esta clasificación, dado que su postura obligaría a concluir que, en un sistema de precedente vinculante, la norma obtenida al resolver el caso será, necesariamente, distinta: (i) de la disposición normativa tomada en abstracto, y (ii) de la norma jurídica orientada a unos hechos distintos de aquellos que motivan la sentencia que constituye el precedente.

## **CAPÍTULO II- Aproximaciones sobre el papel del Precedente en la Práctica Judicial desde la Teoría de la Argumentación Jurídica**

La teoría de la argumentación tiene como objetivo establecer la manera de analizar y evaluar adecuadamente los argumentos<sup>1010</sup>. Para la doctrina mayoritaria, en los casos claros, cuando no hay duda acerca del significado y pertinencia de una norma jurídica, basta con mencionar los hechos y la norma aplicable, sin necesidad de una interpretación adicional; mientras que en los casos difíciles se requiere interpretación,

---

<sup>1007</sup> *Ibidem*, pp. 36-37.

<sup>1008</sup> *Ibidem*, p. 23.

<sup>1009</sup> *Ibidem*, p. 36.

<sup>1010</sup> FETERIS, *Op. Cit.*, p. 20.



puesto que “[l]os jueces deben explicar por qué eligen una interpretación específica de la norma jurídica.”<sup>1011</sup>

Para FETERIS, “La aceptabilidad de una tesis jurídica depende de la calidad de la justificación”<sup>1012</sup>; aceptabilidad que a su vez puede lograrse empleando los cánones tradicionales de interpretación (gramático-semántico, histórico, sistemático, genético y teleológico), argumentos analógicos, el *argumentum a contrario*, el **precedente**, las opiniones de los estudiosos del derecho o ‘dogmática’.<sup>1013</sup>

FETERIS defiende la importancia de la lógica (no de la *lógica silogística*) para el análisis y evaluación formal de la argumentación jurídica<sup>1014</sup>, porque “una condición necesaria para la racionalidad de la argumentación jurídica es que la decisión se derive de los argumentos”.<sup>1015</sup> Distingue, además, entre el *contexto de descubrimiento* –referido al proceso de búsqueda de la decisión correcta- y el *contexto de la justificación* –la justificación de la decisión y las normas que permiten evaluarla-, aclarando que “[l]a investigación de la racionalidad de la argumentación jurídica se ocupa entonces de los requisitos relacionados con los argumentos que se presentan en el contexto de la justificación y no de los requisitos relacionados con el proceso de decisión, el contexto del descubrimiento. El proceso de decisión es un proceso psicológico y, como tal, es tema de otro tipo de investigación.”<sup>1016</sup> A partir de esta distinción, a continuación se presentarán las principales aproximaciones sobre el precedente desde la teoría de la argumentación jurídica.

---

<sup>1011</sup> *Ibidem*, p. 29.

<sup>1012</sup> *Ibidem*, p. 19.

<sup>1013</sup> *Ibidem*, pp. 30-31.

<sup>1014</sup> *Ibidem*, pp. 71 y 75.

<sup>1015</sup> *Ibidem*, p. 74.

<sup>1016</sup> *Ibidem*, p. 33.



## 1. El realismo jurídico y la teoría escéptica de la interpretación<sup>1017</sup>

A comienzos del siglo XIX, John Chipman GRAY y luego Oliver Wendell HOLMES publicaron informes escépticos sobre el proceso judicial, oponiéndose a la llamada teoría “cognitiva” o formalista de la interpretación. Se propusieron, entonces, desvirtuar la doctrina según la cual interpretar equivale a verificar el significado objetivo de los textos normativos o la intención de sus autores<sup>1018</sup>. La corriente que aquellos lideraron

(...) se convirtió, en las décadas de 1920 y 1930, en el poderoso movimiento intelectual conocido como «realismo jurídico». Sus líderes (Jerome Frank, Karl Llewellyn, Wesley Sturges y Morris y Felix Cohen, entre otros) sostenían que la teoría tradicional se había equivocado porque había adoptado un enfoque doctrinario de la jurisprudencia, intentando describir lo que hacen los jueces a partir de las normas que ellos mismos mencionan en su decisión. Ello es un error, sostenían los realistas, porque en realidad los jueces deciden los casos de acuerdo con sus propios gustos políticos o morales y después, como racionalización, escogen una regla jurídica apropiada. Los realistas pedían un enfoque «científico» que estableciera más bien lo que los jueces hacen que lo que dicen, y cuál es el impacto que tienen sus decisiones sobre la comunidad como tal. <sup>1019</sup>

Así, las corrientes del “realismo jurídico” (americano, escandinavo, italiano) defienden la llamada *teoría escéptica de la interpretación*<sup>1020</sup> y niegan la existencia de *casos difíciles*<sup>1021</sup>. Entienden la interpretación no como una actividad de conocimiento (pues no conciben que las palabras tengan algo así como un significado “propio”) sino de valoración y de decisión, de la cual resultan las normas jurídicas. Estas, por tanto, no preexisten a la interpretación.<sup>1022</sup> Y como los jueces crean derecho nuevo ante una

<sup>1017</sup> GUASTINI, *Op. Cit.*, p. 31.

<sup>1018</sup> *Ibidem*, p. 30.

<sup>1019</sup> DWORKIN, Roland. “Los derechos en Serio”. Barcelona: Ariel Derecho, 2ed, 1989. p. 46.

<sup>1020</sup> GUASTINI, *Op. Cit.*, p. 32.

<sup>1021</sup> CALSAMIGLIA, A. “Prólogo” pp. 7-29. En: DWORKIN, *Op. Cit.*, p. 21.

<sup>1022</sup> GUASTINI, *Op. Cit.*, pp. 31-32.



laguna o antinomia, “no se puede trazar una línea clara de demarcación entre Poder Judicial y Poder Legislativo.” <sup>1023</sup>

FRANK y LLEWELLYN cuestionaron la aptitud de las reglas para limitar las elecciones de los decisores, especialmente los jueces, quienes al decidir casos difíciles realizan un juicio considerando todos los factores relevantes (e.g. factores morales, políticos, económicos y psicológicos) sobre cuál parte debe resultar vencedora. Pero esto no constituye un juicio arbitrario, dicen, porque los decisores operan en un medio social y político en el que deben fundar sus decisiones en una justificación pública plausible<sup>1024</sup>. Reconocen, en todo caso, que se trata de un juicio “particularista, al centrar la atención en el resultado óptimo *para este caso*. Habiendo tomado tal decisión, *luego* el decisor la racionalizaría –sostienen los realistas- en términos de alguna regla jurídica.” <sup>1025</sup>

Así las cosas, **las reglas no sirven para orientar *ex ante* la elección del juez, sino solo “como vehículos de legitimación *ex post* de decisiones que se alcanzan sin tomar en cuenta a las reglas.”** <sup>1026</sup> (Negrilla fuera de texto) Es decir, son fundamentos no basados en reglas los que permiten la elección entre los resultados racionalizables. <sup>1027</sup> Cada interpretación será, entonces, producto de las posturas valorativas del intérprete, sin que pueda predicarse verdad ni falsedad de un enunciado interpretativo como “El texto ‘T’ significa S”. <sup>1028</sup>

LLEWELLYN, en su clásica obra “The Bramble Bush”, explica que el derecho se ocupa de lo que los operadores jurídicos (jueces, sherrifs, abogados, funcionarios judiciales,

---

<sup>1023</sup> *Ibidem*, pp. 31-32.

<sup>1024</sup> SCHAUER, *Op. Cit.* p. 255.

<sup>1025</sup> *Ibidem*, pp. 254-255.

<sup>1026</sup> *Ibidem*, p. 255.

<sup>1027</sup> *Ibidem*, p. 255.

<sup>1028</sup> GUASTINI, *Op. Cit.*, p. 32.



etc.) *hacen* para resolver de manera razonable las disputas<sup>1029</sup>, y señala que las elecciones de los operadores jurídicos importan tanto o más que la lógica en el derecho<sup>1030</sup>, puesto que es la regularidad de su actuar la que permite predecir lo que otros operadores harán en el futuro.<sup>1031</sup> Para esta predicción es importante el estudio no solo de las palabras o de la teoría, sino de la práctica, del hecho viviente, puesto que es necesario conocer los hechos de la vida de la comunidad en los que el derecho entrará a jugar.<sup>1032</sup>

Para esta corriente, el análisis de los hechos en sede de apelación sí es relevante (aunque en teoría las cortes de apelación solo deben revisar la regla aplicada), porque los jueces de segunda instancia sienten la presión del caso individual, e intentan resolverlo de manera correcta.<sup>1033</sup> Por eso, no es inusual que aún las cortes de segunda instancia, a quienes concierne el análisis de la regla, estiren o adapten la regla para así producir un resultado que les parezca justo para el caso concreto.<sup>1034</sup>

La *ratio decidendi* es, entonces, la regla que la corte presenta como la regla del caso<sup>1035</sup>. El *holding* es la decisión, y la Corte solo puede expresarse con autoridad en relación con la disputa decidida y la decisión que ha tomado.<sup>1036</sup> Lo que exceda los hechos, excede también la decisión, por lo cual debe sospecharse de las reglas que se extienden más allá de los hechos del caso.<sup>1037</sup>

---

<sup>1029</sup> LLEWELLYN, Karl N. "The Bramble Bush", Nueva York: Oxford University Press, 1960, 11ª impresión, p. 5. (Traducción libre)

<sup>1030</sup> SHEPPARD, Steve, "Introducción a la edición de Oxford", pp. IX-XXI. En: LLEWELLYN, *Op. Cit.*, p. XIII. (Traducción libre)

<sup>1031</sup> LLEWELLYN, *Op. Cit.*, pp. 6-7. (Traducción libre)

<sup>1032</sup> *Ibidem*, p. 18. (Traducción libre)

<sup>1033</sup> *Ibidem*, pp. 31-32. (Traducción libre)

<sup>1034</sup> *Ibidem*, p. 35. (Traducción libre)

<sup>1035</sup> *Ibidem*, p. 42. (Traducción libre)

<sup>1036</sup> *Ibidem*, p. 43. (Traducción libre)

<sup>1037</sup> LLEWELLYN, Karl N. "The Bramble Bush", Oxford University Press, 1960, 11ª impresión, Nueva York. p. 45. Traducción libre.



Y los hechos escogidos para la decisión son muchos menos de los que realmente ocurrieron, porque son elegidos y filtrados por los abogados, el jurado, el juez de instancia, el apelante, etc.<sup>1038</sup> Aun así, en el futuro los jueces tendrán en cuenta los hechos registrados en el expediente como si la opinión misma diera cuenta de los hechos reales.<sup>1039</sup> Entonces, trabajar con precedentes supone aplicar una regla de derecho según la interpretación que se tenga de los hechos –una vez analizada la evidencia-, aunque en la práctica la operación puede ser la contraria, pues “la regla y la decisión pueden establecer la interpretación de los hechos”.<sup>1040</sup>

En el ‘juego del sistema de casos’, una tercera corte puede hacer coexistir dos casos aparentemente inconsistentes haciendo una *distinción*, eligiendo una característica (fáctica o procedimental) que distingue un caso del otro, y que ninguna de las cortes anteriores destacó, e insistir en que esta característica es la que determina el resultado diferente<sup>1041</sup>. Aquí se sobrepasa el campo de la lógica y de la observación científica, pues ellas solo indican, con alguna certeza, cuáles son las posibilidades doctrinales, pero no definen si esa posibilidad será adoptada por una corte determinada.<sup>1042</sup> Así, las categorías de los hechos pueden rebajarse, con el fin de limitar el alcance de la regla a esta nueva categoría de hechos, para que dos casos puedan ser compatibles.<sup>1043</sup>

Así las cosas, para analizar los casos debe tenerse en cuenta el contexto de casos que se han dictado sobre la materia, los cuales deben analizarse teniendo en cuenta sus hechos, el procedimiento y la decisión para agruparlos o entenderlos en su conjunto (*‘matched together’*)<sup>1044</sup> y, así, formular la regla que los cubra a todos de

---

<sup>1038</sup> *Ibidem*, p. 34. (Traducción libre)

<sup>1039</sup> *Ibidem*, p. 35. (Traducción libre)

<sup>1040</sup> *Ibidem*, p. 61. (Traducción libre)

<sup>1041</sup> *Ibidem*, p. 63. (Traducción libre)

<sup>1042</sup> *Idem*, (Traducción libre)

<sup>1043</sup> *Ibidem*, p. 47. (Traducción libre)

<sup>1044</sup> *Ibidem*, p. 50. (Traducción libre)





manera armónica. Hecho lo anterior, esta regla debe ser puesta a prueba frente a las variaciones de los hechos, frente a lo que ha dicho la doctrina sobre ese caso, y frente a otros casos<sup>1045</sup>. Este análisis permitirá evaluar qué tanto del lenguaje, incluso del lenguaje de la *ratio decidendi*, corresponde con lo que la corte realmente quiso expresar, o si es necesario confinar o eliminar la descripción de los hechos.<sup>1046</sup> A partir de aquí, LLEWELLYN propone uno de los elementos vitales de la doctrina americana de precedentes, a saber:

[...] que la corte posterior siempre puede reexaminar un caso anterior, y bajo el principio de que la corte pudo decidir sólo lo que tenía ante sí, y que el caso anterior debe ahora leerse con eso en mente, puede llegar a la conclusión de que la disputa que la corte anterior tenía ante sí era mucho más estrecha de lo que la corte anterior creyó y que, por tanto, se requiere una aplicación de una regla mucho más estrecha. Incluso, el argumento va más allá. Va hasta afirmar que ninguna regla más amplia *podría* haber sido dictada con autoridad, porque de hacerlo, la corte anterior habría trascendido sus poderes.<sup>1047</sup>

Es por esto que las reglas que se derivan del análisis conjunto de casos no son reglas de descripción sino de *deber*, premisas mayores de las que se concluye que si la regla es correcta, cierto caso futuro tendría que decidirse de una forma específica.<sup>1048</sup> Mientras tanto, el juez puede decidir de cualquier manera, pero no es libre en su decisión, porque debe estar en contacto con las decisiones del pasado mediante procesos lógicos (*'logical ladders'*) que permiten el control social de su decisión y que lo llevan a la conclusión justa o sabia, pudiendo incluso salirse de las restricciones del precedente de ser necesario<sup>1049</sup>.

---

<sup>1045</sup> *Ibidem*, p. 51. (Traducción libre)

<sup>1046</sup> *Ibidem*, p. 50. (Traducción libre)

<sup>1047</sup> *Ibidem*, pp. 50-51. (Traducción libre)

<sup>1048</sup> *Ibidem*, p. 75. (Traducción libre)

<sup>1049</sup> *Ibidem*, p. 77. (Traducción libre)



Dice LLEWELLYN que no se puede leer una ley como un caso, porque en las leyes cada palabra vale y debe ser interpretada en conjunto con las demás, no hay *dictum* ni repetición de una misma idea de distintas maneras.<sup>1050</sup> En cambio, el derecho en los casos es difícil de encontrar, y requiere del estudio de una docena de casos para encontrar cada regla y su significado mediante un método inductivo.<sup>1051</sup> Esto, sumado a la multiplicidad de jurisdicciones que existen en un sistema federal como Estados Unidos, hace imposible aprender el derecho como si se tratara de información.<sup>1052</sup>

Si bien ha habido cambios en el procedimiento judicial americano desde que “*The Bramble Bush*” vio la luz en 1930, en buena medida el derecho sigue siendo igual a lo que era cuando LLEWELLYN lo describió<sup>1053</sup>; y a pesar de las críticas, el realismo jurídico ha ejercido una importante influencia en la educación legal en Estados Unidos, influencia que en gran parte persiste en la educación y la práctica jurídica en la actualidad.<sup>1054</sup>

Los autores del movimiento de Estudios Críticos del Derecho, desarrollado entre los años sesenta y ochenta en la Facultad de Leyes de Harvard a partir de la publicación del libro de Roberto Mangabeira UNGER, *Knowledge and Politics*<sup>1055</sup>, constituyen una versión moderna del enfoque retórico, puesto que “consideran que el texto legal es un fenómeno social, cultural y político, y analizan la manera de usar las técnicas lingüísticas y textuales para expresar (u ocultar) una ideología particular.”<sup>1056</sup> Con HART, los teóricos de este movimiento (Roberto W. GORDON, Morton J. HORWITZ, Duncan KENNEDY y Mark TUSHNET<sup>1057</sup>) se oponen a la idea de una respuesta

---

<sup>1050</sup> *Ibidem*, pp. 83, 85 y 109. (Traducción libre)

<sup>1051</sup> *Ibidem*, pp. 97 - 98. (Traducción libre)

<sup>1052</sup> *Ibidem*, p. 98. (Traducción libre)

<sup>1053</sup> SHEPPARD, *Op. Cit.*, p. XIV. (Traducción libre)

<sup>1054</sup> *Ibidem*, p. XIII.

<sup>1055</sup> FARALLI, *Op. Cit.* p. 53.

<sup>1056</sup> FETERIS, *Op. Cit.*, pp. 46-47.

<sup>1057</sup> FARALLI, *Op. Cit.*, p. 53.



correcta en los casos difíciles, porque los sistemas jurídicos contemporáneos tienen normas contradictorias, basadas en ideologías opuestas que permean toda la práctica jurídica. El derecho es arbitrario, incoherente y profundamente injusto y, por ende, contrario a la representación que hace el pensamiento liberal del mismo.<sup>1058</sup>

Del REALISMO JURÍDICO se puede aceptar (i) que las normas jurídicas no preexisten a la interpretación, sino que son su resultado; (ii) que la interpretación es una actividad de valoración y decisión; (iii) que la decisión judicial es un juicio particularista, “al centrar la atención en el resultado óptimo *para este caso*”<sup>1059</sup>; y (iv) que en el estudio de los precedentes interesa lo que los jueces han *hecho* con ellos, más allá de lo que han *dicho* sobre ellos<sup>1060</sup>.

Sin embargo, no se comparte la asimilación entre poder judicial y poder legislativo que realizan quienes pertenecen a esta corriente<sup>1061</sup>, ni la pretensión realista de que cualquier resultado pueda presentarse como racionalmente justificado; aunque advierte SCHAUER que “Ningún realista ha sostenido seriamente que las reglas sean *tan* ilusorias como para que un decisor que desee uno de estos resultados pueda alcanzarlo y racionalizar tal conclusión...”<sup>1062</sup>

Además, pese a tratarse de una doctrina ampliamente difundida y aceptada en países como Estados Unidos, aún en la actualidad, autores como GUASTINI la critican por descuidar “los vínculos y los límites objetivos, a los cuales las elecciones de los intérpretes están fatalmente sujetas”<sup>1063</sup>. Estos límites se explican –entre muchas otras razones– por qué solo serán “sostenibles” las atribuciones de significado que

---

<sup>1058</sup> *Ibidem*, p. 53.

<sup>1059</sup> SCHAUER, *Op. Cit.*, pp. 254-255.

<sup>1061</sup> GUASTINI, *Op. Cit.*, pp. 31-32.

<sup>1062</sup> SCHAUER, *Op. Cit.*, pp. 255-256.

<sup>1063</sup> GUASTINI, *Op. Cit.*, p. 32.



caigan dentro de la gama de posibles significados que admite un texto normativo según los usos lingüísticos corrientes de las expresiones en un ambiente cultural determinado.<sup>1064</sup> Por eso acierta SCHAUER al tildar al realismo como un “desafío” a la toma de decisiones basada en reglas, pues “sostiene que los decisores jurídicos no se encuentran en absoluto limitados por fuerzas externas respecto de sus propias preferencias decisorias.”<sup>1065</sup>

Más aún, en este modelo existe tan solo un “hábito”<sup>1066</sup> se seguir el precedente, como instrumento para permitirles a las personas ajustar sus expectativas y sus asuntos de antemano<sup>1067</sup>, aunque en la práctica no sea más que una solución por defecto, que siempre podrá ser superada. Y, por tanto, el artículo III de la Constitución americana servirá, siempre, como pretexto para desconocer la regla del precedente, si las consideraciones extra-normativas conducen al juez a un resultado contrario al que impone la regla del precedente. Es algo así como escribir la sentencia empezando por el final, esto es, partiendo del *decisum* y siguiendo con los argumentos, reglas y descripción fáctica necesarios para arribar al resultado deseado.

No resulta de recibo, por tanto, un esquema como este, donde el precedente no es realmente vinculante, sino una prueba de destreza argumentativa del litigante y una herramienta para lograr legitimidad y aceptabilidad de la decisión, y nada más. El CPACA impone un modelo de precedente vinculante y unos controles que exceden la mera exigencia realista de que exista “una justificación pública plausible” como garantía contra la arbitrariedad<sup>1068</sup>. En Colombia, los instrumentos previstos en el ordenamiento jurídico para garantizar la vinculatoriedad del precedente, que se mencionarán en la PARTE II (Título I, Capítulo 2), así como los obstáculos normativos

---

<sup>1064</sup> *Ibidem*, p. 32.

<sup>1065</sup> SCHAUER, *Op. Cit.*, p. 254.

<sup>1066</sup> LLEWELLYN, *Op. Cit.*, p. 65. (Traducción libre)

<sup>1067</sup> *Ibidem*, p. 67. (Traducción libre)

<sup>1068</sup> SCHAUER, *Op. Cit.* p. 255.



y filosóficos antes mencionados impiden aceptar un sistema de *libre creación de derecho*.

## 2. Entre realismo y formalismo: modelo positivista de discreción judicial (HART)

El inglés H.L.A. HART propuso una versión sociológico-analítica del positivismo que fue ganando influencia frente a la de KELSEN<sup>1069</sup> y que ha tenido distintas lecturas. Mientras que en Norteamérica se concibe la textura abierta del derecho como “un esfuerzo *posrealista* por moderar las potenciales consecuencias corrosivas del *realismo jurídico*”<sup>1070</sup>, América Latina concibió a HART como “un antiformalista semántico que, mediante la noción de textura abierta del derecho, parece romper el ingenuo realismo semántico prevalente en la interpretación textualista propia de la cultura jurídica francesa”<sup>1071</sup>. Así, pese a que las teorías de HART y DWORKIN suelen describirse como un debate, en América Latina terminan “aliados en el proceso de crítica y transformación de la teoría local del derecho en el último cuarto del siglo XX”<sup>1072</sup>.

Pues bien, para HART, la descripción formalista es la más acertada en los *casos fáciles*, donde basta el silogismo para llegar a la decisión y darle certeza a las relaciones sociales, mientras que en los *casos difíciles* (los que componen la zona de penumbra de las expresiones lingüísticas<sup>1073</sup>) es la posición realista la que prevalece. En estos, el juez no cuenta con normas precisas sino que elige ‘discrecionalmente’

---

<sup>1069</sup> RODRÍGUEZ, César. “Teoría del Derecho y Decisión Judicial: En torno al debate entre H.L.A Hart y R. Dworkin”, pp. 15-88. En: “La Decisión Judicial: el debate Hart – Dworkin”. Bogotá D.C.: Siglo del Hombre Editores, 1997. pp. 16-17.

<sup>1070</sup> LÓPEZ, “Teoría Impura...”, *Op. Cit.*, p. 67.

<sup>1071</sup> *Ibidem*, p. 66.

<sup>1072</sup> *Ibidem*, p. 35. Dice López en la página 69 de este libro que mientras en sitios de producción el esquema es “Dworkin *disafin* a Hart, Hart *afin* a Kelsen”, en las lecturas locales de estos autores en América Latina el esquema es el siguiente: “Dworkin *afin* a Hart, Hart *disafin* a Kelsen”.

<sup>1073</sup> RODRÍGUEZ, *Op. Cit.*, p. 34.



entre las alternativas razonables, por lo que no aplica el derecho sino que lo crea para el caso concreto.<sup>1074</sup>

Por tanto, en casos difíciles, “la sentencia [...] es esencialmente lo que el juez quiere que ella sea, aunque dentro de límites que los realistas pasan por alto”.<sup>1075</sup> Al reconocer tales límites, HART pretende subsanar los vicios que los críticos atribuyen al realismo. Así las cosas, HART explica que la gama de posibilidades está circunscrita por el texto de las normas y los precedentes aplicables al caso o a casos similares<sup>1076</sup>, y que los jueces suelen mostrar virtudes de imparcialidad y neutralidad al examinar las alternativas.<sup>1077</sup> Dicho de otro modo, “[e]l juez define *ex post facto* los derechos y deberes que tienen las partes involucradas en el litigio”<sup>1078</sup>. Cita en este punto a RAZ, quien sostiene que cuando la ley exige a los jueces aplicar parámetros morales para determinar el derecho, les concede discrecionalidad, sin que por ello la moral se convierta en una ley preexistente.<sup>1079</sup> Y, oponiéndose a la crítica de DWORKIN, HART alega que nada impide este tipo de legislación retroactiva, porque los casos difíciles son aquellos en los que el derecho ha regulado el asunto de manera incompleta y no hay conocimiento del derecho claramente establecido que justifique alguna expectativa social que pueda ser frustrada.<sup>1080</sup>

En la sección del *Postscriptum* (1994) dedicada a Dworkin<sup>1081</sup>, HART acepta que erró en su teoría temprana al prestar poca atención a los principios, y propone algunas adaptaciones para superar este *impasse*, teniendo como punto central “la reivindicación de la posibilidad de elaborar una teoría ‘descriptiva’ del derecho que, no

---

<sup>1074</sup> *Ibidem*, p. 34.

<sup>1075</sup> *Ibidem*, p. 70.

<sup>1076</sup> *Ibidem*, p. 71.

<sup>1077</sup> *Ibidem*, p. 72.

<sup>1078</sup> *Ibidem*, p. 191.

<sup>1079</sup> HART, H.L.A. “Postscriptum”. pp. 89-141. En: “La Decisión Judicial: el debate Hart – Dworkin”. Bogotá D.C.: Siglo del Hombre Editores, 1997. p. 112.

<sup>1080</sup> *Ibidem*, pp. 140-141.

<sup>1081</sup> RODRÍGUEZ, *Op. Cit.*, p. 43.



obstante tener este carácter, dé cuenta de la existencia de juicios valorativos en el derecho”<sup>1082</sup>. Acepta, entonces, que la regla de reconocimiento puede incorporar la conformidad con principios morales o valores sustantivos como criterios de validez jurídica<sup>1083</sup>, además de los asuntos de linaje o *pedigree*, sin llegar a convertirse en una teoría valorativa como la de DWORKIN. Se trata, en cambio, de un “positivismo suave”<sup>1084</sup>, donde la conexión entre derecho y moral es contingente<sup>1085</sup> y no necesaria.

La distinción es solo de grado<sup>1086</sup>: mientras las reglas se aplican de manera “todo o nada” (sin que ello signifique que una regla válida aplicable a un caso siempre determina el resultado)<sup>1087</sup>, los principios son “no concluyentes”.<sup>1088</sup> Por tanto, aunque no es posible demostrar que una decisión sea la única correcta, sí es posible “conseguir que se la acepte como el producto razonado de una elección imparcial bien informada. En todo esto aparece la ‘ponderación’ y el ‘balance’, característicos del esfuerzo por hacer justicia en medio de intereses en conflicto.”<sup>1089</sup>

Aunque HART reconoce que en su libro se ocupó muy poco del tópico de la adjudicación y del razonamiento jurídico<sup>1090</sup>, en los ejemplos que brinda en el *Postscriptum* se refieren a la existencia de reglas y principios creadas en el *common law* y enuncia la legislación, las decisiones judiciales y las costumbres sociales como “las fuentes sociales del Derecho”, por referencia a las cuales la existencia y contenido del derecho pueden identificarse.<sup>1091</sup> “[E]n aquellos casos no previstos ni

---

<sup>1082</sup> *Ibidem*, p. 44.

<sup>1083</sup> HART, *Op. Cit.*, p. 20.

<sup>1084</sup> RODRÍGUEZ, *Op. Cit.*, p. 45.

<sup>1085</sup> HART, *Op. Cit.*, p. 130.

<sup>1086</sup> RODRÍGUEZ, *Op. Cit.*, p. 53.

<sup>1087</sup> HART, *Op. Cit.*, p. 121.

<sup>1088</sup> *Idem*.

<sup>1089</sup> HART, H.L.A. “El Concepto de derecho”, 2 ed, Oxford: Clarendon Press, 1994, p. 253. Citado por: RODRÍGUEZ, *Op. Cit.* p. 72.

<sup>1090</sup> HART, *Op. Cit.*, p. 118.

<sup>1091</sup> *Ibidem*, p. 131.



reglamentados por la ley, el juez crea nuevas leyes y aplica el Derecho establecido que le confiere sus poderes legislativos y a la vez los limita.”<sup>1092</sup>

Aclara, por supuesto, que esta discrecionalidad o facultad creadora del juez difiere de la legislatura, porque aquella está sujeta a muchas restricciones que limitan sus opciones y porque “al ejercer el juez esta facultad únicamente para disponer de casos particulares no puede utilizarla para imponer reformas a gran escala ni nuevos códigos. Sus facultades son entonces ‘intersticiales’ y están sujetas a muchas limitaciones sustantivas.”<sup>1093</sup> Esta posibilidad creadora del juez, aunque limitada, ha sido reconocida por jueces como Oliver Wendell HOLMES y CARDOZO en los Estados Unidos, o Lord REID en Inglaterra.<sup>1094</sup> Y los límites del juez pueden observarse en la decisión por analogía, para asegurarse de que el derecho que están creando sea “coherente con los principios o razones subyacentes reconocidos como fundamentados en el Derecho existente”.<sup>1095</sup> Y cuando haya varios principios aplicables, que sustentan analogías rivales, el juez, como el legislador, debe decidir sobre qué es lo mejor aplicando su buen juicio.<sup>1096</sup> Dice el autor...

... algunos principios básicos del *Common Law*, tales como aquel según el cual nadie puede beneficiarse de su propio dolo, son identificados como Derecho por la prueba de “linaje” pues han sido consistentemente invocados por los jueces en una diversidad de casos diferentes como algo que suministra razones para la decisión adoptada, que deben ser tomados en cuenta, aun cuando son susceptibles de ser derrotados en algunos casos por razones que hagan prevalecer la decisión contraria.<sup>1097</sup>

---

<sup>1092</sup> *Ibidem*, p. 136.

<sup>1093</sup> *Ibidem*, p. 137.

<sup>1094</sup> *Ibidem*, p. 138.

<sup>1095</sup> *Ibidem*, p. 136.

<sup>1096</sup> *Ibidem*, p. 139.

<sup>1097</sup> *Ibidem*, p. 126.





Como la regla de reconocimiento no se basa solo en criterios de linaje, sino en criterios de contenido para la identificación de principios (“positivismo suave”)<sup>1098</sup>, HART considera que la explicación de la identificación jurídica de las fuentes del derecho de DWORKIN es sustancialmente igual a la suya, solo que HART habla de *reglas* que suministran los criterios de identificación de las fuentes, mientras que DWORKIN se refiere a *consensos, paradigmas y presuposiciones* compartidas por los miembros de la comunidad interpretativa.<sup>1099</sup>

Resulta útil la relación contingente que HART reconoce entre derecho y moral, así como lo dicho por HART en relación con la elección discrecional en casos difíciles, y la función creadora (incluso retroactiva) del juez al decidir el caso, sin perjuicio de que deba justificar racionalmente el resultado. En tales casos, los límites a la posibilidad creadora del juez vienen dados, entre otros factores, por la obligación de decidir analógicamente, para asegurarse de que el derecho que están creando sea “coherente con los principios o razones subyacentes reconocidos como fundamentados en el Derecho existente”.<sup>1100</sup> Con esto se refiere, al parecer, al concepto de *analogía iuris*, no a *analogía legis*. A esta distinción se regresará en breve (Capítulo II, Sección 3 del Título II de esta parte). Además, con HART puede afirmarse que, en los *casos difíciles* (los que componen la zona de penumbra de las expresiones lingüísticas) tiene el juez mayor libertad para decidir y para crear derecho para el caso concreto<sup>1101</sup>.

Sin embargo, esto último no equivale a aceptar que en tales casos prevalezca la posición realista, como lo propugna HART, pues aún en casos difíciles el derecho vigente constriñe las elecciones del decisor, quien no podrá decidir únicamente con

---

<sup>1098</sup> *Ibidem*, pp. 126-127.

<sup>1099</sup> *Ibidem*, pp. 128-129.

<sup>1100</sup> *Ibidem*, p. 136.

<sup>1101</sup> RODRÍGUEZ, *Op. Cit.*, p. 34.



base en factores extra normativos racionalizados *expost*. Tampoco puede aceptarse la noción de HART -en extremo simplista- según la cual en los *casos fáciles* basta el silogismo para llegar a la decisión y darle certeza a las relaciones sociales, pues aun en casos fáciles el derecho debe ser concretado a la luz del programa normativo y el campo normativo para producir una norma para el caso concreto, norma que se convertirá en norma-decisión (MÜLLER, HESSE). Así, no habrá nunca mera subsunción silogística, ni será el formalismo una alternativa admisible en ningún caso, por fácil que él sea.

### 3. El precedente vinculado a la operación básica de la ponderación (BERNAL, BUSTAMANTE y PERRONE)

Algunos autores, incluidos BERNAL, BUSTAMANTE y PERRONE, llevan la ponderación de ALEXY a extremos que, probablemente, el propio ALEXY jamás pretendió. Llegan, en ocasiones, al punto de reducir todo el derecho (o buena parte del mismo) a esta operación, sin duda importante y necesaria, pero no exclusiva ni suficiente.

El profesor **BERNAL** parte de la distinción entre los tipos básicos de normas jurídicas -reglas y principios- para identificar, a su vez, lo que para él constituyen los respectivos procesos racionales de aplicación del derecho, a saber: la subsunción y la ponderación.<sup>1102</sup> Según explica, los “**enunciados jurídicos autoritativos** que pueden servir como buenas razones jurídicas para decisiones futuras”<sup>1103</sup>, y que se encuentran en la *ratio decidendi*, suelen tener la estructura de reglas.<sup>1104</sup> Analiza la tendencia de los tribunales constitucionales consistente en trasplantar métodos

---

<sup>1102</sup> BERNAL PULIDO, Carlos. “El Precedente y la Ponderación”, pp. 105-124. En: BERNAL, Carlos et BUSTAMANTE, Thomas, “Fundamentos Filosóficos de la Teoría del Precedente Judicial”, Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho No. 71, Trad. Rodrigo Camarena González, Junio de 2015. p. 105.

<sup>1103</sup> *Ibidem*, p. 106. (Negrilla fuera de texto)

<sup>1104</sup> *Idem*, P. 106. (Negrilla fuera de texto)



propios del *common law* basados en el precedente judicial, “los cuales se forman a partir de una *ratio decidendi* que tiene la estructura típica de una regla.”<sup>1105</sup>

La *ratio decidendi* hace explícito el contenido de una disposición jurídica, esto es, lo que las disposiciones jurídicas prohíben, permiten, ordenan o autorizan para cierta clase de casos. La normatividad que una *ratio decidendi* despliega como un enunciado autoritativo es del tipo “todo o nada”. O aplican completamente o no aplican para nada para resolver un caso en específico. **Cada precedente contiene una descripción fáctica que representa la abstracción de los hechos del caso previo. Si en un caso futuro se comprueba esta descripción fáctica, el juez debe aplicarla completamente.** Si, por otro lado, la descripción fáctica contemplada en el precedente no se verifica, o, a pesar de haberse verificado, existe una excepción, entonces el juez debe descartar la idea de aplicar el precedente.

Si este es el caso, entonces surge un desconcierto con el desarrollo, al mismo tiempo, de la doctrina del precedente, por un lado, y la metodología de la ponderación, por otro lado, dentro de los sistemas jurídicos del derecho continental. Se le puede llamar: la paradoja del precedente y la ponderación: mientras que **la doctrina del precedente requiere la aplicación de reglas**, la ponderación es la manera en que se aplican los principios.<sup>1106</sup> (Negrilla fuera de texto)

Y encuentra una suerte de relación simbiótica de mutuo perfeccionamiento entre la doctrina del precedente y la ponderación, que BERNAL explica así: “la ponderación perfecciona la doctrina del precedente al crear un proceso racional para distinguir los casos y revocar precedentes. Los precedentes también perfeccionan la doctrina de la ponderación al salvaguardar la certeza y racionalidad de la estructura de la ponderación. (...)”.<sup>1107</sup> En cuanto a lo primero, esto es, a la ponderación como medio para perfeccionar la doctrina de precedente, BERNAL plantea la necesidad de acudir

---

<sup>1105</sup> BERNAL PULIDO, Carlos et BUSTAMANTE, Thomas (EDS.). “Introducción”. pp. 9-17. En: BERNAL, Carlos et BUSTAMANTE, Thomas, “Fundamentos Filosóficos de la Teoría del Precedente Judicial”, Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho No. 71, Trad. Rodrigo Camarena González, Junio de 2015. p. 14 (Negrilla fuera de texto)

<sup>1106</sup> BERNAL, “El Precedente...”, *Op. Cit.*, pp. 106 - 107.

<sup>1107</sup> *Ibidem*, p. 112.



a la ponderación para utilizar los precedentes racionalmente<sup>1108</sup> y como solución para la llamada “paradoja del precedente y la ponderación”<sup>1109</sup>. Este tipo particular de ponderación debe ocurrir (a) distinguiendo los casos cuando “las diferencias entre [*el caso actual y el precedente*] en lo que se refiere a la *ratio juris*, es decir, la justificación subyacente que cierta norma debe aportar para justificar las descripciones fácticas, son mayores que las similitudes”<sup>1110</sup>; (b) revocando el precedente cuando los cambios sociales lo tornan inadecuado en el presente<sup>1111</sup>; y (c) revocándolo cuando sea incorrecto “por tratarse de una incorrecta ponderación de principios.”<sup>1112</sup>

Siendo, entonces, la técnica de distinción de casos y la revocación del precedente “operaciones necesarias para mantener el buen funcionamiento del sistema jurídico”<sup>1113</sup>, BERNAL aclara que ellas deben ejercerse de manera racional, puesto que todo dilema de revocar o distinguir casos siempre involucra una colisión de principios<sup>1114</sup>:

La coherencia, estabilidad e igualdad (en lo que respecta a tratar igual a la persona en iguales situaciones) son principios que justifican seguir el precedente. La actualización del sistema jurídico, la igualdad (en lo que respecta a tratar diferente a personas en diferentes situaciones) y la justicia son principios que justifican la revocación del precedente o la distinción entre casos.

La ponderación es la única manera en que se puede resolver esta colisión entre principios. A pesar de que aceptar este tipo de ponderación debilitaría la fuerza vinculante de los precedentes, también robustecería la racionalidad del sistema jurídico como un todo.<sup>1115</sup>  
(Se subraya)

---

<sup>1108</sup> BERNAL et BUSTAMANTE, “Introducción”, *Op. Cit.*, p. 14

<sup>1109</sup> *Ibidem*, p. 14.

<sup>1110</sup> BERNAL, “El Precedente...”, *Op. Cit.*, pp. 110-111.

<sup>1111</sup> *Ibidem*, p. 111.

<sup>1112</sup> *Idem*.

<sup>1113</sup> *Ibidem*, p. 109-110.

<sup>1114</sup> *Idem*.

<sup>1115</sup> *Idem*.



En cuanto a lo segundo, es decir, el precedente como medio para perfeccionar la doctrina de ponderación, BERNAL sugiere que los tres elementos de la ponderación (la ley de la ponderación<sup>1116</sup>, la fórmula del peso y la carga de la argumentación) son necesarios para “explicar cómo es que se debe resolver una colisión de principios mediante la ponderación”.<sup>1117</sup>

Existen claros límites a la racionalidad propios de la fórmula del peso, los cuales otorgan un margen de discrecionalidad a la decisión judicial, y es ahí donde entran a jugar los precedentes.<sup>1118</sup> **La red de precedentes reduce el margen de discrecionalidad de la fórmula del peso**, al brindarles a los jueces las herramientas necesarias para resolver “cuestiones sobre el peso de los principios y la seguridad de las premisa empíricas”<sup>1119</sup>.

[...] en la medida en que, si un juez busca apartarse de una red de precedentes, la racionalidad requiere que el justifique su decisión. Así, los precedentes se vuelven necesarios para garantizar la racionalidad en la ponderación. Los precedentes permiten que los principios se apliquen de manera consistente y coherente, de esa manera la ponderación no solo es racional sino también predecible.<sup>1120</sup> (Negrilla fuera de texto)

Como puede observarse, BERNAL asimila la *ratio decidendi* a una “regla”, por considerar que comparten la misma estructura<sup>1121</sup> y que lo que contiene el precedente es una descripción fáctica que corresponde a la abstracción de los hechos del caso previo, cuya correspondencia con los hechos del caso futuro debe

---

<sup>1116</sup> De acuerdo con la ley de la ponderación, “Cuanto mayor es el grado de no satisfacción o de afectación de uno de los principios, mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro.” ALEXY, Robert. “A Theory of Constitutional Rights” (trad. Julian Rivers), Oxford, Oxford University Press, 2002. p. 102. Citado por: BERNAL, “El Precedente...”, *Op. Cit.*, p. 113.

<sup>1117</sup> BERNAL, “El Precedente...”, *Op. Cit.*, p. 113.

<sup>1118</sup> *Ibidem*, pp. 122-123.

<sup>1119</sup> *Ibidem*, p. 123.

<sup>1120</sup> *Ibidem*, pp. 123-124.

<sup>1121</sup> *Ibidem*, p. 106.



constatarse para decidir sobre la aplicación o no del precedente<sup>1122</sup>. A partir de estas premisas (que aquí no se comparten), el autor formula lo que denomina 'la paradoja del precedente y la ponderación'<sup>1123</sup>, la cual parece contradecir lo dicho por SCHMILL y COSSIO acerca del silogismo como vía para aplicar valores absolutos en ordenamientos romanistas desde la 'ética de la convicción', mencionada páginas atrás.<sup>1124</sup>

Tampoco BERNAL ofrece una solución satisfactoria para el juez contencioso administrativo y la autoridad administrativa que deben 'enfrentarse' a la determinación y aplicación del precedente que contiene la sentencia de unificación jurisprudencial en Colombia. Lo anterior, en cuanto BERNAL...

- (i) asimila la *ratio decidendi* a una regla dada, fijándose en la descripción fáctica que contiene la sentencia con valor de precedente y asignándole al juez del caso anterior la poderosa función de definir, por medio del lenguaje de su sentencia, la fuerza normativa y campo de aplicación del precedente que establece. BERNAL pasa por alto las dificultades que comporta el proceso previo de inferencia que debe surtir el operador jurídico con el fin de obtener la regla aplicable al nuevo caso para resolver, proceso que solo puede ocurrir de cara al nuevo caso;
- (ii) supone que es posible la subsunción para resolver casos que involucran reglas jurídicas –postura que, de suyo, es ampliamente cuestionada en la literatura jurídica contemporánea- y, además, que es una operación idónea para aplicar precedentes;

---

<sup>1122</sup> BERNAL, "El Precedente...", *Op. Cit.*, pp. 106 - 107.

<sup>1123</sup> *Ibidem*, pp. 106 - 107.

<sup>1124</sup> SCHMILL y COSSIO, *Op. Cit.*, p. 80-81.



- (iii) excluye del modelo de razonamiento con precedentes la consideración del criterio jurídico que sirvió de fundamento a la decisión, y relega los principios a “casos límite” en los que existe una disyuntiva entre aplicar o revocar el precedente;
- (iv) asimila las consecuencias de la revocatoria y la distinción de casos en materia de colisión de principios pese a que, como lo explica RAZ, las reglas que derivan de los precedentes pueden ser distinguidas sin ser revocadas<sup>1125</sup>. Además, pasa por alto que cuando ocurre la distinción –si ella está justificada– no existe sacrificio alguno para la coherencia, estabilidad e igualdad, porque la distinción y la revocación ocurren en momentos diferentes del razonamiento judicial y la distinción es una forma de honrar el precedente.

En efecto, solo una vez que la comparación de casos  $C_1$  y  $C_2$  arroja la conclusión de que la regla del precedente  $Y_1$  es aplicable al caso por resolver (dicho de otro modo, que  $C_2$  es un caso *análogo* a  $C_1$  que, como tal, no puede *distinguirse*), es que puede surgir el dilema entre aplicar o revocar el precedente si el resultado es, por ejemplo, injusto, siempre que el tribunal tenga la autoridad para revocarlo. Únicamente en tratándose de la revocación, o de la *falsa* distinción, podrá surgir el supuesto dilema entre aplicar o revocar el precedente, al que BERNAL alude. Pero esto último no tiene relación alguna con la técnica de “*distinción*”, la cual es improcedente en este estado del proceso de razonamiento con precedentes, como se explicará adelante; y

- (v) limita a dos las operaciones básicas del derecho de ALEXY, sin explicar el papel que podría jugar la tercera operación, conocida como el Esquema de Analogía. ALEXY menciona por primera vez el Esquema de Analogía en un artículo en el

---

<sup>1125</sup> En sentido contrario, ver: ALEXANDER, *Op. Cit.*, p. 165.



que analiza la teoría de la decisión judicial de Arthur KAUFMANN<sup>1126</sup>, esquema que BUSTAMANTE tanto critica y que será fundamental en la construcción de la teoría local del precedente judicial que aquí se ensayará.

**BUSTAMANTE**, como BERNAL, hace énfasis en la importancia de la ponderación en el razonamiento judicial, aunque llega al extremo (incorrecto) de reducir la analogía jurídica o comparación de casos a tan solo “un desarrollo judicial del derecho a partir de la ponderación”.<sup>1127</sup> Por ello, y por considerar que no se trata de un esquema necesario ni adecuado para justificar las resoluciones jurídicas<sup>1128</sup>, cuestiona el papel que ALEXY le otorga a la analogía como “operación básica en la aplicación del derecho”, de lado de las operaciones de subsunción y la ponderación<sup>1129</sup>.

BUSTAMANTE critica, en primer lugar, la confusión entre el Esquema de la Analogía y el modelo tradicional de la analogía, el cual se centra en las similitudes entre casos y no en “los principios que justifican tanto la regla dictada en el precedente como la nueva regla que se adscribe al caso actual”<sup>1130</sup>. Para BUSTAMANTE, en el razonamiento analógico los juicios de valor necesarios “para establecer las ‘similitudes’ que permiten realizar inducciones en el esquema de la analogía resultan poco claros y no pueden ser controlados objetivamente”<sup>1131</sup>. Por eso, no basta con comparar los hechos del precedente con los hechos del caso actual, sino que se deben “comparar las reglas que se presuponen en el razonamiento que lleva a la

---

<sup>1126</sup> BUSTAMANTE, Thomas. “La Función de la Analogía en el Precedente: acerca de la Tercera Operación Jurídica Básica del Alexy.” pp. 125-156. En: BERNAL, Carlos et BUSTAMANTE, Thomas, “Fundamentos Filosóficos de la Teoría del Precedente Judicial”, Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho No. 71, Trad. Rodrigo Camarena González, Junio de 2015. p. 130.

<sup>1127</sup> BERNAL et BUSTAMANTE, “Introducción”, *Op. Cit.* p. 15

<sup>1128</sup> BUSTAMANTE, “La Función de la Analogía...”, *Op. Cit.* p. 130.

<sup>1129</sup> *Ibidem*, p. 125.

<sup>1130</sup> *Ibidem*, p. 137.

<sup>1131</sup> BUSTAMANTE, Thomas, “Principles, precedents and their interplay in legal argumentation: How to justify analogies between cases”, En: BOROWSKI, Martin (ed.), “On the Nature of Legal Principles”, ARSP-Beiheft 119, Franz Steiner, Stuttgart, 2010, pp. 63-77. (Traducción libre)





resolución de cada uno de los escenarios. **Lo que debemos buscar no es la ‘similitud de hechos’ sino la ‘similitud de reglas’**<sup>1132</sup>; reglas que, a su vez, están vinculadas a principios jurídicos –a diferencia de los hechos-.<sup>1133</sup>

Y critica, también, el Esquema de Analogía de ALEXY en cuanto no comprende “los pasos necesarios para ponderar los principios que deben ser balanceados”<sup>1134</sup>. Considera que al ignorar las interacciones entre principios y reglas, ALEXY es incapaz de explicar la elección entre las posibles soluciones al problema jurídico.<sup>1135</sup> Con base en estas consideraciones, BUSTAMANTE desarrolla un esquema alternativo para la comparación de casos que atiende la estructura de las reglas y características de los casos, pero también “las relaciones de prioridad entre los principios que se utilizan para justificar estas reglas”<sup>1136</sup> y la universalización de los resultados de la ponderación.<sup>1137</sup>

Entonces, mientras acepta que las operaciones de ponderación y subsunción son ‘necesarias’ para determinar las consecuencias de una norma “**previamente interpretada** y de validez incuestionable”<sup>1138</sup> y los hechos del caso previamente analizados; **niega que la analogía jurídica o comparación de casos quepa dentro de la misma categoría.**<sup>1139</sup> Lo anterior, porque la analogía “no se refiere a la aplicación de una norma jurídica en un sentido estricto o una decisión en el último paso en la aplicación de derecho; más bien se refiere a la *creación* de una *regla nueva*, lo que no puede ser considerado como un simple acto de determinación de las consecuencias de la regla que sirvió como punto de partida para la argumentación.”

---

<sup>1132</sup> BUSTAMANTE, ‘La Función de la Analogía...’, *Op. Cit.*, pp. 138-139. (Negrilla fuera de texto)

<sup>1133</sup> *Ibidem*, p. 139.

<sup>1134</sup> *Idem*.

<sup>1135</sup> *Idem*.

<sup>1136</sup> *Ibidem*, p. 144.

<sup>1137</sup> *Ibidem*, p. 143.

<sup>1138</sup> *Ibidem*, p. 152. (Negrilla fuera de texto)

<sup>1139</sup> *Idem*.



<sup>1140</sup> En suma, separando los actos de interpretación y aplicación del derecho, y simplificando (en exceso) el concepto de ‘aplicación’, concluye que...

Podemos hablar propiamente de analogía solo cuando, una vez que no existe desacuerdo acerca del contenido de la regla R (interpretada adecuadamente), no podemos resolver el caso con una simple subsunción en R. Por ende, podemos ver que precisamente el concepto de “aplicación en sentido estricto” por definición excluye la posibilidad de incluir a la analogía dentro de su catálogo de operaciones.<sup>1141</sup>

Por eso, entiende la analogía como una forma de razonamiento jurídico para establecer una norma nueva, esto es, “una forma judicial de *construcción o desarrollo del derecho* que, al final de cuentas, se basa en la ponderación de principios.”<sup>1142</sup>

Además, para BUSTAMANTE la ponderación se encuentra en función de la subsunción: “la ponderación es un proceso a través del cual se crea una regla individual (KELSEN) o derivada (ALEXY) en la cual el caso C debe ser subsumido. La operación básica de la subsunción aparece tanto al principio como al finalizar el proceso de la ponderación.”<sup>1143</sup>

Con este autor se comparten las ideas de: (i) identificación de precedente como creación de una nueva regla al momento de su aplicación –no mera aplicación de una regla pre-existente, como lo sugiere BERNAL-; (ii) aplicación del precedente como forma de razonamiento por analogía, que comprende la necesidad de ponderar y revisar los principios subyacentes como parte del análisis analógico (aunque, como se verá, la operación de ponderación es contingente y no necesaria en el esquema de precedentes); y (iii) la necesidad de los principios para justificar la analogía entre casos. Sin embargo, su aproximación merece, cuando menos, las siguientes críticas:

---

<sup>1140</sup> *Ibidem*, p. 153. (Negrilla fuera de texto)

<sup>1141</sup> *Idem*.

<sup>1142</sup> *Ibidem*, p. 155. (Negrilla fuera de texto)

<sup>1143</sup> *Ibidem*, p. 130.



1.- Resulta excesiva la importancia que otorga a la operación de ponderación en la comparación de casos y como base del razonamiento analógico<sup>1144</sup>, pues llega al extremo de reducir a ella toda aplicación del derecho. Propone, así, **concebir la analogía como un juicio sobre los principios relevantes para la decisión de los casos**<sup>1145</sup>, razonamiento que debe hallar su justificación en la “ponderación entre los principios subyacentes a las reglas que fueron tomados como paradigmas en las resoluciones (...)”.<sup>1146</sup>

2.- Partiendo, entonces, de la idea de ALEXY de que toda aplicación de principios supone, necesariamente, una ponderación –algo que aquí no se comparte-, BUSTAMANTE adopta, además, la tesis de BROZEK en el sentido de que reducir la analogía jurídica a la operación de ponderación “tiene la ventaja de deshacerse del ‘problemático proceso de decidir qué similitudes son similitudes relevantes’, porque ‘transforma este problema en la bien definida tarea de ponderar principios’”.<sup>1147</sup> Sin embargo, este proceso, por ‘problemático’ que pueda parecer, no puede obviarse, al menos no si es que se pretende arribar a decisiones basadas en precedentes que puedan justificarse de manera racional.

3.- Por tanto, es inadecuado el sacrificio del análisis fáctico en la teoría de BUSTAMANTE, que desconoce el papel que, desde los orígenes del precedente judicial, tienen los hechos y el resultado de la decisión judicial en el esquema de la *casuística*. Dice el autor que la relevancia de los elementos comunes no puede determinarse a partir de “un mero análisis superficial de los predicados de hecho

---

<sup>1144</sup> BUSTAMANTE, “Principles, Precedents ...”, *Op. Cit.*, p. 63. (Traducción libre)

<sup>1145</sup> BUSTAMANTE, “La Función de la Analogía...” *Op. Cit.*, p. 141.

<sup>1146</sup> BERNAL et BUSTAMANTE, “Introducción”, *Op. Cit.* p. 15 (Negrilla fuera de texto)

<sup>1147</sup> BUSTAMANTE, “Principles, Precedents...”, *Op. Cit.*, p. 72, citando a Bartosz Brozek, *Rationality and Discourse- Towards a Normative Model of Applying Law* (Oficyna: Warsaw, 2007), 149. (Traducción libre)



declarados en las condiciones de aplicación de las dos reglas, sino que requiere, más allá de este juicio sobre ‘similitud de casos’, una reflexión detenida sobre la existencia de una ‘identidad de razones’ para la decisión”.<sup>1148</sup> Hasta aquí podría compartirse su postura, si no fuera porque estas premisas lo conducen a comparar reglas en lugar de comparar hechos, algo que no se compece con el concepto mismo del precedente (al menos no con el que aquí se acoge).

En efecto, para BUSTAMANTE, en el razonamiento con precedentes lo que se debe “**buscar no es la ‘similitud de hechos’ sino la ‘similitud de reglas’**”<sup>1149</sup>; reglas que, a su vez, están vinculadas a principios jurídicos, a diferencia de los hechos.<sup>1150</sup> También este punto merece reparos en la medida en que, como se demostrará en esta investigación, la *ratio decidendi* siempre incorpora los hechos materiales del caso que dieron lugar a la misma, de manera que siempre habrá una búsqueda de similitud entre los hechos. Esto no significa que con los hechos se agote el razonamiento, pues por sí solos no dan cuenta de la razón de la decisión. Además de la búsqueda de la similitud de los hechos, deberá buscarse el principio o criterio jurídico que permitirá identificar la “materialidad” de los hechos y, por tanto, la “similitud” entre los hechos materiales de los casos. Entonces, contrario a BUSTAMANTE, el análisis analógico versará sobre unos y otros.

4.- Esta conclusión de BUSTAMANTE está ligada con un concepto de *precedente* que difiere del aquí sostenido. Con MACCORMICK, aquel entiende que es en la justificación de las decisiones que los jueces crean el precedente<sup>1151</sup>, definiéndolo como la regla que está contenida en la premisa mayor del silogismo que justifica formalmente la decisión jurídica.<sup>1152</sup> Entonces, aunque es cierto que de un precedente judicial puede

---

<sup>1148</sup> *Ibidem*, p. 69. (Traducción libre)

<sup>1149</sup> BUSTAMANTE, ‘La Función de la Analogía...’, *Op. Cit.*, pp. 138-139. (Negrilla fuera de texto)

<sup>1150</sup> *Ibidem*, p. 139.

<sup>1151</sup> BUSTAMANTE, ‘Principles, Precedents...’, *Op. Cit.*, p. 67. (Traducción libre)

<sup>1152</sup> *Ibidem*, p. 67. (Traducción libre)



extraerse “un sinnúmero de reglas”<sup>1153</sup>, no es la parte motiva de la decisión la que contiene la teoría justificativa que vale como precedente judicial<sup>1154</sup>.

5.- Este concepto del precedente es el que lleva a BUSTAMANTE a reducir su rol e importancia, al punto de alegar que la referencia al precedente solo se justifica por el grado superior de certeza y determinación de las normas individuales<sup>1155</sup> y porque son “un punto de partida decisivo para la aplicación universal e imparcial de los principios legales.”<sup>1156</sup> Lo anterior pasa por alto el valor normativo de los precedentes, y podría suscitar dudas acerca de la relevancia del precedente en asuntos distintos a los constitucionales, donde tal vez no existe un grado de ‘indeterminación’ de principios<sup>1157</sup> que deba ser compensada acudiendo al precedente.

6.- Aunque puede aceptarse, con ALEXY, que de la colisión de principios se puede producir una regla que contenga en su hipótesis la descripción de los hechos del caso y en sus consecuencias la conducta requerida por el principio prevalente<sup>1158</sup>, no es cierto que cada regla legal sea necesariamente el resultado de una ponderación de principios y que, por tanto, la aplicación analógica de precedentes sea un juicio sobre la similitud de las condiciones bajo las que un principio debe prevalecer sobre otro<sup>1159</sup>. No siempre hay una colisión de principios como antecedente de una regla, ni es siempre fácil determinar cuál fue el camino que siguió la corte anterior en términos de prelación de principios en juego. Aunque en efecto es posible idearse, *ex post*, una hipotética (inexistente) colisión de principios para cada caso que deba resolverse mediante ponderación, tal ejercicio intelectual –que eleva el nivel de abstracción- no

---

<sup>1153</sup> BUSTAMANTE, “La interpretación...”, p. 137.

<sup>1154</sup> *Ibidem*, p. 133.

<sup>1155</sup> BUSTAMANTE, “Principles, Precedents...”, *Op. Cit.*, p. 67. (Traducción libre)

<sup>1156</sup> *Ibidem*, p. 69. (Traducción libre)

<sup>1157</sup> *Ibidem*, p. 68. (Traducción libre)

<sup>1158</sup> ALEXY, Robert. “A Theory of Constitutional Rights (Oxford University Press: Oxford, 2002), Capítulo 3. Citado por: BUSTAMANTE, “Principles, Precedents...”, *Op. Cit.*, p. 70. (Traducción libre)

<sup>1159</sup> BUSTAMANTE, “Principles, Precedents ...”, *Op. Cit.*, p. 72. (Traducción libre)



necesariamente corresponde con las razones del legislador o el juez para la asignación de determinadas consecuencias a los factores relevantes.

7.- Asimila de manera incorrecta la estructura de aplicación de los precedentes con la *analogía legis*, que parte de la existencia de un ‘vacío’ en la ley que debe llenarse aplicando una norma que no regula el caso pero permite decidirlo en cierta manera.<sup>1160</sup> Esto no solo es erróneo, sino también innecesario, porque en todo caso el autor sugiere que en lugar de comparar los hechos, lo que procede es la comparación de reglas.<sup>1161</sup>

Existen, además, otros motivos que separan a quien escribe de esta postura, como son: la idea de que la interpretación ocurre de manera previa a la aplicación del derecho; el papel preponderante otorgado a la operación de la subsunción –que, como se dijo, no da cuenta del proceso de concreción del derecho–; la ausencia de todo análisis relativo a las posibles adaptaciones que habría que introducir al modelo si, en un caso concreto, no llegase a ocurrir una colisión de principios que requiera de la ponderación; y la negación de la analogía como una instancia de aplicación del derecho.

Algo similar ocurre con la teoría de **PERRONE**, quien analiza el papel de los precedentes en la promoción de los valores de certeza jurídica, igualdad, legitimidad y eficiencia, y su función como “filtro para la argumentación jurídica, guiando a los litigantes y jueces acerca de las cuestiones puestas a discusión o consideradas en la decisión del caso.”<sup>1162</sup> Es central en su teoría la separación entre interpretación y

---

<sup>1160</sup> *Ibidem*, pp. 70-71. (Traducción libre)

<sup>1161</sup> *Ibidem*, p. 71. (Traducción libre)

<sup>1162</sup> PERRONE CAMPOS MELLO, Patricia. “La Función de los Precedentes como un Filtro Argumentativo”, pp. 179-227. En: BERNAL, Carlos et BUSTAMANTE, Thomas, “Fundamentos Filosóficos de la Teoría del Precedente Judicial”, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho No. 71, Trad. Rodrigo Camarena González, 2015. p. 179.



aplicación del derecho, al punto que atribuye a los precedentes normativos el mérito de reducir “la actividad judicial a la concepción tradicional de que dicha actividad consiste en resolver casos, con objetividad y neutralidad, basándose en normas previamente establecidas.”<sup>1163</sup> También cuando se refiere a la práctica de distinguir el precedente, explica que lo que ocurre es que una parte cuestiona los argumentos de la otra para “aplicar cierta interpretación a su favor”.<sup>1164</sup>

Y aquella norma “previamente” establecida, que debe aplicar el juez posterior, es la *ratio decidendi* que justifica la conclusión del tribunal, es decir, “la norma que se infiere de un caso y que vincula a los tribunales inferiores.”<sup>1165</sup> Para definir dicha tesis jurídica es necesario analizar “los hechos relevantes, la justificación de la decisión, el grado de abstracción del lenguaje en la sentencia, y también, eventualmente, la interpretación que los tribunales posteriores le dieron a dicho precedente.”<sup>1166</sup>

Dado que solo los casos concretos pueden dar lugar a reglas del derecho judicial,<sup>1167</sup> todo lo dicho en una sentencia, que no sea necesario para resolver el caso –por ser, por ejemplo, formulaciones hipotéticas-, no es más que *obiter dicta*, que si bien cumple una función argumentativa, no es vinculante para los tribunales.<sup>1168</sup> Y aunque el criterio jurídico sea el único con efectos vinculantes, “la justificación subyacente en el criterio tiene una fuerza justificativa capaz de influir las decisiones en otros casos.”<sup>1169</sup> Citando en este punto a DWORKIN, explica PERRONE que la fuerza del precedente no termina en su fuerza reglamentaria -como la de los textos legislativos-, sino que “las decisiones previas tienen una fuerza gravitacional en las decisiones posteriores, aun si estas decisiones se encuentran más allá de su particular órbita. [...]. En el

---

<sup>1163</sup> *Ibidem*, p. 183. (Se subraya)

<sup>1164</sup> *Ibidem*, p. 195. (Se subraya)

<sup>1165</sup> *Ibidem*, p. 183.

<sup>1166</sup> *Ibidem*, p. 192.

<sup>1167</sup> *Ibidem*, p. 190.

<sup>1168</sup> *Idem*.

<sup>1169</sup> *Ibidem* p. 196.



litigio, a diferencia de lo que ocurre en el ajedrez, el argumento para justificar una regla puede ser más importante que el argumento que surge de dicha regla para el caso en particular”<sup>1170</sup>.

Pues bien, una vez establecida la norma en el precedente, su aplicación a un nuevo caso por resolver depende del contraste entre los elementos esenciales de uno y otro caso, a saber: los hechos relevantes, los valores en disputa, las cuestiones jurídicas por resolver, la justificación de la decisión anterior, y la identidad entre las controversias, para definir si la nueva “debe ser resuelta conforme al precedente. La aplicación del precedente a nuevos casos servirá para confirmar el criterio jurídico y para señalar su alcance, acrecentando la fuerza del precedente y su nivel de determinación.”<sup>1171</sup>

Pese a lo anterior, **en ocasiones se revoca un precedente** bien por el reconocimiento de que la interpretación siempre fue equivocada; bien porque la decisión es inaplicable (por inoperante, oscura o porque la arbitrariedad de algunos jueces la ha debilitado); bien porque la evolución cultural, política, social, económica o tecnológica ha tornado injusta la doctrina; o por “la obsolescencia de dicha decisión debido a la evolución de los principios jurídicos”.<sup>1172</sup> **Y es en estas situaciones que entra a jugar la ponderación...**

En estas tres situaciones [...] los argumentos y beneficios que justifican una modificación de una interpretación deben ser ponderados junto con otras razones y cargas que justifican no revocar el precedente. Si los argumentos de certeza jurídica y/o igualdad sugieren no revocar el precedente, el tribunal puede optar por una forma intermedia (sic) de decisión, como una técnica para optimizar la eficacia de decisión, como una

---

<sup>1170</sup> DWORKIN, Ronald. “Taking Rights Seriously”, Harvard University Press, Cambridge, MA, 1977, pp. 111-112. Citado por: PERRONE, *Op. Cit.* pp. 196-196.

<sup>1171</sup> PERRONE, *Op. Cit.*, p. 193.

<sup>1172</sup> *Ibidem*, pp. 203-204.





técnica para optimizar la eficacia de todos los valores y minimizar el sacrificio de cada uno de ellos.

Una forma intermedia de decisión es la revocación prospectiva del precedente, a través de la cual, a pesar de la aplicación del antiguo precedente al caso en particular, el tribunal anuncia que ya no será aplicable de ese día en adelante o a partir de una fecha cierta señalada en la resolución. Otra forma intermedia de decisión consiste en la técnica del cuestionamiento (*signaling*), mediante la cual el tribunal vinculante aplica el precedente a un nuevo caso, pero expresa a la comunidad jurídica su intención de cambiarlo, lo que descarta, gracias a dicho cuestionamiento, la creencia justificada, gracias en la aplicación del precedente, y abre las posibilidades para una futura revocación.<sup>1173</sup>

Resulta interesante la relación de elementos que, para PERRONE, juegan en la aplicación del precedente (v.g. los hechos relevantes, los valores en disputa, las cuestiones jurídicas por resolver, la justificación de la decisión anterior, y la identidad entre las controversias<sup>1174</sup>). No obstante, la separación tajante (y ficticia) entre los momentos de interpretación y aplicación de la norma del precedente, la postura conceptual o interpretativa del precedente que ella defiende (al punto que reduce la práctica de distinción al cuestionamiento de los argumentos de la otra parte para “aplicar cierta interpretación a su favor”<sup>1175</sup>) y la escasa importancia dada a los hechos en PERRONE impide tomar, sin más, esta postura como adecuada para los fines de este trabajo.

#### 4. El precedente vinculado al principio de universalidad

KANT distingue los principios prácticos –esto es, las “proposiciones que contienen una determinación universal de la voluntad subsumiendo bajo ella diversas reglas

---

<sup>1173</sup> *Ibidem*, pp. 205-206.

<sup>1174</sup> *Ibidem*, p. 193.

<sup>1175</sup> *Ibidem*, p. 195. (Se subraya)



prácticas”<sup>1176</sup>– de la siguiente manera: (i) principios subjetivos o *máximas*, cuando la condición solo es válida para la voluntad del sujeto en cuestión; y (ii) leyes prácticas, cuando la condición es reconocida como tal objetivamente, es decir, para cualquier ente racional.<sup>1177</sup> Los primeros constituirían imperativos hipotéticos y albergarían simples prescripciones de la habilidad; en cambio, los segundos serían categóricos y los únicos que supondrían leyes prácticas”<sup>1178</sup>.

Con base en esta distinción, KANT formula la ley básica de la razón pura práctica con la siguiente regla práctica incondicionada: “Obra de tal modo que la máxima de tu voluntad siempre pueda valer al mismo tiempo como principio de una legislación universal”<sup>1179</sup>. Se trata de un principio *apodíctico*-práctico o un *imperativo categórico* (que no *imperativo hipotético*), puesto que no se concibe la necesidad de una acción como medio para conseguir algo deseado o deseable, sino que representa “una acción como objetivamente necesaria por sí misma, sin referencia a ningún otro fin”<sup>1180</sup>. KANT propone como ejemplo el caso de la falsa promesa para salir de un aprieto, donde la cuestión acerca de si ella resulta conforme al deber se resuelve preguntándose a sí mismo si esa máxima (librarse de un apuro mediante a una promesa ficticia) debiera valer como una ley universal tanto para mí como para los demás. Con ello, descarta una ley universal del mentir...

(...) pues con arreglo a una ley tal no se daría propiamente ninguna promesa, porque resultaría ocioso fingir mi voluntad con respecto a mis futuras acciones ante otros, pues éstos no creerían ese simulacro o, si por precipitación lo hicieran, me pagarían con la

---

<sup>1176</sup> KANT, Immanuel. “Crítica de la razón práctica”, Filosofía Alianza Editorial, Trad. Roberto R. Aramayo. Original de 1788. p. 77.

<sup>1177</sup> Idem.

<sup>1178</sup> Ibídem, p. 79.

<sup>1179</sup> Ibídem, p. 97.

<sup>1180</sup> KANT, Immanuel. “Fundamentación para una metafísica de las costumbres”, Trad. Roberto Rodríguez Aramayo. Madrid: Ed. Filosofía Alianza Editorial, 2002. (Original de 1785), p. 94.



misma moneda, con lo cual mi máxima, tan pronto como se convirtiera en ley universal, tendría que autodestruirse.<sup>1181</sup>

El principio de moralidad consiste en independizar la ley del objeto deseado para, en cambio, determinar el albedrío únicamente por la forma legisladora universal, que es lo que constituye la *autonomía* de la voluntad a que se refiere KANT<sup>1182</sup>. A diferencia de las reglas de habilidad o los consejos de la prudencia, solo la *ley* (de la moralidad) tiene validez universal, pues “conlleva el concepto de una objetiva *necesidad incondicionada*”<sup>1183</sup> que debe obedecerse aún en contra de la inclinación individual, sin dejar ningún margen de discrecionalidad para separarse de ella<sup>1184</sup>. Y solo el imperativo categórico se expresa como una *ley* práctica, siendo los demás apenas *principios* de la voluntad<sup>1185</sup>.

Además, si la universalidad de la ley constituye aquello llamado *naturaleza* en sentido lato, “entonces el imperativo universal del deber podría rezar también así: *obra como si la máxima de tu acción pudiera convertirse por tu voluntad en una ley universal de la naturaleza.*”<sup>1186</sup> Así, no podrían valer como ley universal de la naturaleza ni concordar consigo máximas basadas en el egoísmo, como aquella que conduzca al suicidio de quien se encuentra sumido en la desesperación<sup>1187</sup>, o aquella que permita pedir dinero a crédito y prometa su devolución sabiendo que nunca lo devolverá. Tales máximas se contradirían necesariamente<sup>1188</sup>. Y tampoco sería admisible una máxima según la cual al que le va bien no debe ayudar a quienes podría ayudar y que luchan

---

<sup>1181</sup> *Ibidem*, pp. 77-78.

<sup>1182</sup> KANT, “Crítica...”, *Op. Cit.*, pp. 101.

<sup>1183</sup> KANT, “Fundamentación...”, *Op. Cit.*, p. 97.

<sup>1184</sup> *Ibidem*, p. 103.

<sup>1185</sup> *Ibidem*, p. 102.

<sup>1186</sup> *Ibidem*, p. 104.

<sup>1187</sup> *Ibidem*, p. 105.

<sup>1188</sup> *Ibidem*, p. 106.



con muchas dificultades<sup>1189</sup>, porque es imposible *querer* que tal principio pueda valer como ley universal.<sup>1190</sup>

La teoría de KANT ha sido empleada, entonces, para explicar la necesidad y el recurso al precedente judicial, al menos desde tres perspectivas:

#### 4.1 *Vertiente retórica: El precedente fundado en la aspiración de universalidad propia de la argumentación racional y el principio de inercia (nueva retórica de PERELMAN y OLBRECHTS-TYTECA)*

Chaim PERELMAN y L. OLBRECHTS-TYTECA presentaron en 1958 su obra "*La nouvelle rhétorique. Traité de l'argumentation*", apoyándose en la tradición de la antigua retórica de Aristóteles, Cicerón y Quintiliano<sup>1191</sup>. La obra cuestiona la idoneidad del criterio lógico de validez formal para evaluar los argumentos en lenguaje cotidiano<sup>1192</sup> y abre la puerta al renacimiento de la retórica, que había florecido "en la Grecia de la Ilustración, pero que había decaído y aun adquirido una connotación peyorativa a lo largo de la Edad Media, desprestigio sólo transitoriamente interrumpido en el Renacimiento."<sup>1193</sup>

La solidez de la argumentación depende de la elección correcta que haga el argumentador de los distintos esquemas de argumentación para ganar la aprobación de la audiencia<sup>1194</sup>. Pero aunque PERELMAN describe las técnicas argumentativas potencialmente exitosas en la tarea de buscar esa aprobación de la audiencia<sup>1195</sup>, "no

---

<sup>1189</sup> *Ibidem*, p. 107.

<sup>1190</sup> *Idem*.

<sup>1191</sup> ALEXY, Robert. "Teoría de la Argumentación Jurídica" (Trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo), Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 157.

<sup>1192</sup> FETERIS, *Op. Cit.*, p. 91.

<sup>1193</sup> VILLAR BORDA, Luis. "Presentación". pp. 13-15. *En*: FETERIS, *Op. Cit.* p. 14

<sup>1194</sup> FETERIS, *Op. Cit.* p. 95.

<sup>1195</sup> *Ibidem*, p. 105.



aclara cómo usar efectivamente una técnica argumentativa específica.”<sup>1196</sup>. Esta forma de justificar la decisión dependerá de la concepción (teleológica, funcional, etc.) que tenga el juez acerca del derecho.<sup>1197</sup> El argumentador podrá utilizar la argumentación por disociación (que introduce elementos de división en un concepto que la audiencia consideraba como una entidad única) o por asociación (que relaciona elementos que previamente se consideraban como entidades independientes)<sup>1198</sup>. En esta segunda categoría caben tres formas de relaciones: (i) las cuasi-lógicas, entre las que se incluye “la referencia a la regla de justificación de que todos los casos similares se deben tratar de manera similar”<sup>1199</sup>; (ii) las basadas en la estructura de la realidad, en la que se justifica conectando una tesis con ciertas opiniones que tiene la audiencia de la realidad<sup>1200</sup>; y (iii) las relaciones que establecen la estructura de la realidad, como ocurre con la argumentación basada en el ejemplo, ilustración o modelo, así como “la argumentación basada en la analogía...”.<sup>1201</sup>

Quien se dirige al ‘auditorio universal’ parte de la base de que todos, si conocieran y comprendieran sus argumentos, compartirían sus tesis<sup>1202</sup>, de manera que el acuerdo del auditorio universal equivale al acuerdo de todos los seres racionales.<sup>1203</sup> “[E]l concepto de auditorio universal está ligado a una de las ideas habermasianas que se corresponde con la exigencia de generalizabilidad. Quien quiere convencer a todos sólo puede proponer normas que pueda aceptar cualquiera.”<sup>1204</sup> Entonces, quien busca el acuerdo del auditorio particular trata de persuadir con argumentos eficaces

---

<sup>1196</sup> *Ibidem*, p. 106.

<sup>1197</sup> *Ibidem* p. 100.

<sup>1198</sup> *Ibidem* p. 94.

<sup>1199</sup> *Idem*.

<sup>1200</sup> *Idem*.

<sup>1201</sup> *Ibidem*, p. 95.

<sup>1202</sup> ALEXY, Robert. “Teoría...”, *Op. Cit.*, p. 161.

<sup>1203</sup> *Ibidem*, p. 162.

<sup>1204</sup> *Ibidem*, p. 169, citando a: Ch. Perelman/L. Olbrechts-Tyteca, *La nouvelle rhétorique. Traité de l'argumentation*, 2 vols., Paris, 1958, 2ª ed, sin modificaciones, Bruselas, 1970. p. 158.



y racionales; quien busca el acuerdo del auditorio universal trata de convencer con argumentos válidos.<sup>1205</sup>

Siguiendo el imperativo categórico de KANT, PERELMAN plantea la siguiente exigencia: **“Debes comportarte como si fueras un juez cuya ratio decidendi deba proporcionar un principio válido *para todos los hombres*.”**<sup>1206</sup> Y en lo que se refiere a la universalidad, señala que “un juicio de valor o de deber sólo puede considerarse como fundamento racionalmente si todos pueden concordar con él.”<sup>1207</sup> Aun cuando no sea posible asegurar la universalidad, esta aspiración es lo que, en PERELMAN, caracteriza la argumentación racional.<sup>1208</sup>

La aspiración de universalidad, unido al principio perelmaniano de *inercia (inertie)* explica el recurso al precedente. Según este principio, una idea que haya sido aceptada una vez no puede ser rechazada, salvo que exista un motivo suficiente para ello. Esto limita la exigencia de la argumentación<sup>1209</sup>, pues conduce a la siguiente regla de carga de la argumentación: “la apelación a una praxis existente no requiere ninguna justificación, ‘sólo el cambio exige justificación’”.<sup>1210</sup> Entonces, solo cuando exista motivo de duda, será necesaria la justificación, aunque PERELMAN no explica cuándo hay que dudar, asunto que deja “a la racionalidad de quienes discuten”.<sup>1211</sup>

El modelo de PERELMAN, la nueva retórica, es entonces deliberativo, argumentativo y discursivo, por oposición a un modelo de razonamiento demostrativo, como el lógico-

---

<sup>1205</sup> *Ibidem*, pp. 161 y 164.

<sup>1206</sup> PERELMAN, *Fünf Vorlesungen über die Gerechtigkeit*, p. 154, citado por: ALEXY, “Teoría...”, *Op. Cit.*, p. 162. (Negrilla fuera de texto)

<sup>1207</sup> ALEXY, “Teoría...”, *Op. Cit.*, p. 163.

<sup>1208</sup> PERELMAN, *Fünf Vorlesungen über die Gerechtigkeit*, p. 160. Citado por: ALEXY, “Teoría...”, *Op. Cit.*, p. 170.

<sup>1209</sup> ALEXY, “Teoría...”, *Op. Cit.*, pp. 170- 171.

<sup>1210</sup> PERELMAN, *Fünf Vorlesungen über die Gerechtigkeit*, p. 92. Citado por: ALEXY, “Teoría...”, *Op. Cit.*, p. 170.

<sup>1211</sup> ALEXY, “Teoría...”, *Op. Cit.*, p. 171.



formal. El razonamiento práctico está determinado por la idea de *lo razonable*<sup>1212</sup>, en tanto el razonamiento no se apoya en la lógica deductiva o inductiva, pero no es arbitrario porque está sometido a un control no formal, cual es la aceptación del auditorio al que se dirige la justificación (aspecto contextual de la teoría de la argumentación de PERELMAN)<sup>1213</sup>. En este modelo, la autoridad tiene un carácter argumentativo<sup>1214</sup> “y como argumento está sometido, al igual que otros argumentos, a un proceso de evaluación y deliberación sobre su corrección.”<sup>1215</sup>

Los fundamentos filosóficos de la teoría de PERELMAN son valiosos y aplicables al contexto colombiano, aunque ella tiene algunas debilidades desde lo práctico o metodológico. Tal es el caso del postulado de que solo cuando exista motivo de duda será necesaria la justificación, lo cual resulta en exceso problemático, en especial porque PERELMAN no explica cuándo hay que dudar, asunto que deja “a la racionalidad de quienes discuten”<sup>1216</sup>. A ello se suma “la oscuridad del concepto de auditorio universal y la renuncia a los instrumentos analíticos modernos en el análisis de la estructura de la argumentación”.<sup>1217</sup> Más aún, como toda argumentación ocurre en un contexto histórico y social, la sola idea de que el orador ante el auditorio universal intenta llegar a una tesis a la que todos puedan asentir resulta insuficiente, pues PERELMAN no “proporciona ninguna vía que conduzca con seguridad a un consenso fundamentado. Por el contrario, el encuadre de la argumentación en un contexto socio-histórico significa más bien que el orador con frecuencia no puede llegar a ningún acuerdo”.<sup>1218</sup>

---

<sup>1212</sup> MORAL, *Op. Cit.*, pp. 26 y 46.

<sup>1213</sup> *Ibidem*, pp. 48-49.

<sup>1214</sup> *Ibidem*, pp. 26 y 46.

<sup>1215</sup> *Ibidem*, p. 26.

<sup>1216</sup> ALEXY, “Teoría...”, *Op. Cit.*, p. 171.

<sup>1217</sup> *Idem*.

<sup>1218</sup> *Ibidem*, pp. 169-170.



Además de lo anterior, según MORAL SORIANO, la introducción de la idea de autoridad (el juez) en el razonamiento jurídico, con el fin de garantizar la seguridad jurídica, distorsiona el razonamiento retórico porque el orador ahora tiene la autoridad de decidir e imponer su decisión. Lo anterior significa que el criterio de corrección del discurso jurídico no es exclusivamente el de su razonabilidad, sino que la seguridad jurídica interviene para reducir el aspecto retórico de este tipo de razonamiento.<sup>1219</sup> Por ello, en cuanto al precedente –basado en el tipo de argumento *ad exemplo*, que consiste en la formulación de una regla mediante la generalización de un caso particular<sup>1220</sup>. PERELMAN propone el uso argumentativo de las decisiones judiciales, de tal manera que la fuerza de la decisión judicial en el razonamiento dependerá su relación con el resto de argumentos.<sup>1221</sup>

#### 4.2 *Vertiente lógica: Teoría de las transformaciones de la ley y dentro de la ley (PECZENIK)*

El polaco PECZENIK, en su obra *The Basis of Legal Justification* (1983), desarrolla la teoría de las transformaciones de la ley y explica cómo hacer una justificación profunda de la argumentación jurídica.<sup>1222</sup> Si bien el juez muchas veces decide aplicando una norma legal a los hechos de un caso concreto, para extraer una explicación legal, en los *casos difíciles* no existe una regla generalmente aceptada que justifique pasar de los hechos a la decisión, de manera que hay que interpretar la norma legal o incluso crearla.<sup>1223</sup> Así, en casos difíciles la decisión no se sigue deductivamente de las premisas, sino que “se da un salto de los hechos (p) a la decisión (q)”<sup>1224</sup>, para lo cual el juez debe transformar la norma legal al interpretarla

---

<sup>1219</sup> MORAL, *Op. Cit.*, pp. 53, 55, 58.

<sup>1220</sup> *Ibidem*, p. 47.

<sup>1221</sup> *Ibidem*, p. 43.

<sup>1222</sup> FETERIS, *Op. Cit.*, p. 213.

<sup>1223</sup> *Ibidem*, p. 214.

<sup>1224</sup> *Ibidem*, pp. 214-215.





[modificándola] o crearla [añadiendo una premisa].<sup>1225</sup> Se trata de cambiar la premisa general o añadir algunas premisas para completar el argumento y para que sea deductivamente válido<sup>1226</sup>. “De acuerdo con PECZENIK, se realiza una transformación si el paso de la norma legal y la descripción de los hechos ha llegado a ser deductivamente válido sólo al añadir una premisa que no es generalmente aceptada”.<sup>1227</sup> PECZENIK propone como ejemplo un argumento del siguiente tipo:

Premisa 1: f

Premisa 2: si g, entonces q

Conclusión: q

Para que se trate de una argumentación deductivamente válida, se debe transformar el argumento añadiendo la premisa 3 “si f, entonces q”.<sup>1228</sup> Existe una *transformación de la ley* cuando se extrae de los hechos y valores sociales la conclusión de que un sistema de reglas es un sistema jurídico que debe observarse. Estas transformaciones permiten justificar una decisión jurídica en un caso difícil, en el que la decisión no se sigue deductivamente de una descripción fáctica y de una norma jurídica relevante.<sup>1229</sup>

Por otro lado hay *transformaciones dentro de la ley* cuando se establece qué normas se pueden usar cuando se toma una decisión jurídica (i), se decide el contenido de esas normas (ii) y su forma de aplicación a un caso concreto (iii)<sup>1230</sup>. El primer tipo, llamado ‘transformación de la fuente’, consiste en el paso de fuentes primarias –a las que les aplica el *deber ser* legal mediante un proceso de razonamiento que no involucra otras fuentes- a las secundarias –aquellas a las que solo se las puede

---

<sup>1225</sup> *Ibidem*, p. 215.

<sup>1226</sup> *Ibidem*, p. 216.

<sup>1227</sup> *Ibidem*, p. 215.

<sup>1228</sup> *Ibidem*, p. 217.

<sup>1229</sup> *Ibidem*, p. 239.

<sup>1230</sup> *Ibidem*, p. 219.



identificar y atribuir un *deber ser* legal mediante un razonamiento que involucre a otras fuentes.<sup>1231</sup> El segundo tipo, llamado ‘transformación de la norma general’, gira en torno del significado exacto de una norma general que se toma de una fuente legal, para lo cual se puede transformar la ley eliminando sus inconsistencias o adaptando las fuentes jurídicas a ciertos juicios morales de valor.<sup>1232</sup> Por último, la ‘transformación de la norma individual’ o ‘**transformación de la decisión**’, tiene una norma jurídica como premisa y resulta en una sentencia legal concreta<sup>1233</sup>. PECZENIK distingue cuatro transformaciones de la decisión:

- (a) “Interpretación precisa y subsunción”: dada la vaguedad de los términos usados en la transformación de la norma, se debe formular una premisa adicional para poder decidir si una circunstancia puede subsumirse o no en el caso de la transformación.<sup>1234</sup>
- (b) “Reducción y eliminación”, con lo cual se añade alguna característica a la norma de modo que ella no sea aplicable al caso concreto. “La reducción reduce el área de aplicación de la norma”,<sup>1235</sup> mientras que la eliminación la suprime de manera definitiva del ordenamiento jurídico<sup>1236</sup>.
- (c) “Creación de una nueva norma más general”, para reemplazar una norma eliminada o extender el alcance de una norma existente, lo cual puede lograrse mediante la analogía estatutaria, *argumentum a contrario* y *argumentum a fortiori*.<sup>1237</sup>

---

<sup>1231</sup> *Ibidem*, p. 223.

<sup>1232</sup> *Ibidem*, p. 226.

<sup>1233</sup> *Ibidem*, p. 227.

<sup>1234</sup> *Idem*.

<sup>1235</sup> *Ibidem*, p. 229.

<sup>1236</sup> *Idem*.

<sup>1237</sup> *Idem*.



- (d) “Solución de una ‘colisión’”, para lo cual se requiere justificar la fórmula de preferencia de un principio sobre otro y, de ser necesario, se debe complementar con premisas que garanticen la inferencia de la conclusión a partir de las premisas dadas. Un ejemplo es la regla que prescribe la jerarquía de las fuentes, o la regla según la cual la ley posterior deroga la anterior.<sup>1238</sup> Una de las *reglas de colisión* en la ley sueca es la siguiente: “[C10] Si no es posible reconciliar los diferentes precedentes, se debe determinar cuáles son los más importantes.”<sup>1239</sup>

Para poder tomar como puntos de partida de la argumentación jurídica aquellos tácitamente aceptados por la comunidad jurídica (las fuentes del derecho, las reglas de construcción, las reglas de interpretación y las reglas de argumentación generalmente aceptadas), se debe defender la elección de estos puntos de partida con una *justificación profunda*.<sup>1240</sup> Y, para ello, la justificación debe cumplir los requisitos generales de racionalidad: el requisito de consistencia lógica, el requisito de respaldo y el requisito de universalidad.<sup>1241</sup>

La racionalidad lógica (L) implica que la conclusión de un argumento se sigue de un conjunto de premisas consistentes y lingüísticamente correctas; la racionalidad de soporte (S) supone derivar una conclusión lógicamente de un conjunto de premisas coherentes<sup>1242</sup>, de manera que “[u]na argumentación sólida consiste en un conjunto coherente de argumentos que sirven de *respaldo* y que se pueden *universalizar*. Un argumento (p) constituye un *respaldo* de una decisión (conclusión) si la decisión se sigue lógicamente de un conjunto de premisas no arbitrarias en el que p ocurre”<sup>1243</sup>;

---

<sup>1238</sup> *Ibidem*, p. 231.

<sup>1239</sup> *Ibidem*, p. 232.

<sup>1240</sup> *Ibidem*, p. 233.

<sup>1241</sup> *Ibidem*, p. 236.

<sup>1242</sup> *Ibidem*, p. 233.

<sup>1243</sup> *Ibidem*, p. 234.



y racionalidad discursiva (D) “implica que la argumentación cumple los requisitos de una discusión racional” <sup>1244</sup>.

Pero estos son los requisitos necesarios, no suficientes, de la racionalidad jurídica, puesto que las condiciones suficientes dependen de los campos de argumentación. <sup>1245</sup> La *forma de vida* es lo que determina qué es lo que las personas consideran aceptable, y aquella está constituida por un conjunto de puntos de partida aceptados que conforman la *ideología jurídica*. <sup>1246</sup>

Según PECZENIK, todas las elecciones que se hacen para construir e interpretar normas jurídicas, y que corresponden a las transformaciones para justificar decisiones jurídicas, deben hacerse explícitas describiendo las transformaciones realizadas <sup>1247</sup>, lo cual permite determinar si cumple las normas de racionalidad <sup>1248</sup>, es decir, si satisface los requisitos de *racionalidad lógica*, *racionalidad de respaldo* y *racionalidad discursiva*, pero además, que “los puntos de partida y las reglas de argumentación deben ser coherentes con la *ideología jurídica*, la suma total de los puntos de partida tácitamente aceptados en una comunidad jurídica”. <sup>1249</sup>

Con PECZENIK puede afirmarse que, en efecto, se requieren *transformaciones dentro de la ley* para la solución de casos concretos, las cuales deben hacerse explícitas, incluida la transformación de la decisión; así como la introducción del requisito de universalidad <sup>1250</sup> como uno de los requisitos para lograr la racionalidad discursiva (D) <sup>1251</sup> y, con ella, una *justificación profunda*. <sup>1252</sup>

---

<sup>1244</sup> Ibídem, p. 234.

<sup>1245</sup> Ibídem, p. 236.

<sup>1246</sup> Ibídem, p. 237.

<sup>1247</sup> Ibídem, p. 239.

<sup>1248</sup> Idem.

<sup>1249</sup> Ibídem, p. 243.

<sup>1250</sup> Ibídem, p. 236.

<sup>1251</sup> Ibídem, p. 234.

<sup>1252</sup> Ibídem, p. 233.



También resulta útil su descripción de las transformaciones de la decisión, que incluye las operaciones de reducción y eliminación<sup>1253</sup>, la de crear una norma más general (e.g. *analogía estatutaria*)<sup>1254</sup> y la introducción de la fórmula de preferencia de principios en casos de colisión “de ser necesario”.<sup>1255</sup> Pero no la “interpretación precisa y subsunción” como forma de transformación de la decisión, porque ni siquiera los *casos fáciles* pueden decidirse mediante subsunción, por los motivos ya expuestos (Sección 2.2 del Capítulo I, Título I de la PARTE I).

Por ello, no puede reducirse el razonamiento jurídico a un proceso lógico-deductivo en *casos difíciles*, por lo que resulta artificial (e innecesario) el proceso de transformación de la ley que propone el autor, esto es, la interpretación o creación de la regla para introducir una premisa (que no es generalmente aceptada) de manera que el salto de los hechos a la decisión sea “deductivamente válido”<sup>1256</sup>. Además, como lo anota FETERIS, PECZENIK no explica de manera satisfactoria por qué las normas que se construyen en una justificación jurídica no se pueden formular como normas generales, ni “por qué en relación con la justificación profunda PECZENIK argumenta que la argumentación jurídica debe ser potencialmente universal, mientras que no menciona este requisito para la transformación dentro de la ley.”<sup>1257</sup>

---

<sup>1253</sup> *Ibidem*, p. 229.

<sup>1254</sup> *Idem*.

<sup>1255</sup> *Ibidem*, p. 232.

<sup>1256</sup> *Ibidem*, pp. 214 y 216.

<sup>1257</sup> *Ibidem*, p. 242.



4.3 *Entre lógica, retórica y filosofía: la 'argumentación jurídica' como un tipo de discurso práctico, entre cuyas condiciones limitadoras se encuentra el precedente (GASCÓN, ALEXY, AARNIO y MACCORMICK)*

GASCÓN reconoce que el concepto de *precedente judicial* es polisémico, pero se adscribe a su concepción *stricto sensu*, entendiéndolo como “el *criterio jurídico, principio o fundamento* que justifica una decisión que es utilizado como una fuente jurídica para resolver casos futuros.”<sup>1258</sup> Y rechaza la idea de que en sistemas de *civil law* los jueces están vinculados a la ley y no al precedente.<sup>1259</sup>

Para GASCÓN, “el auto-precedente no es, en sentido estricto, *un instrumento para salvaguardar de la igualdad, la certeza y estabilidad jurídica, sino una garantía contra la arbitrariedad*. Dicho en otras palabras, el precedente es esencialmente una *regla de racionalidad* y, por ello, una *regla de argumentación jurídica*. (...)”<sup>1260</sup>. Así, mientras que “el precedente vertical indica *cual es el criterio* para resolver un caso previo: precisamente el mismo que ya fue utilizado en el caso previo. La regla del auto-precedente funciona simplemente como un control racional para resolver el caso, *obligando a la corte a adoptar un criterio universalizable pero sin establecer cuál criterio debe ser*.”<sup>1261</sup>

Pero que el juez no esté fatalmente vinculado por el auto-precedente no significa que pueda apartarse libremente del mismo. Por el contrario, tiene la “carga de la argumentación”<sup>1262</sup>. Así, no basta con explicar las razones nuevas para decidir de cierta manera, sino que tendrá que aportar una “justificación complementaria” de las razones para separarse del criterio contenido en la sentencia anterior. Y esta

<sup>1258</sup> GASCÓN, *Op. Cit.*, pp. 67-68.

<sup>1259</sup> *Ibidem*, pp. 71-72.

<sup>1260</sup> *Ibidem*, p. 75.

<sup>1261</sup> *Ibidem*, p. 81.

<sup>1262</sup> *Ibidem*, p. 83.



justificación, por supuesto, tendrá que sustentarse en el principio de universalidad, pues tendrá que “demostrar que el nuevo criterio, el cual se considera correcto (o al menos más correcto que el interior), podría ser aplicado consistentemente en el futuro.”<sup>1263</sup> Así las cosas, el juez deberá adherirse a los precedentes o justificar su revocación con el fin de evitar decisiones arbitrarias.<sup>1264</sup>

Por ello, considera que “la regla del auto-precedente es una regla para la argumentación que materializa el principio [kantiano] de universalidad en el discurso jurídico”<sup>1265</sup>, tesis que también han defendido algunos de los principales representantes de la teoría de la argumentación jurídica, como ALEXY, AARNIO y MACCORMICK. Este principio ético conlleva a que “debamos actuar en apego a un criterio que, considerado como correcto, estaríamos dispuestos a aplicar en cualquier caso similar en el futuro”<sup>1266</sup>, de manera que solo la decisión universalizable es moralmente aceptable<sup>1267</sup>. En términos jurídicos, el principio de universalidad exige que “cuando los jueces y tribunales deciden casos, ellos deben tomar decisiones que estén dispuestos a aplicar en casos futuros análogos”<sup>1268</sup> y “los tribunales inferiores actuarían correctamente si siguen el precedente del tribunal superior. El tribunal superior actuaría correctamente si sigue la regla del auto-precedente.”<sup>1269</sup>

Sin embargo, reconoce que la aplicación de la regla del auto-precedente tiene importantes deficiencias, a saber: (a) La posibilidad de que el juez utilice de manera inadecuada la técnica de distinción (*distinguishing*) para evadir el cumplimiento de la regla que debería acatar, sosteniendo de manera simulada “que los casos no son

---

<sup>1263</sup> *Ibidem*, p. 84.

<sup>1264</sup> *Ibidem*, p. 86.

<sup>1265</sup> *Ibidem*, p. 78.

<sup>1266</sup> *Ibidem*, p. 76.

<sup>1267</sup> *Ibidem*, p. 77.

<sup>1268</sup> *Ibidem*, pp. 76- 77.

<sup>1269</sup> *Ibidem*, p. 78.



similares en una medida relevante”<sup>1270</sup> –aunque supone que esta práctica puede evitarse a través de la exigencia de una suficiente y adecuada motivación de las decisiones<sup>1271</sup>–; y (b) la renuencia de algunos tribunales, principalmente los de mayor jerarquía, a aplicar el auto-precedente, por ser una regla de racionalidad.<sup>1272</sup>

Son valiosos los aportes de GASCÓN en torno del auto-precedente como regla de racionalidad y, en especial, como “garantía contra la arbitrariedad”<sup>1273</sup>. Se trata, entonces, de un control racional para resolver el caso, que obliga al juez “a adoptar un criterio universalizable pero sin establecer cuál criterio debe ser”<sup>1274</sup>, criterio que estaría dispuesto a aplicar a futuros casos análogos<sup>1275</sup>. Esta exigencia aparece no solo al dictar la regla con valor de precedente y seguirla<sup>1276</sup>, sino también (y tal vez con mayor fuerza) al apartarse de la misma, puesto que para evitar la arbitrariedad, el juez deberá adherir a los precedentes o tendrá que justificar su revocación<sup>1277</sup> con base en el principio de universalidad.<sup>1278</sup> Así las cosas, tendrá que “demostrar que el nuevo criterio, el cual se considera correcto (o al menos más correcto que el anterior), podría ser aplicado consistentemente en el futuro.”<sup>1279</sup> Se coincide, además, con la premisa de que solo la decisión universalizable es moralmente aceptable<sup>1280</sup>, aunque debe aclararse que dicha aceptabilidad no es condición de validez ni de existencia del derecho.

Sin embargo, merece reproche esta aproximación dado que: (i) la sola exigencia de aportar buenas razones para separarse de la sentencia anterior y dictar un nuevo

---

<sup>1270</sup> *Ibidem*, pp. 98-99.

<sup>1271</sup> *Ibidem*, p. 99.

<sup>1272</sup> *Idem*.

<sup>1273</sup> *Ibidem*, p. 75.

<sup>1274</sup> *Ibidem*, p. 81.

<sup>1275</sup> *Ibidem*, pp. 76- 77.

<sup>1276</sup> *Ibidem*, p. 81.

<sup>1277</sup> *Ibidem*, p. 86.

<sup>1278</sup> *Idem*.

<sup>1279</sup> *Ibidem*, p. 84.

<sup>1280</sup> *Ibidem*, p. 77.





criterio universalizable, si bien no conlleva a arbitrariedad, tampoco la excluye; y (ii) la autora deja sin resolver el problema del uso inadecuado de la técnica de distinción (*distinguishing*) para evadir el cumplimiento de la regla aplicable, pues no propone un criterio racional para verificar la similitud entre casos.

Probablemente el padre de la argumentación jurídica es **ALEXY**. Se trata, para él, de un caso *especial* de “discurso práctico”<sup>1281</sup> general y combina “ideas de la lógica, la filosofía moral analítica y la filosofía del lenguaje con las propuestas de TOULMIN, PERELMAN y HABERMAS...”.<sup>1282</sup> Para ALEXY, la argumentación jurídica se distingue del discurso práctico general porque aquella detenta las siguientes características: los elementos de vinculatoriedad<sup>1283</sup>, la pretensión de corrección (entendida como la posibilidad de fundamentar racionalmente el enunciado jurídico, “en el contexto de un ordenamiento jurídico vigente”<sup>1284</sup>) y las condiciones limitadoras<sup>1285</sup> en las que la argumentación jurídica tiene lugar. Es este último punto donde entra en juego el **precedente** que, al igual que la ley, la dogmática jurídica y la ley procesal<sup>1286</sup>, limita la argumentación jurídica. Por eso alega que una teoría adecuada de la argumentación jurídica “tiene... que incluir una teoría tanto de la dogmática jurídica, como también de la valoración del precedente.”<sup>1287</sup>

Al exponer las reglas que definen el discurso práctico, ALEXY incluye entre las llamadas *reglas fundamentales* una formulación del principio de universalidad de HARE, así: “[1.3'] Todo hablante sólo puede afirmar aquellos juicios de valor y de deber que afirmaría así mismo en todas las situaciones en las que afirmare que son

---

<sup>1281</sup> ALEXY, “Teoría...”, *Op. Cit.*, p. 34

<sup>1282</sup> FETERIS, *Op. Cit.*, p. 22.

<sup>1283</sup> ALEXY, “Teoría...”, *Op. Cit.*, p. 206.

<sup>1284</sup> *Ibidem*, p. 208.

<sup>1285</sup> *Ibidem*, p. 35

<sup>1286</sup> *Ibidem*, pp. 36 y 38.

<sup>1287</sup> *Ibidem*, p. 41.



iguales en todos los aspectos relevantes”.<sup>1288</sup> En línea con este principio de universalidad, propone además como *regla sobre la carga de la argumentación* que “(3.1) Quien pretende tratar a una persona A de manera distinta que a una persona B está obligado a fundamentarlo”.<sup>1289</sup> La regla de universalidad de HARE queda recogida, también, en la *regla de fundamentación* según la cual “(5.1.1) Quien afirma una proposición normativa que presupone una regla para la satisfacción de los intereses de otras personas, debe poder aceptar las consecuencias de dicha regla también en el caso hipotético de que él se encontrara en la situación de aquellas personas.”

Y, partiendo de la distinción de WRÓBLEWSKI, señala que esa fundamentación racional (propia de la “pretensión de corrección”) supone la justificación interna y externa de las proposiciones normativas/decisiones jurídicas.<sup>1290</sup> La *justificación interna* tiene que ver con la forma de justificación del silogismo jurídico, que “satisface la justificación mediante reglas universales requeridas por el principio de universalidad (‘1.3). El principio de universalidad sirve de base al principio de justicia formal.”<sup>1291</sup>

CHIASSONI destaca que de las cinco reglas alexyanas de la justificación interna depende la *racionalidad* (formal y sustancial) de la justificación lógico-deductiva de cualquier decisión judicial.<sup>1292</sup> Se trata de: (i) el *principio de universalización*, que consiste en que “para la justificación de un juicio jurídico debe ser adoptada al menos una norma universal”<sup>1293</sup>, regla que pretende excluir las sentencias arbitrarias, *ad hoc* o particularistas, que contienen disposiciones que no encuentran fundamento

---

<sup>1288</sup> *Ibidem*, p. 187.

<sup>1289</sup> *Ibidem*, p. 191.

<sup>1290</sup> *Ibidem*, p. 213.

<sup>1291</sup> *Ibidem*, p. 215.

<sup>1292</sup> CHIASSONI, “Técnicas...”, *Op. Cit.*, p. 40.

<sup>1293</sup> *Ibidem*, pp. 40 -43, citadno a ALEXY, “Theorie der juristischen Argumentation. Die theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung, tr. It. *Teoria dell’argomentazione giuridica. La teoría del discorso razionale come teoría della motivazione giuridica*, Milano, Giuffrè, 1978.



lógico en normas universales<sup>1294</sup>; (ii) *la referencia obligada a un caso concreto*, lo cual se interpreta como el respeto por las reglas de inferencia lógico-deductiva y una salvaguarda contra la arbitrariedad del juez en la aplicación de las normas universales y generales; (iii) la *universalidad de las premisas interpretativas*, que consiste en la aplicación del universalismo normativo a las premisas interpretativas (y no solo a las premisas normativas); (iv) *exhaustividad de las premisas*, que exige tener tantos grados de desarrollo de la argumentación como sean necesarios para alcanzar aquellas premisas cuya aplicación al caso resulte indiscutible; y (v) el *máximo detalle de la argumentación*, que exige proporcionar la mayor cantidad de “grados de desarrollo”.<sup>1295</sup>

Lo que resulta inaceptable de ALEXY es el papel preponderante que otorga al ‘silogismo jurídico’ como parte de la justificación interna de las proposiciones normativas/decisiones jurídicas<sup>1296</sup>. En ALEXY, el silogismo satisface la justificación mediante reglas universales; y ocurre también en el marco de la ponderación, puesto que a través de la ponderación “se crea una regla individual (KELSEN) o derivada (ALEXY) en la cual el caso C debe ser subsumido”<sup>1297</sup>, y “por cada regla hay un principio que funciona como su justificación subyacente”.<sup>1298</sup> Si se aceptara esto último, quedaría desvirtuada la supuesta paradoja que BERNAL encuentra entre el precedente y la ponderación, mencionada páginas atrás (TÍTULO I, CAPÍTULO II, Sección 3 de esta PARTE I), dado que: (i) también la aplicación de reglas supone la existencia de un principio subyacente, aplicable por ponderación; y (ii) la ponderación conduce, también, a la creación de reglas para la subsunción de casos. Para ALEXY,

---

<sup>1294</sup> CHIASSONI, “Técnicas...”, *Op. Cit.*, p. 41.

<sup>1295</sup> *Ibidem*, pp. 40 -43, citado a ALEXY, “Theorie der juristischen Argumentation. Die theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung, tr. It. *Teoria dell’argomentazione giuridica. La teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica*, Milano, Giuffrè, 1978.

<sup>1296</sup> ALEXY, “Teoría...”, p. 213.

<sup>1297</sup> BUSTAMANTE, “La Función de la Analogía...”, p. 130.

<sup>1298</sup> *Ibidem*, p. 135.



incluso en el esquema de analogía tiene lugar una inferencia lógica, simplificando en exceso el proceso que antecede la decisión judicial.

El propio ALEXY reconoce que el esquema de justificación silogístico es insuficiente en casos complicados, cuando la norma tiene varias propiedades alternativas, o contiene expresiones ambiguas, o debe complementarse con normas aclarativas, limitativas o extensivas, o cuando su aplicación conlleva varias consecuencias<sup>1299</sup>. Sin embargo, el esquema silogístico de justificación no solo es insuficiente en 'casos complicados', como lo afirma el autor, sino que lo es en TODOS los casos.

La *justificación externa*, como se vio, se ocupa de la corrección de las premisas utilizadas en la fundamentación de la decisión<sup>1300</sup>, es decir, de "la fundamentación de las premisas usadas en la justificación interna"<sup>1301</sup>. La justificación externa -la cuestión de la aceptabilidad de los argumentos de la justificación interna- es el 'tema central de la teoría de la argumentación jurídica'<sup>1302</sup>, y también en la justificación externa se debe reconstruir un argumento deductivamente válido.<sup>1303</sup> Como las premisas usadas en la justificación interna pueden ser reglas de derecho positivo, enunciados empíricos u otras premisas,<sup>1304</sup> estas "otras premisas" se fundamentan mediante seis grupos de reglas y formas de justificación externa<sup>1305</sup>, entre las que se destacan -para efectos de esta investigación- **las reglas y formas del uso de los precedentes**<sup>1306</sup>. Esta última es una categoría separada de las reglas para el uso de las formas de argumentación interpretativa y de las reglas para el uso de las formas

---

<sup>1299</sup> ALEXY, "Teoría...", *Op. Cit.*, p. 216.

<sup>1300</sup> *Ibidem*, p. 218.

<sup>1301</sup> *Ibidem*, p. 222.

<sup>1302</sup> FETERIS, *Op. Cit.*, p. 164.

<sup>1303</sup> *Ibidem*, p. 181.

<sup>1304</sup> ALEXY, "Teoría...", *Op. Cit.*, p. 222.

<sup>1305</sup> Se refiere el autor a las siguientes formas de argumentos y reglas de justificación externa: "(1) de interpretación, (2) de la argumentación dogmática, (3) del uso de los precedentes, (4) de la argumentación práctica general y (5) de la argumentación empírica, así como (6) las llamadas formas especiales de argumentos jurídicos." ALEXY, "Teoría...", *Op. Cit.*, p. 223.

<sup>1306</sup> ALEXY, "Teoría...", *Op. Cit.*, p. 223.



especiales de argumentación jurídica, como es la analogía<sup>1307</sup>. Parece artificial, sin embargo, el intento de separar el uso del precedente del razonamiento analógico cuando éste, como se argumentará, es inherente al sistema de casos.

En su *Teoría de la Argumentación Jurídica*, ALEXY incluye la analogía como una de “las llamadas formas especiales de argumentos jurídicos”, categoría que se refiere a una de las formas de justificación externa y que incluye, también, el argumento *a contrario*, *a fortiori* y *ad absurdum*. Todo estos pueden expresarse como “formas de inferencia lógicamente válidas”.<sup>1308</sup> Para la analogía, propone la siguiente formalización de la inferencia:

- (J.16) (1)  $(x) (Fx \vee F \text{ sim. } x \rightarrow OGx)$   
 (2)  $(x) (Hx \rightarrow F \text{ sim. } x)$   
 (3)  $(x) (Hx \rightarrow OGx)$  (1), (2)<sup>1309</sup>

Siguiendo a KLUG, ALEXY encuentra que la dificultad no está en la inferencia de (3) a partir de (1) y (2), sino en la fundamentación de estas últimas. La primera de estas premisas constituye un caso especial de los principios de universalidad e igualdad; y “en la fundamentación de la segunda premisa en (J.16), la determinación de la semejanza, aparecen todas las dificultades de la aplicación del principio de igualdad”<sup>1310</sup>, esto es, tanto el análisis de semejanza como la valoración.<sup>1311</sup>

<sup>1307</sup> FETERIS, *Op. Cit.*, p. 169.

<sup>1308</sup> ALEXY, “Teoría...”, *Op. Cit.*, pp. 223, 266 y 267.

<sup>1309</sup> *Ibidem*, pp. 223, 266 y 268.

“(J.16) se corresponde con la fórmula de Klug (...) “x” se interpreta pues como variable sobre acciones:

- (1) Para todo x: si X es n contrato de compraventa (F) o un contrato semejante al de compraventa (F sim), entonces deben serle aplicables a x los parágrafos 433 y ss. del BGB.  
 (2) Para todo x: si x es un contrato que tiene por objeto la transmisión onerosa de un local de negocios (H), entonces x es un contrato semejante al de compraventa (F sim).  
 (3) Para todo x: si x es un contrato que tiene por objeto la transmisión onerosa de un local de negocios (H), entonces deben aplicársele los párrafos 433 y ss. del BGB (1), (2)”

<sup>1310</sup> *Ibidem*, p. 269.

<sup>1311</sup> *Idem*.



Según ALEXY, “las características en  $A_1$  y  $A_2$  adquieren su relevancia en virtud del hecho de que están relacionadas con las razones que justificaron las reglas que las contienen como antecedentes”, y “estas razones suelen tener el carácter de principios”.<sup>1312</sup> El problema del razonamiento analógico se encuentra en la justificación de las premisas que se utilizan para la inferencia analógica, esto es, la premisa de que una determinada situación y sus similares conllevan una determinada consecuencia, y la premisa de que una situación es similar a la que contiene la norma.<sup>1313</sup>

Sobre el **uso de los precedentes** como forma de justificación externa y como “uno de los aspectos esenciales de la argumentación jurídica”<sup>1314</sup>, dice ALEXY que el fundamento de su uso se encuentra en el principio de universalidad, por la exigencia de tratar igual a lo igual.<sup>1315</sup> Y aunque se introduce una carga argumentativa a favor de los precedentes con el fin de limitar el espacio de lo discursivamente posible (lo cual es ‘racional’)<sup>1316</sup>, es posible que ocurra una decisión distinta debido a un cambio en la valoración de las circunstancias relevantes<sup>1317</sup>. Por tanto, formula como reglas más generales del uso del precedente, las siguientes:

(J.13) Cuando pueda citarse un precedente en favor o en contra de una decisión debe hacerse.

(J.14) Quien quiera apartarse de un precedente, asume la carga de la argumentación.<sup>1318</sup>

---

<sup>1312</sup> ALEXY, Robert, “*Two or Three?*”, p. 14. Citado por: BUSTAMANTE, “La Función...” p. 137.

<sup>1313</sup> FETERIS, *Op. Cit.*, p. 175.

<sup>1314</sup> ALEXY, “Teoría...”, *Op. Cit.*, p. 261

<sup>1315</sup> *Ibidem*, p. 262

<sup>1316</sup> *Ibidem*, pp. 264-265.

<sup>1317</sup> *Ibidem*, p. 263

<sup>1318</sup> *Ibidem*, pp. 263 y 265.



La dificultad de los precedentes es que no hay dos casos idénticos, y “[e]l verdadero problema se traslada, por ello, a la determinación de la relevancia de las diferencias”<sup>1319</sup>. Se trata, en realidad, de una dificultad de la teoría alexyana del precedente, que no del precedente mismo, puesto que ALEXY no logra proponer una regla o postulado para determinar la relevancia de las diferencias<sup>1320</sup> entre los casos, asunto que solo puede ser resuelto acudiendo a las razones subyacentes a las reglas, las que permiten determinar la relevancia de las características de los casos en la analogía (que, como se recordará, aparece como una más de “las llamadas formas especiales de argumentos jurídicos” y, por tanto, como una “forma de inferencia lógicamente válida”<sup>1321</sup> y distinta del precedente). Esta objeción permitiría, tal vez, desvirtuar la supuesta diferencia entre los precedentes y el razonamiento analógico.

Como “el Derecho del precedente también es un Derecho de normas”<sup>1322</sup>, y –para el autor– el uso del precedente equivale a la aplicación de la norma que subyace a la decisión del precedente, resulta esencial determinar cuál es la norma que contiene el precedente. Aquí entran en juego técnicas como la revocación o rechazo del precedente (*overruling*) y su respeto por la vía de la distinción (*distinguishing*), las cuales también tienen que ser fundamentadas en razones de todo tipo.<sup>1323</sup>

El uso de los precedentes se muestra así como un procedimiento de argumentación que viene exigido como tal por razones práctico-generales (principio de universalidad/regla de la carga de la argumentación) y que es, en esa medida, racional, y cuyo uso presupone argumentos adicionales, especialmente, argumentos prácticos de tipo general<sup>1324</sup>.

---

<sup>1319</sup> *Ibidem*, p. 262.

<sup>1320</sup> *Idem*.

<sup>1321</sup> *Ibidem*, pp. 223, 266 y 267.

<sup>1322</sup> *Ibidem*, p. 266.

<sup>1323</sup> *Idem*.

<sup>1324</sup> *Idem*.



Los precedentes fueron ganando terreno en la teoría de ALEXY, al punto que su producción más reciente incluye una tercera operación básica en el derecho (al lado de la subsunción y la ponderación), a saber: la analogía jurídica o la comparación de los casos, “la cual comparte elementos básicos con las otras dos.”<sup>1325</sup> Se acaba, de este modo, la distinción artificial entre precedente y analogía en la obra de ALEXY. “*Two or Three?*” presenta la comparación de casos como la tercera forma básica de aplicación del derecho<sup>1326</sup>, y acude al principio de universalidad para explicar el uso de las características de los casos como razones para cierta consecuencia jurídica, es decir, para presuponer una regla que contiene tales características como antecedentes y que ellas se relacionan con las razones que soportan la regla.<sup>1327</sup> Estas razones suelen tener la forma de principios.<sup>1328</sup> La tercera operación básica de analogía o comparación, en su versión actual, tiene la siguiente forma:

A<sub>1</sub>: En todo caso  $c_i$ , cada caso  $c_j$  puede ser resuelto argumentando que  $c_i$  se asemeja a  $c_j$  respecto a las características  $F_1, \dots, F_n$ , y que  $c_i$ , por esta razón y porque hay razones para la regla  $F_1, \dots, F_n \rightarrow Q$  debe ser tratado como  $c_j$  para producir el efecto  $Q$ .

A<sub>2</sub>: En cualquier caso en que se haga valer el argumento A<sub>1</sub>, se pueden formular dos contraargumentos:

A<sub>2.1</sub>: Se puede argumentar que  $c_i$  se puede distinguir por las características  $F_1, \dots, F_n$ , de  $c_j$ , y que  $c_i$ , por esta razón y porque hay razones para la regla  $F_1, \dots, F_n \rightarrow \neg Q$ , debe tratarse de manera distinta a  $c_j$  para producir el efecto  $\neg Q$ .

A<sub>2.2</sub>: Se puede argumentar que  $c_i$  se asemeja a  $c_k$  por las características  $F^k_1, \dots, F^k_n$ , y que  $c_i$ , por esta razón y porque hay razones para la regla  $F^k_1, \dots, F^k_n \rightarrow \neg Q$ , debe tratarse como  $c_k$  para producir el efecto  $\neg Q$ .<sup>1329</sup>

<sup>1325</sup> BUSTAMANTE, “La Función de la Analogía...”, *Op. Cit.*, p. 125

<sup>1326</sup> *Ibidem*, pp. 130-131.

<sup>1327</sup> ALEXY, “Two of Three?”. pp. 9-18. En: BOROWSKI, Martin (editor). “On the Nature of Legal Principles”, Franz Steiner Verlag Stuttgart, 2010. p. 14. (Traducción libre)

<sup>1328</sup> ALEXY, “Two of Three?”, *Op. Cit.*, p. 14. (Traducción libre)

<sup>1329</sup> *Ibidem*, p. 17. (Traducción libre)





Como vemos, en la estructura argumentativa de comparación o analogía de ALEXY, es central la existencia de las razones que soportan la aplicación de una consecuencia cuando se presenten ciertas características y que soportan un resultado contrario en presencia de otras características. Esto hace de la analogía un asunto de argumentos en competencia.<sup>1330</sup> En este escenario, los precedentes por su autoridad tienen un estatus en la argumentación jurídica y pueden soportar o poner en jaque las reglas.<sup>1331</sup>

Así, **entiende que es imposible comparar casos sin acudir a la ponderación, operación que a su turno se relaciona con la subsunción** (en ALEXY la subsunción aparece al principio y al final de la ponderación<sup>1332</sup>), algo sobre el cual ya se han presentado reparos en otra parte de este escrito. En efecto, para ALEXY, “[e]l esquema de analogía sólo puede funcionar si está conectada con la ponderación como forma básica de aplicación de principios”<sup>1333</sup>, dado que las características de un caso solo son relevantes por su relación con las razones (que suelen ser principios) que apuntalan las reglas que las contienen, de manera que “los sujetos de la ponderación son los principios que soportan la selección de ciertas características  $F_1, \dots, F_n$  o  $\neg F_1, \dots, \neg F_n$  como razones para las consecuencias jurídicas  $Q$ , o  $\neg Q$  y, en este sentido, como antecedentes de las reglas  $F_1, \dots, F_n \rightarrow Q$  y  $\neg F_1, \dots, \neg F_n \rightarrow \neg Q$ .”<sup>1334</sup>

Con esto, el autor reduce la analogía a un esquema de aplicación de principios, donde los resultados  $Q$  y  $\neg Q$ , derivados de los distintos patrones fácticos, son vistos como prueba de la colisión de principios que debe resolverse mediante una relación de

---

<sup>1330</sup> *Ibidem*, p. 14. (Traducción libre)

<sup>1331</sup> *Ibidem*, p. 15. (Traducción libre)

<sup>1332</sup> *Ibidem*, p. 18. (Traducción libre)

<sup>1333</sup> *Ibidem*, p. 15. (Traducción libre)

<sup>1334</sup> *Idem*. (Traducción libre)



prevalencia concreta<sup>1335</sup>, algo que no necesariamente tiene lugar. Con esto, el propio ALEXY estaría desvirtuando la “*necesidad*” del esquema de analogía, que para él es una de las características distintivas para poder hablar de una operación básica de aplicación del derecho<sup>1336</sup>. Otra objeción que podría plantearse es que al tratarse de un esquema “formal”, que no dice nada sobre qué características son decisivas para determinar cuál argumento/principio prevalece, poco o nada aporta al proceso decisonal del juez.<sup>1337</sup>

Para los críticos de ALEXY, otra desventaja de su teoría es que no garantiza un resultado final. En efecto, la teoría *analítico-normativa* del discurso jurídico contiene una serie de reglas explícitas del discurso, y unas formas de argumentos, pero no determina por completo cada paso ni produce certeza en cuanto a lo discursivamente posible, sino que excluye los enunciados normativos imposibles e incluye algunos como ‘discursivamente necesarios’<sup>1338</sup> para la racionalidad de una determinada discusión, con el fin de que “el resultado fundamentado en la argumentación pueda plantear la pretensión de corrección”.<sup>1339</sup> Sin embargo, para ALEXY esta es precisamente una de sus ventajas, puesto que una cosa son las discusiones ideales “en las que los participantes se comunican en circunstancias ideales”<sup>1340</sup> y donde los problemas prácticos se resuelven sin límites de tiempo y restricciones como la ambigüedad del lenguaje; y otra cosa son las discusiones reales, donde los participantes ponen en duda la validez de las respuestas, y es por ello que se requiere justificación<sup>1341</sup>.

---

<sup>1335</sup> *Ibidem*, p. 16. (Traducción libre)

<sup>1336</sup> *Ibidem*, p. 17. (Traducción libre)

<sup>1337</sup> *Idem*. (Traducción libre)

<sup>1338</sup> ALEXY, “Teoría...”, *Op. Cit.*, p. 36-37.

<sup>1339</sup> *Ibidem*, p. 36.

<sup>1340</sup> FETERIS, *Op. Cit.*, p. 159.

<sup>1341</sup> *Ibidem*, p. 160.



También el finlandés Aulio **AARNIO** hace algunos aportes para definir los contornos racionalistas de la interpretación.<sup>1342</sup> Y lo hace asociando tres puntos de vista, a saber, “la nueva retórica, la filosofía lingüística del segundo Wittgenstein y la aproximación racionalista presentada por Jürgen Habermas”<sup>1343</sup>. AARNIO se refiere al problema de la responsabilidad social del intérprete del derecho y hace énfasis en la necesidad de exigir una adecuada **justificación de las decisiones**, esto es, de hacer accesible al público el razonamiento que precede una determinada conclusión para hacer posible su control en una sociedad democrática<sup>1344</sup>. Aunque en esta disertación se dejará de lado cualquier intento de reconstrucción del proceso intelectual que desemboca en una decisión judicial, como se verá adelante (TÍTULO II de esta PARTE I), los aportes de AARNIO son importantes porque, a partir de ellos, desemboca en el debate de la argumentación racional y razonable:

...no es posible mostrar, en términos generales, el límite exacto donde la justificación puede ser siempre interrumpida. Interrumpir la cadena de argumentación depende del nivel en el que uno ha creado las condiciones para alcanzar la aceptabilidad del enunciado *11/12 [siendo 11 a la interpretación del texto jurídico Li, y siendo 12 a otra interpretación]*. Este aspecto está ligado al destinatario de la interpretación. Para decirlo de manera más general, la interpretación se dirige a una cierta comunidad de interpretación, es decir, un auditorio. Así, el “punto final” de la justificación se decide por el auditorio o, para retomar los términos de Peczenik, está ligado al contexto.<sup>1345</sup>

---

<sup>1342</sup> AARNIO, Aulis. “Le rationnel comme raisonnable: La justification en droit”, (Trad. del inglés por Geneviève Warland), Bruselas: E. Story-Scientia, 1987. p. XIV. (Traducción libre).

<sup>1343</sup> *Ibidem*, p. XIII. (Traducción libre)

<sup>1344</sup> *Ibidem*, pp. XI-XII. (Traducción libre)

<sup>1345</sup> *Ibidem*, pp. 147-148.

Traducción libre del siguiente texto: “Le réponse à ces questions que nous défendons dans cette étude est claire, quoiqu'elle puisse sembler en même temps radicale et problématique. A ce niveau, notre position peut être formulée de la manière suivante: même en principe, il n'est pas possible de montrer, par des termes généraux, la limite exacte où la justification peut être toujours interrompue. Interrompre la chaîne d'argumentation dépend du niveau auquel on a créé les conditions pour atteindre l'acceptabilité de l'énoncé *11/12*. Cet aspect est lié au destinataire de l'interprétation. Pour le dire plus généralement, l'interprétation s'adresse à une certaine communauté d'interprétation, c'est-à-dire un auditoire. Ainsi le “point final” de la justification est décidé par l'auditoire ou, pour reprendre les termes de Peczenik, il est lié au contexte.”



Como lo explica AARNIO, el lenguaje jurídico, como especie de los lenguajes naturales, suele tener un grado demasiado alto de imprecisión o generalidad (*overgenerality*), siendo en algunos casos difícil decidir a qué objetos se refiere cada término, porque las expresiones están ligadas al contexto. Puede ocurrir que una expresión general tenga un contenido de significación claro en atención a sus circunstancias textuales, o que un término muy técnico genere incertidumbre en atención al contexto de su utilización.<sup>1346</sup>

Pese a la indudable importancia del significado contextual de las normas jurídicas, no se acepta por los motivos ya expuestos- la noción extremadamente restrictiva de 'interpretación' que adopta el autor, para quien si la ley es lingüísticamente correcta y clara, el texto no requerirá de ninguna justificación en cuanto a su contenido.<sup>1347</sup> Dicha concepción lo lleva a descartar que, cuando el juez debe decidir si un texto jurídico "claro" se aplica al caso concreto, ello concierna "el resultado de la interpretación, sino el problema de la aplicabilidad del texto"<sup>1348</sup>, asunto en el cual no se detiene AARNIO. Por el contrario, como se dijo atrás, también la decisión sobre si una norma es aplicable o no a un supuesto normativo comprende una labor de interpretación<sup>1349</sup>.

El autor retoma la distinción que hacen WRÓBLEWSKI y ALEXY entre la justificación interna de una proposición interpretativa o decisión jurídica y su justificación externa para señalar que, si bien los diversos componentes de la justificación interna y externa se pueden reconstruir como silogismos deductivamente válidos, "las relaciones entre las diversas partes de la justificación interna y externa no son deductivas... El paso de un silogismo a otro se basa en las normas de racionalidad y en las reglas de la

---

<sup>1346</sup> *Ibidem*, pp. 138-139. (Traducción libre)

<sup>1347</sup> *Ibidem*, p. 138. (Traducción libre)

<sup>1348</sup> *Idem* (Traducción libre)

<sup>1349</sup> GUASTINI, *Op. Cit.*, p. 23.



interpretación jurídica.”<sup>1350</sup> Es decir, no existen reglas generalmente aceptadas para derivar la interpretación de los diversos silogismos de manera deductiva, ni hay un criterio general, lógico para establecer la solidez del silogismo. <sup>1351</sup>

A partir de allí, argumenta –como ALEXY– que los problemas centrales de la justificación jurídica están ligados a la justificación externa, y que la justificación externa de una interpretación jurídica no puede ser un silogismo con validez deductiva<sup>1352</sup>. Sin embargo, esta valiosa idea se debilita cuando AARNIO incorpora la justificación interna en el proceso de justificación externo<sup>1353</sup>. Siempre habrá una justificación interna –dice– para cada etapa de la cadena de argumentos, la cual puede representarse *ex post* como un silogismo. Pero esto no significa que la totalidad de argumentos conduzca deductivamente a la interpretación //, porque la interpretación jurídica no es únicamente silogística <sup>1354</sup> y “no hay relaciones silogísticas internas entre los distintos silogismos en la cadena de argumentos” <sup>1355</sup>. Por el contrario, la justificación externa consiste en persuadir al destinatario de la interpretación, y el intérprete tendrá éxito si la totalidad de argumentos (la cadena de silogismos) es suficiente para convencer al auditorio. <sup>1356</sup> En suma, “[l]a justificación externa consiste en agregar nuevos silogismos a la cadena de argumentos con la finalidad de sostener la premisa precedente...”<sup>1357</sup>. Para AARNIO, la interpretación externa “depende, a fin de cuentas, de las normas y de los valores a los que uno se someta en la justificación”.

1358

---

<sup>1350</sup> FETERIS, *Op. Cit.*, p. 206.

<sup>1351</sup> *Ibidem*, p. 206.

<sup>1352</sup> *Ibidem*, p. 196. Ver también: AARNIO, *Op. Cit.* p. XI. (Traducción libre)

<sup>1353</sup> AARNIO, *Op. Cit.*, p. 149-150. (Traducción libre)

<sup>1354</sup> *Ibidem*, p. 151. (Traducción libre)

<sup>1355</sup> *Ibidem*, p. 152. (Traducción libre)

<sup>1356</sup> *Idem*. (Traducción libre)

<sup>1357</sup> *Idem*. (Traducción libre)

<sup>1358</sup> *Ibidem*, p. 149. (Traducción libre)



AARNIO señala que en los *casos difíciles* el intérprete debe elegir entre, al menos, dos alternativas, y esta decisión deberá estar justificada para que se trate de una verdadera postura interpretativa (que no una mera recomendación fundada en la autoridad).<sup>1359</sup> Una actitud o postura interpretativa justificada tendrá, entonces, la siguiente forma: “(P) Tomando en consideración todas las fuentes del derecho (S), la interpretación *li* del texto jurídico *Li* es la mejor justificada”.<sup>1360</sup>

Así las cosas, cuando el caso difícil ofrece dos posibilidades de interpretación, *l1* e *l2*, la opción elegida como la “mejor justificada” tendrá que cumplir los siguientes requisitos: (i) que las fuentes del derecho (S) sean utilizadas según las reglas de interpretación jurídica; y (ii) que dado un cierto sistema de valores, exista la mayor coherencia imaginable entre los enunciados.<sup>1361</sup> Pero esto lo conduce a preguntas como “¿es imposible, sobre la base de la tesis del relativismo de los valores, hablar de aceptabilidad racional?”<sup>1362</sup>

Para solucionar este *impasse*, AARNIO acude a PERELMAN, con sus nociones de “racional” y “razonable” (aunque denomina al segundo “aceptable”).<sup>1363</sup> Según AARNIO, para que una justificación sea racional se requiere que el proceso de justificación se haya conducido de manera racional (componente *procedimental* de la teoría de AARNIO) y que el significado final de este proceso sea aceptable para la comunidad legal o audiencia, para utilizar los términos de PERELMAN (componente *sustancial*)<sup>1364</sup>.

---

<sup>1359</sup> *Ibidem*, p. 227. (Traducción libre)

<sup>1360</sup> *Idem*. (Traducción libre)

<sup>1361</sup> *Ibidem*, pp. 227-230. (Traducción libre)

<sup>1362</sup> *Ibidem*, p. 230. (Traducción libre)

<sup>1363</sup> *Ibidem*, p. 230. (Traducción libre)

<sup>1364</sup> FETERIS, *Op. Cit.*, p. 187.



Lo **racional** puede entenderse de dos maneras, a saber: en estricto sentido o racionalidad Lógica (L), y en sentido lato, que incluye la racionalidad Lógica (L) y la racionalidad en la justificación de las premisas (D).<sup>1365</sup> Con base en esta segunda concepción de la racionalidad, y centrándose en el discurso racional, AARNIO hace sus principales aportes a la teoría de la argumentación jurídica.<sup>1366</sup>

En AARNIO, la '**aceptabilidad**' está ligada al contenido material de la interpretación, esto es, a un resultado que corresponde al sistema de valores de la comunidad jurídica; y no a la forma de razonamiento ni al proceso de justificación. La racionalidad y la aceptabilidad –como modelos ideales para el razonamiento jurídico– no siempre coinciden en la actitud interpretativa<sup>1367</sup>: (i) la **aceptabilidad** no es universal, como no lo son tampoco las reglas de racionalidad *D*, sino que depende de los valores que sostiene cierta parte de la comunidad jurídica, de manera que la aceptabilidad racional no supone una interpretación metafísica<sup>1368</sup>. Pero esto no significa que los sistemas de valor sean arbitrarios o que su evaluación dependa del gusto de cada persona, porque “[l]os juicios de valor deben apoyarse en una justificación tan racional como sea posible”<sup>1369</sup>; y (ii) la **racionalidad** de la interpretación dependerá de la equilibrada combinación entre los argumentos jurídicos, empíricos y morales, que entran en juego en los casos difíciles.<sup>1370</sup>

En tratándose de la '**aceptabilidad**' de un enunciado interpretativo, AARNIO se alinea con quienes interpretan el principio de la “única respuesta correcta” en sentido *débil*, esto es, que cada problema jurídico solo puede decidirse de una manera, y esa única respuesta correcta puede encontrarse, aunque en la práctica no sea posible

---

<sup>1365</sup> AARNIO, *Op. Cit.*, pp. 232-233 y 238. (Traducción libre)

<sup>1366</sup> *Ibidem*, pp. 232-233. (Traducción libre)

<sup>1367</sup> *Ibidem*, pp. 233 y 237. (Traducción libre)

<sup>1368</sup> *Ibidem*, pp. 233 y 238. (Traducción libre)

<sup>1369</sup> *Ibidem*, p. 257. (Traducción libre)

<sup>1370</sup> *Ibidem*, pp. 235-236. (Traducción libre)



encontrarla.<sup>1371</sup> Por ello, concluye que “la justificación no puede ser interrumpida sino cuando el intérprete es capaz de demostrar la veracidad de la declaración interpretativa”<sup>1372</sup>. Por tanto, bajo esta teoría, la justificación se encamina a la presentación de “verdaderos enunciados interpretativos”<sup>1373</sup>, y el resultado de la interpretación será *acceptable* si concuerda con “el sistema de valores de la comunidad jurídica”.<sup>1374</sup>

En esa misma línea, se refiere a los enunciados normativos como predicciones, y aclara que a diferencia de lo que ocurre en el ámbito de las ciencias naturales, los casos que en el derecho sirven de base para la predicción tienen una forma verbal (el contenido semántico dado a los hechos) que debe ser interpretada antes de poder formular una predicción. Para encontrar una regularidad entre los casos, el juez tendrá que simplificar los hechos que ellos contienen, escoger unas pocas características esenciales que demuestren la similitud entre ellos (a partir de una ‘clave de interpretación’ basada en los valores sociales y, por tanto, continuamente cambiante)<sup>1375</sup>, y formular la predicción teniendo en cuenta las decisiones que han sido tomadas y nuevas informaciones que podrían determinar la decisión en el momento futuro.<sup>1376</sup>

Un diálogo seguirá “el criterio del discurso racional si llena las condiciones generales de la racionalidad y si las reglas particulares de la carga de la prueba no son violadas. El discurso es, entonces, conforme a la racionalidad D. Siguiendo las reglas de la racionalidad D y siguiendo los modelos de la interpretación jurídica, la racionalidad institucional del orden jurídico se transforma en derecho interpretado.”<sup>1377</sup> Y es

---

<sup>1371</sup> *Ibidem*, pp. 196-197. (Traducción libre)

<sup>1372</sup> *Ibidem*, p. 198. (Traducción libre)

<sup>1373</sup> *Ibidem*, p. 198. (Traducción libre)

<sup>1374</sup> FETERIS, *Op. Cit.*, p. 197.

<sup>1375</sup> AARNIO, *Op. Cit.*, pp. 207-208. (Traducción libre)

<sup>1376</sup> *Ibidem*, p. 209. (Traducción libre)

<sup>1377</sup> *Ibidem*, p. 249. (Traducción libre)





precisamente en relación con las condiciones del discurso racional que AARNIO aborda el **principio de universalidad**. Entre las reglas de la racionalidad del discurso (D) están las de *consistencia, efectividad, sinceridad, generalización y apoyo*.

Las reglas de *generalización* de apreciaciones –que es el término que AARNIO utiliza para referirse a la exigencia de universalidad- consisten en lo siguiente: “un debatiente no puede utilizar un juicio de valor si no está preparado a generalizar y aplicarlo en casos similares”<sup>1378</sup>, es decir, no será racional el discurso que utilice argumentos *ad hoc* cuya justificación no trasciende el caso concreto. “La regla de generalidad implica en primer lugar que hay que aceptar las consecuencias de la norma que se acepte, aunque afecten adversamente la posición propia, y en segundo lugar que las consecuencias de una norma que satisface los intereses de una persona dada deben ser aceptables para todas las demás....”<sup>1379</sup> Coincide, aquí, con PERELMAN, en que la búsqueda de la universalización es la base de toda argumentación racional.<sup>1380</sup>

Se comparte esta búsqueda de la universalización, que en efecto es la base de toda argumentación racional, así como la invitación que hace el autor a descomponer los casos en sus ‘elementos de base’ para encontrar una ‘llave analógica’ y así verificar la similitud entre ellos y justificar por qué algunos elementos se consideran relevantes o se les otorga cierto peso.<sup>1381</sup> Sin embargo, es preciso tomar distancia respecto de algunas de las nociones básicas de AARNIO, a saber: la noción restrictiva de ‘interpretación’; la idea de la argumentación como una cadena de silogismos sin relaciones silogísticas internas entre sí<sup>1382</sup>; la existencia de una respuesta correcta; y la inclusión de la justificación interna en el proceso de justificación externo<sup>1383</sup>.

---

<sup>1378</sup> GASCÓN, *Op. Cit.*, pp. 78-79, citando: AARNIO, *Op. Cit.*, p. 198. (Traducción libre)

<sup>1379</sup> FETERIS, *Op. Cit.*, p. 199.

<sup>1380</sup> AARNIO, *Op. Cit.*, p. 243. (Traducción libre)

<sup>1381</sup> *Ibidem*, pp. 159-161. (Traducción libre)

<sup>1382</sup> *Ibidem*, p. 152. (Traducción libre)

<sup>1383</sup> *Ibidem*, pp. 149-150. (Traducción libre)



AARNIO equipara la referencia a las decisiones judiciales a estas otras herramientas argumentativas o fuentes secundarias del derecho, y aclara que en Finlandia una sentencia no puede invocarse como sustento de una decisión. A lo sumo, a falta de norma escrita que regule el tema, en dicha jurisdicción se podrá utilizar la decisión anterior como expresión de la regla a la que los jueces se sienten obligados.<sup>1384</sup>

Así, el hecho de que la *autoridad de las decisiones judiciales* sea simplemente uno más en la cadena de argumentos a los que se puede acudir en un caso en el que la interpretación gramatical no sea suficiente<sup>1385</sup> (como lo son *los trabajos preparatorios*<sup>1386</sup>, la *interpretación sistémica*<sup>1387</sup>, la *doctrina*<sup>1388</sup> y el *razonamiento práctico*<sup>1389</sup> o consecuencialista), implica que esta teoría debe leerse con 'beneficio de inventario', si es que pretende aprovecharse algo de ella para el contexto colombiano y, en especial, para construir una teoría local del precedente judicial.

También para el profesor escocés Neil **MACCORMICK**, el razonamiento jurídico es una especie del razonamiento práctico, referido a la justificación o razón que permite establecer lo que es correcto hacer en situaciones de elección<sup>1390</sup>. Además, defiende la *relevancia recíproca* entre la interpretación y la argumentación<sup>1391</sup>, entendiendo a la primera como parte de la argumentación jurídica que, a su turno, pertenece al más amplio dominio de la argumentación práctica.<sup>1392</sup>

---

<sup>1384</sup> *Ibidem*, p. 208. (Traducción libre)

<sup>1385</sup> *Ibidem*, pp. 152 ss. (Traducción libre)

<sup>1386</sup> *Ibidem*, pp. 153-157. (Traducción libre)

<sup>1387</sup> *Ibidem*, pp. 157 - 159. (Traducción libre)

<sup>1388</sup> *Ibidem*, pp. 161-163. (Traducción libre)

<sup>1389</sup> *Ibidem*, pp. 163-164. (Traducción libre)

<sup>1390</sup> MACCORMICK, *Op. Cit.*, p. xii. (Traducción libre)

<sup>1391</sup> CHIASSONI, "Técnicas...", *Op. Cit.*, p. 156.

<sup>1392</sup> MACCORMICK, Neil. "Argumentation and Interpretation in Law", *Ratio Juris*, 6, 1993, p. 20. Citado por: CHIASSONI, "Técnicas...", *Op. Cit.*, p. 157.



Para MACCORMICK, el razonamiento deductivo ocupa un rol central en el razonamiento jurídico<sup>1393</sup>, permitiendo decidir casos en los que no exista duda sobre la interpretación de la regla o la clasificación de los hechos, o en los que nadie ha alegado un punto de derecho argumentable, o de haberse alegado, ha sido descartado por la Corte<sup>1394</sup>. Pero un caso solo será 'claro' si existe certeza de que el patrón fáctico está cubierto por la regla y, en especial, por aquella interpretación de la regla que esté mejor justificada por argumentos consecuencialistas y de principio.

1395

MACCORMICK distingue, entonces, dos niveles en la justificación de las decisiones jurídicas: (a) la *justificación deductiva* o de primer nivel, que es suficiente en casos fáciles, en los que el juez puede apelar a una norma jurídica existente y no ambigua, por lo cual la decisión se defiende mediante una norma jurídica y los hechos del caso, como ocurre con las formas de argumento *modus ponens*,<sup>1396</sup> y (b) la *justificación de segundo orden*, que procede en los casos difíciles, cuando no existe ninguna norma o su significado es ambiguo frente a los hechos<sup>1397</sup>, por lo que "la justificación deductiva solo es posible después de resolver los problemas de interpretación."<sup>1398</sup> En el primer nivel, la premisa que expresa la regla universal debe ser una norma jurídica válida o su interpretación aceptada, mientras que en el segundo "se citan normas morales generales y normas jurídicas específicas".<sup>1399</sup> Por tanto, en estos casos difíciles proceden los argumentos *consecuencialistas*, los cuales se refieren a la norma universal que fundamenta la decisión, puesto que la justicia formal obliga a tratar los casos individuales "de una manera que también se pueda justificar en

---

<sup>1393</sup> MACCORMICK, "Legal Reasoning...", Op. Cit., p. ix. (Traducción libre)

<sup>1394</sup> *Ibidem*, p. 199. (Traducción libre)

<sup>1395</sup> *Ibidem*, p. 228. (Traducción libre)

<sup>1396</sup> FETERIS, *Op. Cit.*, pp. 125-126.

<sup>1397</sup> *Ibidem*, p. 131.

<sup>1398</sup> *Ibidem*, p. 125.

<sup>1399</sup> *Ibidem*, p. 146.



futuros casos similares”.<sup>1400</sup> He aquí la primera gran diferencia que se tiene con la teoría de MACCORMICK, y es la importancia dada a la justificación deductiva en casos fáciles (absoluta) e incluso en casos difíciles (relativa), escenario en el cual solo procede la justificación deductiva después de resolver los problemas de interpretación, como si esta pudiera separarse de la aplicación.

Dice el autor que cuando se aplica una norma jurídica pueden surgir problemas *de interpretación* (haciendo necesario decidir si cierta norma es aplicable a ciertos hechos, mediante la elección entre las interpretaciones posibles, para justificar de manera deductiva la decisión<sup>1401</sup>), *de relevancia* (que implican decidir si los hechos son jurídicamente relevantes, puesto que no hay norma expresa que los aborde, aunque tal vez sí exista un número de precedentes suficientemente parecidos para tener algún peso persuasivo sobre la manera en que ha de decidirse<sup>1402</sup>) y *de clasificación* (cuando la duda versa sobre cómo han de traducirse los hechos a términos jurídicos<sup>1403</sup>). En los dos primeros casos, “el requisito de justicia formal dispone que la resolución siempre se justifique mediante una norma general.”<sup>1404</sup>

Por tanto, el razonamiento deductivo no es una forma auto-suficiente de justificación legal, en la medida en que los problemas de interpretación de textos legales solo pueden resolverse acudiendo a argumentos consecuencialistas o de principio, y unos y otros implican un análisis de los valores básicos del derecho, asuntos que por supuesto generan controversia.<sup>1405</sup> Dice el autor que “[h]ay una presunción justificada a favor de aplicar textos legales de conformidad con su significado más obvio, pero

---

<sup>1400</sup> *Ibidem*, p. 139.

<sup>1401</sup> *Ibidem*, pp. 131-132.

<sup>1402</sup> *Ibidem*, p. 133.

<sup>1403</sup> *Ibidem*, p. 135.

<sup>1404</sup> *Ibidem*, pp. 134-135.

<sup>1405</sup> MACCORMICK, *Op. Cit.*, p. 211. (Traducción libre)



como hay otros *posibles* significados, la presunción puede ser desplazada por buenos argumentos atinentes a las consecuencias y/o por principios legales.”<sup>1406</sup>

El segundo motivo de distanciamiento con la obra de MACCORMICK radica en su idea de que la diferencia entre los procesos de razonamiento a partir de textos legales y a partir de precedentes no es de tipo, sino a lo sumo, ‘de grado’.<sup>1407</sup> Aunque en uno y otro campo existe el requisito de ‘consistencia’, en el sentido de que no deberán controvertirse las reglas obligatorias establecidas en el derecho legislado ni en los precedentes<sup>1408</sup>, MACCORMICK reconoce que los textos legislativos tienen una forma verbal fija y determinada que obliga a interpretarlo de manera consistente con dicha forma lingüística, restricción que no aplica a la interpretación de los precedentes, puesto que las palabras utilizadas por el juez en el caso precedente no constituyen la *ratio*, la cual está compuesta solo por la proposición del derecho (*‘proposition of law’*)<sup>1409</sup>. Reconoce, también, que mientras los textos legislativos son obligatorios en sí mismos, sin el soporte de argumentos de principio, el respeto debido a los fallos judiciales se debe en la práctica a la fuerza y carácter persuasivo de los argumentos que la justifican<sup>1410</sup>.

Pero el autor minimiza estas diferencias “de grado” alegando que: (i) así como existe una presunción del significado más obvio de sus términos, existe también una presunción contra interpretaciones o explicaciones poco plausibles de la regla del precedente<sup>1411</sup>; (ii) un texto legislativo que, para la corte, carezca de principios subyacentes, será probablemente sujeto a interpretación restrictiva, en especial si interfiere con principios del *common law*<sup>1412</sup>; y (iii) el proceso y el fundamento de la

---

<sup>1406</sup> *Ibidem*, p. 213. (Traducción libre)

<sup>1407</sup> *Idem*. (Traducción libre)

<sup>1408</sup> *Ibidem*, p. 214. (Traducción libre)

<sup>1409</sup> *Ibidem*, p. 221. (Traducción libre)

<sup>1410</sup> *Ibidem*, pp. 222-223. (Traducción libre)

<sup>1411</sup> *Ibidem*, p. 222. (Traducción libre)

<sup>1412</sup> *Ibidem*, p. 223. (Traducción libre)



interpretación restrictiva de los textos legales es similar a los que permiten la explicación restrictiva y la distinción de precedentes, con una diferencia meramente “de grado” en cuanto a la mayor libertad del juez para reescribir un precedente que considera contrario a un principio o cuyas consecuencias parecen inaceptables<sup>1413</sup>. Esta postura, como se ha explicado en páginas anteriores, no corresponde con la realidad, pues los procesos de razonamiento a partir de textos legales y a partir de precedentes tienen diferencias estructurales o de tipo (y no solo de *grado*). Además, como en este documento se pretende demostrar, es posible encontrar una fórmula para razonar con fallos judiciales que permita encontrar en ellos mismos su obligatoriedad, sin necesidad de acudir a los argumentos que los justifican, aunque sin descartar de tajo estos últimos.

Para MACCORMICK, las reglas obligatorias son concluyentes, a diferencia de los principios y del argumento analógico<sup>1414</sup>. En el argumento por analogía, la cuestión sobre si una determinada diferencia en los hechos es de grado o de tipo depende del principio subyacente<sup>1415</sup>, de tal manera que “La relevancia de la analogía depende de la percepción de un principio racional en el que los dos ítems objeto de comparación pueden contenerse, junto con otras situaciones de similar tipo”.<sup>1416</sup> Así, como ocurre con el argumento basado en principios, que admite el contrapeso de consideraciones contrarias, la analogía tampoco conlleva necesariamente a cierta decisión, pero sí la soporta<sup>1417</sup> y actúa como limitante para impedir el poder desmedido de innovación de los jueces<sup>1418</sup>. Y aun cuando las partes aceptan que un determinado ‘principio’ (*léase*, ‘criterio o razón jurídica’) rige un caso, puede haber discusión sobre el resultado que ha de producirse en un caso determinado<sup>1419</sup>, por lo que “la aceptación

---

<sup>1413</sup> Idem. (Traducción libre)

<sup>1414</sup> Ibídem, p. 180. (Traducción libre)

<sup>1415</sup> Ibídem, p. 163. (Traducción libre)

<sup>1416</sup> Idem. (Traducción libre)

<sup>1417</sup> Ibídem, pp. 162-163. (Traducción libre)

<sup>1418</sup> Ibídem, pp. 163-164. (Traducción libre)

<sup>1419</sup> Ibídem, p. 173. (Traducción libre)



del principio como la norma relevante que rige el caso sólo puede proporcionar una guía en torno a las consideraciones evaluativas relevantes que podrían legítimamente ser utilizadas en la justificación de una decisión en concreto...<sup>1420</sup>. En este trabajo se propondrá un esquema de analogía que reduzca el grado de indeterminación del resultado, sin llegar al extremo de desconocer el papel de los principios o criterios de derecho en el proceso de decisión judicial.

Acierta el auto, empero, en cuanto a la obligación que tiene el juez de decidir el problema jurídico de manera 'universalizada'<sup>1421</sup>, concepto que difiere del de 'generalidad'.<sup>1422</sup>

Por generalidad se refiere al nivel en el cual se describen los hechos, lo cual conduce a MACCORMICK a criticar la teoría de GOODHART sobre la *ratio decidendi*, pues considera que conduce a resultados indeterminados en cuanto el 'principio' que se extrae del caso. Para GOODHART, dice, "es enteramente dependiente del nivel de generalidad al que uno elija describir los hechos."<sup>1423</sup> Aun así, lo cierto es que la teoría de GOODHART es la que, en la mayor medida, evita resultados indeterminados, sin eliminarlos. En cambio, la universalidad va de la mano de la justificación de la decisión, que implica la afirmación de alguna decisión 'universal' atinente al asunto, así como de una justificación de segundo orden para la elección entre tales decisiones.<sup>1424</sup> Este argumento trasciende las teorías éticas de KANT y HARE –de las que duda MACCORMICK– que insisten en la autonomía absoluta del agente moral y la necesaria universalidad del juicio moral<sup>1425</sup>. MACCORMICK, en cambio, produce una teoría de la justificación jurídica de segundo orden de talante 'consecuencialista', 'evaluativa' y

---

<sup>1420</sup> *Ibidem*, p. 177. (Traducción libre)

<sup>1421</sup> *Ibidem*, p. 215. (Traducción libre)

<sup>1422</sup> *Ibidem*, p. 118. (Traducción libre)

<sup>1423</sup> *Ibidem*, p. 117. (Traducción libre)

<sup>1424</sup> *Ibidem*, p. 101. (Traducción libre)

<sup>1425</sup> *Ibidem*, p. 123. (Traducción libre)



‘subjettiva’<sup>1426</sup>, que supone evaluar las decisiones en conflicto y las diferentes consecuencias que derivarían de aplicar una u otra a la situación actual según la aceptabilidad o no de tales consecuencias<sup>1427</sup>.

Entonces, si bien el imperativo de justicia formal establece al menos una razón presuntiva para seguir el precedente relevante, la argumentación jurídica en casos difíciles tiene que satisfacer la noción de universalidad<sup>1428</sup> del discurso jurídico, viendo hacia el futuro y viendo hacia el pasado<sup>1429</sup> (“*forward looking as well as backward-looking constraints on the decision of litigated disputes*”).<sup>1430</sup> Por tanto, salvo que existan fuertes motivos, la adhesión al principio de justicia formal exige decidir un caso de manera similar a las decisiones similares del pasado<sup>1431</sup>, pero también implica que “[y]o debo decidir el caso de hoy con base en un criterio que estoy dispuesto a adoptar en casos futuros similares, de la misma manera en que debo tomar en cuenta hoy las decisiones del pasado en casos similares previos”.<sup>1432</sup> Y este último requerimiento es más riguroso, pues aun cuando no exista un conflicto actual “entre la justicia formal de seguir el precedente y la justicia sustantiva percibida del caso de hoy”, el juez debe ser cuidadoso de no establecer con las bases de su decisión, un motivo de futura injusticia.<sup>1433</sup>

MACCORMICK se niega a comprometerse con una única definición del término *ratio*, pero encuentra que los operadores jurídicos suelen emplearlo para referirse a “declaraciones expresas de proposiciones de derecho hechas por los jueces en la

---

<sup>1426</sup> *Ibíd.*, p. 105. (Traducción libre)

<sup>1427</sup> *Ibíd.*, pp. 103-106. (Traducción libre)

<sup>1428</sup> GASCÓN, *Op. Cit.*, p. 79.

<sup>1429</sup> *Ibíd.*, p. 79.

<sup>1430</sup> MACCORMICK, *Op. Cit.*, p. 75. (Traducción libre)

<sup>1431</sup> *Ibíd.*, p. 75. (Traducción libre)

<sup>1432</sup> MACCORMICK. *Legal Reasoning and Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1978, p. 75. Citado por: GASCÓN, *Op. Cit.*, p. 79.

<sup>1433</sup> MACCORMICK, *Op. Cit.*, pp. 75-76. (Traducción libre)





justificación de su decisión...”<sup>1434</sup>, uso del término que le parece el menos confuso de todos. Concluye, entonces, que al decidir un caso, el juez debe actuar únicamente de conformidad con alguna decisión que no se limite al caso puntual, sino que abarque todos los casos similares posibles, y señala que esta es, en efecto, la manera como los jueces argumentan para justificar su decisión.<sup>1435</sup> De la necesidad de universalidad en la justificación de las decisiones deduce que “las restricciones de la justicia formal obligan a una corte a atender la necesidad de fallos genéricos, como esenciales para la justificación de decisiones particulares”.<sup>1436</sup>

Pero, para MACCORMICK, eso no significa que cada precedente deba tener una única y clara *ratio decidendi*, dogma que él tilda de ‘mera ficción’<sup>1437</sup>. Por el contrario, en ocasiones las decisiones tienen decisiones implícitas o, incluso, es posible que no exista tal *ratio*<sup>1438</sup>. En este último caso, “ni la más rígida doctrina del precedente puede, en la práctica, obligar al juez posterior a hacer algo más que encontrar alguna proposición ‘explicativa’ del caso anterior que sea relevante para resolver el caso presente”<sup>1439</sup>. Esta búsqueda *ex post* de la proposición de derecho que constituye la *ratio decidendi* del caso anterior es lo más parecido a la realidad.

---

<sup>1434</sup> *Ibidem*, p. 86. (Traducción libre)

<sup>1435</sup> *Ibidem*, p. 83. (Traducción libre)

<sup>1436</sup> *Ibidem*, p. 86. (Traducción libre)

<sup>1437</sup> *Ibidem*, p. 83. (Traducción libre)

<sup>1438</sup> *Ibidem*, pp. 84-85. (Traducción libre)

<sup>1439</sup> *Ibidem*, p. 85. (Traducción libre)



## TÍTULO II- FUNDAMENTOS Y CONDICIONES DE UNA TEORÍA LOCAL DEL PRECEDENTE JUDICIAL

Como se anticipó, aquí se abandonará el tradicional escepticismo frente a la posibilidad de desarrollo iusteórico en América Latina para, en cambio, intentar una participación periférica<sup>1440</sup> en este interesante debate.

Ante todo, para solucionar la situación jurídica poco satisfactoria y avanzar en la construcción de la teoría local del precedente judicial para lo contencioso administrativo, **se debe renunciar a cualquier intento de reconstruir el proceso psicológico que conduce al juez a una decisión determinada.** En cambio, se presentará un modelo para la justificación racional de las decisiones judiciales que aplican el precedente judicial como fuente principal del derecho, partiendo de los siguientes fundamentos o escogencias epistemológicas:

### CAPÍTULO I- Fundamentos Teóricos de una Teoría Local del Precedente

#### 1. Premisas conceptuales

##### *1.1 Concepto amplio de interpretación*

Para efectos de esta investigación, se adopta un concepto amplio de 'interpretación', referido a toda atribución de significado a un texto o enunciado normativo, aun cuando no exista motivo de duda (GUASTINI). De conformidad con esta postura, si bien un significado obvio o la resolución de una controversia "fácil" no requiere argumentación...

---

<sup>1440</sup> LÓPEZ, "Teoría impura...", *Op. Cit.*, p. 18.



[...] también un significado obvio y cualquier significado, es el resultado de una variable dependiente de la interpretación. Incluir o excluir un determinado supuesto de hecho del campo de aplicación de una cierta norma, aunque la cuestión sea pacífica, presupone comúnmente una interpretación.

Desde ese punto de vista, se produce interpretación no ya en presencia de casos “difíciles”, sino en presencia de cualquier caso: la interpretación es el presupuesto de la aplicación.<sup>1441</sup>

Así pues, la interpretación no se reserva para los casos en que el “significado de lo que es interpretado no es obvio” (RAZ)<sup>1442</sup> o para casos de duda (WRÓBLEWSKI)<sup>1443</sup>. En GUASTINI, la interpretación judicial –por oposición a la doctrinal– está “orientada a los hechos”, pues no tiene como punto de partida un texto normativo sino unos hechos o la controversia a resolver, de manera que los jueces “no se preguntan cuál es el significado de un texto normativo ‘en abstracto’, sino que se preguntan si un determinado supuesto de hecho cae, o no, dentro del campo de aplicación de una cierta norma”<sup>1444</sup>. Lo anterior, por supuesto, requiere tanto la interpretación de las fuentes como la calificación del supuesto de hecho.

## *1.2 Concepto estricto de precedente judicial*

Como se anticipó en la Sección 6 de la INTRODUCCIÓN, la definición de *precedente judicial* que se utilizará para efectos de este trabajo es la siguiente: **el precedente es “el criterio jurídico, principio o fundamento que justifica una decisión que es utilizado como una fuente jurídica para resolver casos futuros” (GASCON<sup>1445</sup>)** que, además,

<sup>1441</sup> GUASTINI, *Op. Cit.*, p. 23.

<sup>1442</sup> RAZ, “¿Por qué interpretar?”, *Op. Cit.*, p. 40.

<sup>1443</sup> WRÓBLEWSKI, “Sentido...”, *Op. Cit.*, p. 162.

<sup>1444</sup> GUASTINI, *Op. Cit.*, pp. 36-37.

<sup>1445</sup> GASCÓN, *Op. Cit.*, p. 68.



incorpora en su seno los hechos materiales del caso (no su descripción). Esta definición es cercana a la de GOODHART, quien entiende el *holding* o *ratio decidendi* de una decisión judicial como el principio jurídico que determina el resultado de la decisión judicial de acuerdo con los «hechos materiales».<sup>1446</sup>

Y este concepto debe distinguirse de otros, como el de jurisprudencia e incluso el de *res judicata*. Con TROPER y GRZEGORCZYK se puede afirmar que cuando se declara constitucional una ley en el entendido de que sea interpretada de cierta manera, lo que ocurre es el respeto de la decisión judicial en la situación que describió la Corte (*res judicata*, que se refiere a los asuntos decididos), y no un caso de respeto al precedente (que se extiende a casos análogos).<sup>1447</sup> Esta distinción entre los efectos de *res judicata* y de *precedente* resulta plenamente aplicable al caso colombiano, como se verá adelante.

Pues bien, esta definición de 'precedente judicial' tiene las siguientes implicaciones:

- a) Incorporación de los "hechos materiales" en la *ratio decidendi* y, por tanto, en cualquier intento de razonamiento con precedentes

A partir de la definición de *precedente judicial* que acaba de enunciarse, emergen los «hechos materiales» como parte sustancial del proceso de razonamiento y decisión con precedentes, al punto que el nivel de generalidad de la regla de decisión dependerá de la cantidad de hechos que hayan sido considerados como materiales en la sentencia<sup>1448</sup>. Este asunto no dependerá del *rationale* de la sentencia con valor de precedente, sino del proceso racional que realice el órgano decisorio del futuro.

---

<sup>1446</sup> GOODHART, Ar. <<Determining the Ratio Decidendi of a Case>>, Yale Law Journal, p. 169. Tomado de: MAGALONI, *Op. Cit.*, p. 92.

<sup>1447</sup> TROPER et GRZEGORCZYK, *Op. Cit.*, pp. 116-117. (Traducción libre)

<sup>1448</sup> MAGALONI. *Op. Cit.*, p. 94.



Lo anterior es, de paso, acorde con el *common law*, que se precia de prestarle especial atención a los hechos del caso<sup>1449</sup>.

Por todo esto, un modelo de precedente judicial no puede pasar por alto los hechos, ni menospreciarlos. Es así como no puede dársele primacía a las reglas sobre los hechos, ni pueden suprimirse las diferencias relevantes entre los casos hasta homogeneizarlos para poderles propinar un mismo tratamiento, como lo propugna el MAXIMALISMO (Sección 1.5. del Capítulo I del TÍTULO I de esta parte).

Esto obliga, entonces, al operador jurídico a dejar de lado las teorías que otorgan poca o nula importancia a los hechos en el proceso de creación del derecho, así como a cuestionar y matizar aquellas que conciben el precedente judicial como una instancia de aplicación de reglas, e incluso las que reducen la labor judicial a la de producir una «generalización» que homogeneice los casos y elimine las diferencias entre ellos, con el propósito de tratar el precedente de manera asimilable a un texto legislativo.

b) La generalidad no es una “condición necesaria para la existencia de una regla”

1450

Según SCHAUER, en la forma *particularista* de toma de decisiones, “no tendríamos noción de regla en absoluto, no habría un conjunto de casos claramente dentro, otros claramente fuera y otros dudosos”<sup>1451</sup>, puesto que las decisiones están centradas en la situación particular y las reglas son indicativas y carentes de peso propio<sup>1452</sup>. Esta noción se intentará rebatir aquí, en la medida en que aún una regla con un patrón fáctico bien definido y un alcance más limitado, como la que opera en las decisiones minimalistas, seguirá siendo una regla, solo que el espectro de casos futuros

---

<sup>1449</sup> SUNSTEIN, *Op. Cit.*, p. 210-211.

<sup>1450</sup> SCHAUER, *Op. Cit.*, p. 153.

<sup>1451</sup> *Ibidem*, p. 283.

<sup>1452</sup> *Ibidem*, pp. 137-138.



abarcados por ella será infinitamente más reducido. Por eso, no solo es posible hablar de reglas judiciales estrechas, sino que estas son las únicas que pueden emanar del proceso de decidir casos concretos, porque solo los casos concretos pueden dar lugar a reglas del derecho judicial <sup>1453</sup>.

*1.3 Distinción entre la ratio aparente y la ratio verdadera, en términos de CHIASSONI<sup>1454</sup>, siendo esta última la que debe descubrir el órgano decisor*

El proceso de determinar la “*ratio verdadera*” no es un ejercicio lógico, aunque sí racional y razonable. En efecto, “el precedente es esencialmente una *regla de racionalidad* y, por ello, una *regla de argumentación jurídica*”.<sup>1455</sup> En este proceso de descubrimiento, a cargo del órgano decisor, debe tenerse en cuenta lo siguiente:

En primer lugar, cuando los jueces y funcionarios administrativos “aplican” la regla del precedente, la interpretan (y en este caso, la construyen) en el mismo momento de su aplicación. Dice, con razón, MÜLLER que “[l]os atributos de la normatividad solo pueden ser despejados en el proceso de resolución de un caso” <sup>1456</sup>. En efecto, el proceso de decisión judicial conlleva una concreción o individualización de la norma jurídica general y abstracta creada por el juez (programa normativo + campo normativo) en una norma-decisión <sup>1457</sup>, esto es, en una norma especial para el caso concreto.

Así mismo, para el juez o la autoridad administrativa llamados a resolver un asunto sometido a su conocimiento, la interpretación del derecho (bien sea del texto

<sup>1453</sup> PERRONE, *Op. Cit.*, p. 190.

<sup>1454</sup> CHIASSONI, “La Filosofía...”, *Op. Cit.*, pp. 34 - 35.

<sup>1455</sup> GASCÓN, *Op. Cit.*, p. 75.

<sup>1456</sup> MÜLLER, *Op. Cit.*, p. 223. (Traducción libre)

<sup>1457</sup> *Ibidem*, p. 226. (Traducción libre)



legislativo o del precedente) nunca ocurre de manera abstracta, ni de espaldas a los hechos del caso por resolver. Se trata, por el contrario, de un proceso de creación del derecho, donde la interpretación y la aplicación ocurren de manera concomitante en el instante de la decisión del caso, y no en una progresión cronológica.

No solo es innecesario aislar al juez del caso que tiene ante sí al momento de identificar la *ratio decidendi*, sino que ellos es a todas luces imposible, al punto que cualquier pretensión en ese sentido estaría destinada al fracaso. La regla del precedente debe aplicarse al caso futuro en el mismo nivel de generalidad en el que ella se encuentra, sin procesos de abstracción que puedan abrir la puerta a la una excesiva (e innecesaria) discrecionalidad judicial.

Por lo tanto, quien debe descubrir o descifrar la “*ratio verdadera*” de una sentencia de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado es el juez contencioso administrativo o la autoridad administrativa que tiene a su cargo resolver un caso (C<sub>2</sub>) relacionado con el que dio lugar a la sentencia con valor de precedente (C<sub>1</sub>).

En segundo lugar, el hecho de que sea el juez posterior quien determina la *ratio* o regla del precedente, no significa que él sea arbitrario, puesto que la discrecionalidad del decisor es limitada. Debe reconocerse el papel preponderante que juega la cultura, los sentimientos, los instintos y el credo del operador jurídico en el proceso de decisión judicial<sup>1458</sup>, así como “las motivaciones o concepciones del mundo de los titulares de los órganos jurídicos”<sup>1459</sup> en la concreción o interpretación de las normas jurídicas. Esto, sin embargo, no significa que la aplicación del derecho no sea un proceso racional<sup>1460</sup>, o que el juez quede en entera libertad para dotar de sentido a un texto en la forma que mejor le convenga.

---

<sup>1458</sup> TAMAYO Y SALMORÁN, *Op. Cit.*, pp. 98-99, 117.

<sup>1459</sup> SCHMILL et COSSIO, *Op. Cit.*, p. 78

<sup>1460</sup> WRÓBLEWSKI, “Sentido...”, *Op. Cit.*, p. 72.



Por el contrario, la decisión final deberá ser “racional”, esto es, justificable y justificada a través de la norma aplicada, de los hechos probados, de los razonamientos y de las valoraciones<sup>1461</sup> que implican la transformación individual de la norma. Aun en lo que parte de la doctrina denomina *casos difíciles*, el derecho vigente constriñe las elecciones del decisor, quien no podrá decidir únicamente con base en factores extranormativos, racionalizados *ex post*.

HART, refiriéndose a los *casos difíciles*, reconoce que los límites a la posibilidad creadora del juez vienen dados, entre otros factores, por la obligación de decidir analógicamente, para asegurarse de que el derecho que está creando sea “coherente con los principios o razones subyacentes reconocidos como fundamentados en el Derecho existente”.<sup>1462</sup> Con esto se refiere, al parecer, al concepto de *analogía iuris*, no a *analogía legis*, distinción a la cual se regresará en la Sección 3 del Capítulo II del Título II de esta PARTE I. Además, aclara que la facultad creadora del juez difiere de la legislatura, porque aquella está sujeta a muchas restricciones que limitan sus opciones y porque “al ejercer el juez esta facultad únicamente para disponer de casos particulares no puede utilizarla para imponer reformas a gran escala ni nuevos códigos. Sus facultades son entonces ‘intersticiales’ y están sujetas a muchas limitaciones sustantivas.”<sup>1463</sup>

---

<sup>1461</sup> *Ibidem*, p. 83.

<sup>1462</sup> HART, *Op. Cit.*, p. 136.

<sup>1463</sup> *Ibidem*, p. 137.





## 2. Premisas ideológicas

### *2.1 Rechazo del positivismo legocéntrico del siglo XIX e incluso del 'positivismo suave de HART'*

Para la construcción de la teoría local del precedente judicial es imprescindible aceptar que el derecho no consiste en una aplicación mecánica de consecuencias jurídicas previstas en preceptos generales, sino que se trata de “un proceso continuo de creación del derecho hasta las mismas instancias de aplicación y concretización”.<sup>1464</sup> Se dejan atrás, así, los rezagos (todavía usuales entre los operadores jurídicos en este medio) de aquella ideología muy marcada en ordenamientos romanistas, donde “se ha privilegiado la actuación de los titulares de los órganos del Estado a partir de la ética de la convicción”<sup>1465</sup>, es decir, desde la prédica justicialista entendida como valor absoluto<sup>1466</sup>. Esto, para SCHMILL y COSSIO, explica algunos de los elementos característicos de estos ordenamientos, donde se solían concebir estos procesos de creación normativa desde una óptica deductiva y, por ende, silogística<sup>1467</sup>.

Este primer FUNDAMENTO ideológico parece obligado en el ámbito jurídico, donde la propia Corte Constitucional colombiana ha explicado las posturas teóricas que acompañan su doctrina del precedente judicial en los siguientes términos:

[...] existen evidentes dificultades para definir el ámbito de aplicación de conceptos que si bien son indeterminados, tienen un uso extendido en las disposiciones jurídicas, tales como 'eficiencia', 'razonabilidad' o 'diligencia'. Estos debates, que están presentes en cualquier disposición de derecho, sólo pueden solucionarse en cada escenario concreto

<sup>1464</sup> LÓPEZ, “Eslabones...”, *Op. Cit.*, p. 161.

<sup>1465</sup> SCHMILL et COSSIO, *Op. Cit.*, p. 80.

<sup>1466</sup> Idem.

<sup>1467</sup> PERELMAN, Ch., “*La lógica jurídica y la nueva retórica*”, trad. L. Díez Picazo, Madrid, Civitas, 1979. Citado por: SCHMILL et COSSIO, *Op. Cit.*, p. 80.



mediante una decisión judicial que es, ante todo, un proceso interpretativo dirigido a la fijación de reglas, de origen jurisprudencial, para la solución de los casos que se someten a la jurisdicción. En últimas, el derecho no es una aplicación mecánica de consecuencias jurídicas previstas en preceptos generales, como lo aspiraba la práctica jurídica de inicios del siglo XIX, marcada por el concepto del Código, sino una práctica argumentativa racional.

[...] el juez que resuelve un asunto particular debe dar lugar a [los] principios en su razonamiento jurídico, a través del mencionado proceso de armonización; y (iv) es usual que para la solución de un caso concreto concurren diversas reglas que confieren alternativas diversas y/o encontradas de decisión, no exista una regla particular y concreta para solucionar el asunto o se esté ante la colisión entre principios o entre reglas y principios.<sup>1468</sup> (Se subraya)

Para LÓPEZ, la Corte en la sentencia citada asume una posición “muy contemporánea y de alguna manera distinta a la línea realista/positivista que había adoptado en las Sentencias C-335 de 2008 y C-539 de 2011”<sup>1469</sup>, en la medida en que distingue entre precepto y norma, reconoce las características de ambigüedad, vaguedad, vacíos y antinomias como “características estructurales que exigen, por tanto, un proceso continuo de creación del derecho hasta las mismas instancias de aplicación y concretización”.<sup>1470</sup> Por eso, según LÓPEZ, el debate entre vanguardistas y tradicionalistas ya no es dominante en la jurisprudencia reciente de la Corte Constitucional, pues “ya todo el mundo parece ser vanguardista. Nadie defiende el positivismo legocéntrico en su versión del siglo XIX”.<sup>1471</sup>

Además, la Corte Constitucional “rechaza la idea de que frente a la ambigüedad del texto legal el intérprete tenga mera ‘discreción’, como en general piensan los

---

<sup>1468</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, “Sentencia C-634 del 24 de agosto de 2011”, MP. Luis Ernesto Vargas Silva, Exp. D-8413.

<sup>1469</sup> LÓPEZ, “Eslabones...”, *Op. Cit.*, pp. 158-159.

<sup>1470</sup> *Ibidem*, p. 161.

<sup>1471</sup> *Ibidem*, p. 200.



positivistas y realistas jurídicos. La metáfora preferida en este tipo de teoría jurídica [...] parece ser la contraria: las normas, incluso las no esclarecidas ni concretadas en la jurisprudencia, están insertas dentro de una red de principios, normas rectoras y proyectos sociales que el intérprete no puede desconocer.”<sup>1472</sup>

*2.2 En caso de competencia entre los principios de justicia e igualdad, por un lado, y de continuidad, certeza y predictibilidad del derecho<sup>1473</sup>, por el otro, prevalecerá el primer conjunto de principios*

Como se explicó, el MAXIMALISMO toma postura en favor de virtudes como “la confianza, la certeza y el carácter predecible de los resultados”<sup>1474</sup>, “la estabilidad por la estabilidad misma”<sup>1475</sup>, el ahorro de tiempo y esfuerzo en la toma de decisiones<sup>1476</sup> y la centralización de la aplicación del procedimiento de decisión en quienes tienen entrenamiento o educación especializada y que, por tanto, están mejor dotados para evaluar ciertos factores<sup>1477</sup>. Todo ello opera, sin duda, en desmedro de la justicia en el caso individual. En efecto, el propio SCHAUER reconoce que “es la toma de decisión particularista, más que la que se basa en reglas, la que reconoce todas las similitudes relevantes, asegurando así que los casos sustantivamente similares sean efectivamente tratados de forma similar. [...] En consecuencia, no hay nada esencialmente *justo* en la toma de decisiones basadas en reglas.”<sup>1478</sup>

Pues bien, en caso de competencia entre estos dos grupos de principios, deberán prevalecer la justicia y la igualdad en la teoría local del precedente, por motivos que

---

<sup>1472</sup> *Ibidem*, p. 147.

<sup>1473</sup> MAGALONI, *Op. Cit.*, p. 63.

<sup>1474</sup> SCHAUER, *Op. Cit.*, p. 200.

<sup>1475</sup> *Ibidem*, p. 217.

<sup>1476</sup> *Ibidem*, p. 210.

<sup>1477</sup> *Ibidem*, p. 213.

<sup>1478</sup> *Ibidem*, p. 199.



se explicarán en el TÍTULO II de la PARTE II, y que se relacionan con los fundamentos constitucionales de la doctrina de precedente vinculante en Colombia.

Ahora bien, ello no puede llevar a desaprovechar los beneficios que derivan del “atrincheramiento” bajo el modelo de reglas. Un término medio puede lograrse atrincherando el resultado frente a ciertos hechos materiales, en lugar de la instanciación de la justificación, pues es el resultado y no la justificación lo que hace parte de la *ratio decidendi*. Así, se gana seguridad y certeza, porque la sola existencia de la regla hace obligatorio llegar a un determinado resultado (*atrincheramiento*), con independencia de las justificaciones subyacentes que entraron en juego en una instancia anterior. Y este esquema reporta beneficios adicionales, en la medida en que su consagración particularista evita los riesgos de una regla *sobreincluyente* o *subincluyente*, que es la que da origen al llamado problema del atrincheramiento, “el cual no se presenta respecto de las razones particulares, sino sólo en el caso de generalizaciones sub y sobreincluyentes” <sup>1479</sup>. Y así se deja en libertad al decisor para que acuda a la justificación subyacente en una instancia posterior, cual es la justificación del resultado con miras a asegurar su racionalidad y universalidad.

Así las cosas, la autoridad nunca llega a excluir de manera absoluta las razones de primer orden, que deberán entrar siempre en un juego deliberativo de justificación de la decisión. Por eso los precedentes no son reglas de segundo orden excluyentes en el razonamiento práctico (para una opinión contraria, ver a RAZ), y ni siquiera lo son los textos legislativos.

---

<sup>1479</sup> *Ibidem*, 153.



### *2.3 Razonar con precedentes es distinto de razonar con textos normativos (e.g. leyes, reglamentos).*

Las etapas de concreción que llevan al jurista desde el texto normativo a la producción de la norma, y luego a la producción de la norma-decisión, son indicativas de que el razonamiento con precedentes tiene características distintas al razonamiento con textos normativos. Y las tiene básicamente porque, cuando el juez aplica el precedente para decidir casos futuros, hace algo muy distinto que cuando parte de un texto legislativo (no interpretado ni concretado) o de una norma general y abstracta (concretada pero no individualizada en una norma-decisión en función de las circunstancias del caso particular a resolver). La norma-decisión es, por supuesto, más concreta que la norma jurídica intermedia, y aunque tiene al texto como “punto de imputación” para decisiones concretas futuras, éste no es reproducido sino enriquecido en el juego del lenguaje jurídico según el contexto<sup>1480</sup>.

Así las cosas, trabajar con uno y otro material normativo implica procesos racionales distintos. En el caso del precedente, el texto aplicable (norma general y abstracta), de haberlo, ha sido interpretado con ‘orientación a los hechos’<sup>1481</sup>, esto es, se le ha atribuido una interpretación o significado particular para los solos efectos de su aplicación a un determinado caso. Además, ha sido “concretada” (MÜLLER, HESSE), y el proceso de concreción no tiene reversa. Es así como “[l]os *statutory precedents* vienen a completar, perfilar, delimitar o inclusive a modificar el contenido normativo de los preceptos legales. [...] De ahí que se sostenga que las decisiones judiciales que interpretan y aplican los preceptos legales vienen a fusionarse o a formar parte de la ley.”<sup>1482</sup>

<sup>1480</sup> MÜLLER, *Op. Cit.*, p. 179. (Traducción libre)

<sup>1481</sup> GUASTINI, *Op. Cit.*, pp. 36-37.

<sup>1482</sup> MAGALONI, *Op. Cit.*, p. 69.



## *2.4 Es posible la distinción de casos sin revocar o desconocer la fuerza vinculante del precedente*

Según SCHAUER, en los casos de distinción, lo que ocurre es la introducción de “una excepción a la regla [...]”, pues concibe la técnica de la distinción como “una forma de «modificar» la regla, de reducir su ámbito normativo, en el proceso mismo de su aplicación, lo cual, según el autor, equivale a «revocar» el precedente vinculante.”<sup>1483</sup> En este coincide con ALEXANDER, quien considera que es imposible la distinción de las reglas que surgen de los precedentes, sin su revocación, porque la regla modificada no justifica el caso precedente y no hay garantía de que ella “tendrá un efecto similar a la regla del precedente”.<sup>1484</sup> Por tanto, “[l]os precedentes solo se pueden seguir o revocar, ya sea total o parcialmente.”<sup>1485</sup>

No se comparte esta aproximación, pues bien puede suceder que lo que constituye una “distinción” sea simplemente el resultado de considerar que el precedente no es aplicable al caso que se analiza, porque los hechos que dieron origen a la nueva disputa (C<sub>2</sub>) sencillamente no son parte del ámbito normativo de la sentencia con valor del precedente (C<sub>1</sub>), sin que por ello se pueda afirmar que se está revocando parcialmente el precedente vinculante o que se está modificando la regla inicialmente sentada. Y ello es así, entre otras cosas, porque el juez del presente es quien determina cuál fue la *ratio decidendi* del caso con fuerza de precedente (C<sub>1</sub>), al que acude precisamente por su fuerza normativa, y es también el juez del nuevo caso C<sub>2</sub> quien decide cuál es el ámbito normativo del precedente. Por eso acierta RAZ cuando afirma que es posible la distinción sin revocación, aunque para él ello ocurre siempre

---

<sup>1483</sup> SCHAUER, F. <<Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision- Making in Law and in Life>>, Clarendon Press, Oxford- Nueva York, reimpresión, 1992, p. 187. Citado por: MAGALONI, *Op. Cit.*, p. 96.

<sup>1484</sup> ALEXANDER, *Op. Cit.*, p. 164.

<sup>1485</sup> *Ibidem*, p. 165.



añadiendo una condición extra a la regla contenida en el precedente que, aun así, justifique el resultado del caso precedente<sup>1486</sup>.

Como explica ITURRALDE...

La técnica de la distinción puede ser utilizada adecuadamente para determinar si un precedente X no es aplicable al caso en particular toda vez que, como sucede con la aplicación de una regla, los hechos del caso no son previstos por X. En este supuesto, lo que en realidad sucede es una interpretación de la *ratio decidendi* en relación con los hechos del caso. Pero la técnica de la distinción puede ser utilizada también para evitar la aplicación de un precedente que en realidad es aplicable a un caso pero cuya aplicación se considera injusta, incorrecta, etc.<sup>1487</sup>

Así, a diferencia de la técnica de distinción, a la que puede acudir cualquier juez o autoridad administrativa a cargo de la decisión con la regla de precedente, la revocatoria del precedente solo podrá realizarla el órgano autorizado para ello (en el caso de las sentencias de unificación jurisprudencial, el propio Consejo de Estado), y para todos los casos futuros; y ocurrirá bien por el reconocimiento de que la interpretación siempre fue equivocada; bien porque la decisión es inaplicable (por inoperante, oscura o porque la arbitrariedad de algunos jueces la ha debilitado); bien porque la evolución cultural, política, social, económica o tecnológica ha tornado injusta la doctrina; o por “la obsolescencia de dicha decisión debido a la evolución de los principios jurídicos”.<sup>1488</sup>

---

<sup>1486</sup> *Ibidem*, p. 163.

<sup>1487</sup> ITURRALDE, *Op. Cit.*, pp. 254-255.

<sup>1488</sup> PERRONE, *Op. Cit.*, pp. 203-204.



*2.5 El precedente como “manifestación del principio kantiano de universidad en el discurso jurídico para jueces y tribunales, ya que este principio ordena que una respuesta correcta es necesaria para casos similares.”<sup>1489</sup>*

En aras de la coherencia y disciplina judicial, es deseable (y necesario) que el criterio que se juzgó como acertado para cierto caso pueda aplicarse en casos “similares”. En efecto, la propia Corte Constitucional ha ligado la doctrina del precedente judicial al principio de universalización y el imperativo categórico. Como lo dijo en la sentencia C-447 de 1997, “algunos sectores de la doctrina consideran que el respeto al precedente es al derecho lo que el principio de universalización y el imperativo categórico son a la ética, puesto que es buen juez aquel que dicta una decisión que estaría dispuesto a suscribir en otro supuesto diferente que presente caracteres análogos, y que efectivamente lo hace. Por ello la Corte debe ser muy consistente y cuidadosa en el respeto de los criterios jurisprudenciales que han servido de base (*ratio decidendi*) de sus precedentes decisiones”.<sup>1490</sup> (Negrilla fuera de texto)

Como lo anota LÓPEZ, el principio de universalización hace que la doctrina del precedente tenga un componente ético y esté basada en principios de razonamiento práctico, enunciación que la Corte Constitucional retoma de la Sentencia SU-047 de 1999. En esta providencia, menciona como funciones de los precedentes en los ordenamientos jurídicos, además de la seguridad jurídica, la libertad ciudadana y la igualdad, de actuar

[...] como un mecanismo de control de la propia actividad judicial, pues el respeto al precedente impone a los jueces una mínima racionalidad y universalidad, ya que los obliga a decidir el problema que les es planteado de una manera que estarían dispuestos a

<sup>1489</sup> GASCÓN, *Op. Cit.*, p. 76. Véase también Robert Alexy y Neil MacCormick.

<sup>1490</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. “Sentencia C-447 de 1997”, MP. Alejandro Martínez Caballero, Exp. D- 1648.





aceptar en otro caso diferente pero que presente caracteres análogos. Por todo lo anterior, es natural que en un Estado de derecho los ciudadanos esperen de sus jueces que sigan interpretando las normas de la misma manera, por lo cual resulta válido exigirle un respeto por sus decisiones previas.<sup>1491</sup>

### 3. Fundamentos de la teoría local del precedente que se propone: fusión entre los elementos del Esquema de la Analogía de ALEXY<sup>1492</sup> y el razonamiento analógico de la teoría inglesa del *stare decisis*, haciendo énfasis en la universalización de los resultados y reservando la ponderación para casos límite<sup>1493</sup>

#### 3.1 Razones justificativas de las reglas como pauta de relevancia (ALEXY)

Según ALEXY, “las características en  $A_1$  y  $A_2$  adquieren su relevancia en virtud del hecho de que están relacionadas con las razones que justificaron las reglas que las contienen como antecedentes”, y “estas razones suelen tener el carácter de principios”.<sup>1494</sup> He aquí un punto de apoyo –aunque incompleto– para la comparación de las similitudes y, en especial, de las diferencias entre los casos. Por tanto, aun cuando se presentará una teoría local del precedente centrada en la aplicación de un determinado resultado, nunca pierden relevancia las razones que subyacen a la regla, razones que condicionan la racionalidad y justificación de la aplicación del mismo resultado a un caso para el cual no se dictó.

---

<sup>1491</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. “Sentencia SU-047 del 29 de enero de 1999”, ponentes Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero, Exp. T-180.650

<sup>1492</sup> En sentido contrario, ver: BUSTAMANTE, “La Función de la Analogía...”, *Op. Cit.*, p. 125.

<sup>1493</sup> El modelo alternativo que proponen CLÉRICO y BUSTAMANTE está basado tanto en la universalidad del resultado como en la ponderación. (BUSTAMANTE, “La Función de la Analogía...”, *Op. Cit.*, p. 143).

<sup>1494</sup> ALEXY, “Two or Three?”, *Op. Cit.*, p. 14.



*3.2 La ratio decidendi está en lo que el tribunal decidió, y no en la fundamentación del juez<sup>1495</sup>: teoría inglesa del stare decisis, con inclinación hacia lo práctico y concreto y presunción contra principios amplios*

Para GOODHART, el *holding o ratio decidendi* de una decisión judicial es el principio jurídico que determina el resultado de la decisión judicial de acuerdo con los “hechos materiales”.<sup>1496</sup> También aquí se utiliza el concepto ‘principio jurídico’ para referirse a una categoría más amplia de criterios o razones jurídicas que soportan la decisión. Así, GOODHART propone seleccionar los hechos materiales del caso, separándolos de los inmateriales, para luego determinar el *holding o ratio decidendi* (la regla de decisión) a partir del análisis de la conclusión o resultado de la sentencia<sup>1497</sup>, lo cual constituye el punto de partida de la teoría local del precedente.

Además de lo anterior, debe tomarse prestada del MINIMALISMO la presunción contra principios amplios, la cual sirve como una forma –parcial o imperfecta- de contención judicial (*‘judicial restraint’*)<sup>1498</sup>. Con ella, (a) se evita la hostilidad o violencia contra ciertos sectores sociales, (b) se sale al paso a las críticas por la falta de legitimidad de la Corte<sup>1499</sup>, y (c) se dejan las principales decisiones al sistema de deliberación democrática<sup>1500</sup>.

Se abogará, entonces, por la producción de fallos “superficiales” que dejen subsistir las discrepancias más profundas para lograr convergencias, aunque se trate de

<sup>1495</sup> MAGALONI, *Op. Cit.*, p. 94.

<sup>1496</sup> A. GOODHART, <<Determining the Ratio Decidendi of a Case>>, *Yale Law Journal*, p. 169. Tomado de: MAGALONI, *Op. Cit.*, p. 92.

<sup>1497</sup> MAGALONI, *Op. Cit.*, p. 92-93.

<sup>1498</sup> SUNSTEIN, *Op. Cit.*, p. x. (Traducción libre)

<sup>1499</sup> *Ibidem.* p. 161. (Traducción libre)

<sup>1500</sup> *Ibidem.* p. 115. (Traducción libre)



acuerdos teóricamente incompletos (*'incompletely theorized agreements'*)<sup>1501</sup>, siempre que las explicaciones de bajo nivel sean suficientes<sup>1502</sup>. Es así como habrán de leerse los fallos con valor de precedente, porque todo lo dicho en una sentencia y que no sea necesario para resolver el caso –por ser, por ejemplo, formulaciones hipotéticas- no es más que *obiter dicta* que, como tal, no será vinculante para los tribunales.<sup>1503</sup>

Ahora bien, esta presunción no puede llegar al punto de concluir (como lo hace GOODHART) que deben presumirse “materiales” todos los hechos cuando el juez anterior no ha distinguido entre los materiales e inmateriales<sup>1504</sup>; y aunque el criterio jurídico sea el único con efectos vinculantes, “la justificación subyacente en el criterio tiene una fuerza justificativa capaz de influir las decisiones en otros casos.”<sup>1505</sup>

Este fundamento no solo es conveniente sino obligado, dado que el juez solo puede expresarse con autoridad en relación con la disputa decidida y la decisión que ha tomado.<sup>1506</sup> Como se dijo, el esquema MINIMALISTA es el que mejor desarrolla el llamado *case and controversy requirement* del artículo III de la Constitución Americana, que “limita el ejercicio de la función jurisdiccional a la resolución de disputas concretas, en donde intereses jurídicos subjetivos estén en juego, prohibiendo que los tribunales se pronuncien sobre cuestiones abstractas, hipotéticas o contingentes a la disputa”.<sup>1507</sup> Es por eso que, bajo ese modelo, el juez “nunca construye un supuesto normativo, abstracto y general, sino que tal supuesto lo elabora en el mismo momento de determinar las igualdades y diferencias fácticas

---

<sup>1501</sup> *Ibidem*, p. 11.

<sup>1502</sup> *Ibidem*, pp. 13-14.

<sup>1503</sup> PERRONE, *Op. Cit.*, p. 190.

<sup>1504</sup> GOODHART, *Op. Cit.*, p. 182. (Traducción libre)

<sup>1505</sup> PERRONE, *Op. Cit.*, p. 196.

<sup>1506</sup> LLEWELLYN, *Op. Cit.*, p. 43. (Traducción libre)

<sup>1507</sup> MAGALONI, *Op. Cit.*, pp. 42-43.



entre los casos que se contrastan.”<sup>1508</sup> En efecto, el juez minimalista evita el razonamiento deductivo, inclinándose en cambio por la analogía y la referencia a problemas actuales e hipotéticos.

De manera similar, en Colombia, el principio de congruencia y la falta de competencia normadora son factores que obligan al juez contencioso administrativo a limitarse a resolver lo indispensable para decidir la controversia, centrándose en las particularidades del caso concreto o delimitando el problema<sup>1509</sup>. Teniendo en cuenta que todo lo que exceda los hechos, excede también la decisión,<sup>1510</sup> la interpretación que realice el Consejo de Estado en abstracto de una determinada norma no genera precedente ni vincula a jueces inferiores en casos futuros, sino que se tratará de mera doctrina u *obiter dicta*, pues se realiza sin consideración a un caso puntual. Esto se sustenta, además, en el entendimiento mismo del *precedente judicial vinculante* que tiene el Consejo de Estado, para el cual

[...] ha de entenderse por precedente judicial vinculante únicamente la *ratio decidendi* de una sentencia en la cual el Consejo de Estado haya adoptado una postura interpretativa determinada frente a un punto de derecho, y que dicha *ratio decidendi* se define como el fundamento jurídico-normativo directo y razón suficiente de la decisión material adoptada en su parte resolutive, en términos específicos para los hechos del caso, esto es, como la regla de derecho determinante del sentido de la decisión y su contenido específico.<sup>1511</sup>

La interpretación *ex ante* de una disposición o texto normativo para verificar “el significado objetivo de los textos normativos y/o la intención subjetiva de sus autores”<sup>1512</sup> (*teoría cognitiva o formalista de la interpretación*<sup>1513</sup>), está fundada sobre

---

<sup>1508</sup> *Ibidem*, p. 95.

<sup>1509</sup> *Ibidem*, p. 120.

<sup>1510</sup> LLEWELLYN, *Op. Cit.*, p. 45. (Traducción libre)

<sup>1511</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN SEGUNDA, Subsección A, “Sentencia del 9 de Abril de 2014”, MP. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Rad. 11001-03-25-000-2013-01528-00(3918-13).

<sup>1512</sup> GUASTINI, *Op. Cit.*, p. 30.

<sup>1513</sup> *Idem*.



premisas falaces como la plenitud y coherencia del derecho, la determinación de las decisiones judiciales por normas preexistentes y, por tanto, la sujeción del juez a la ley<sup>1514</sup>. Y, siendo imposible establecer un principio a partir de una conclusión basada en un hecho no determinado por la Corte, las conclusiones sobre la decisión que se adoptaría en situaciones hipotéticas no genera un principio<sup>1515</sup>, sino que será *obiter dicta*.

Los *obiter dicta* no son vinculantes porque las reglas del derecho judicial derivan de casos concretos. Si algunas observaciones no eran necesarias para resolver el caso, estas no tenían que ver con la disputa presentada ante el tribunal. Sin embargo, estos se derivan de formulaciones hipotéticas, cuyas particularidades no pueden ser resueltas por los tribunales de manera abstracta, ya que no les corresponde a los tribunales desempeñar esta función, sino resolver el caso en cuestión. A pesar de ello, los *dicta* desempeñan una función argumentativa.<sup>1516</sup> (Se subraya)

De lo anterior se concluye que, como la Corte solo puede dictar con autoridad una regla para el caso que decidió, y no una regla más amplia, la Corte posterior siempre podrá “reexaminar un caso anterior, y bajo el principio de que la corte pudo decidir sólo lo que tenía ante sí, y que el caso anterior debe ahora leerse con eso en mente, puede llegar a la conclusión de que la disputa que la corte anterior tenía ante sí era mucho más estrecha de lo que la corte anterior creyó y que, por tanto, se requiere una aplicación de una regla mucho más estrecha.”<sup>1517</sup>

### ***3.3 La ponderación solo procede en casos límite***

No se acogen, aquí, las ideas de ALEXY acerca de la supuesta imposibilidad de comparar casos sin acudir a la ponderación<sup>1518</sup>, ni tampoco la propuesta de

---

<sup>1514</sup> *Ibidem*, pp. 30-31.

<sup>1515</sup> PERRONE, *Op. Cit.*, p. 190.

<sup>1516</sup> *Ibidem*, p. 183.

<sup>1517</sup> LLEWELLYN, *Op. Cit.*, pp. 50-51. (Traducción libre)

<sup>1518</sup> ALEXY, “Two of Three?”, *Op. Cit.*, p. 18. (Traducción libre)



BUSTAMANTE que llega a reducir la analogía jurídica o comparación de casos a tan solo “un desarrollo judicial del derecho a partir de la ponderación”.<sup>1519</sup> En el esquema aquí propuesto, solo una vez que la comparación de casos  $C_1$  y  $C_2$  arroja la conclusión de que la regla del precedente ( $Y_1$ ) es aplicable al caso por resolver (es, por tanto, un caso *análogo* que, como tal, no puede *distinguirse*), es que **puede surgir** el dilema entre aplicar o revocar el precedente si el resultado es, por ejemplo, injusto. Esto último sólo tendrá lugar si el tribunal tiene la autoridad para revocarlo. Si no, se hablará de un apartamiento administrativo o jurisprudencial, derivado de la ausencia de justificación del resultado de la regla del precedente.

## CAPÍTULO II - Condiciones Prácticas de una Teoría Local del Precedente

### 1. Consecuencias prácticas del concepto estricto de precedente judicial

*1.1 La « ratio verdadera » no se encuentra nunca en los fundamentos (rationale) de la decisión con fuerza de precedente, sino en lo que el juez anterior hizo o decidió.*

Siguiendo a GOODHART, puede afirmarse que la razón de la decisión se encuentra en la conclusión a la que llegó el juez con base en los hechos materiales y excluyendo los inmateriales<sup>1520</sup>, sin que las razones o consideraciones constituyan la parte vinculante de un precedente<sup>1521</sup>. Estas solo permiten guiar al juez posterior en la determinación de los hechos que fueron considerados como materiales<sup>1522</sup>. He aquí una manera de superar los *impasses* que suelen encontrar quienes proponen que la construcción del

<sup>1519</sup> BERNAL et BUSTAMANTE, “Introducción”. *Op. Cit.*, p. 15

<sup>1520</sup> GOODHART, *Op. Cit.*, p. 179. (Traducción libre)

<sup>1521</sup> A. GOODHART, <<Determining the Ratio Decidendi of a Case>>, *Yale Law Journal*, pgs. 164 y 165. Tomado de: MAGALONI, *Op. Cit.*, p. 94.

<sup>1522</sup> A. GOODHART, <<Determining the Ratio Decidendi of a Case>>, *Yale Law Journal*, pgs. 175. Tomado de: MAGALONI, *Op. Cit.*, p. 94.



precedente debe partir de la argumentación de la sentencia, esto es, la dificultad que enfrentan quienes alegan que la *ratio* está en la argumentación y, al tiempo, tienen que buscar la *ratio decidendi* en un caso en que falte consenso entre los miembros del Tribunal respecto de cuáles son las razones que sustentan su decisión, como ocurre con las *plurality decisions* de la Corte Suprema de Justicia en Estados Unidos<sup>1523</sup>.

No es en el *rationale* donde se encuentra el “holding” o “ratio decidendi” de la sentencia, sino en la decisión misma. Prueba de ello es que, la manera que han encontrado los jueces y tribunales inferiores para acatar el precedente de las *plurality decisions* de la Corte Suprema de Estados Unidos es, precisamente, a través del denominado « *result stare-decisis* ». Esto es, “el tribunal posterior determina la regla del precedente de acuerdo con el método que propone GOODHART: los hechos relevantes interpretados de forma concreta y el resultado alcanzado en la sentencia conforman la regla que establece el precedente. En otros términos, las decisiones plurales se consideran autoridad para los casos *to the point*, es decir, el tribunal posterior está obligado a alcanzar el mismo resultado cuando se trate de casos con el mismo patrón de hechos.”<sup>1524</sup>

Esto no implica desechar el análisis de la opinión del tribunal, que sin duda le facilita al juez posterior seleccionar los hechos relevantes de los irrelevantes, formular el criterio de igualdad y elegir el nivel de generalidad en el cual que deben interpretarse esos hechos.<sup>1525</sup> Significa, únicamente, que dicho análisis no es más que una guía, que el juez posterior puede o no aprovechar, pero que no condiciona de ninguna manera la tarea de determinar y aplicar el precedente.

---

<sup>1523</sup> MAGALONI, *Op. Cit.*, p. 151.

<sup>1524</sup> MAGALONI, *Op. Cit.*, p. 152.

<sup>1525</sup> MAGALONI, *Op. Cit.*, p. 151



Además, ubicar la “ratio decidendi” en lo que el juez decidió es más ajustado a la manera como se desenvuelve la práctica judicial. Lo anterior, teniendo en cuenta que, debido al poco respeto por el precedente, aun cuando el juez del caso anterior haya intentado dictar un fallo amplio y profundo, la gran discrecionalidad del juez posterior para recalificar los fundamentos del fallo entre *ratio decidendi* o *holding*, por un lado, y *dicta*, por el otro, podría llevar a convertir la decisión anterior en una decisión minimalista.<sup>1526</sup> También son usuales los casos en los que, en lugar de cambiar el precedente, este se reinterpreta de manera creativa.<sup>1527</sup> No existe, pues, una verdadera línea divisoria entre uno y otro fallo, sino que es el juez llamado a aplicarlo quien deberá apreciar su alcance y la regla que contiene.

*1.2 Las posibles operaciones con la regla de precedente son las siguientes: aplicarlo, extenderlo o distinguirlo.*

Un tribunal que carece de la autoridad para revocar un precedente tendrá las siguientes alternativas: la de aplicar (*apply*) la regla del precedente, cuando se trate de dos litigios verdaderamente similares; la de extenderla o seguirla (*follow*), cuando pese a las diferencias relevantes entre los casos, el tribunal considera que ellas no justifican un trato jurídico diferente; y la de distinguir (*distinguish*) dicha regla, cuando las diferencias entre los hechos ameritan un trato distintivo.<sup>1528</sup> No se acepta, entonces, la idea de que toda distinción es una revocación del precedente, como se explicó al exponer el FUNDAMENTO 2.4 (PARTE I, TÍTULO II, Capítulo 1).

---

<sup>1526</sup> SUNSTEIN, *Op. Cit.*, pp. 19-20.

<sup>1527</sup> *Ibidem*, pp. 20-21.

<sup>1528</sup> MAGALONI, *Op. Cit.*, pp. 84 y 88.





*1.3 Poca o ninguna utilidad tiene aplicar las técnicas de interpretación textual a la ratio declarada o aparente de una sentencia de unificación, como si se tratara de una disposición normativa similar a la ley.*

Lo anterior halla explicación no solo en los reparos que existen frente a tales técnicas, sino en el hecho de que la '*ratio verdadera*' no siempre coincidirá con aquella que ha sido anunciada o declarada por el juez del caso precedente en  $C_1$  ('*ratio aparente*') y porque, aun en el supuesto de que fueran coincidentes, los rasgos característicos del razonamiento con precedentes obligan a considerar la norma en su versión concretada (norma-decisión), y no solo el texto legislativo o reglamentario que fue aplicado en dicha sentencia.

Los jueces no indagan por el significado del texto normativo "en abstracto", como lo hacen los demás juristas (el doctrinante, el catedrático o el estudioso del derecho). Por el contrario, los jueces "se preguntan si un determinado supuesto de hecho cae, o no, dentro del campo de aplicación de una cierta norma"<sup>1529</sup>. Debido a esta interpretación "orientada a los hechos", "el juez no puede limitarse a la interpretación textual", sino que "requiere, juntas: a) la interpretación de las fuentes, y b) la calificación del supuesto de hecho. A su vez, la calificación del supuesto de hecho presupone c) la verificación de los hechos de la causa."<sup>1530</sup>

---

<sup>1529</sup> GUASTINI, *Op. Cit.*, pp. 36-37.

<sup>1530</sup> *Ibidem*, p. 37.



## 2. Consecuencias prácticas del rechazo del positivismo legocéntrico del siglo XIX

### 2.1 *Se debe renunciar a cualquier intento de construir una “premisa mayor” a partir de la sentencia que constituye el precedente (C1).*

Aunque ITURRALDE reconoce (con acierto) que no es lo mismo razonar con base en el precedente que con base en reglas, minimiza dicha diferencia cuando se la atribuye al hecho de que “en el caso del precedente es necesario construir la generalización (la cual ya existe en el caso de reglas). Cuando la descripción de los hechos se convierte en parte de lo que el precedente constituye, entonces al argumento basado en precedentes es similar al que se basa en reglas.”<sup>1531</sup> (Se subraya) En ello se parece a los MAXIMALISTAS, que atribuyen al juez decisor la función de construir o elaborar esta generalización o predicado fáctico, similar al que existe en el caso de las reglas.<sup>1532</sup>

Este procedimiento es innecesario, teniendo en cuenta que: (i) la generalidad no es una condición necesaria para la existencia de una regla (FUNDAMENTO IDEOLÓGICO 1.2), ni para que ella sea universalizable, (ii) razonar con precedentes es distinto de razonar con textos normativos (FUNDAMENTO IDEOLÓGICO 2.3), (iii) el juez solo puede expresarse con autoridad en relación con la disputa decidida y la decisión que ha tomado (FUNDAMENTO IDEOLÓGICO 3.2) y (iv) desde las teorías de la lógica clásica sobre la analogía “se concluye de lo particular a lo particular y, según algunos, también de lo universal a lo universal”, lo cual distingue este procedimiento tanto de la deducción (paso de lo universal a lo particular), como de la inducción (paso de lo

---

<sup>1531</sup> ITURRALDE, *Op. Cit.*, pp. 259-260. citando a F. SCHAUER. *Playing by the Rules*, Clarendon, Oxford, 1991, pp. 245, 248.

<sup>1532</sup> SCHAUER, *Op. Cit.*, p. 245.



particular a lo universal)<sup>1533</sup>. Además, como se dijo, la regla del caso precedente ya fue « concretada » (MÜLLER, HESSE) o « individualizada » (SCHMILL, COSSIO, KELSEN), y esa operación no es reversible. Por tanto, es imposible intentar ascender en el nivel de generalidad para situarse en un nivel superior de abstracción a aquel que tiene en realidad la regla del precedente.

No es necesario, entonces “inducir” a partir de la decisión precedente (Y<sub>1</sub>) una regla abstracta que pueda ser reproducida –tarea que resultaría difícil en el ámbito local, dada la formación de los operadores jurídicos en Colombia y la tradición legalista que ha predominado en esta latitud-, puesto que es la decisión misma, y los hechos, los que resultan relevantes. Lo anterior, dado que para el *Common Law* “la principal fuente creadora de Derecho es, pues, el precedente”, y la seguridad jurídica se basa en la aplicación de la razón práctica, esto es, en la manera como se resolvió el caso en concreto, “y no en la forma como en abstracto ha previsto la ley la solución.”<sup>1534</sup>

No es necesario, tampoco, que el juez anterior establezca reglas abstractas y generales, lo cual restringe el poder normativo del juez y limita su rol a la mera resolución de la controversia que se le presenta, dejando muchos asuntos sin decidir, al estilo del *minimalismo*. Y lo hace por motivos similares a los que esgrime esta última corriente, según la cual los tribunales no son competentes para “establecer reglas abstractas y generales que comprendan con antelación una clase de posibles litigios; el *case and controversy requirement* del artículo III constitucional les impide pronunciarse sobre cuestiones abstractas o hipotéticas.”<sup>1535</sup> (cursiva fuera de texto)

---

<sup>1533</sup> ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel. “Sobre la analogía en el Derecho: Ensayo de análisis de un razonamiento jurídico”. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1986. p. 78. Citando a Ulrich KLUG.

<sup>1534</sup> CALVO, *Op. Cit.*, p. 96.

<sup>1535</sup> MAGALONI, *Op. Cit.*, p. 98.



Es así como debe adoptarse, del MINIMALISMO, la idea de que el juez “nunca construye un supuesto normativo, abstracto y general, sino que tal supuesto lo elabora en el mismo momento de determinar las igualdades y diferencias fácticas entre los casos que se contrastan.”<sup>1536</sup> En efecto, el juez minimalista evita el razonamiento deductivo, inclinándose en cambio por la analogía y la referencia a problemas actuales e hipotéticos; no considera que una decisión sea el resultado de una regla o teoría preexistente.<sup>1537</sup> Así, el MINIMALISMO no atiende a un programa o teoría judicial, “sino que corresponde al comportamiento de los jueces al decidir, de manera real, los casos”.<sup>1538</sup> Con esto se evita caer, pues, en la nomofilaxia, entendida como “la función o cometido de ciertos tribunales que, al tener atribuida la competencia de definir el derecho objetivo, atienden en sus sentencias más a esta finalidad que a la cuestión concreta que enfrenta a las partes del proceso”<sup>1539</sup>, con lo cual no es la mejor decisión (la más justa, en derecho) la que se impone con fuerza de precedente para casos futuros.

*2.2 En tratándose del precedente judicial, es incorrecto pretender aplicar una “regla general” por la vía de la subsunción, para obtener de allí una decisión para el caso por resolver (C<sub>2</sub>)*

Como consecuencia de lo anterior, es incorrecto pretender derivar de una suerte de “premisa mayor” la decisión para el caso por resolver (C<sub>2</sub>), por la vía de la subsunción. Se reitera, en cambio, que es en el momento mismo de la aplicación del precedente que él se interpreta (descifra, determina, descubre), y no como un paso previo, abstracto y aislado del proceso de aplicación de la regla.

---

<sup>1536</sup> *Ibidem*, p. 95.

<sup>1537</sup> SUNSTEIN, *Op. Cit.*, p. 9.

<sup>1538</sup> CAJAS SARRIA, Mario. “Minimalismo judicial ¿Cass Sunstein en la Corte Constitucional?”, pp. 57-81. En: Universidad ICESI, “Precedente: Anuario Jurídico 2007”, Cali, p. 61.

<sup>1539</sup> TARUFFO, *Op. Cit.*, p. 98.



Lo anterior obliga a rechazar nociones de la *ratio decidendi* como la de ROBLES ALVAREZ DE SOTOMAYOR<sup>1540</sup>, para quien se trata de “la norma o principio de Derecho objetivo, inducida de la decisión judicial, declaratoria o confirmatoria del Derecho, vinculante para los Tribunales de Justicia dentro de ciertos límites dados por la razón y la justicia”.<sup>1541</sup>

### 3. Consecuencias prácticas del precedente como forma de razonamiento analógico

#### 3.1 “[C]ualquier aplicación del precedente judicial debe ir acompañada de una analogía entre los casos”<sup>1542</sup>.

Un rasgo característico del MINIMALISMO es el razonamiento analógico, que reduce la necesidad de construir grandes teorías de la nada y, por el contrario, crea un trasfondo fijo y compartido en el cual los jueces pueden trabajar<sup>1543</sup>. La comparación de casos consiste en comparar los hechos relevantes de uno y otro, sin previas operaciones de “abstracción” o “generalización”. Se comparan hechos (y no reglas) en el grado de particularidad en el que ellos se encuentran, aunque no por ello puede tildarse esta operación como excesivamente “particularista”<sup>1544</sup> o minimalista, pues aquí no se olvida la justificación detrás de las decisiones.

El proceso de análisis de casos otorga mayor flexibilidad que el de reglas preestablecidas, debido a la autoridad que tiene el juez del caso posterior para apreciar

---

<sup>1540</sup> ROBLES ALVAREZ DE SOTOMAYOR, A. “El precedente judicial anglosajón y la jurisprudencia española”, en la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, T. XV, num 183, mayo 1948, p. 509. Citado por: CALVO, *Op. Cit.*, p. 96.

<sup>1541</sup> CALVO, *Op. Cit.*, p. 96.

<sup>1542</sup> CARLOS et BUSTAMANTE, “Introducción”, *Op. Cit.*, p. 11.

<sup>1543</sup> SUNSTEIN, *Op. Cit.*, p. 42. Traducción libre y no literal del siguiente texto: “Most important, analogical reasoning reduces the need for theory-building, and for generating law from the ground up, by creating a shared and relatively fixed background from which diverse judges can work.”

<sup>1544</sup> BUSTAMANTE, “La Función de la Analogía...”, p. 147.



lo que ha hecho y dejado de hacer el juez del caso precedente<sup>1545</sup>, y porque permite tomar provecho de los acuerdos teóricamente incompletos que menciona SUNSTEIN. Así las cosas, el análisis se centra en la búsqueda de similitudes y diferencias y de principios de bajo nivel en los que distintos sectores puedan confluir<sup>1546</sup>.

Como el razonamiento analógico es central en el proceso del *common law*<sup>1547</sup>, que se caracteriza por su particularismo, su especial énfasis en los hechos<sup>1548</sup> y su construcción progresiva, es forzoso concluir que solo podrá existir en Colombia un avance hacia un verdadero sistema de precedentes si se incorpora la analogía entre casos como una de las consecuencias prácticas del precedente. Esta condición ya la había puntualizado TARUFFO, quien destaca como una diferencia relevante entre el ordenamiento jurídico italiano y los sistemas en los cuales rige la regla del precedente el hecho de que “por regla general, los textos que constituyen nuestra jurisprudencia no incluyen los hechos que han sido objeto de decisión, de modo que la aplicación de la regla formulada en una decisión precedente no se funda sobre la analogía de los hechos, más sí sobre una subsunción del caso sucesivo en una regla general”<sup>1549</sup>.

Para comprender esta CONDICIÓN PRÁCTICA de la teoría local del precedente, habrá que aclarar que el razonamiento analógico que tiene lugar en toda aplicación del precedente es distinto de...

- a. La analogía legis<sup>1550</sup>, que es el modelo tradicional de analogía en países de derecho continental, la cual puede definirse como “un procedimiento

---

<sup>1545</sup> SUNSTEIN, *Op. Cit.*, p. 43. (Traducción libre)

<sup>1546</sup> Idem. (Traducción libre)

<sup>1547</sup> Ibídem, p. 49. (Traducción libre)

<sup>1548</sup> Ibídem, p. 211. (Traducción libre)

<sup>1549</sup> TARUFFO, *Op. Cit.*, p. 89.

<sup>1550</sup> En contraste, la analogía maximalista sí se parece al esquema tradicional, pues no solo analiza los hechos en un nivel superior de generalidad para determinar si se justifica que dos supuestos distintos reciban el mismo tratamiento en derecho –lo cual, como se dijo, no se comparte aquí– sino que, es para lo NO comprendido en dicho ámbito normativo que, en SCHAUER, procede la extensión del



argumentativo que permite trasladar la solución prevista para un determinado caso, a otro distinto, no regulado por el ordenamiento jurídico, pero que se asemeja al primero en cuanto [...] comparte con aquél ciertas características esenciales o bien [...] la misma razón (*eadem ratio*).”<sup>1551</sup> Se trata, pues, de un procedimiento distinto del razonamiento analógico, pues este último no tiene como punto de partida la inexistencia de una regla para un caso puntual (como ocurre con la *analogía legis*), sino precisamente la existencia de un precedente *potencialmente* aplicable a un caso puntual.

La analogía a la que se acudirá, como basamento de las elaboraciones doctrinales y metodológicas que aparecen en la PARTE II de esta disertación, no corresponde a la aplicación tradicional en países de derecho continental. Y ello es así, por cuanto no se comparten sus premisas esenciales, a saber: (i) el dogma de la plenitud del ordenamiento jurídico, que es el que sustenta la noción de la “laguna aparente” como un fallo o una deficiencia del sistema que, por tanto, debe solucionarse<sup>1552</sup>, (ii) el postulado del legislador racional, que supone que este ha querido preservar el mismo tratamiento para todos los supuestos esencialmente semejantes al que ha regulado, que es lo que justifica la extensión de la consecuencia a casos similares<sup>1553</sup>, (iii) el “tramo inductivo” de la analogía, también derivado de la ficción del legislador racional, que supone “elevar la regulación dada a un supuesto a un principio válido para regular todos los demás casos similares”<sup>1554</sup>, negando de paso la actividad creadora del juez<sup>1555</sup>, y (iv) la excesiva libertad que se otorga al juez para determinar cuándo los casos son semejantes o gozan de igual razón, con lo cual la extensión de la

---

precedente (que, como tal, no es precedente aplicable al asunto) a través del procedimiento analógico. Ver: MAGALONI, *Op. Cit.*, p. 111.

<sup>1551</sup> ATIENZA, *Op. Cit.*, p. 29.

<sup>1552</sup> EZQUIAGA, *Op. Cit.*, p. 164.

<sup>1553</sup> *Ibidem*, p. 166.

<sup>1554</sup> *Ibidem*, p. 167.

<sup>1555</sup> *Ibidem*, p. 167.



regulación queda sujeta a los valores propios del juez<sup>1556</sup>. Estas ideas no tienen cabida en la concepción contemporánea del imperio de la ley (*rule of law*), ni en la teoría que aquí se presenta.

- b. *La analogía iuris*, expresión que empieza a utilizarse a mediados del siglo XVIII para referirse al procedimiento general para llenar lagunas y que luego “adquiere un sentido más restringido”, a saber, el del procedimiento para llenar las lagunas no a partir de una ley [como ocurre con la *analogía legis*], sino de hacerlo acudiendo a los principios generales del Derecho.<sup>1557</sup> Como se verá, aunque los principios indudablemente hacen parte del proceso de justificación de la decisión, no puede compartirse la conclusión de BOBBIO en el sentido de que “tanto la analogía como los principios son procedimientos de subsunción de un caso particular en un principio general, aunque en la analogía se trate de una subsunción *indirecta*.”<sup>1558</sup>
- c. *La extensión analógica* que procede cuando, previo razonamiento analógico, el decisor resuelve que el caso por resolver (C<sub>2</sub>) no se encuentra gobernado por un precedente, pero aun así decide “extender” por analogía el precedente al nuevo caso, eliminando las diferencias y haciendo prevalecer las similitudes, operación que se acerca más al procedimiento de *analogía legis* (a).

El razonamiento analógico no excluye las reglas. Sin embargo, la interpretación de reglas por analogía supone entenderlas en relación con casos paradigmáticos, prototípicos o ejemplares, yendo más allá de texto y la historia para considerar también una amplia lista de casos respecto de los cuales sea posible la analogía y la

---

<sup>1556</sup> *Ibidem*, pp. 165-166.

<sup>1557</sup> ATIENZA, *Op. Cit.*, pp. 40-41.

<sup>1558</sup> *Ibidem*, pp. 54-55. Citando a: N. BOBBIO, voz “principi generali del diritto”, en *Novissimo Digesto Italiano*, XIII, UTET, Turín, 1966. p. 895.





distinción. Con ello, y acudiendo a los llamados acuerdos teóricamente incompletos, se reduce la amplitud de la regla y la carga en la toma de decisiones<sup>1559</sup>. Incluso, en la teoría local que aquí se plantea, se realiza el papel de las reglas en la toma de decisiones judiciales, recogiendo de paso los beneficios que ello plantea en términos de seguridad jurídica, uniformidad del derecho y predictibilidad de las decisiones.

### 3.2 *La representación que hace GOODHART es solo el punto de partida.*

Si el operador jurídico colombiano ha de servirse de los parámetros de la teoría de GOODHART, tendrá que realizar algunos ajustes para adaptarla a la cultura jurídica local y a las necesidades del CPACA, así:

- a. Reduciendo el excesivo poder que GOODHART le atribuye al juez que produce la sentencia con valor de precedente (C<sub>1</sub>), que es alguien distinto de quien debe construirlo para resolver su propio caso (C<sub>2</sub>). Tiene demasiada importancia el valor que el juez anterior dio a los hechos, y resulta excesiva y poco útil la solución que brinda GOODHART para los casos en que el juez anterior no haya distinguido entre hechos materiales e irrelevantes: que todos los hechos se tomen como materiales<sup>1560</sup>.
- b. Introduciendo la razón jurídica, o la justificación, en la etapa de comparación de casos, esto es, en el *test de relevancia* o de materialidad. Este ajuste deriva de las críticas de CROSS, HARRIS y SUNSTEIN al pensamiento de GOODHART :

---

<sup>1559</sup> SUNSTEIN, *Op. Cit.*, p. 43. (Traducción libre)

<sup>1560</sup> Véase A.L. GOODHART. *Essays in Jurisprudence and the Common Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 1937, pp. 25-26, 9- 22. Citado por: ITURRALDE, *Op. Cit.*, p. 260.



Según CROSS y HARRIS, para conocer la regla de un precedente y pronosticar sus futuras aplicaciones no basta con saber cuáles son los hechos materiales y el resultado alcanzado como sostiene GODHART (sic), se requiere, además, saber *por qué* determinados hechos fueron considerados como materiales. Para entender por qué un juez prestó atención a unos hechos y no a otros es preciso analizar las razones (*rationale*) que explican el resultado alcanzado<sup>1561</sup>. Sólo si el tribunal posterior comprende las razones que sustentan la sentencia con valor de precedente estará preparado para poder valorar las diferencias y similitudes entre el precedente y el nuevo asunto que resuelve.

El *rationale* de la decisión con valor de precedente juega un papel central para formular el juicio de igualdad que exige el contraste entre dos asuntos distintos. Las razones que motivan y justifican la decisión previa permiten al juez posterior configurar un criterio material para valorar las igualdades y diferencias entre los dos casos y decidir si extiende o distingue la regla del precedente. En este sentido, para razonar por medio de analogías es indispensable penetrar en las opiniones de los casos previos y determinar las consideraciones jurídicas. (...) El razonamiento analógico parte de la premisa de que cualquier sentencia se sustenta en razones o principios que son más amplios y generales que el caso concreto para el cual fueron formulados.<sup>1562</sup>

Entonces, más que guiar al juez posterior en la determinación de los hechos que fueron considerados materiales<sup>1563</sup> por el juez anterior J<sub>1</sub>, la introducción de la razón jurídica permitirá al juez futuro J<sub>2</sub> elegir entre los hechos del caso precedente, aquellos que él (J<sub>2</sub>) considera que fueron los relevantes para arribar a la decisión tomada en el caso anterior (C<sub>1</sub>). En efecto, el propio SCHAUER reconoce que “cuando una regla se presenta por primera vez como poco clara, parece incuestionable que se miren en primer lugar las

---

<sup>1561</sup> *Precedent in English Law*, cit. Pag. 70. Citado por: MAGALONI, *Op. Cit.*, p. 102.

<sup>1562</sup> MAGALONI, *Op. Cit.*, pp. 102-103, citando a SUNSTEIN. *Legal Reasoning and Political Conflict*, cit. p. 11.

<sup>1563</sup> GOODHART, A., <<Determining the Ratio Decidendi of a Case>>, *Yale Law Journal*, pgs. 175. Tomado de: MAGALONI, *Op. Cit.*, p. 94.



justificaciones que subyacen a ella.”<sup>1564</sup> Así, por ejemplo, si es dudoso si un perro embalsamado es un perro para efectos de la regla que prohíbe el ingreso de perros a un restaurante, “esa falta de claridad desaparece una vez que se admite que la justificación que subyace a la regla ‘no se admiten perros’ pretende excluir del restaurante a aquellos agentes que, por su conducta molesta, pueden interferir con el placer de cenar de otra gente en el restaurante.”<sup>1565</sup>

- c. Prestando especial atención al análisis de las diferencias, más que a las similitudes entre casos, en los términos que se expondrán en la PARTE II.
- d. Controlando la aplicación del resultado  $Y_1$  al caso  $C_2$ . Esta aplicación del RESULTADO  $Y_1$  (no del principio, criterio o razón jurídica) estará justificada en el caso  $C_2$  solo si se encuentra una razón jurídica común para las consecuencias de los casos  $C_1$  y  $C_2$ . Con ello se asegura que las consecuencias de la aplicación de la regla del precedente no queden libradas al azar ni se incurra con ello en excesivo particularismo.

Así, desplazando el análisis de las razones sustantivas o *background principles* a un momento posterior del razonamiento judicial, es posible resolver (o al menos matizar) la tensión entre continuidad (reglas) y cambio (estándares).

Aunque el modelo de reglas suele identificarse con el modelo de *rule-bound justice*<sup>1566</sup>, en aras de la seguridad jurídica y la estabilidad (relativa) del derecho, puede incorporarse a este modelo uno de los méritos de dicho esquema:

---

<sup>1564</sup> SCHAUER, *Op. Cit.*, p. 287.

<sup>1565</sup> *Idem*.

<sup>1566</sup> MAGALONI, *Op. Cit.*, p. 140.



[...] la regla se « independiza », por decirlo de algún modo, de las razones sustantivas o *background principles* que la sustentan y, por tanto, su futura fuerza normativa dependerá fundamentalmente de que se materialicen los hechos que condicionan su aplicación. [...]

Por eso no se acude en esta disertación a la *casuística* en estricto sentido, donde prevalecen los estándares con su lenguaje sustancialista y donde “el tribunal que establece el precedente busca conferir un amplio margen de libertad para que el tribunal posterior, a la luz de las circunstancias fácticas del nuevo asunto a resolver, decida cómo ajustar su decisión al precedente [a las razones sustantivas o *background principles*] que le vincula.”<sup>1567</sup> En cambio, se intenta una postura intermedia, donde la regla se independiza de tales razones sustantivas (al menos en un primer estadio) para reducir la libertad que los minimalistas dejan a los tribunales posteriores para “ajustar” gradualmente el precedente –sin excluir esa posibilidad-. Pero esas razones penetran en el razonamiento judicial tanto en el *test de relevancia*, como en la justificación de primer nivel, garantizando de paso la adaptación del derecho a la realidad siempre cambiante.

Visto, entonces, (i) que el razonamiento con precedentes es una forma ‘peculiar’ o ‘especial’ de razonamiento jurídico, y (ii) que ninguna de las doctrinas sobre el precedente judicial aquí estudiadas puede aplicarse *in toto* para determinar y aplicar el precedente judicial contenido en las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en Colombia, ha quedado demostrada la **NECESIDAD** de una teoría del precedente judicial para Colombia. Además, la revisión de las distintas posturas epistemológicas ha permitido determinar los **FUNDAMENTOS** teóricos y las **CONDICIONES** prácticas de dicha teoría para el caso colombiano, puntos de partida para la PARTE II de esta tesis.

---

<sup>1567</sup> *Ibidem*, p. 139.



## PARTE II

### TEORÍA LOCAL DEL PRECEDENTE JUDICIAL

A partir de los fundamentos teóricos y las condiciones prácticas ya mencionados, en esta **SEGUNDA PARTE** se intentará construir una la teoría local del precedente judicial que permita a los jueces contencioso administrativos y a las autoridades administrativas en Colombia determinar y aplicar de manera racional el “precedente judicial” que contienen las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado al decidir los asuntos que llegan a su conocimiento. Así, a partir del concepto de precedente *stricto sensu* ya explicado y de los aportes doctrinales que en Colombia se han hecho desde la academia y la Corte Constitucional sobre el carácter vinculante de la jurisprudencia, se abordarán las consecuencias del concepto estricto de precedente judicial que aquí se adopta, aclarando qué tipo de sentencias se encuentran comprendidas en esta categoría y el grado de vinculatoriedad que ellas ostentan para las autoridades judiciales y administrativas. Finalmente, se presentarán los elementos estructurales de la Teoría Local del Precedente Contencioso Administrativo, incluidas sus premisas contextuales y su método de aplicación.



## TITULO I – UN NUEVO CONCEPTO DE PRECEDENTE JUDICIAL

### CAPITULO I- Principales aproximaciones al precedente judicial en Colombia

Cualquier estudio como el aquí propuesto debe apoyarse, ante todo, en la doctrina de los autores que se han ocupado de la cuestión, esto es, de la teoría local del precedente judicial en general. Los análisis que siguen dan cuenta de que, cuando Colombia adoptó para sí algunos elementos de la Teoría Transnacional del Derecho de los centros de producción jurídica<sup>1568</sup>, no acogió también las técnicas y fundamentos jurídicos que acompañan tales teorías. Se trata, más bien, de una amalgama de elementos característicos de las doctrinas imperantes en centros de producción, copias fragmentarias de modelos teóricamente incompletos.

#### 1. Prohibición constitucional del precedente judicial (TAMAYO, YEPES Y JARAMILLO)

**TAMAYO** “se detiene en la demolición minuciosa del aparato argumental proveniente de la H. Corte Constitucional (con singular atención sobre el expuesto en la Sentencia C-836/01), con que se ha construido la doctrina que relativiza el concepto de “Imperio de la Ley”, como única fuente normativa de la sentencia...”.<sup>1569</sup> Para este autor, la doctrina constitucional sobre la obligatoriedad de la *ratio decidendi* de ciertas sentencias de dicha Corporación, del Consejo de Estado y de la Corte Suprema de Justicia desconoce la “claridad” del artículo 230 Superior, el cual atribuye a la jurisprudencia el carácter de fuente subsidiaria del derecho.<sup>1570</sup> Lo anterior, en la medida en que la jurisprudencia no puede ser, de manera simultánea, fuente

<sup>1568</sup> LÓPEZ, “Teoría Impura...”, *Op. Cit.*, Capítulo 1.

<sup>1569</sup> YEPES, *Op. Cit.*, p. XXII.

<sup>1570</sup> TAMAYO, *Op. Cit.*, Javier. p. 3.



obligatoria y fuente auxiliar de la actividad judicial. Por ello, considera que la doctrina que defiende esta postura constituye una “fusión lógicamente imposible”<sup>1571</sup>.

Se opone, por tanto, a los argumentos de BERNAL en favor del carácter vinculante de la jurisprudencia, pues entiende que los artículos 4 y 241 de la Constitución “ni por asomo, dan a entender que la jurisprudencia tiene fuerza vinculante. Por el contrario, si el artículo 230 C.P. en forma expresa establece la no obligatoriedad de la jurisprudencia, los citados artículos 4 y 241 le imponen a la Corte la obligación de hacer respetar ese texto...”.<sup>1572</sup> Según TAMAYO, esta doctrina constitucional no hace sino enmascarar una reprochable conducta de la Corte Constitucional que erosiona el principio de legalidad, la separación de poderes<sup>1573</sup> y la “voluntad inequívoca del constituyente primario”<sup>1574</sup>. Para él, la palabra Ley contenida en el artículo 230 Superior admite una acepción amplia, en la que están comprendidas la Constitución, la Ley y los decretos administrativos<sup>1575</sup>, pero nada más.

Según TAMAYO, el constituyente consideró que era un sistema de Derecho escrito, y no uno de precedentes, el que garantizaba la igualdad de todos frente a la ley.<sup>1576</sup> En cambio, la doctrina de la Corte conduce a interpretar el artículo 230 CP como si dictara simplemente que el juez estará sometido a la *justicia material*.<sup>1577</sup> Se trata, para él, de una lucha ideológica por el poder político para tomarse todo el sistema jurídico vigente<sup>1578</sup> mediante una “interpretación *valorista* según la cual los textos de la ley y de la misma Constitución deben ser desatendidos si ello es indispensable para

---

<sup>1571</sup> *Ibidem*, p. 9.

<sup>1572</sup> *Ibidem*, p. 115.

<sup>1573</sup> *Ibidem*, p. 20.

<sup>1574</sup> *Ibidem*, pp. 5-6.

<sup>1575</sup> *Ibidem*, p. 143.

<sup>1576</sup> *Ibidem*, p. 10.

<sup>1577</sup> *Ibidem*, p. 67.

<sup>1578</sup> *Ibidem*, p. 26.



lograr la realización del Estado Social de Derecho y demás valores constitucionales.”

1579

Y presenta, además, un argumento de conveniencia, pues afirma que la obligatoriedad rígida del precedente es “nefasta” para el ordenamiento jurídico, como lo es también la amenaza que plantea la procedencia del delito de prevaricato por violación del precedente judicial<sup>1580</sup>. En todo caso, no considera que sea necesario establecer la obligatoriedad de las decisiones judiciales, pues la jurisprudencia en Colombia se ha ido unificando de manera espontánea sin tal condición.<sup>1581</sup> Esta concepción acerca del funcionamiento del precedente –estricto, mecánico y, por tanto, muy distinto del que la propia Corte Constitucional defiende- conduce a TAMAYO a concluir, de manera errónea...

- (i) Que, como la jurisprudencia se compone de lenguaje, también requiere interpretación<sup>1582</sup>, pero el precedente obligatorio solo permite acudir al método de interpretación literal<sup>1583</sup>;
- (ii) Que, por esto, “la jurisprudencia es todavía menos igualitaria que la ley, dados los desarreglos que produce una aplicación mecánica de la jurisprudencia [...] que, generalmente, conduce a una igualdad formal pero a una desigualdad material...”<sup>1584</sup>.
- (iii) Que, para garantizar al máximo la igualdad de todos ante la ley, lo que procede es buscar la “mayor similitud semántica posible entre la norma aún

---

<sup>1579</sup> *Ibidem*, p. 5.

<sup>1580</sup> *Ibidem*, p. 4.

<sup>1581</sup> *Ibidem*, p. 36-37.

<sup>1582</sup> *Ibidem*, p. 35.

<sup>1583</sup> *Ibidem*, p. 41.

<sup>1584</sup> *Ibidem*, p. 10.





no interpretada por la Corte y esa misma norma, ya interpretada”<sup>1585</sup>, es decir, conservando el núcleo duro de la norma interpretada<sup>1586</sup>;

- (iv) Que el precedente obligatorio “convierte a los jueces de rango inferior en simples autómatas de la voluntad de las altas Cortes”<sup>1587</sup>, es decir, pasan de ser la boca de la ley a convertirse en “*la boca de la Corte*”<sup>1588</sup>. Sobre esto último, el autor lanza la siguiente crítica:

[...] los *neoconstitucionalistas ideológicos o valoristas*, detestan el formalismo jurídico legal del positivismo paleolítico, y afirman que el Juez, en lugar de regirse por la ley, debe fallar de acuerdo con unos principios generales que permitan la realización de la justicia y del Derecho sustancial. Pero al “reconstruir” el Derecho vigente a partir de la capacidad legislatora y política de la Corte Constitucional, se convierten en los más férreos y conservadores formalistas, hasta el punto de que obligan a todos los jueces inferiores a que apliquen la teoría de la subsunción o silogismo jurídico. Solo que esta vez, la premisa mayor no es la ley creada democráticamente y con anterioridad a su aplicación como lo ordena la Constitución, sino la decisión valorativa de la Corte Constitucional. Es decir son antiformalistas sólo hasta cuando la Corte consagre lo que a dichos autores y Magistrados les conviene ideológicamente. Realizada esta gestión, el formalismo es demoleedor y conservador como lo es toda ideología política cuando se consolida en el poder.<sup>1589</sup> (Subrayado fuera de textos)

Se trata, como se ve, de una visión fragmentaria, desueta y en exceso simplista acerca del alcance del artículo 230 de la Constitución, con la cual se yerra al equiparar a la subregla judicial con un texto normativo, como si el proceso racional

---

<sup>1585</sup> *Ibidem*, p. 39.

<sup>1586</sup> *Ibidem*, p. 99.

<sup>1587</sup> *Ibidem*, p. 5.

<sup>1588</sup> *Ibidem*, p. 110.

<sup>1589</sup> *Ibidem*, p. 29.



detrás de la aplicación de una y otra fueran asimilables. Esta idea, como se explicó, no se comparte (ver el TÍTULO II, CAPÍTULO II, Sección 2 de la PARTE I).

Este entramado conceptual e ideológico lleva a TAMAYO a concluir que las leyes 1395 de 2010 y 1437 de 2011, en cuanto establecen el precedente obligatorio, son inconvenientes e inconstitucionales, puesto que legalizaron toda esta construcción jurisprudencial.<sup>1590</sup> Por tratarse, a su juicio, de una visión incompatible con el contenido original de la Constitución Política de 1991, entiende que cualquier intento de volver obligatorio el precedente requiere, indefectiblemente, “que se reforme la Constitución por el Congreso o por el pueblo, pero que no lo haga la Corte pues no tiene facultades para ello.”<sup>1591</sup>

Como puede verse, los vicios que endilga TAMAYO a la doctrina vinculante del precedente judicial son atribuibles, casi en su totalidad, a la idea de que al crear el precedente el juez crea la norma para ser interpretada acudiendo solo al método literal, y para ser aplicada de manera silogística, deductiva y a rajatabla. La teoría local del precedente contencioso administrativo que aquí se propone intenta superar estas concepciones continentales y textualistas del precedente. Así, lo que se intentará será enriquecer el proceso hermenéutico con una dosis de elasticidad y empoderar al juez que aplica el precedente y que, por tanto, lo crea. Solo así será el precedente un verdadero instrumento de la justicia material y de la igualdad de todos ante la ley.

En esta misma línea se ubican YEPES y JARAMILLO, quienes se aproximan al precedente desde una óptica textual e histórica e intentan escudriñar el sentido original de la Carta de 1991 para hallar allí la respuesta acerca del valor que tienen, o han de tener, las decisiones judiciales.

---

<sup>1590</sup> *Ibidem*, p. 161.

<sup>1591</sup> *Ibidem*, p. 39.



**YEPES**, ex constituyente y exmagistrado del Consejo Superior de la Judicatura, se refiere a los antecedentes del artículo 230 de la Constitución en la Asamblea Nacional Constituyente. Recuerda, con especial detalle, la ponencia original de Álvaro Gómez Hurtado y Jaime Fajardo Landaeta para la sesión plenaria del 1 de junio de 1991 y la Proposición Sustitutiva No. 8 que YEPES presentó a consideración de los demás delegatarios. Esta última fue derrotada por la propuesta sustitutiva de Armando Holguín Sarria.

A partir de lo debatido en la Asamblea Nacional Constituyente, concluye que la norma que entró a formar parte de la codificación como artículo 230 contiene una serie de cambios “[anti]técnicos”<sup>1592</sup> y que

No hay entonces ninguna base para sostener que la Constitución consienta el tratamiento de fuente y la consiguiente atribución de fuerza vinculante a la jurisprudencia. Todas las elucubraciones en contrario, aún las del más alto, prestigioso y respetable origen, desconocen el rigor de la norma constitucional.

[...] si se decide el ordenamiento institucional por la revolución reaccionaria de introducir el precedente en nuestra Constitución circunscribiendo el giro de 360 grados que nos llevaría al punto del que partimos en 1892, y mucho antes, cuando nuestro sistema adquirió su fisonomía característica, no puede nuestra cultura jurídica ignorar los enormes riesgos que implica fundir en la autoridad judicial el poder legislativo que establece normas y el jurisdiccional que las aplica. [...] <sup>1593</sup>

Por otra parte, según **JARAMILLO**, el artículo 230 se encuentra en franca contradicción con el artículo 235 Superior, el cual le asigna a la Corte Suprema la atribución de actuar como tribunal de casación y, por tanto, de buscar la unificación

---

<sup>1592</sup> YEPES, *Op. Cit.*, p. XXIX.

<sup>1593</sup> *Ibidem*, p. XXXI.



de la jurisprudencia, “la que difícilmente se logrará si no se dota a la jurisprudencia de un rango diverso al de ser meramente auxiliar... contradicción que se desvanece si se aplican armónicamente estas normas –y el artículo 234-...”<sup>1594</sup> Por tanto, concluye que el papel de la jurisprudencia “va más allá de un instrumento simplemente auxiliar, en especial en sede casacional, en donde campea un confeso propósito unificador”<sup>1595</sup>.

Aunque intenta reconciliar el rol fortalecido de la jurisprudencia con el texto de la Carta Política, concluye –con TAMAYO– que “una interpretación adecuada y razonable del artículo 230 de la Carta Política, impide, en línea de principio rector, una interpretación que dote de vinculatoriedad plena e indiscriminada a la jurisprudencia...”.<sup>1596</sup> Intenta, así, descifrar el sentido original que tiene la Constitución en su conjunto, y con ello reafirma la primacía de la constitución y a la ley, a las cuales “el juzgador les debe respeto”<sup>1597</sup>. Por tanto, considera que carecemos de una verdadera cultura jurisprudencial, y que el sistema de jurisprudencia sigue siendo libre o meramente indicativo, con excepciones<sup>1598</sup>:

... aunque nos inclinamos por resaltar la significación de la jurisprudencia en los tiempos que corren, no llegamos tan lejos como para atribuirle simétrico valor al asignado a la constitución o a la ley, y menos para reclamar su forzoso acatamiento por parte de los actores judiciales, quienes no deben someterse a ella, sin apremio de incurrir en prevaricato o transgresión parecida. Somos aliados de la persuasión, que no de la imposición o del totalitarismo judicial, emane de quien emane, a la vez que defensores de la libertad responsable, esa que permite el disentimiento, la reflexiva controversia, la deliberación constructiva y la no adhesión respetuosa.<sup>1599</sup> (Se subraya)

---

<sup>1594</sup> JARAMILLO, *Op. Cit.*, p. 250.

<sup>1595</sup> *Ibidem*, p. 184.

<sup>1596</sup> *Ibidem*, p. 197.

<sup>1597</sup> *Ibidem*, p. 187.

<sup>1598</sup> *Ibidem*, pp. 255 y 259.

<sup>1599</sup> *Ibidem*, pp. 202-203.



Así pues, para que el precedente judicial pueda tener carácter vinculante, considera necesario reformar el artículo 230 para “valorizar” la doctrina judicial<sup>1600</sup>, indicando que los jueces en sus providencias están sometidos a la Constitución, a la ley y al precedente obligatorio. Por eso, como miembro de la Comisión de la Reforma a la Justicia, creada por el Decreto 4932 del 18 de diciembre de 2009, JARAMILLO promovió una reforma que permitiera el tránsito hacia una jurisprudencia racionalmente vinculante<sup>1601</sup>, morigerándola a través de la hipótesis de apartamiento del juez que cumpla las cargas de transparencia y argumentación “sin consecuencias de ningún tipo”.<sup>1602</sup> La propuesta consistía en “una reforma enderezada a precisar que la jurisprudencia inicialmente es vinculante por su fuerza racional, por su poder intrínseco de imanación argumentativa, aun cuando no en forma absoluta y mecánica, habida cuenta que es posible que un Juez, argumentadamente, sin que por ello sea un hereje, se separe de la línea trazada en terreno jurisprudencial...”.<sup>1603</sup>

En relación con el CPACA, dice JARAMILLO que él “se ocupó de dotar de mayor fuerza el precedente jurisprudencial en materia administrativa, bien respecto de las autoridades administrativas, bien respecto de los jueces”<sup>1604</sup>, aunque no aborda la compatibilidad o incompatibilidad de las figuras del CPACA con la Carta Política, en los términos que él interpreta esta última.

Como se observa, estos autores pretenden descifrar el “sentido original” de la Carta, bien acudiendo a los debates de la Asamblea Nacional Constituyente, o al texto de uno o varios artículos constitucionales, pero en todo caso negándole su carácter viviente, o la posibilidad de que contenidos ajenos al texto promulgado puedan incorporarse a la Constitución. Sin embargo, a pesar de la interpretación literal o

---

<sup>1600</sup> YEPES, *Op. Cit.*, p. XXIII.

<sup>1601</sup> JARAMILLO, *Op. Cit.*, p. 201.

<sup>1602</sup> *Ibidem*, p. 268.

<sup>1603</sup> *Ibidem*, p. 198.

<sup>1604</sup> *Ibidem*, pp. 194-195.



textual del artículo 230 Superior, existen otros principios o valores constitucionales que han llevado a la Corte Constitucional y, de manera predominante, a la doctrina jurídica colombiana, a reconocer y defender el carácter vinculante del precedente judicial e, incluso, a leer el artículo 230 Superior como una expresión más amplia que incluye la sujeción al “ordenamiento jurídico”, a saber: los principios de igualdad, la buena fe y la seguridad jurídica, así como la necesidad de realizar lo que la doctrina denomina la *regla de la universalidad*<sup>1605</sup>.

## **2. Compatibilidad entre el uso contemporáneo de la jurisprudencia constitucional y el parámetro constitucional**

### ***2.1 Optimismo histórico y la tradición continental del precedente (HENAQ)***

Según el doctor Juan Carlos HENAQ, el derecho administrativo colombiano, por oposición a regímenes de creación mayoritariamente jurisprudencial, como el derecho administrativo francés, “ha sido moldeado [...] a golpe de leyes. Para citar sólo

---

<sup>1605</sup> Ver: COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. “Sentencia T-775 de 2014”, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, Exp. T-4017904. En esta sentencia, la Corte expuso lo siguiente...

“El artículo 230 de la Constitución Política prescribe que los jueces solo se encuentran sometidos al imperio de la ley. Si bien en un sentido literal ello conduciría a negar el valor normativo de los precedentes, la Corte ha concluido que una interpretación como esa lleva a un absurdo, pues tampoco estaría el juez sometido a la Constitución, los tratados internacionales aprobados por Colombia o incorporados al bloque de constitucionalidad, o las normas generales de jerarquía inferior a la ley (como las ordenanzas o los acuerdos). Por eso, la palabra ley contenida en el artículo 228 debe ser interpretada de manera amplia, como el conjunto de normas que conforman el ordenamiento jurídico, incluidos los precedentes judiciales. // En consecuencia, la vinculación a los precedentes no solo constituye una concreción del principio de igualdad, sino del principio de legalidad que ordena a los jueces fallar con base en normas previamente establecidas. Y, desde un punto de vista más amplio, es también una exigencia del principio argumentativo de universalidad y de la racionalidad ética que ordena dar el mismo trato a situaciones idénticas. Además, representa un mecanismo para cumplir fines de relevancia constitucional como la confianza legítima, la seguridad jurídica y la unificación de jurisprudencia”. Además de lo anterior, cabe resaltar que la regla de la universalidad implica que la decisión del juez debe estar fundada no en criterios coyunturales o ad-hoc, sino en principios generales que hayan sido formulados o tenidos en cuenta para la resolución de casos anteriores o se construyan para fallar un supuesto específico, pero con la posibilidad de poder aplicarlo a una hipótesis semejante en el futuro.”



algunas de los siglos XX y XXI: Ley 27 de 1904, Ley 130 de 1913, Ley 167 de 1941, Decreto-Ley 01 de 1984, Decreto-Ley 2304 de 1989, Ley 489 de 1998 y Ley 1437 de 2011.”<sup>1606</sup> Aun así, considera que la jurisdicción contencioso administrativa lleva 100 años creando derecho a partir de precedentes.

Así pues, en contra de quienes encuentran en las leyes 1395 y 1437 el origen del precedente contencioso administrativo en Colombia, arguye que la propia Corte Constitucional admitió su existencia en la sentencia C-836/01, sin necesidad de que fuera el legislador quien reconociera y respaldara dicha fuente del derecho. Para CALVO, en los sistemas continentales o normativistas, “Para que se reconozca formalmente la autoridad de los jueces para formular reglas que obliguen objetivamente, hace falta una disposición legislativa expresa, y aún entonces tal delegación es objeto de dudas muy serias.”<sup>1607</sup> En cambio, según HENAO, la Corte Constitucional en la sentencia C-836/01 “no fundó la fuerza normativa de la jurisprudencia en la ley que, en el caso concreto, autorizaba a aplicarla. [...] Para la Corte Constitucional la fuerza normativa de la jurisprudencia se sustenta en lo esencial en principios constitucionales y, por consiguiente, aunque se refería a la Corte Suprema de Justicia, el espaldarazo fue dado también al Consejo de Estado”, sin necesidad de una ley que reconociera de manera expresa su carácter normativo.<sup>1608</sup>

Así pues, entiende que la lógica detrás del carácter normativo de la jurisprudencia “tiene su origen en jurisprudencia que data del siglo XIX y que no es por tanto extraña a nuestra práctica. La tradición continental que habría relegado la jurisprudencia a ser solamente una fuente secundaria del Derecho, parece ser en realidad una simple apariencias en lo que respecta a la jurisprudencia colombiana en Derecho

---

<sup>1606</sup> HENAO, *Op. Cit.*, pp. 245-246.

<sup>1607</sup> CALVO, *Op. Cit.*, p. 92.

<sup>1608</sup> HENAO, *Op. Cit.*, p. 247.



administrativo y, por qué no decirlo, también en el Derecho civil.<sup>1609</sup> (Se subraya) Por tanto, HENAO llega al extremo de negarle toda relevancia a la “aparente contradicción” entre el valor del precedente en sistemas de derecho anglosajón y de derecho continental<sup>1610</sup>.

No se comparte esta postura por los motivos que siguen:

1. HENAO parte de un concepto excesivamente amplio de precedente, desligado de su fuerza vinculante para casos futuros y de la analogía fáctica, concepto contrario al que se acoge en esta disertación. En efecto, HENAO equipara el concepto de “precedente” a una suerte de jurisprudencia creativa, emanada de un juez activista. Así lo revela la hipótesis de su escrito, cual es que “en el campo de la responsabilidad del Estado y del principio de legalidad, la jurisprudencia, más que la forma escrita, ha estructurado y consolidado sus elementos definitorios”.<sup>1611</sup> Y, para demostrar la hipótesis, y la relevancia de “la jurisprudencia en la creación y afirmación del Derecho Administrativo”<sup>1612</sup>, cita múltiples ejemplos de “la labor pionera de la jurisprudencia en la construcción de instituciones jurídicas relevantes para el Derecho administrativo”<sup>1613</sup>, a falta de una norma que regulara el caso preciso sometido a conocimiento del Consejo de Estado.
2. Pero no analiza la fuerza vinculante de tales decisiones para casos futuros, ni la carga argumentativa que debe satisfacer el juez posterior que decide separarse de los mismos. En efecto, menciona el primer fallo en el que se condenó al Estado colombiano con base en la teoría del daño especial (Consejo

---

<sup>1609</sup> *Ibidem*, pp. 250 – 251.

<sup>1610</sup> *Ibidem*, p. 250.

<sup>1611</sup> *Ibidem*, p. 245.

<sup>1612</sup> *Idem*.

<sup>1613</sup> *Ibidem*, p. 252.





de Estado, sentencia del 29 de julio de 1947), extendiendo los regímenes de responsabilidad y liberándose de criterios subjetivos de imputación. Dice que...

Si bien existían precedentes de la misma corporación en donde se condenaba al Estado por responsabilidad objetiva, por daños ocasionados por trabajos públicos y de conformidad con la ley que así lo previera, en esta ocasión el Consejo de Estado da un salto de gigante trayendo teorías inusitadas tanto en jurisprudencia como en la legislación nacionales.<sup>1614</sup>

Entonces, si fuera cierto que, como alega, en Colombia la jurisprudencia contencioso administrativa tiene carácter normativo de precedente desde 1913, el juez en 1947 no habría podido separarse de dichas reglas sin justificación alguna y, en especial, sin reproche de ningún tipo.

Algo similar ocurrió en relación con la teoría del riesgo, puesto que “se dio sin ambages en 1984 el paso para aceptar dicha teoría. Es claro que la admisión de la teoría del riesgo no supuso la promulgación de una norma en dicho sentido, a pesar de que los precedentes que la rechazaban, como ha quedado visto, se sustentaban precisamente en que ‘no hay texto legal que la consagre’”.<sup>1615</sup> (Se subraya)

En el mismo sentido, en relación con el fallo del 14 de septiembre de 1995, dijo:

[...] lo cierto es que la jurisprudencia se toma la libertad de cambiar la aplicación para campos concretos de los regímenes de responsabilidad. Así, por ejemplo, en el campo de los accidentes ocasionados con vehículos de dotación oficial donde se dio el tránsito de la falla del servicio probada a la presunta y actualmente a la teoría del

---

<sup>1614</sup> *Ibidem*, p. 255.

<sup>1615</sup> *Ibidem*, pp. 255 – 256



riesgo; igual proceder se dio con los daños ocasionados con armas de dotación oficial; en algunos aspectos de privación injusta de la libertad en donde se pasó de la falla del servicio probada a la responsabilidad objetiva; pero también ocurre que el juez se toma la libertad de pasar de la falla presunta del servicio a la falla probada, como ha sido el zigzagueante campo de las actividad médica.<sup>1616</sup>

3. HENAO incluye en el concepto de precedente, así entendido, incluso los fallos erráticos, siempre que sean creadores de reglas para la solución de casos. Y es por eso que concluye que la “jurisprudencia administrativa” ha tenido un *papel creativo* (en lugar de limitarse a reproducir normas legales) en materia de control de legalidad y, sobre todo, en asuntos de responsabilidad del Estado, área que ha sido “de creación netamente jurisprudencial”<sup>1617</sup>.

Así las cosas, a partir de este amplísimo concepto de precedente judicial, muy lejano de la noción de *stare decisis*, pasa por alto que lo que es ajeno a la práctica y tradición colombianas y de los países del derecho continental no es la posibilidad de que la jurisprudencia guíe al intérprete, como criterio auxiliar o persuasivo, ni tampoco la función doctrinal o de sistematización del derecho que cumplen los jueces, en especial los órganos de cierre (RIVERO)<sup>1618</sup>. Lo que es verdaderamente extraño a la *tradición continental* es el reconocimiento y obligatoriedad del precedente para la solución de futuros casos similares, motivo por el cual ha sido necesaria una verdadera evolución del entendimiento de las fuentes del derecho para llegar al estado actual de la cuestión.

Por eso no se comparte su conclusión de que el CPACA permitiría –a lo sumo– “afirmar que la discusión acerca del alcance del artículo 230 CP ha sido superada”

---

<sup>1616</sup> *Ibidem*, p. 257

<sup>1617</sup> *Ibidem*, p. 251

<sup>1618</sup> RIVERO, *Op. Cit.*, p. 99. (Traducción libre)



<sup>1619</sup>, conciliando la fuerza normativa de la jurisprudencia con la posibilidad para los jueces de separarse de tales fallos esgrimiendo razones y argumentos válidos. <sup>1620</sup> Como se ha explicado, y se explicará adelante, el CPACA hace mucho más que eso: positiviza la doctrina constitucional que reconceptualizó el sistema de fuentes del derecho, y dota al precedente de fuerza vinculante en lo contencioso administrativo al estatuir la obligación de coherencia decisional y al crear mecanismos para garantizar tal vinculatoriedad.

## *2.2 Jurisprudencia “interpretativa”*

De tiempo atrás, la Corte Suprema de Justicia ha justificado el rol unificador de la casación concibiendo la jurisprudencia como herramienta “para efectos de realizar interpretaciones judiciales sobre determinados tópicos, muchos de ellos relacionados con vacíos legales o la simple hermenéutica normativa.”<sup>1621</sup> Esta tradición, atada al entendimiento “textualista” del artículo 230 de la Carta Política, ya referido, se encuentra en la base de la posición menos abierta hacia el precedente o hacia la fuerza vinculante de la jurisprudencia.

Una postura que ha tenido amplia discusión en España...

[...] parece mantener una teoría de acuerdo con la cual cuando un tribunal interpreta la norma y produce una sentencia a través de esa interpretación está simplemente poniendo de manifiesto cuál es el verdadero significado de la norma; es decir, que no está añadiendo nada a la norma, sino revelando su auténtica significación. Así, lo que aplica al caso es la ley, y no su interpretación de la ley. Al pasar por el proceso interpretativo la ley muestra

---

<sup>1619</sup> HENAO, *Op. Cit.*, p. 249.

<sup>1620</sup> *Ibidem*, p. 249.

<sup>1621</sup> COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil. “Sentencia del 31 de enero de 2005”, Exp. 7872.



su verdadera significación. Los jueces, pues, son la boca por la que habla la ley. En ese proceso no se crea ninguna norma nueva.<sup>1622</sup>

Esto recuerda a la ficción sobre la cual se construyó la teoría declarativa que estuvo en boga en Inglaterra hasta 1966, que también supone que “el juez no crea derecho, sino lo descubre en el universo ya existente”<sup>1623</sup>. Claro está, para los ingleses este universo lo compone el *common law* (principios y costumbres), cuya existencia se prueba mediante la declaración de los jueces.<sup>1624</sup>

En la sentencia T-292 de 2006, la Corte Constitucional señaló que una correcta identificación de la *ratio* le permite al juez o a quien habrá de aplicar una sentencia “ser fiel a una interpretación constitucional determinada” y que, en materia de tutela, la función de la Corte Constitucional es la de “homogeneizar la interpretación constitucional de los derechos fundamentales... porque al ser las normas de la Carta de textura abierta, acoger la interpretación autorizada del Tribunal constituye una exigencia inevitable”.<sup>1625</sup>

En la sentencia C-539 de 2011, la Corte analizó la compatibilidad del artículo 114 de la Ley 1395 con una versión ampliada de la categoría “imperio de la ley” a que se refiere el artículo 230 superior, que incluye no solo la aplicación de la legislación en sentido formal, sino la aplicación del conjunto de normas constitucionales y legales, valores y objetivos, “incluida la interpretación jurisprudencial de los máximos órganos judiciales, la cual informa la totalidad del ordenamiento jurídico.”<sup>1626</sup> (se subraya) Con base en el respeto del debido proceso y del principio de legalidad en materia

---

<sup>1622</sup> LAPORTA, *Op. Cit.*, pp. 30-31.

<sup>1623</sup> *Ibidem.* pp. 87-88.

<sup>1624</sup> *Idem.*

<sup>1625</sup> COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, “Sentencia T-292 del 6 de abril de 2006”, MP Manuel José Cepeda. Exp. T-1222275.

<sup>1626</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, “Sentencia C-539 del 6 de julio de 2011”, MP. Luis Ernesto Vargas Silva. Exp. D-8351.



administrativa, así como el principio de igualdad, concluye la Corte que “si existe una interpretación institucional vinculante, las autoridades administrativas deben aplicar al caso en concreto dicha interpretación.”<sup>1627</sup>

5.2.4. Así las cosas, la jurisprudencia constitucional ha concluido que todos los funcionarios públicos, y por tanto todas las autoridades administrativas, deben acatar el precedente judicial, esto es, están en la obligación de aplicar e interpretar las normas, en el sentido dictado por la autoridad judicial, para todas las situaciones fácticas o análogas o similares. A este respecto ha dicho:

“Esta definición de la correcta interpretación y aplicación de una norma, frente a un caso concreto, tiene por efecto que todo funcionario, no sólo judicial, está en la obligación de aplicar e interpretar las normas, en el sentido dictado por el juez, de igual manera, en todo evento en el cual la situación fáctica concuerde, en lo esencial, con los hechos considerados al construirse la ratio decidendi.”<sup>1628</sup>

Argumentos como este han llevado a un sector de la doctrina a sostener que la Ley 1437 de 2011 en nada altera el sistema colombiano de fuentes del derecho, por cuanto lo que se aplica en cada caso es la constitución o la ley, y no la sentencia en sí misma. Esta posición, cómoda por decir lo menos, se funda en la redacción de los artículos 10 y 102 del CPACA. Este último consagra, en su inciso cuarto, que cuando se presente la solicitud de extensión de los efectos de la sentencia de unificación jurisprudencial, “La autoridad decidirá con fundamento en las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias aplicables y teniendo en cuenta la interpretación que de ellas se hizo en la sentencia de unificación invocada, así como los demás elementos jurídicos que regulen el fondo de la petición y el cumplimiento de todos los presupuestos para que ella sea procedente.” En esta línea, el Dr. Enrique José Arboleda Perdomo, ex-magistrado de la Sala de Consulta y Servicio Civil del

---

<sup>1627</sup> Idem.

<sup>1628</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, “Sentencia T-569 del 31 de mayo de 2001”, ponente Eduardo Montealegre Lynett, Expediente T-365262.



Consejo de Estado, considera que esta figura no es equiparable al “precedente judicial” del sistema de casos, porque no se crea la ley sino que “la jurisprudencia fija, cuando fuere necesario, la interpretación que mejor se adopta a los valores y fines del Derecho”<sup>1629</sup>. Desde esta perspectiva, la jurisprudencia conservaría su carácter de criterio auxiliar de interpretación.

En este punto resulta pertinente destacar la intervención que hizo el Consejo de Estado ante la Corte Constitucional en defensa de la constitucionalidad de los artículos 102, 269 y 270 (parciales) del CPACA. La relevancia de esta intervención radica en que aquella Corporación lideró la redacción del citado Código y, por tanto, puede dar luces sobre la finalidad de las figuras que el CPACA incorporó al ordenamiento jurídico colombiano. Según manifestaron en dicha oportunidad el Presidente y Vicepresidente del Consejo de Estado, la regulación de las sentencias de unificación jurisprudencial llena un vacío normativo y fortalece los mecanismos de unificación jurisprudencial, dotando a la jurisdicción contenciosa y a la propia administración de “reglas de interpretación claras, uniformes e identificables para solucionar casos futuros”<sup>1630</sup> (Se subraya). Y alegaron que la definición que contiene el artículo 270 del CPACA “genera seguridad jurídica y mayor predicibilidad (sic) de las decisiones judiciales, todo ello dentro del marco de configuración normativa del artículo 150 superior”.<sup>1631</sup>

También en este sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado, al decir que...

Los textos normativos, bien sea constitucionales, legales o reglamentarios, carecen de un único sentido, obvio o evidente, que solo dan lugar a reglas o disposiciones normativas, estas sí dotadas de significado concreto, previo un proceso de interpretación del precepto.  
**Esta interpretación, cuando es realizada por autoridades investidas de facultades**

<sup>1629</sup> ARBOLEDA, *Op. Cit.*, p. 68.

<sup>1630</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, “Sentencia C-588 del 25 de julio de 2012”, ponente Mauricio González Cuervo, Exp. D-8864.

<sup>1631</sup> *Idem.*



constitucionales de unificación de jurisprudencia, como sucede con las altas cortes de justicia, adquiere carácter vinculante (...) <sup>1632</sup> (Negrilla fuera de texto)

Argumentos similares se encuentran en las sentencias C-634 de 2011, C-816 de 2011 y C-179 de 2016 de la Corte Constitucional. En la primera, Corte señaló que la decisión judicial “es, ante todo, un proceso interpretativo dirigido a la fijación de reglas, de origen jurisprudencial, para la solución de los casos que se someten a la jurisdicción”. <sup>1633</sup> Y aclaró que esta actividad creadora judicial es plenamente compatible con el principio democrático porque, dada la complejidad de las relaciones contemporáneas, es inevitable e incluso necesario “que los jueces conserven la competencia para la definición concreta del derecho, a partir de reglas de origen judicial, creadas a partir de las disposiciones aprobadas por el legislador”. <sup>1634</sup> Este entendimiento explica, entonces, la regla que fijó la Corte en esta oportunidad:

Así, como se ha explicado en esta sentencia, si se parte de la base que (i) las reglas de derecho solo logran su armonización concreta luego de **su interpretación**; y (ii) la **hermenéutica** adelantada por las autoridades judiciales investidas de las (sic) facultad de unificar jurisprudencia, tiene carácter vinculante; entonces las razones de la decisión de los fallos proferidos en ejercicio del control concreto son un parámetro obligatorio para la aplicación, por parte de las autoridades, de las normas constitucionales en los casos sometidos a escrutinio. <sup>1635</sup>

Por tanto, decidió la Corte que el deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia por parte de las autoridades (artículo 10 del CPACA) las obliga a tener en cuenta no solo las sentencias de unificación jurisprudencial proferidas por el Consejo de Estado sino también, de manera preferente, las decisiones de la Corte

---

<sup>1632</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, “Auto del 16 de agosto de 2016”, ponente, Lucy Jannette Bermudez Bermúdez. Exp. 11001032800020160005200.

<sup>1633</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, “Sentencia C-634 del 24 de agosto de 2011”, MP. Luis Ernesto Vargas Silva, Exp. D-8413.

<sup>1634</sup> Idem.

<sup>1635</sup> Idem.



Constitucional que **interpreten las normas constitucionales aplicables** a la resolución de los asuntos de su competencia y las sentencias que efectúen control abstracto de constitucionalidad. En esta oportunidad, la Corte señaló, una vez más, que “el entendimiento del imperio de la Ley a la que están sujetas las autoridades administrativas y judiciales debe comprenderse como referido a la aplicación del conjunto de normas constitucionales y legales, incluyendo la interpretación jurisprudencial de los máximos órganos judiciales”.<sup>1636</sup>

Mediante la sentencia C-816 de 2011, la Corte declaró que las autoridades, al extender las sentencias de unificación jurisprudencial dictadas por el Consejo de Estado a terceros (artículo 102 del CPACA), deben observar con preferencia los precedentes de la Corte Constitucional que **interpreten las normas constitucionales aplicables** a los asuntos de su competencia. En esta última sentencia también se sustenta el carácter normativo de la jurisprudencia en el principio de igualdad, como se explicará adelante.<sup>1637</sup>

En sentencia C-179 de 2016<sup>1638</sup>, dijo la Corte...

6.5.1. Si bien se ha dicho que los jueces en sus providencias sólo están sometidos al imperio de la ley, es claro que en su labor no se limitan a una mera aplicación mecánica de esta última, sino que realizan un ejercicio permanente de interpretación del ordenamiento jurídico que implica esencialmente la determinación de cuál es la regla de derecho aplicable al caso y los efectos que de ella se derivan. Incluso se ha entendido que los jueces desarrollan un complejo proceso de creación e integración del derecho que trasciende la clásica tarea de la subsunción y elaboración de silogismos jurídicos. Precisamente, la actividad judicial supone la realización de un determinado grado de

---

<sup>1636</sup> Idem.

<sup>1637</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, “Sentencia C-816 del 1 de noviembre de 2011”, MP. Mauricio González Cuervo, Exp. D- 8473.

<sup>1638</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, ponente Luis Guillermo Guerrero Pérez, “Sentencia C-179 del 13 de abril de 2016”, D-10973.





abstracción o de concreción de las disposiciones previstas en el ordenamiento jurídico, para darle integridad al conjunto del sistema normativo y atribuirle, a manera de subregla, a los textos previstos en la Constitución o en la ley un significado coherente, concreto y útil.

No obstante lo anterior, ante la multiplicidad de operadores y de jueces que pueden llegar a un entendimiento distinto de las normas jurídicas, tanto por su ambigüedad y vaguedad <sup>1639</sup>, como por los problemas derivados de la necesidad de lograr su armonización en un caso concreto<sup>1640</sup>, es imperioso que los órganos de cierre de las distintas jurisdicciones cumplan una función de unificación jurisprudencial, la cual se encuentra prevista en los artículos 86, 235, 237 y 241 del Texto Superior, para brindar a la sociedad un “cierto nivel de certeza respecto de los comportamientos aceptados dentro de la comunidad”<sup>1641</sup> y garantizar que las decisiones que se adopten por la administración de justicia, y [en] general por todas las autoridades públicas<sup>1642</sup>, “se funden en una interpretación uniforme y consistente del ordenamiento jurídico”<sup>1643</sup>.

[...] A lo anterior, cabe agregar (iv) el impacto que tiene en materia judicial el principio unitario de organización del Estado (CP art. 1), en un marco de desconcentración funcional congruente con la estructura jerárquica de la administración de justicia (CP arts. 228 y ss)<sup>1644</sup>; y (v) el sentido que tiene el mandato de sometimiento de los jueces al imperio de la ley, en los términos del artículo 230 del Texto Superior, como una expresión más amplia

---

<sup>1639</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, “Sentencia C-634 del 24 de agosto de 2011”, MP. Luis Ernesto Vargas Silva, Exp. D-8413.

<sup>1640</sup> Idem.

<sup>1641</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. “Sentencia C-836 del 9 de agosto de 2001”, MP. Rodrigo Escobar Gil, D-3374.

<sup>1642</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, “Sentencia C-634 del 24 de agosto de 2011”, MP. Luis Ernesto Vargas Silva, Exp. D-8413.

<sup>1643</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. “Sentencia C-836 del 9 de agosto de 2001”, MP. Rodrigo Escobar Gil, D-3374.

<sup>1644</sup> En la Sentencia C-836 de 2001, *Op. Cit.*, se dijo que: “[...] la administración de justicia, y en general todo el funcionamiento de los órganos estatales está determinado por el tipo de estado al que pertenecen. El artículo 1° de la Constitución establece que nuestro país es un ‘Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria’. Esta forma de organización implica la unidad del ordenamiento jurídico, que se vería desdibujada si se acepta que la autonomía judicial implica la facultad de interpretar el ordenamiento sin tener en cuenta la interpretación que haga la cabeza de la respectiva jurisdicción. La consagración constitucional de una estructura jurisdiccional que, aun cuando desconcentrada, es funcionalmente jerárquica, implica que, si bien los jueces tiene competencias específicas asignadas, dentro de la jerarquía habrá –en principio– un juez superior encargado de conocer las decisiones de los inferiores.” Negrilla del texto original.



que incluye la sujeción al “ordenamiento jurídico”, lo que conduce –entre otras– al deber de seguir y acatar los precedentes de los órganos de cierre, no sólo por las razones ya expuestas vinculadas con la igualdad, la buena fe y la seguridad jurídica, sino también por la necesidad de realizar lo que la doctrina denomina la regla de la universalidad<sup>1645</sup>. (Se subraya)

Pero, aun cuando se niega la función silogística, dice la Corte en esta misma sentencia que “como resultado de la labor de unificación, se ha considerado que el valor de las decisiones de los órganos judiciales de cierre ha asumido una fuerza obligatoria a manera de precedente, por virtud de la cual los fallos judiciales anteriores se erigen en una especie de regla general para la posterior solución de casos semejantes”<sup>1646</sup> (Se subraya), postura que aquí se ha rechazado.

Todo ello supone: (i) la existencia de un texto normativo susceptible de interpretación en el caso concreto; y (ii) la aplicación directa de dicho texto, que no de la sentencia con valor de precedente, siendo solo aquel el que proyecta toda su fuerza normativa para la solución del caso.

---

<sup>1645</sup> Al respecto, en la Sentencia T-775 de 2014, *Op. Cit.*, se expuso que: “El artículo 230 de la Constitución Política prescribe que los jueces solo se encuentran sometidos al imperio de la ley. Si bien en un sentido literal ello conduciría a negar el valor normativo de los precedentes, la Corte ha concluido que una interpretación como esa lleva a un absurdo, pues tampoco estaría el juez sometido a la Constitución, los tratados internacionales aprobados por Colombia o incorporados al bloque de constitucionalidad, o las normas generales de jerarquía inferior a la ley (como las ordenanzas o los acuerdos). Por eso, la palabra ley contenida en el artículo 228 debe ser interpretada de manera amplia, como el conjunto de normas que conforman el ordenamiento jurídico, incluidos los precedentes judiciales. // En consecuencia, la vinculación a los precedentes no solo constituye una concreción del principio de igualdad, sino del principio de legalidad que ordena a los jueces fallar con base en normas previamente establecidas. Y, desde un punto de vista más amplio, es también una exigencia del principio argumentativo de universalidad y de la racionalidad ética que ordena dar el mismo trato a situaciones idénticas. Además, representa un mecanismo para cumplir fines de relevancia constitucional como la confianza legítima, la seguridad jurídica y la unificación de jurisprudencia”. Además de lo anterior, cabe resaltar que la regla de la universalidad implica que la decisión del juez debe estar fundada no en criterios coyunturales o ad-hoc, sino en principios generales que hayan sido formulados o tenidos en cuenta para la resolución de casos anteriores o se construyan para fallar un supuesto específico, pero con la posibilidad de poder aplicarlo a una hipótesis semejante en el futuro.”

<sup>1646</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, ponente Luis Guillermo Guerrero Pérez, “Sentencia C-179 del 13 de abril de 2016”, D-10973.



Sin embargo, providencias como la sentencia C-588 de 2012<sup>1647</sup> de la Corte Constitucional, la sentencia del 15 de diciembre de 2015 de la Sección Quinta del Consejo de Estado<sup>1648</sup> y la sentencia del 18 de enero de 2016 de la Sección Segunda, Subsección “B” de esta misma Corporación<sup>1649</sup>, analizadas en conjunto y en el contexto de las disposiciones del CPACA que regulan el alcance y efectos de las sentencias de unificación jurisprudencial, revelan que las tales fallos constituyen mucho más que meras guías interpretativas para los jueces y autoridades administrativas. Lo que existe es un verdadero **precedente judicial**, entendido como “el criterio jurídico, principio o fundamento que justifica una decisión que es utilizado como una fuente jurídica para resolver casos futuros” (GASCON<sup>1650</sup>) y que, además, incorpora en su seno los hechos materiales del caso. Su poder vinculante (superior al de otras sentencias del mismo tribunal) se garantiza con eficaces instrumentos jurídicos, de manera que su alcance trasciende el tímido lenguaje del CPACA y la finalidad misma que podrían haber perseguido sus redactores.

Por todo lo anterior, es innegable la reconceptualización de las fuentes del derecho colombiano que ha tenido lugar en las últimas décadas, asunto al que se refiere el siguiente capítulo. En efecto, el artículo 230 CP no solo ha sido interpretado de manera de incorporar los precedentes como fuente derecho sino que, además, ello ha sido aceptado y acogido por las Leyes 1395 y 1437, dando lugar a una mutación constitucional<sup>1651</sup> en el sistema colombiano de fuentes del derecho.

---

<sup>1647</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, “Sentencia C-588 del 25 de julio de 2012”, ponente Mauricio González Cuervo, Exp. D-8864.

<sup>1648</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, “Sentencia del 15 de diciembre de 2015”, ponente Carlos Enrique Moreno Rubio, exp. 11001-03-15-000-2015-01515-01(AC).

<sup>1649</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, Sección Segunda, Subsección “B”, “Sentencia del 18 de enero de 2016”, ponente Gerardo Arenas Monsalve, Exp. 11001-03-15-000-2015-02955-00(AC).

<sup>1650</sup> GASCÓN, *Op. Cit.*, p. 68.

<sup>1651</sup> SANTAELLA, *Op. Cit.*, pp. 142-143.



### *2.3 Reconfiguración de las fuentes del derecho (LÓPEZ, QUINCHE, SANTOFIMIO)*

A partir del año 2000, se erigió como dominante en la cultura jurídica colombiana la teoría de **LÓPEZ MEDINA**, quien propuso la herramienta de análisis del precedente jurisprudencial de más amplia aceptación en Colombia: la línea jurisprudencial. El autor propone la construcción, para cada línea, de una “teoría jurídica integral (una narración) de las interrelaciones de varios pronunciamientos judiciales relevantes”<sup>1652</sup> para efectos de determinar la subregla jurisprudencial. Su modelo, en gran síntesis, consiste en lo siguiente:

(...) por una parte es necesario *(i)* acotar el patrón fáctico concreto [con el correlativo conflicto de intereses y derechos que le sea propio] que la jurisprudencia ha venido definiendo como “escenario constitucional” relevante; *(ii)* identificar las sentencias más relevantes (que más adelante denominaremos “sentencias hito”) dentro de la línea jurisprudencial; *(iii)* finalmente es necesario construir teorías estructurales (*i.e.* narraciones jurídicas sólidas y comprensivas) que permitan establecer la relación entre esos varios pronunciamientos jurisprudenciales. Esta última tarea es en propiedad la misión del jurista cuando analiza el derecho de los jueces. (...) El desenlace de la narración ha tratado de definir la existencia de un “*balance constitucional*”, esto es, de una doctrina jurisprudencial vigente más o menos definida que sirva como regla de conducta y estándar de crítica a la actividad de jueces, funcionarios y litigantes interesados en aplicar el derecho jurisprudencial a casos futuros.<sup>1653</sup> (Se subraya)

Este modelo, que para **LÓPEZ** sigue vigente<sup>1654</sup>, fue pensado precisamente para el jurista colombiano. No obstante, un análisis detenido de los fundamentos y metodología de **LÓPEZ** revelan su discordancia con las necesidades que en la actualidad tiene la jurisdicción contencioso administrativa en la ardua tarea de

<sup>1652</sup> LÓPEZ, “El Derecho de los Jueces”, *Op. Cit.*, pp. 139-140.

<sup>1653</sup> *Ibidem*, p. 140.

<sup>1654</sup> LÓPEZ, “Eslabones...”, *Op. Cit.*, p. 6.



determinar y aplicar el precedente judicial contenido en las sentencias de unificación jurisprudencial que profiere el Consejo de Estado. Por tanto, estos criterios son insuficientes cuando se trata de resolver los asuntos que llegan al conocimiento del juez contencioso administrativo o de la autoridad administrativa en los que se invoque o sea aplicable una sentencia de unificación jurisprudencial.

Para él, la doctrina básica del precedente judicial no ha variado desde la época de su formulación, sino que ha sido precisada en dos aspectos esenciales: (i) la Corte Constitucional ha construido un complejo sistema de monitoreo y control de coherencia decisional de los operadores y los ciudadanos que reclaman el trato judicial igualitario frente al precedente; (ii) ha aumentado de manera significativa la utilización del precedente vinculante ordinario; y (iii) ha surgido la aplicación de lo que él denomina “precedente administrativo de descongestión”.<sup>1655</sup>

Sin embargo, se trata de una visión incompleta y fragmentaria de la doctrina del precedente judicial, que pasa por alto las consecuencias de la expedición y entrada en vigencia del CPACA, y que vuelven desuetas algunas de las conclusiones a las que LÓPEZ llegó en 2000 y 2006. Otras tantas son sencillamente inaplicables al campo del precedente contencioso administrativo. Los motivos se enuncian a continuación:

- (i) **La teoría y metodología de la ‘línea jurisprudencial’ se ideó para el análisis de las sentencias de constitucionalidad y de tutela que emite la Corte Constitucional, no para los pronunciamientos de la jurisdicción contencioso administrativa.** Y ello fue así porque, para la época en que LÓPEZ produjo su teoría, “La Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado [*tendían*] a utilizar sus fallos anteriores dentro del modelo de jurisprudencia indicativa y la Corte Constitucional, en contraste, dentro del modelo de precedente

---

<sup>1655</sup> *Ibidem*, p. 13.



vinculante”<sup>1656</sup>. Aquel modelo privilegia el papel de la Ley en la definición de los casos, mientras que en este la subregla jurisprudencial tiene un lugar central en la definición del caso.<sup>1657</sup> Según LÓPEZ...

La disciplina del precedente difiere en formas muy importantes de la idea tradicional de jurisprudencia meramente indicativa: bajo esta última las citas a casos anteriores tienden a ignorar criterios de analogía fáctica y a concentrarse más bien en la definición de *conceptos jurídicos* hecha en sentencias anteriores; en consecuencia, cada caso nuevo se decide de conformidad con la Ley y con el concepto jurídico anteriormente definido, con baja sensibilidad a la fuerza gravitacional de fallos anteriores análogos por sus hechos y circunstancias; finalmente, esta concepción de la jurisprudencia permite cambios frecuentes de criterio sin que se defina o discuta la doctrina jurisprudencial fijada en casos análogos. (...)

(...) La utilización del modelo de jurisprudencia indicativa, al mismo tiempo, tiende a privilegiar el papel de la Ley en la definición de los casos, mientras que dentro de la doctrina del precedente, con frecuencia, la subregla jurisprudencial resulta fundamental en la decisión del caso.<sup>1658</sup>

En su momento, LÓPEZ destacó que la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado se habían acercado a practicar una doctrina de precedente *de facto*<sup>1659</sup> (algo similar a lo que ocurrió en Francia a finales de la década de los noventa), y que el Consejo de Estado incluso había dado indicaciones en el sentido de que estaba dispuesto a manejar su jurisprudencia dentro de un régimen de precedente vinculante<sup>1660</sup>. No

---

<sup>1656</sup> LÓPEZ, “El Derecho de los Jueces”, *Op. Cit.*, p. 110.

<sup>1657</sup> *Ibidem*, p. 110.

<sup>1658</sup> *Ibidem*, pp. 109- 110.

<sup>1659</sup> *Ibidem*, p.111.

<sup>1660</sup> *Idem*, refiriéndose a las siguientes sentencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado: AC-2219 del 21 de febrero de 2002 (C.P. J.M. Carrillo Ballesteros) y AC-241 del 9 de agosto de 2001 (C.P. Germán Rodríguez).



obstante, analizó el comportamiento citacional de cada una de las altas Cortes y concluyó que, para la época, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado hacían un uso marcadamente conceptual de su jurisprudencia previa, mientras que la Corte Constitucional era un poco más propensa al uso de analogías <sup>1661</sup>. Además, mientras que la Corte Constitucional se citaba *exclusivamente* a sí misma <sup>1662</sup>, el Consejo de Estado solo seguía este patrón en sus fallos contencioso-administrativos, con citas “internas y conceptuales” <sup>1663</sup>. En cambio, al decidir las acciones constitucionales de su competencia, el Consejo de Estado acudía, también, a la jurisprudencia de la Corte Constitucional. <sup>1664</sup>

Y esto lo confirma LÓPEZ en su obra más reciente, en la que reconoce que para el año 2006, fecha de la segunda edición de “El Derecho de los Jueces”, la Corte Constitucional hacía un uso más intensivo y estricto de la jurisprudencia como fuente del derecho que las otras altas cortes, “mediante analogía fáctica, de caso a caso, generando así verdaderas líneas jurisprudenciales” <sup>1665</sup>, mientras que la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado “seguían fallando con fundamento esencial en la ley (y no en la jurisprudencia), y, cuando hacían uso de la jurisprudencia, lo hacían para estabilizar el significado de conceptos jurídicos, no para generar coherencia decisional entre casos análogos.” <sup>1666</sup>

Pese a que hoy el Consejo de Estado hace un uso distinto de las decisiones judiciales previas, al menos de aquellas que constituyen sentencias de

---

<sup>1661</sup> *Ibidem*, p. 123.

<sup>1662</sup> *Idem*.

<sup>1663</sup> *Idem*.

<sup>1664</sup> *Idem*.

<sup>1665</sup> LÓPEZ, “Eslabones...”, *Op. Cit.*, p. 4.

<sup>1666</sup> *Ibidem*, p. 4.



unificación jurisprudencial, LÓPEZ alega que “los resultados generales del esfuerzo acometido en *El derecho de los jueces* siguen siendo plenamente válidos”<sup>1667</sup> y que “las técnicas de interpretación y análisis de precedentes allí presentadas son todavía útiles para quienes quieran estudiar las normas jurídicas vigentes sobre un tema en concreto”.<sup>1668</sup> Estas conclusiones, al menos para el ámbito contencioso administrativo, no se comparten.

- (ii) **Y es que, aún en materia constitucional, la aplicación del modelo de “línea jurisprudencial” tiene inconvenientes. En efecto, se trata de un método eminentemente conceptualista, aunque su creador se niegue a reconocer esta condición. Arguye LÓPEZ<sup>1669</sup> que “la utilización de la técnica de la línea y ... la identificación de la *ratio decidendi* del fallo con fundamento en los hechos materiales de la sentencia, muestran una importante diferencia, con respecto a la manera usualmente conceptualista como se analiza la jurisprudencia en Colombia”. Para él, la diferencia radica en que la línea jurisprudencial parte de un determinado patrón fáctico, que es el *escenario constitucional*:**

Un “escenario constitucional” es el patrón fáctico típico (con su correspondiente campo de intereses contrapuestos) en el que la Corte ha especificado, mediante subreglas, el significado concreto de un principio constitucional abstracto. Cada derecho, por tanto, muestra un cierto número de “escenarios constitucionales” en los que se ha desarrollado la discusión sobre su sentido.<sup>1670</sup>

Pese a esta retórica, el método de la línea jurisprudencial sigue siendo eminentemente conceptualista, puesto que una pregunta conceptual

---

<sup>1667</sup> *Ibidem*, p. 5.

<sup>1668</sup> *Ibidem*, p. 8.

<sup>1669</sup> LÓPEZ, “El Derecho de los Jueces”, *Op. Cit.*, p. 147.

<sup>1670</sup> *Ibidem*, p. 148.





siempre encabeza la línea. Prueba de ello es que, aunque el modelo dice partir de la construcción del escenario constitucional, enmarcado por los hechos o patrón fáctico del caso, en realidad la pregunta se formula de manera abstracta; y, además, **es perfectamente admisible (y muy frecuente) la aplicación de este modelo para el análisis dinámico de sentencias como las de constitucionalidad (sentencias “C”), en las que no hay propiamente un patrón fáctico sino un asunto de derecho atinente a la conformidad entre una norma con fuerza material de ley y la Constitución.**

LÓPEZ reconoce que es en la jurisdicción de tutela “donde la doctrina del precedente adquiere toda su fuerza”<sup>1671</sup>, pues se intenta encuadrar patrones fácticos dentro de conceptos constitucionales más o menos definidos<sup>1672</sup>. Pero no por eso descarta su procedencia para el análisis dinámico de sentencias de constitucionalidad, al punto que propone como un posible encabezado de una línea jurisprudencial, el siguiente: “¿Qué significa en el artículo 230 C.P. que la “jurisprudencia es fuente auxiliar de derecho?”<sup>1673</sup> Si ello no implica un análisis conceptual, no se entiende qué lo sería.

Y no puede admitirse, como respuesta, que en el análisis de sentencias de constitucionalidad es posible integrar el “escenario constitucional” contando únicamente con el supuesto fáctico del texto legal sometido al conocimiento de la Corte Constitucional, porque ello tornaría dicho escenario en (i) insuficiente para cualquier intento de razonamiento analógico, (ii) precario frente a las exigencias del CPACA, y (iii) funcionalmente inútil, puesto que nunca habría en realidad un caso “similar” al que integra el escenario

---

<sup>1671</sup> *Ibidem*, p. 152.

<sup>1672</sup> *Idem*.

<sup>1673</sup> *Idem*.



constitucional en esta postura. Esto último se explica porque los casos idénticos caerían bajo el efecto de la cosa juzgada, y cualquier diferencia sería “material”, justificando por tanto una solución diferente.

Además, LÓPEZ define la jurisprudencia como “el principal mecanismo institucional de concretización interpretativa de dichos textos”<sup>1674</sup>; y el precedente judicial como “la interpretación más aceptable y dominante de los materiales jurídicos pertinentes para describir el papel aceptado de la jurisprudencia”<sup>1675</sup> (se subraya), relegando la decisión judicial a una función secundaria al texto normativo, característica propia de la jurisprudencia conceptualista.

Igualmente, la línea jurisprudencial es una pregunta o problema jurídico que abre un abanico de posibles respuestas, que hacen “que la línea sea, en sus extremos, bipolar”.<sup>1676</sup> Así, el lugar en el gráfico que corresponda a cada sentencia dependerá de su cercanía relativa a cada una de las respuestas extremas, sin referencia a los hechos materiales del caso sino a la aproximación (conceptual) de la sentencia al problema jurídico planteado de manera abstracta (y, por supuesto, también conceptual). La técnica tampoco da cuenta de los motivos que alejan una sentencia de alguno de los “polos” del gráfico, es decir, si el resultado distinto se debe a que el precedente no controlaba el caso, o al uso de la técnica de *distinción*, o a su revocatoria. Probablemente a ello se refería el doctor JULIO cuando identificó “las dificultades relacionadas con cierto tipo de sentencias, que

---

<sup>1674</sup> LÓPEZ, “Eslabones...”, *Op. Cit.*, p. 183.

<sup>1675</sup> *Ibidem*, p. 6.

<sup>1676</sup> LÓPEZ, “El Derecho de los Jueces”, *Op. Cit.*, p. 141.



carecen de hechos y por lo tanto desafían las metodologías tradicionales elaboradas para identificar la ratio.”<sup>1677</sup>

Así las cosas, la utilidad de la *línea jurisprudencial* sería poca o nula en materia contencioso administrativa, donde la identidad fáctica y jurídica entre la decisión anterior y el caso que se pretende resolver están en el centro de la discusión, como se explicará a continuación.

- (iii) **Aún en lo atinente a las sentencia de tutela, la línea jurisprudencial propone un patrón fáctico con un nivel de generalidad que, para el CPACA, resulta excesivamente alto.** El CPACA impone al juez la carga de revisar con rigor la identidad fáctica y jurídica entre el caso anterior y la situación que tiene ante sí para poder determinar si el precedente lo vincula y poder aplicarlo en el contexto de figuras como el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia y la extensión de jurisprudencia. Por eso, la cantidad de hechos materiales que quedan incluidos en el llamado *escenario constitucional*<sup>1678</sup> de la línea jurisprudencial es insuficiente para decidir si la sentencia con valor de precedente vincula o no al juez contencioso administrativo o a la autoridad administrativa en la decisión del nuevo caso.

Así ocurre, por ejemplo, con el siguiente problema jurídico que LÓPEZ presenta como prototipo ideal de encabezado para una línea jurisprudencial: “¿Hay violación del derecho al buen nombre (art. 15 C.P.) de un deudor cuando existe un reporte en una base de datos crediticia acerca de una obligación a su cargo, vencida, pero judicialmente declarada prescrita?”<sup>1679</sup> Este nivel de generalidad resulta excesivo para decidir qué tipo de casos

<sup>1677</sup> JULIO, “Presentación”. *Op. Cit.*, p. 17.

<sup>1678</sup> LÓPEZ, “El Derecho de los Jueces”, *Op. Cit.*, p. 151.

<sup>1679</sup> *Ibidem*, p. 151.



controlará el balance constitucional que resulte de esta línea y por tanto, ella será en muchos casos inútil para el juez contencioso administrativo y para la autoridad administrativa.

- (iv) **LÓPEZ reduce la idea de sujeción estricta al precedente a los casos en que se reitere “el mismo criterio para el mismo patrón fáctico”, y asume que solo en esos casos merecerá un “*plus de obediencia*”<sup>1680</sup>. Dice el autor que será más sólida la línea que reitere, durante cierto tiempo, el mismo balance constitucional<sup>1681</sup>, lo cual en principio no parecería plantear problemas ni rupturas frente al CPACA. Aunque el autor reconoce que la Corte Constitucional ha sentado jurisprudencia vinculante sin necesidad de que los fallos sean reiterados, y que la reiteración solo conduce a aumentar la “solidez” de la línea, lo cierto es que su método otorga un rol preeminente a la reiteración de los fallos. Para demostrarlo, basta con recordar que, para que exista una *línea*, se requieren al menos dos puntos.**

Tan es así que LÓPEZ lo define como un método de *análisis dinámico de precedentes*, que supone la construcción de una suerte de narración de los principales pronunciamientos judiciales sobre la materia y, lo que es más importante aún, entiende por *balance constitucional* el lugar relativo en el que se sitúa “la doctrina mayoritaria de la Corte entre dos puntos opuestos y encontrados”<sup>1682</sup> (Se subraya). Este tipo de averiguación, que bien podría servir en una aproximación académica al asunto del precedente contencioso administrativo, resulta trivial en tratándose del manejo y aplicación que ha de dárseles a las sentencias de unificación jurisprudencial que dicta el Consejo de Estado bajo las premisas del CPACA, donde basta una única

---

<sup>1680</sup> *Ibidem*, pp. 146-147.

<sup>1681</sup> *Ibidem*, p. 145.

<sup>1682</sup> *Ibidem*, p. 62.



sentencia de esta naturaleza que recoja la posición actual de la Corporación para fijar la regla con carácter vinculante y obligatorio para el futuro.

(v) Aún en los casos de obediencia a la jurisprudencia, LÓPEZ no propugna una sujeción estricta a la misma, algo incompatible con las exigencias del CPACA. Señala el autor que “la idea estricta del precedente parecería exigir que el siguiente fallo de un caso análogo dentro de una línea precedencial bien definida *tendría* que caer “en el mismo sitio”.<sup>1683</sup> Pero, en su teoría, para que la nueva decisión sea legítima basta con que ella caiga dentro de la *sombra decisional* del fallo anterior. Es decir, basta con ubicar el caso “dentro de un segmento (más o menos amplio) del espacio abierto”<sup>1684</sup>. He aquí un sistema relativo (aunque vinculante) de jurisprudencia, que no un sistema absoluto de precedentes<sup>1685</sup>. Por eso señala que los disensos al interior de la Corte se expresan como “la utilización, hasta el máximo, de los extremos de la *sombra decisional*.”<sup>1686</sup> Este vago concepto surge al amparo de la visión conceptualista de la línea jurisprudencial –reducida a un espectro de posibles respuestas ante un problema jurídico relativamente amplio– y se plantea como una manera “legítima” de evitar la sujeción estricta al precedente, algo inaceptable en tratándose de las sentencias de unificación jurisprudencial.

Por todo lo anterior, este modelo no ofrece parámetros teóricos y empíricos adecuados ni suficientes para que los jueces contencioso administrativos y las autoridades administrativas en Colombia puedan determinar y aplicar de manera racional el “precedente judicial” contenido en las sentencias de unificación

---

<sup>1683</sup> *Ibidem*, p. 144.

<sup>1684</sup> *Idem*.

<sup>1685</sup> *Ibidem*, p. 84.

<sup>1686</sup> *Ibidem*, p. 145.



jurisprudencial del Consejo de Estado al decidir los asuntos que llegan a su conocimiento.

QUINCHE recoge buena parte de la teoría de LÓPEZ y de la doctrina constitucional en materia de precedente judicial. El autor realiza un extenso recuento de los pronunciamientos de la Corte Constitucional a partir de 1992 para concluir que todas las autoridades públicas, incluidos los jueces, “tienen la obligación de acatar la interpretación que hacen las máximas autoridades judiciales encargadas legítimamente de interpretar la Constitución y la ley”<sup>1687</sup> (se subraya), obligación que se despliega respecto de autoridades administrativas, judiciales y no judiciales.<sup>1688</sup> Distingue, por un lado, la obligación estricta de acatar el precedente constitucional contenido en las sentencias de control abstracto (“C”), reiteración jurisprudencial (“C” o “T”) y de unificación de jurisprudencia (“SU”); y, por el otro, la obligación de acatar los demás precedentes constitucionales y los de otros órganos de cierre, caso en el cual las autoridades judiciales están facultadas para apartarse de manera excepcional y razonablemente justificada.<sup>1689</sup> Lo anterior, en virtud del principio de autonomía judicial. Para QUINCHE, “lo que tiene valor de precedente es la *ratio decidendi* de la(s) sentencia(s) pertinente(s)”<sup>1690</sup>, entendida en los siguientes términos:

La *ratio decidendi* es propiamente la *regla de la decisión*. Es un enunciado concreto, contenido en la sentencia, que define el caso o el pleito, mediante la formulación de una regla (es decir, de un enunciado normativo especial que manda, permite o prohíbe algo), cuya aplicación genera la decisión o el resuelve del caso concreto.<sup>1691</sup>

Para el autor, “[l]a obligatoriedad del precedente judicial de los órganos de cierre del sistema, es indispensable para la realización del derecho a la igualdad de trato

---

<sup>1687</sup> QUINCHE, *Op. Cit.*, p. 13.

<sup>1688</sup> *Idem*.

<sup>1689</sup> *Ibidem*, pp. 14-15.

<sup>1690</sup> *Ibidem*, p. 37.

<sup>1691</sup> *Ibidem*, p. 32.



jurídico, en la medida que la unidad de la interpretación vertida en sus precedentes, se erige en el criterio de evaluación para saber si en un caso concreto se ha violado o no el derecho a la igualdad en la aplicación del derecho.”<sup>1692</sup>

Así pues, reconoce “el proceso de reconfiguración” que ha atravesado el sistema de fuentes para modificar el lugar del precedente judicial y, de manera muy importante, anota que “el despliegue en ese nuevo lugar implicó también un cambio y una actualización en la manera de construir y evaluar los fallos judiciales”<sup>1693</sup>. Sin embargo, reduce la *ratio decidendi* a un enunciado normativo que debe aplicarse para obtener la decisión y no explica cómo habría que construir y evaluar tales fallos de manera acorde con esta reconceptualización de las fuentes formales del derecho.

Aun así, va más allá de LÓPEZ, puesto que realza el papel del CPACA como la creación de un “nuevo modelo interpretativo y decisional del Consejo de Estado”<sup>1694</sup>, tribunal que tomó distancia del formalismo jurídico y actualizó el sistema de fuentes del siglo XIX para darle a la “jurisprudencia” el papel de fuente primaria. Reconoce, así, la fusión que hace el CPACA de los elementos que la Corte Constitucional introdujo al país “con las peculiaridades que ofrece el manejo del precedente en la jurisdicción administrativa”<sup>1695</sup>:

El frente especial se refiere al mecanismo de extensión de la jurisprudencia y sus efectos. Allí se ha tenido que trabajar lenta y progresivamente en la elaboración de elementos analíticos y dogmáticos propios, aún en construcción. En este sentido la Corporación se ha visto forzada a precisar la función constitucional de unificación de jurisprudencia, a hacer un trabajo analítico con la[s] sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado que comprende entre otros elementos, establecer criterios de identificación de esas sentencias, elaborar una tipología, diferenciarlas respecto de otros fallos y

---

<sup>1692</sup> *Ibidem*, p. 105.

<sup>1693</sup> *Ibidem*, p. 29.

<sup>1694</sup> *Ibidem*, p. 161.

<sup>1695</sup> *Idem*.



decisiones, precisar su relación con el derecho a la igualdad, determinar sus fuentes, definir sus efectos y trabajar alrededor de los mecanismos necesarios para garantizar su eficacia.<sup>1696</sup>

Todo lo anterior ha implicado un trabajo sobre el precedente judicial con elementos tradicionalmente trabajados por la Corte Constitucional, históricamente evitados por la jurisdicción administrativa.<sup>1697</sup> (cita dentro de la cita).

También SANTOFIMIO reconoce la reconceptualización de las fuentes del derecho de la que se viene hablando, con una visión más cercana a la doctrina inglesa del precedente. Para él, el precedente judicial es “la decisión anterior de una autoridad que fija [*una*] posición interpretativa en relación con ciertas circunstancias fácticas y jurídicas, para ser aplicadas en el futuro, esto es, como antecedente vinculante generador de regla, principio o concepto aplicable a casos sustancialmente similares...”.<sup>1698</sup> Dice el autor...

La doctrina del precedente en este sentido se afirma en el efecto de autoridad de las decisiones previas, esto es, en la predica según la cual los fallos anteriores, por lo menos una parte de los mismos, su *ratio decidendi*, pueden obligar a los tribunales posteriores, vinculación que implica acogerse a lo decidido previamente, reconociendo de esta forma legitimidad al Derecho de creación judicial, a partir de una profunda aceptación a la individualidad y personalidad judicial, previo el agotamiento de las reglas que el sistema ha desarrollado para estos efectos, que en líneas generales y en relación con una visión formal del mismo, se resumen en la concurrencia de dos claros elementos configurativos: la *ratio decidendi* y el *obiter dictum* (WHITTAKER, ob. Cit: 37, y 49).<sup>1699</sup>

---

<sup>1696</sup> Ver CONSEJO DE ESTADO. *Las sentencias de unificación jurisprudencial*. Ministerio de Justicia, Bogotá, 2014.

<sup>1697</sup> QUINCHE, *Op. Cit.*, pp. 162-163.

<sup>1698</sup> SANTOFIMIO, *Op. Cit.*, p. 10.

<sup>1699</sup> *Ibidem*, p. 24.





Así pues, dado que “La norma fundamental del *common law* es la obligatoriedad del precedente”<sup>1700</sup>, estas transformaciones revelan un progresivo acercamiento del ordenamiento jurídico colombiano al *common law*, regido por el *stare decisis*. No es claro aquello de la “posición interpretativa” a que se refiere SANTOFIMIO, máxime cuando el autor señala, con toda claridad, que el precedente es derecho de creación judicial, y que el carácter vinculante del precedente judicial está en directa relación con la *ratio decidendi* de la sentencia.<sup>1701</sup>

Además, un punto de esta postura que no se comparte es la idea de que dentro del concepto de precedente quedan incluidos no solo los creativos (obligatorios) y los declarativos, que se limitan a aplicar una norma ya existente, sino también los persuasivos, cuyo seguimiento no es obligatorio para el juez<sup>1702</sup>. En estos no existe como tal un carácter normativo que obligue al juez del caso posterior, similar al decidido, a estarse a lo fallado por el juez que dictó la sentencia con valor de precedente.

Pero acierta SANTOFIMIO cuando manifiesta que “la tesis dominante en los trabajos jurisprudenciales de la Corte Constitucional en cuanto respecta al precedente judicial es el de su carácter de fuente de Derecho, en cuanto poseedor de fuerza normativa suficiente para imponerse en cuanto las razones fácticas del caso lo permitan, en la motivación de las decisiones judiciales, configurando, por lo tanto, regla aplicable por los operadores del Derecho. (...)”<sup>1703</sup> Ello lo corroboran los artículos 4 inciso tercero y 115 de la Ley 1395 de 12 de julio de 2010<sup>1704</sup>, el primero de los cuales distingue entre jurisprudencia y precedente y le otorga a este un papel principal como fuente

---

<sup>1700</sup> MONROY CABRA, *Op. Cit.*, p. 219.

<sup>1701</sup> SANTOFIMIO, *Op. Cit.*, pp. 38-40; citando a: ITURRALDE SESMA, Victoria. “El precedente en el Common Law”, Gipuzkoako Foru Aldundia Diputación Foral de Gipuzkoa, Civitas, Madrid 1995. Vid. p. 83 y ss

<sup>1702</sup> SANTOFIMIO, *Op. Cit.*, pp. 25-26.

<sup>1703</sup> *Ibidem*, p. 45.

<sup>1704</sup> *Ibidem*, p. 46.



del derecho, mientras el segundo confirma el entendimiento del precedente como “criterio principal en la determinación del orden positivo a cargo de los jueces consolidando lo que la doctrina nacional ha dado en llamar como un verdadero Derecho de los jueces” (refiriéndose al término acuñado por LOPEZ MEDINA)<sup>1705</sup>. Según SANTOFIMIO, inspirado aquí en DIEZ SASTRE...

En esta dirección el precedente judicial en el Derecho colombiano pasa de ser una simple creación jurisprudencial, a convertirse de manera expresa en una institución de reconocimiento legal, con contenido propio y naturaleza diferente a las simples y tradicionales construcciones jurisprudenciales. El precedente es, ante todo, desde esta perspectiva, la razón misma de la decisión, independientemente de cualquier otra consideración propia de una estructura jurisprudencial, por lo tanto una figura autónoma con contenido y caracterización propia, conceptualmente diversa a la simple fuente jurisprudencial (...) <sup>1706</sup>

## CAPÍTULO II- Consecuencias del concepto estricto de precedente judicial

### 1. Sentencias con fuerza de precedente en Colombia

Como se dijo, los términos *‘jurisprudencia’* y *‘precedente’* son distintos, en cuanto el primero tiene naturaleza persuasiva y argumentativa, mientras que el segundo tiene carácter normativo y obligatorio (Ver Sección 6 de la INTRODUCCIÓN). Resulta útil acudir a la definición de “precedente” que acoge el Consejo de Estado<sup>1707</sup>, esto es,

---

<sup>1705</sup> *Ibidem*, pp. 46-48.

<sup>1706</sup> *Ibidem*, p. 47.

<sup>1707</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. “Sentencia del 15 de diciembre del 2015.” Ponente Rocío Araújo Oñate, Radicación 110010315000201501470-01;

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. “Sentencia del 19 de febrero del 2015.” Ponente Alberto Yepes Barreiro (e), Radicación 11001-03-15-000-2013-02690-01;

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta, ponente Rocío Araújo Oñate, “Sentencia del 4 de febrero de 2016”, exp. 11001-03-15-000-2015-01911-01(AC)



del precedente como “la ratio -regla o subregla de derecho- empleada en un caso para fallar unos determinados supuestos de hecho y/o derecho puestos a su conocimiento. La ratio es el principio, la regla o razón general que constituyen la base de la decisión judicial y que proyecta sus efectos en la parte resolutive.”<sup>1708</sup>

Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la noción de precedente se encuentra vinculada a la existencia del caso análogo, de manera que “[...] para que un caso sea análogo a otro es necesario acreditar que existe una semejanza entre los hechos del primero y los hechos del segundo en virtud de que ambos comparten las mismas propiedades relevantes esenciales, lo cual permite aplicar la misma consecuencia jurídica en ambos casos.”<sup>1709</sup>

Para efectos de esta investigación, se adoptará el concepto estrecho de precedente antes indicado, a saber: **el precedente es “el criterio jurídico, principio o fundamento que justifica una decisión que es utilizado como una fuente jurídica para resolver casos futuros” (GASCON<sup>1710</sup>) que, además, incorpora en su seno los hechos materiales del caso** (no su descripción). Así pues, este comprende las reglas contenidas en fallos respecto de los cuales un juicio o test de igualdad frente a un nuevo caso revele que se trata de casos análogos.

Así las cosas, en lugar del enfoque interpretativo que parece otorgársele en gran parte de la jurisprudencia y la doctrina, el enfoque fáctico-analógico parece ser más acorde con la naturaleza que tiene la figura del precedente judicial en sistemas de *common law*, desde los cuales se ha trasplantado la misma. La Corte Constitucional, en algunos fallos, hace énfasis en este aspecto del precedente. Ejemplo de ello es la

---

<sup>1708</sup> Idem.

<sup>1709</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso *Castañeda Gutman contra México*. “Sentencia de agosto 6 de 2008”. Serie C No. 184, párrafo 170. Citado por: QUINCHE, *Op Cit.*, p. 37.

<sup>1710</sup> GASCÓN, *Op. Cit.*, p. 68.



sentencia T-292 de 2006<sup>1711</sup>, en la que la Corte se refirió al *precedente aplicable* como “aquella sentencia anterior y *pertinente* cuya ratio conduce a una regla – prohibición, orden o autorización- determinante para resolver un caso, dados unos hechos y un problema jurídico, o una cuestión de constitucionalidad específica, relevantes.” Así las cosas, si bien la Constitución Política le asigna a la jurisprudencia el carácter de “criterio auxiliar” de interpretación de la actividad judicial (artículo 230 inciso 2), las decisiones de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura y la Corte Constitucional “tienen valor vinculante por emanar de órganos diseñados para la unificación de la

---

<sup>1711</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, “Sentencia T-292 de 2006”, ponente Manuel José Cepeda Espinosa, Exp. T-1222275. Consideración jurídica No. 26:

“26. En este sentido, y dada su importancia, surge, sin embargo, la siguiente inquietud a la hora de determinar un precedente: ¿debe entenderse por *precedente* cualquier antecedente que se haya fijado en la materia, con anterioridad al caso en estudio? La respuesta a esta inquietud es negativa por varias razones. La primera, es que no todo lo que dice una sentencia es pertinente para la definición de un caso posterior, como se ha visto (vgr. la ratio es diferente al obiter dicta). La segunda, es que aunque se identifique adecuadamente la *ratio decidendi* de una sentencia, resulta perentorio establecer para su aplicabilidad, tanto en las sentencias de constitucionalidad como en las de tutela, qué es aquello que controla la sentencia, o sea cual es el contenido específico de la ratio. En otras palabras, si aplica tal ratio decidendi para la resolución del problema jurídico en estudio o no. En este sentido, en el análisis de un caso deben confluír los siguientes elementos para establecer hasta que punto el precedente es relevante o no:

- i. En la ratio decidendi de la sentencia se encuentra una regla relacionada con el caso a resolver posteriormente.
- ii. La ratio debió haber servido de base para solucionar un problema jurídico semejante, o a una cuestión constitucional semejante.
- iii. Los hechos del caso o las normas juzgadas en la sentencia anterior deben ser semejantes o plantear un punto de derecho semejante al que debe resolverse posteriormente. En este sentido será razonable que “cuando en una situación similar, se observe que los hechos determinantes no concuerdan con el supuesto de hecho, el juez esté legitimado para no considerar vinculante el precedente”.

Estos tres elementos hacen que una sentencia anterior sea vinculante y, en esa medida, que se constituya en un precedente aplicable a un caso concreto. De allí que se pueda definir el *precedente* aplicable, como aquella sentencia anterior y *pertinente* cuya ratio conduce a una regla – prohibición, orden o autorización- determinante para resolver el caso, dados unos hechos y un problema jurídico, o una cuestión de constitucionalidad específica, semejantes.”



jurisprudencia, y en virtud de los principios de igualdad, buena fe y seguridad jurídica -CP, artículos 13 y 83-<sup>1712</sup>.

Se trata, entonces, de una categoría que comprende los siguientes tipos de providencias...

- (i) En la jurisdicción constitucional: tienen carácter de precedente las reglas jurisprudenciales sobre el alcance de derechos fundamentales dictadas por la Corte Constitucional en sentencias de revisión de tutela y de unificación (T y SU, artículo 86 de la Constitución);
- (ii) En la jurisdicción ordinaria: sentencias de la Corte Suprema de Justicia en sede casacional, así como las proferidas por la Sala Plena al decidir recursos de apelación cuando se requiera unificar la jurisprudencia o establecer un precedente judicial” (Art. 35, CGP; artículo 235 Superior, que asigna a la Corte su calidad de tribunal de casación y máxima autoridad de la jurisdicción ordinaria<sup>1713</sup>);
- (iii) En la jurisdicción contencioso administrativa: sentencias de unificación de jurisprudencia del Consejo de Estado proferidas por importancia jurídica, trascendencia económica o social o por la necesidad de sentar jurisprudencia, al decidir recursos extraordinarios (de revisión o de unificación de jurisprudencia) y al decidir el mecanismo eventual de revisión de las acciones populares y de grupo (artículos 272 a 274 CPACA<sup>1714</sup>, normas que desarrollan

<sup>1712</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, “Sentencia C-588 del 25 de julio de 2012”, ponente Mauricio González Cuervo, Exp. D-8864; citando la sentencia C-816 de 2011.

<sup>1713</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN QUINTA, “Auto del 16 de agosto de 2016”, ponente, Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. Exp. 11001032800020160005200.

<sup>1714</sup> La finalidad del mecanismo eventual de revisión de acciones populares y de grupo es “unificar la jurisprudencia en tratándose de los procesos promovidos para la protección de los derechos e



los artículos 236 y 237 de la Constitución, relativos al rol de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo asignado al Consejo de Estado<sup>1715</sup>); y

(iv) En la jurisdicción disciplinaria, los fallos que en última instancia profiere el Consejo Superior de la Judicatura, no en conocimiento de acciones de tutela, sino al dirimir conflictos de competencia y en ejercicio de la jurisdicción disciplinaria-.

Lo anterior recuerda el dictamen de TARUFFO, para quien “Las verdaderas ‘cortes del precedente’ son las cortes supremas, cuyas decisiones se imponen a todos los organismos judiciales de grado inferior...”.<sup>1716</sup> Y coincide, también, con la postura de la Corte Constitucional, que ha sentado con toda claridad que “[s]ólo a la jurisprudencia de las altas corporaciones judiciales, en cuanto órganos de cierre de las jurisdicciones –constitucional, ordinaria, contenciosa administrativa y jurisdiccional disciplinaria-, se le asigna fuerza vinculante; y en virtud de ella, las autoridades judiciales deben acudir al precedente jurisprudencial para la solución de casos fáctica y jurídicamente iguales.”<sup>1717</sup> Algo similar aparece en la Sentencia C-634 de 2011<sup>1718</sup>, que atribuye al juez de inferior jerarquía una carga argumentativa para apartarse de un precedente establecido por una alta Corte, no cuando se aparta de cualquier providencia emanada de un juez funcionalmente superior. A su vez, la “uniformidad” de jurisprudencia ha sido considerada como requisito para la procedencia de la acción de tutela contra sentencias por desconocimiento del precedente, y según la Corte Constitucional, la “interpretación autorizada, última y

---

intereses colectivos y la reparación de daños causados a un grupo y, en consecuencia, lograr la aplicación de la ley en condiciones iguales frente a la misma situación fáctica y jurídica”.

<sup>1715</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN QUINTA, “Auto del 16 de agosto de 2016”, ponente, Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. Exp. 11001032800020160005200.

<sup>1716</sup> TARUFFO, *Op. Cit.*, pp. 93-94.

<sup>1717</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, “Sentencia C-816 del 1 de noviembre de 2011”, MP. Mauricio González Cuervo, Exp. D- 8473.

<sup>1718</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, “Sentencia C-634 del 24 de agosto de 2011”, MP. Luis Ernesto Vargas Silva, Exp. D-8413.



unificada viene dada en materia legal por el máximo tribunal de casación en la jurisdicción ordinaria o Corte Suprema de Judicial, en el derecho administrativo por el Consejo de Estado y en materia constitucional por la Corte Constitucional”.<sup>1719</sup> En la misma línea, en la sentencia C-179 de 2016<sup>1720</sup>, en dijo la Corte...

En este orden de ideas, la función de unificación jurisprudencial la cumplen en sus diferentes especialidades y en su condición de órganos de cierre, según el Texto Superior, (i) la Corte Constitucional en materia de derechos fundamentales y de examen de validez constitucional de las reformas a la Carta como de las normas con fuerza de ley (CP arts. 86 y 241); (ii) el Consejo de Estado en relación con su rol de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativos (CP arts. 236 y 237); y (iii) la Corte Suprema de Justicia en su calidad de tribunal de casación y máxima autoridad de la jurisdicción ordinaria (CP art. 235). (Se subraya)

Habrà lugar, entonces, a un desconocimiento del precedente vertical por “apartarse de las *subreglas* expuestas por las altas cortes, en atención al papel constitucional y legal que cumplen los órganos de cierre, a partir del reconocimiento de su potestad de unificar o revisar la jurisprudencia, en los asuntos sometidos previamente a su conocimiento. [...] Y es que cuando el precedente emana de un alto tribunal de justicia, éste adquiere un carácter de ordenador y unificador que propugna por materializar los principios de primacía de la Carta Política, la igualdad, la certeza en el derecho y el debido proceso, además de su caracterización como técnica judicial elemental para mantener la coherencia de todo el ordenamiento”.<sup>1721</sup> (Cursiva original, subrayado fuera de texto)

<sup>1719</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, “Sentencia C-539 del 6 de julio de 2011”, MP. Luis Ernesto Vargas Silva. Exp. D-8351.

<sup>1720</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, “Sentencia C-179 del 13 de abril de 2016”, ponente Luis Guillermo Guerrero Pérez, Exp. D-10973.

<sup>1721</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, “Sentencia T-677 del 30 de octubre de 2015”, ponente Luis Guillermo Guerrero Pérez, Exp. T-4.994.933.



También para el Consejo de Estado es claro que, cuando quienes interpretan textos normativos sin sentido unívoco son las “autoridades investidas de facultades constitucionales de unificación de jurisprudencia, como sucede con las altas cortes de justicia”, para producir reglas o disposiciones normativas concretas, esta interpretación adquiere carácter vinculante<sup>1722</sup>. Así, “el precedente es obligatorio porque proviene de los Altos Tribunales u órganos de cierre para los jueces de inferior jerarquía, quienes conociendo el precedente vertical están obligados a su aplicación, salvo que sea necesario en el caso concreto que se estudia apartarse de él, por ende deberá exponer la diferencia con respecto de la regla creada por el juez de la Alta Corte con una mayor carga argumentativa.”<sup>1723</sup>

En suma, dado el “papel constitucional que cumplen los órganos de cierre, a partir del reconocimiento de su función de unificar la jurisprudencia”<sup>1724</sup>, solo puede hablarse, en propiedad, de un *precedente vertical* que deba ser seguido en tratándose de “los lineamientos sentados por las instancias superiores encargadas de unificar jurisprudencia dentro de la respectiva jurisdicción o a nivel constitucional”<sup>1725</sup>, que son precisamente los órganos de cierre de la respectiva jurisdicción. Todo ello, por cuanto la Carta Política implementó en sus artículos 86, 235, 237 y 241 la función de unificación de jurisprudencia par efectos de “brindar a la sociedad: i) cierto nivel de certeza respecto de los comportamientos aceptados dentro de la comunidad y ii) garantizar que las decisiones que se adopten por la administración de justicia y, en

---

<sup>1722</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN QUINTA, “Auto del 16 de agosto de 2016”, ponente, Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. Exp. 11001032800020160005200.

<sup>1723</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta, ponente Rocío Araújo Oñate, “Sentencia del 4 de febrero de 2016”, exp. 11001-03-15-000-2015-01911-01(AC)

<sup>1724</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, “Sentencia C-179 del 13 de abril de 2016”, ponente Luis Guillermo Guerrero Pérez, Exp. D-10973.

<sup>1725</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, “Sentencia T-360 del 10 de junio de 2014”, ponente Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, Expediente T-4.248.813.





general, por todas las autoridades públicas, se funden en una **interpretación uniforme y consistente del ordenamiento jurídico.**<sup>1726</sup> (Negrilla fuera de texto)

Y si es este el motivo que permite atribuirles a las sentencias de las Altas Cortes el valor de “precedente”, entonces tiene sentido que solo en aquellos casos en que efectivamente unifican la jurisprudencia se les reconozca a sus providencias dicho valor normativo. Es por esto que el legislador de 2011 **concibió** el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia, como mecanismo para **otorgares** **prevalencia a las providencias que profiere el Consejo de Estado, precisamente “en razón a la condición de ser expedidas por el órgano de cierre de esta jurisdicción.** Este reconocimiento por cuanto le está atribuido en el ejercicio de sus funciones constitucionales, legales y reglamentarias, la de otorgar el alcance y el entendimiento de una determinada norma cuandoquiera que ésta es objeto de interpretación para resolver una controversia que le ha sido sometida a su examen.”<sup>1727</sup> (negrilla fuera de texto)

En un segundo plano estarán las demás sentencias de los órganos de cierre de las respectivas jurisdicciones, y la renovada “doctrina probable”, que el artículo 7 de la Ley 1564 de 2012 define en términos más cercanos al concepto de *jurisprudencia* que al de *precedente*. En efecto, el citado artículo 7 diferencia el caso en el que el juez se aparta de la doctrina probable, de aquel en el cual cambia de criterio en relación con sus decisiones en casos análogos (reconociendo, entonces, que se trata de supuestos diferentes), aunque les impone a ambos jueces la misma carga argumentativa:

**Artículo 7°. Legalidad.**

Los jueces, en sus providencias, están sometidos al imperio de la ley. Deberán tener en

---

<sup>1726</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN QUINTA, “Auto del 16 de agosto de 2016”, ponente, Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. Exp. 11001032800020160005200.

<sup>1727</sup> Idem.



cuenta, además, la equidad, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina.

Cuando el juez se aparte de la doctrina probable, estará obligado a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión. De la misma manera procederá cuando cambie de criterio en relación con sus decisiones en casos análogos. (NOTA: Inciso declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-621 de 2015).

El proceso deberá adelantarse en la forma establecida en la ley.

Lo anterior sin perjuicio de que, para los casos no susceptibles de ser revisados por las autoridades mencionadas, sean “los tribunales los encargados de establecer criterios hermenéuticos para los operadores judiciales inferiores (...)”.<sup>1728</sup> (Se subraya) Tales pronunciamientos, pese a su papel “hermenéutico”, no constituyen precedente, al menos no en el sentido estricto aquí adoptado.

### *1.1 Sentencias con fuerza de precedente en la jurisdicción constitucional*

Según lo indicado, tendrán valor de precedente las reglas jurisprudenciales sobre el alcance de derechos fundamentales dictadas por la Corte Constitucional en sentencias de revisión de tutela y de unificación (T y SU). Lo anterior porque son precisamente estas y no otras sentencias dictadas por este órgano de cierre las que permiten al operador jurídico acometer un juicio o test de igualdad respecto de un caso futuro. Ello se debe a que la regla incorpora los hechos materiales del caso cuya resolución da origen a la regla que sirve de fuente para resolver casos futuros.

En relación con el carácter de precedente de las sentencias de revisión de tutela, explica QUINCHE que

---

<sup>1728</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, “Sentencia T-360 del 10 de junio de 2014”, ponente Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, Expediente T-4.248.813.



[...] el precedente judicial en tutela se comporta en un doble nivel: Si se trata de una sentencia “SU”, de unificación, proferida por la Sala Plena de la Corte Constitucional (i), el precedente es completamente obligatorio para todas las autoridades públicas, incluyendo jueces y tribunales, en virtud de muchas razones, algunas de ellas muy obvias, como sería la de considerar que si la regla contenida en una sentencia de unificación no es obligatoria, entonces no tiene sentido unificar. En el segundo nivel, si se trata de una sentencia “T”, es decir, de un fallo proferido por una cualquiera de las salas de revisión de tutela (ii), entonces la regla de la decisión será en principio obligatoria para todas las autoridades, pero estas podrán apartarse siempre y cuando justifiquen de manera suficiente y adecuada el motivo del apartamiento jurisprudencial.

La cuestión acerca de la **obligatoriedad de las reglas contenidas en los fallos de tutela es de la mayor importancia, pues la respuesta que se dé al asunto involucra el compromiso real de respetar el derecho a la igualdad de trato jurídico y otros derechos fundamentales**. En sentido contrario, cuando no se siguen los precedentes judiciales y en especial el precedente de tutela, lo que se establece es la voluntad perversa de violar la igualdad y la de dar un trato diferenciado a circunstancias de hecho iguales.<sup>1729</sup>  
(Negrilla fuera de texto)

Es por eso que desde 1992, esto es, desde la entrada en operación de la Corte Constitucional, se ha hecho énfasis en la obligación de los jueces de tratar de igual manera los casos similares, “es decir, la obligación de seguir el precedente judicial fijado en los fallos de tutela.”<sup>1730</sup> Lo anterior, con fundamento en el artículo 13 de la Constitución y en el inciso final del artículo 23 del Decreto 2591 de 1991, “que faculta al juez de tutela para extender los efectos del amparo de los derechos fundamentales, al señalar que: *‘En todo caso, el juez establecerá los demás efectos del fallo para el caso concreto’*”<sup>1731</sup>.

---

<sup>1729</sup> QUINCHE, *Op. Cit.*, p. 90.

<sup>1730</sup> *Ibidem*, p. 92.

<sup>1731</sup> *Idem*.



Esta materialización del derecho a la igualdad de trato jurídico por parte de las autoridades judiciales y administrativas ha ocurrido en múltiples providencias de esta Corte. Entre ellas, cabe mencionar la T-406 de 1992, en la que se señaló que la doctrina constitucional contenida en la sentencia tendría “carácter obligatorio para todas las autoridades, en los términos del artículo 33 del Decreto 2591 de 1991”; la T-414 de 1992, que en su parte resolutive dictó que la doctrina constitucional enunciada en dicha sentencia tendría ‘carácter obligatorio’ para las autoridades en casos similares al que dio lugar a la sentencia, por sus hechos o circunstancias, en los términos del artículo 23 del decreto 2591 de 1991; la T-494 de 1992, que en el punto cuarto resolutive consignó que la doctrina constitucional enunciada en la sentencia tendría ‘carácter obligatorio’ para las autoridades en casos similares al presente, por sus hechos o circunstancias, en los términos del artículo 23 del Decreto 2591 de 1991.<sup>1732</sup>

Cuando el artículo 48 de la Ley 270 de 1996, estatutaria de la administración de justicia, señaló que las decisiones judiciales adoptadas en ejercicio de la acción de tutela tienen carácter obligatorio ‘únicamente’ para las partes, y que la motivación ‘solo’ constituye criterio auxiliar para la actividad de los jueces, la Corte en sentencia C-037 de 1996 la declaró exequible, pero aclaró que

[...] las sentencias judiciales a través de las cuales se deciden acciones de tutela, sólo tienen efectos en relación con las partes que intervienen en el proceso (Decreto 2591/91, art. 36). Sin embargo, la doctrina constitucional que define el contenido y alcance de los derechos constitucionales, sentada por la Corte Constitucional, con ocasión de la revisión de los fallos de tutela, trasciende las situaciones concretas que le sirven de base y se convierte en pauta que unifica y orienta la interpretación de la Constitución. El principio de independencia judicial, tiene que armonizarse **con el principio de igualdad en la aplicación del derecho**, pues, de lo contrario, se corre el riesgo de incurrir en arbitrariedad. **La jurisprudencia de los altos órganos jurisdiccionales, por medio de la**

---

<sup>1732</sup> Ibídem, pp. 92-94.



**unificación doctrinal, persigue la realización del principio de igualdad.** Por consiguiente, sin perjuicio de lo observado respecto de la doctrina constitucional, la exequibilidad del segundo numeral del artículo 48, materia de examen, se declarará bajo el entendido de que las sentencias de revisión de la Corte Constitucional, en las que se precise el contenido y alcance de los derechos constitucionales, sirven como criterio auxiliar de la actividad de los jueces, pero si éstos deciden apartarse de la línea jurisprudencial trazada en ellas, deberán justificar de manera suficiente y adecuada el motivo que les lleva a hacerlo, **so pena de infringir el principio de igualdad.**<sup>1733</sup> (Negrilla fuera de texto)

Como se ve, fue en el terreno de las sentencias de revisión de tutela, y al amparo del principio de igualdad, que se impuso en Colombia la doctrina del precedente judicial propiamente dicho. Y ello tuvo lugar mucho antes de que la Corte Constitucional reinterpretara, en sentido amplio, el contenido del artículo 230 Superior y, en especial, el concepto de “imperio de la ley” que esta norma contiene. Es vinculante, entonces, el precedente establecido por la Corte Constitucional “en la definición y alcance de los derechos fundamentales, pues, como tuvo la oportunidad de explicarse, el respeto por el precedente constitucional adquiere un peso específico en el ordenamiento jurídico, como respuesta al rol que cumple la Corte como órgano de cierre de la jurisdicción constitucional, según lo dispone el artículo 241 del Texto Superior.”<sup>1734</sup> Y la Corte ha precisado que, para apartarse del precedente en tutela, no basta con ofrecer argumentos en el sentido contrario “sino que resulta necesario demostrar que el precedente anterior no resulta válido, correcto o suficiente para resolver el caso nuevo (requisito de suficiencia)”<sup>1735</sup>.

Y “si los jueces se apartan de la regla judicial sin argumentación consistente, incurren en violación del derecho a la igualdad de trato jurídico, lo que daría lugar al ejercicio

---

<sup>1733</sup> COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, “Sentencia C-037 del 5 de febrero de 1996”, MP Vladimiro Naranjo Mesa, Exp. PE 008.

<sup>1734</sup> COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, “Sentencia T-677 del 30 de octubre de 2015”, ponente Luis Guillermo Guerrero Pérez, Exp. T-4.994.933.

<sup>1735</sup> COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, “Sentencia T-446 del 11 de julio de 2013”, ponente Luis Ernesto Vargas Silva, Rad. T-3.813.492.



de la acción de tutela por parte de la persona afectada”.<sup>1736</sup> Y es por la vía de la acción de tutela que se ha refinado la doctrina del precedente judicial.

Esto no supone, de ninguna manera, negar el carácter vinculante de la jurisprudencia constitucional en ejercicio del control abstracto de constitucional. Sin duda tales sentencias (C) son vinculantes, pero no a título de precedente. Se trata de providencias con fuerza de cosa juzgada en virtud del artículo 243 CP, o con carácter de doctrina constitucional integradora. Y ello responde a la célebre fórmula de que “entre la Constitución y la Corte Constitucional, cuando ésta interpreta aquella, no puede interponerse ni una hoja de papel.”<sup>1737</sup>

Así pues, las sentencias que profiere la Corte Constitucional en ejercicio del control abstracto de constitucionalidad, tanto en su parte resolutive como en su *ratio decidendi*, tienen fuerza de cosa juzgada explícita e implícita, respectivamente. Y, lo que es más, como la sentencia de constitucionalidad recae sobre una norma con fuerza de ley, comparte su grado de generalidad, abstracción y fuerza vinculante; con lo cual se incorpora una nueva norma jurídica de alcance general al sistema normativo. Según la Corte

[...] para efectos de delimitar el verdadero alcance del desconocimiento del precedente constitucional como causal específica de procedibilidad, se han identificado cuatro escenarios en los que cabe señalar que se desconoce la jurisprudencia de la Corte Constitucional: (i) Cuando se aplican disposiciones legales que han sido declaradas inexequibles por sentencias de constitucionalidad; (ii) Cuando se aplican disposiciones legales cuyo contenido normativo ha sido encontrado contrario a la Constitución; (iii) Cuando se contraría la ratio decidendi de sentencias de constitucionalidad; y (iv) Cuando

---

<sup>1736</sup> QUINCHE, *Op. Cit.*, p. 97.

<sup>1737</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, “Sentencia C-113 del 25 de marzo de 1993”, ponente Jorge Arango Mejía, Exp. D-096.



se desconoce el alcance de los derechos fundamentales fijado por la Corte Constitucional a través de la ratio decidendi de sus sentencias de tutela.<sup>1738</sup> (Se subraya)

TROPER y GRZEGORCZYK, refiriéndose al Consejo Constitucional francés, anotaron que cuando este declara constitucional una ley en el entendido de que sea interpretada de cierta manera, lo que ocurre es que se impone el respeto de la decisión judicial en la situación que describió el Consejo (*res judicata*, que se refiere a los asuntos decididos), y no un caso de respeto al precedente (que se extiende a casos análogos).<sup>1739</sup>

Este entendimiento es coherente con los argumentos que sustentan, para la Corte Constitucional, el valor vinculante de ciertas decisiones judiciales para solucionar nuevos casos, cual es “la aplicación práctica del deber de igualdad en la adjudicación y reconocimiento por las autoridades de los derechos de las personas... el precedente jurisprudencial aparece como un mecanismo realizador de la igualdad jurídica, pues los ciudadanos pueden contar con que el derecho ya reconocido a una persona habrá de serle concedido a otra u otras que se hallaren en la misma situación fáctica y jurídica inicialmente decidida”<sup>1740</sup>. Tales argumentos se refieren, por supuesto, al escenario de control *concreto* de constitucionalidad.

En efecto, en el control *abstracto* de constitucionalidad no se reconoce propiamente un derecho a una persona, pues se trata de un pronunciamiento abstracto e impersonal sobre la validez de cierta norma, y acerca de su pertenencia al orden jurídico vigente. Por esto mismo, no tendría sentido hablar de “apartamiento administrativo o jurisdiccional”, o de “distinción” de casos, cuando lo que tiene fuerza

---

<sup>1738</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, “Sentencia T-677 del 30 de octubre de 2015”, ponente Luis Guillermo Guerrero Pérez, Exp. T-4.994.933.

<sup>1739</sup> TROPER y GRZEGORCZYK, *Op. Cit.*, pp. 116-117.

<sup>1740</sup> Corte Constitucional “Sentencia C-618 de 1° de noviembre de 2011”, ponente Mauricio González Cuervo, Expediente. D-8473.



vinculante es una sentencia de control abstracto de constitucionalidad. La Corte Constitucional, en múltiples ocasiones, ha perfilado las diferencias entre una sentencia de constitucionalidad y otras sentencias de los órganos de cierre, así como su papel en el sistema de fuentes:

Habiéndose institucionalizado una determinada interpretación de un texto, el aplicador está en la obligación de seguir las orientaciones de las autoridades judiciales, aunque goce de la facultad –restringida- de apartarse de dichas interpretaciones, salvedad hecha de las decisiones de exequibilidad que son imperativas en ciertos casos (art. 243 C.P.).<sup>1741</sup>

(Se subraya)

En las sentencias contemporáneas que han redefinido la doctrina del precedente judicial atendiendo al contenido del CPACA, la Corte Constitucional aclara que la sujeción de las autoridades administrativas y judiciales al precedente es absoluta frente a sentencias de control abstracto de constitucionalidad, por su carácter obligatorio *erga omnes*, pero no hace una distinción como la que aquí se propone. Por el contrario, sigue tratando estas sentencias –de manera impropia- como un caso más del *precedente* constitucional. Dan fe de ello extractos como este:

6.3.6. Siendo plenamente ajustado a la Constitución que la norma bajo estudio establezca el deber de las autoridades de extender los efectos de una sentencia de unificación jurisprudencial dictada por el Consejo de Estado con base en unos presupuestos determinados, no resulta ajustado a la Carta excluir el deber de extender los efectos del precedente constitucional dictado por la Corte Constitucional –tanto en control abstracto como concreto-, por ser violatorio de las competencias fijadas en los artículos 241 y 243 constitucionales. Por idéntica razón, se configura la misma omisión en el inciso del artículo 102 de la Ley 1437/2011 integrado a la disposición demandada.<sup>1742</sup> (Se subraya)

---

<sup>1741</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, “Sentencia SU-1122 del 25 de octubre de 2001”, MP Eduardo Montealegre, Exp. T-465235.

<sup>1742</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, “Sentencia C-816 del 1 de noviembre de 2011”, MP. Mauricio González Cuervo, Exp. D- 8473.





A juicio de la Corte, su aplicación es similar, al punto que unas y otras quedaron incluidas –por virtud del condicionamiento que hizo el máximo tribunal constitucional al artículo 102 del CPACA– en el mecanismo de extensión de jurisprudencia. Esta aproximación, criticada en este documento, es generalizada en la doctrina mayoritaria. Aquí se propone demostrar que las sentencias que profiere la Corte Constitucional en ejercicio del control abstracto y control concreto de constitucionalidad no son equiparables, y que la fuerza de las primeras no deriva de su condición de “precedente” (aunque la propia Corte Constitucional las denomine así, y funde la idea misma de la cosa juzgada material en el carácter vinculante del precedente constitucional). Nada de esto supone demeritar, en absoluto, el carácter obligatorio general de las sentencias de constitucionalidad y su condición de fuente principalísima del derecho.

### *1.2 Sentencias con fuerza de precedente en la jurisdicción ordinaria*

En la justicia ordinaria, tendrán fuerza de precedente las sentencias de casación que profieren las Salas de Casación de la Corte Suprema de Justicia, así como las proferidas por la Sala Plena al decidir recursos de apelación contra autos o sentencias cuando “se requiera unificar la jurisprudencia o establecer un precedente judicial.” (Art. 35 del CGP).

Las sentencias de casación son el principal mecanismo por el cual este Alto Tribunal ejerce su función de unificación de jurisprudencia.

Si bien la casación judicial (institución emblemática de los sistemas continentales) fue en sus orígenes un instrumento de control de la capacidad creadora de los jueces (condenados a ser la “boca del Derecho”), paulatinamente este control se orientó hacia la uniformidad de la aplicación judicial del Derecho. Se puede hablar entonces de *jurisprudencia*: decisiones judiciales emitidas por los más altos órganos judiciales, e investidas de cierta autoridad por el ordenamiento jurídico. La autoridad de la



jurisprudencia estriba en la posibilidad de fundamentar el recurso extraordinario de casación en la violación o no seguimiento de la doctrina establecida por el órgano de casación. Con la casación, la jurisprudencia se consolida en los sistemas jurídicos continentales. Es un instrumento de control de la uniformidad en la aplicación del Derecho, y se fundamenta en los principios de predictibilidad de las decisiones y de seguridad jurídica.<sup>1743</sup> (Se subraya)

Los orígenes de la casación se remontan a la revolución francesa y el 'Estado Liberal'. Se creó en Francia el *Tribunal de Cassation*, al cual se le encomendó la labor de asegurar la pureza de la ley.<sup>1744</sup> "Por ello, ese cuerpo colegiado se ocupó de invalidar las sentencias contrarias a la normatividad positiva, sin cabida de argumentación distinta, por lo menos en sus inicios".<sup>1745</sup>

En España, cuya Constitución de 1978 señala que los Jueces y Magistrados están "sometidos únicamente al imperio de la ley"<sup>1746</sup>, la institución procesal de la casación tiene también una "clara impronta francesa"<sup>1747</sup>. Entre las causales de casación están, junto a la infracción de la ley, la infracción de la "doctrina legal", "jurisprudencia" o expresiones similares<sup>1748</sup>. Por eso se entiende que...

Hasta por la semántica inmediata del precepto –"infracción de doctrina legal"– se adivina allí que hay algo que va más allá incluso de la voluntad restrictiva de quienes redactan el texto, pues si la doctrina legal es algo que se puede "infringir", algún alcance normativo ha de tener.<sup>1749</sup>

---

<sup>1743</sup> MORAL, *Op. Cit.*, p. 17.

<sup>1744</sup> JARAMILLO, *Op. Cit.*, p. 278.

<sup>1745</sup> Idem.

<sup>1746</sup> ESPAÑA. Constitución Política de 1978. Artículo 117. "1. La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley.

[...]"

<sup>1747</sup> LAPORTA, *Op. Cit.*, p. 14.

<sup>1748</sup> Idem.

<sup>1749</sup> LAPORTA, *Op. Cit.*, p. 15.



En Colombia, la figura vio la luz con el artículo 151 de la Constitución de 1886, que atribuyó a la Corte Suprema de Justicia la facultad de conocer de los recursos de casación, como lo hace también el artículo 235 de la Carta de 1991<sup>1750</sup>. Y varias leyes han regulado la figura, incluyendo: el Código Judicial de 1931 (Ley 105, artículos 519 a 541), el Código de Procedimiento Civil de 1971<sup>1751</sup>, el Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004, artículos 180 y 181, el primero de los cuales consagra como finalidad de la casación la efectividad del derecho material, el respeto de las garantías de los intervinientes y la unificación de la jurisprudencia) y el Código General del Proceso de 2012.

El artículo 365 del Código de Procedimiento Civil señalaba como uno de los fines de la casación la *unificación de la jurisprudencia nacional*, como lo hace también el artículo 333 de la Ley 1564 de 2012 (Código General del Proceso). Esta función de unificación de la jurisprudencia nacional ha sido reiterada en sentencias como la del 4 de noviembre 2004 (radicado 23427) de la Sala Laboral de la Corte Suprema.

En materia penal, según la sentencia C-792 de 2014<sup>1752</sup>,

[...] el nuevo régimen procesal amplió de manera decisiva el objeto del recurso, ya que anteriormente sólo recaía sobre algunas sentencias de segunda instancia, en función de criterios como el tipo de infracción cometida, la sanción imponible o el juez encargado del juzgamiento. [...] Además, el juez de casación puede inadmitir la demanda a partir de juicios discrecionales, cuando considere que el demandante carece de interés o cuando se estime que no se requiere del fallo para satisfacer las finalidades del recurso. En este entendido, por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia podría inadmitir el recurso interpuesto en contra de un fallo de segunda instancia que impone por primera vez una condena, con el argumento de que la hipótesis fáctica que subyace al caso ya ha sido definida jurisprudencialmente, y

---

<sup>1750</sup> JARAMILLO, *Op. Cit.*, p. 280.

<sup>1751</sup> *Ibidem*, p. 281.

<sup>1752</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, "Sentencia C-792 del 29 de octubre de 2014", ponente Luis Guillermo Guerrero Pérez, Exp. D-10045.



que por tanto, la selección correspondiente no será funcional o útil para la unificación o el desarrollo de precedentes.<sup>1753</sup>

Finalmente, habría que anotar que el artículo 35 del Código General del Proceso faculta a la Sala Plena de la Corte Suprema o de los Tribunales para que, si así lo solicita el magistrado sustanciador, decida los recursos de apelación contra autos o sentencias “cuando se trate de asuntos de trascendencia nacional, o se requiera unificar la jurisprudencia o establecer un precedente judicial.” Por tanto, en estos dos últimos eventos, sin duda la decisión de la Sala Plena de la Corte Suprema tendrá la fuerza de precedente. En relación con el citado artículo 35, es forzoso realizar una doble aclaración. En primer lugar, refiriéndose a una norma virtualmente idéntica que contenía el artículo 4 de la Ley 1395 de 2010, el Consejo de Estado señaló que la disposición solo era aplicable a la jurisdicción ordinaria, que no a la contencioso administrativa.<sup>1754</sup> En segundo lugar, si bien el artículo 35 del CGP abarca, también, las providencias que para unificar jurisprudencia o “establecer un precedente judicial” dicta la Sala Plena de los Tribunales a solicitud del magistrado sustanciador, es uniforme la doctrina constitucional que reserva a las providencias de las Altas Cortes la naturaleza y función de precedente judicial.

### *1.3 Sentencias con fuerza de precedente en la jurisdicción de lo contencioso administrativo*

En relación con la jurisdicción de lo contencioso administrativo, tienen naturaleza de precedente judicial las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado proferidas por importancia jurídica, trascendencia económica o social o por la necesidad de sentar jurisprudencia, al decidir recursos extraordinarios (de revisión o

---

<sup>1753</sup> Idem.

<sup>1754</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN CUARTA, “Auto del 6 de noviembre de 2014”, ponente Hugo Fernando Bastidas Bárcenas, Rad. 11001-0327-000-2012-00028-00(19445).



de unificación de jurisprudencia) y al decidir el mecanismo eventual de revisión de las acciones populares y de grupo (artículos 272 a 274 CPACA<sup>1755</sup>).

Contrario a lo que declama la Ley 1437 de 2011, los efectos de las sentencias de unificación de jurisprudencia que dicta el Consejo de Estado no se limitan a fijar la interpretación de las normas constitucionales, legales y reglamentarias aplicables para la solución de un caso (artículos 10, 102) ni a “unificar o sentar jurisprudencia” (artículo 270). Por el contrario, estas sentencias generan precedente vinculante.

Por tanto, con la “extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado a terceros” por parte de las autoridades y del Consejo de Estado (artículos 102 y 269 CPACA) se extiende algo más que “jurisprudencia”. En el mismo sentido, el recurso de unificación de jurisprudencia (artículos 256 y siguientes CPACA) no solo asegura la “unidad de la interpretación del derecho, su aplicación uniforme”, evita perjuicios y permite reparar agravios a las partes y terceros perjudicados con la sentencia. Se trata, por el contrario, de recursos para asegurar el respeto a la vinculatoriedad del precedente.

Así, en el marco teórico de la relevancia práctica de los precedentes que diseñaron los juristas del *Bielefelder Kreis*, se trataría de una “obligatoriedad o vinculación formal” a la *ratio decidendi* de estas sentencias, pues en efecto ocurre que “Una sentencia que desacata la vinculación formal de un precedente es contraria a derecho y por ende puede ser revocada en apelación”<sup>1756</sup>. En este caso no solo está disponible el recurso de apelación, sino otros como el recurso de unificación de jurisprudencia

---

<sup>1755</sup> La finalidad del mecanismo eventual de revisión de acciones populares y de grupo es “unificar la jurisprudencia en tratándose de los procesos promovidos para la protección de los derechos e intereses colectivos y la reparación de daños causados a un grupo y, en consecuencia, lograr la aplicación de la ley en condiciones iguales frente a la misma situación fáctica y jurídica”.

<sup>1756</sup> CHIASSONI, “La Filosofía...”, *Op. Cit.*, p. 52.



y la tutela contra providencia judicial, aunque con algunas limitaciones que se verán adelante.

En el Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado del 10 de diciembre de 2013, el Alto Tribunal interpretó la expresión “las que profiera o haya proferido” del artículo 270 CPACA como una clara inclusión en esta categoría de las sentencias proferidas en años anteriores a la entrada en vigencia del CPACA, siempre que tuvieran la misma finalidad que hoy prescribe el artículo 270.<sup>1757</sup> Lo anterior, dado que la función de unificación jurisprudencial de este alto tribunal “no nace con la ley 1437 de 2011 ni depende exclusivamente de ella, pues como ha quedado señalado aquélla es inherente a la condición de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo que le reconoce a la Corporación el artículo 237-1 de la Constitución Política, tal como ya lo hacía la Carta de 1886”.<sup>1758</sup>

Así las cosas, las sentencias proferidas por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo antes de la vigencia del CPACA, que reúnan los presupuestos legales, recibirán el tratamiento de sentencias de unificación jurisprudencial<sup>1759</sup> siempre que hayan sido proferidas por la Sala Plena en ejercicio de la función prevista en el numeral 5º del artículo 97<sup>1760</sup> del Código Contencioso Administrativo, en concordancia con el

---

<sup>1757</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL, “Concepto del 10 de diciembre de 2013”, ponente William Zambrano Cetina, Exp. 11001-03-06-000-2013-00502-00 (2177).

<sup>1758</sup> Idem.

<sup>1759</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN PRIMERA, “Sentencia del 9 de octubre de 2015”, Exp. 2014-00062-00.

<sup>1760</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Decreto-Ley 01 del 2 de enero de 1984. (modificado por el art. 3, Ley 14 de 1988, Modificado por el art. 7, Decreto Nacional 2288 de 1989, Modificado por el art. 33, Ley 446 de 1998).

Artículo 97 “[...] La Sala Plena de lo Contencioso administrativo tendrá las siguientes funciones especiales: [...]

5. Resolver los asuntos que le remitan las Secciones, por su importancia jurídica o trascendencia social si por estimar fundado el motivo resuelve asumir competencia.

A solicitud del Ministerio Público, o de oficio, las Secciones podrán remitir a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo aquellos asuntos que, encontrándose pendientes de fallo, por su



artículo 130 *idem*. Esto es, cuando las sentencias fueran proferidas por la Sala Plena por importancia jurídica o trascendencia económica, bien sea de oficio, a petición del Ministerio Público en los términos del artículo 130 del Decreto Ley 01 de 1984<sup>1761</sup> o (a partir de la modificación introducida por el artículo 21 del Decreto Nacional 2304 de 1989) por remisión de las secciones si la Sala Plena resuelve asumir competencia. Eso sí, solo desde la entrada en vigencia del CPACA los particulares pueden presentar peticiones de expedición de sentencias de unificación jurisprudencial por importancia jurídica, trascendencia económica o social o por necesidad de sentar jurisprudencia<sup>1762</sup>.

En relación con las sentencias de las secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, es necesario tomar distancia de la conclusión de LÓPEZ MEDINA, para quien el artículo 270 del CPACA solo atribuye valor de “precedente vinculante” a las sentencias que provienen de la Sala Plena del Consejo de Estado, pero no de las Secciones. Según dice, estas últimas, “a pesar de tener jurisprudencia estable, no pueden por ahora imponer la aplicación administrativa *ex ante* de sus líneas jurisprudenciales.”<sup>1763</sup> Lo anterior desconoce el artículo 271 del CPACA y el Reglamento Interno del Consejo de Estado...

Desde el punto de vista reglamentario, el Acuerdo No. 58 de 1999, que regula el Reglamento Interno de la Corporación, en el numeral 1º del párrafo 1º artículo 14, dispuso que las Subsecciones de la Sección Segunda sesionarán conjuntamente para: “Unificar, adoptar o modificar la jurisprudencia de la Sección, con el fin de evitar decisiones contradictorias sobre el mismo punto de derecho, a petición de cualquiera de sus miembros”.

---

importancia jurídica o trascendencia social ameriten ser decididos por ésta. La Sala Plena decidirá si avoca o no el conocimiento del asunto.

Igualmente, la Sala Plena podrá asumir de oficio el conocimiento de asuntos que se estén tramitando por cualquiera de las Secciones y que se encuentren pendientes de fallo.”

<sup>1761</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN CUARTA, “Auto del 6 de noviembre de 2014”, ponente Hugo Fernando Bastidas Bárcenas, Rad. 11001-0327-000-2012-00028-00(19445).

<sup>1762</sup> *Idem*.

<sup>1763</sup> LÓPEZ, “Eslabones...”, *Op. Cit.*, p. 178.



El citado acuerdo fue adicionado y modificado por el Acuerdo 148 de 2014, Reglamento del Consejo de Estado, mediante el cual se les asignó a las Secciones especializadas de esta Corporación, la competencia para proferir las indicadas sentencias de unificación, cuando las controversias o asuntos provengan de las diferentes subsecciones o de los tribunales administrativos.<sup>1764</sup>

No solo pueden las secciones dictar sentencias de unificación de jurisprudencia en los asuntos a su cargo, sino que incluso podían hacerlo desde antes de la expedición del CPACA, especialmente las que estaban divididas en subsecciones, por virtud del Reglamento del Consejo de Estado, expedido con base en el numeral 6º del artículo 237 de la Constitución Política y en el numeral 8 del artículo 35 de la ley estatutaria de administración de justicia<sup>1765</sup>. Claro está, las secciones de lo Contencioso Administrativo no podrían haber proferido sentencias con el objeto de unificar la jurisprudencia de los Tribunales antes de la entrada en vigencia del artículo 271 del CPACA, ni tampoco por solicitud de particulares por importancia jurídica, trascendencia económica o social o por necesidad de sentar jurisprudencia<sup>1766</sup>.

Según lo dispone el artículo 43B del Reglamento Interno del Consejo de Estado, adicionado por el artículo 8 del Acuerdo 148 de 2014, “[l]as sentencias de unificación jurisprudencial se identificarán con las siglas CE-SUJ seguidas del número de la Sección y el número anual consecutivo que les corresponda”, y serán publicadas en la sede electrónica del Consejo de Estado. Dice el párrafo transitorio de la misma disposición que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y las Secciones deben identificar todas las sentencias de unificación jurisprudencial “dictadas a partir del 2

---

<sup>1764</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN B, “Auto del 16 de junio de 2016”, ponente Sandra Lisset Ibarra Vélez, Exp. 110010325000201500317 OO (0646-2015).

<sup>1765</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL, “Concepto del 10 de diciembre de 2013”, ponente William Zambrano Cetina, Exp. 11001-03-06-000-2013-00502-00 (2177).

<sup>1766</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN CUARTA, “Auto del 6 de noviembre de 2014”, ponente Hugo Fernando Bastidas Bárcenas, Rad. 11001-0327-000-2012-00028-00(19445).





de julio de 2012 de conformidad con el artículo 270 de la Ley 1437 de 2011” e informar a la Relatoría de la Corporación sobre el particular, para garantizar su publicidad en la sede electrónica de la Corporación. Pero, además, en las ocasiones en las que el Consejo de Estado ha decidido en virtud del artículo 269 CPACA, ha procedido a identificar como sentencias de unificación algunos fallos anteriores al 2 de julio de 2012.

*Pero, ¿son estas las únicas sentencias del Consejo de Estado con fuerza de precedente?*

Mediante la sentencia C-588 de 2012, la Corte Constitucional –en aparente respuesta al intento del CPACA de hacer primar los precedentes del Consejo de Estado y de desplazar la aplicación del precedente constitucional en los procesos contencioso administrativos- había señalado que como son las sentencias de unificación las que ordenan y clasifican el precedente aplicable, “es plenamente razonable que sean estas sentencias y no otras del Consejo de Estado, las llamadas a ser aplicadas en el mecanismo de extensión de jurisprudencia. Las demás (...) siguen teniendo su valor como precedente del órgano de cierre de lo contencioso-administrativo, pero son un tipo especial de providencias –las sentencias de unificación jurisprudencial- a las que el Legislador (...) asignó la potestad de ser aplicadas en el mecanismo de extensión de jurisprudencia...”. <sup>1767</sup>(Se subraya).

Entonces, según la Corte Constitucional, las demás sentencias del Consejo de Estado tienen valor de precedente. **Sin embargo, lo cierto es que no suele dársele la aplicación de precedente a las demás sentencias de este alto tribunal**, ni existen instrumentos idóneos para garantizar tal fuerza normativa.

---

<sup>1767</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, “Sentencia C-588 del 25 de julio de 2012”, ponente Mauricio González Cuervo, Exp. D-8864.



En efecto, las “[r]estantes decisiones del tribunal supremo de lo contencioso administrativo, diferente de las de unificación, no cuentan con el poder vinculante de las anteriores, y para el Legislador son las sentencias unificadoras las que válidamente se hallan llamadas a dotar a esta jurisdicción y a la administración en general de reglas de interpretación *“claras, uniformes e identificables”*”<sup>1768</sup> (Se subraya). Pero, además, por lo general se alega que no existe una “postura uniforme” o “única” sobre cierto punto de derecho –porque, a falta de sentencia de unificación, suele ser posible hallar al menos un fallo en sentido contrario–, como si el carácter de precedente dependiera de la reiteración de los fallos.

Prueba de ello es la sentencia fechada el 4 de febrero de 2016<sup>1769</sup>. La Sección Segunda del Consejo de Estado consideró que el Tribunal Administrativo de Boyacá no había desconocido el precedente judicial fijado en dos sentencias de la Subsección B de la Sección Segunda de esa Corporación relacionado con la supresión de cargos con ocasión de una reestructuración administrativa, debido a que no existía similitud entre el precedente invocado y el caso sometido a consideración del Tribunal. Pero además, lo que resulta relevante para efectos de esta investigación es que, según el Consejo de Estado, “no existe un precedente vinculante para el Tribunal Administrativo de Boyacá, en la medida en que como se estudió no había una postura única en el asunto que ahora se discute.”<sup>1770</sup> (Se subraya).

Tampoco se le ha dado el tratamiento de “precedente” al fallo del 15 de mayo de 2014, emitido por el Consejo de Estado en el proceso 2005-01399<sup>1771</sup>, en el cual la corporación negó a PANAMCO COLOMBIA S.A. la posibilidad de que la medición de

---

<sup>1768</sup> Idem.

<sup>1769</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN SEGUNDA- Subsección A, “Sentencia del 4 de febrero de 2016”, ponente William Hernández Gómez, Exp. 11001-03-15-000-2015-02079-01(AC).

<sup>1770</sup> Idem.

<sup>1771</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN PRIMERA, “Sentencia del 15 de mayo de 2014”, ponente Marco Antonio Velilla Moreno, Exp. 25000-23-24-000-2005-01399-01.



sus descargas a las redes de alcantarillado de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P. fuera tenida en cuenta para efectos del cobro de dicho servicio. En este fallo, el Consejo de Estado confirmó la sentencia del 2 de diciembre de 2010, en la cual la Subsección A de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca declaró la nulidad de una resolución de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (SSPD) que ordenó la reliquidación de una factura con base en la medición de vertimientos. Dijo en esa oportunidad el Consejo de Estado lo siguiente:

El proceso surtido por la entidad [refiriéndose a la SSPD], resultaba improcedente por cuanto la entidad competente para establecer el aforo individual es la respectiva comisión reguladora y no la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, como lo dispone el artículo 146 de la Ley 142 de 1994, el servicio de saneamiento básico que por razones de tipo técnico, de seguridad o de interés social **no exista medición individual**, la Comisión de regulación definirá los parámetros adecuados para estimar el consumo.

[...] En ejercicio de esta facultad fue que la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico expidió la Resolución 151 de 2001, los criterios para establecer la tarifa por el uso de la red de alcantarillado, se adoptó como base el consumo de acueducto y sin perjuicio de poder utilizar otras fórmulas para la medición o cálculo del efluente, el valor a facturar tendrá como base el consumo del servicio aplicándose las tarifas legalmente establecidas para el servicio de alcantarillado, como lo establece el contrato de condiciones uniformes que regula la prestación del servicio entre la Empresa y el cliente, en la cláusula décima.

Este fallo ha sido reiterado en otros procesos similares con participación de INDEGA – PANAMCO COLOMBIA S.A. (Sentencias del 16 de octubre de 2014, Rad. 25000-23-41-000-2013-00456-01 con ponencia de María Elizabeth García González; sentencia del 19 de marzo de 2015, Rad. 25000-23-41-000-2013-00416-01, con ponencia de María Elizabeth García González y sentencia del 22 de septiembre de 2016, Rad. 25000-23-41-000-2013-00423-01, con ponencia de Guillermo Vargas



Ayala, entre otras), en las cuales se ha establecido de manera uniforme que para el cobro del servicio de alcantarillado se debe tener como parámetro de medición el consumo del servicio de acueducto, y que no es viable aplicar un parámetro distinto a éste, en el cual el cobro del consumo de alcantarillado se realice a partir de la medición directa del volumen de vertimientos.

Aun así, nada de esto ha bastado para zanjar la diferencia de criterios (y de jurisprudencia) que existe entre diferentes subsecciones de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, y entre múltiples juzgados administrativos del país en torno del derecho que tienen, o no, los Grandes Consumidores del servicio de alcantarillado de exigir a las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios la medición de sus consumos de este servicio para efectos de facturación, en lugar de que la empresa prestadora “estime” el consumo de alcantarillado con base en el número de metros cúbicos de acueducto y fuentes alternas.

Pareciera, entonces, que para todas las sentencias que no tengan la condición de “sentencias de unificación jurisprudencial”, no bastaría una sola sentencia para dar lugar a una subregla judicial, sino que –de manera similar al método de la línea jurisprudencial–, el *plus de obligatoriedad* solo se configuraría en casos de reiteración, sin siquiera lograr por esta vía seguridad jurídica en cuanto a la manera como fallarán los jueces. Pero ni siquiera en presencia de una postura reiterada del Consejo de Estado se sienten los tribunales y jueces vinculados indefectiblemente por la decisión. Como prueba de lo anterior, debe citarse la sentencia que profirió el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el marco de un proceso entre la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P. y la SSPD en la cual, en virtud de su autonomía e independencia, decidió separarse del aludido fallo de la Sección Primera del Consejo de Estado del 15 de mayo de 2014 y, en su lugar, acoger “los planteamientos de las anteriores providencias traídas como precedente



jurisprudencial vertical, es decir proferidas por el mismo Consejo de Estado y atrás enunciadas, advierte que la posibilidad de medir los vertimientos del servicio de alcantarillado sí es permitida en el ordenamiento legal como se expone en esta sentencia<sup>1772</sup>. (Se subraya) En lugar de realizar una distinción entre el caso sometido a conocimiento del Tribunal y la jurisprudencia reiterada del Consejo de Estado –algo que era posible acudiendo a las diferencias entre el caso INDEGA y el caso de Gaseosas Lux S.A.S., que era el tercero interesado en el caso que debía decidirse-, el Tribunal acudió a su autonomía para separarse del fallo reiterado y aplicar otras providencias de la misma Corporación, aunque más antiguas y sin la reiteración que tiene el fallo del 15 de mayo de 2014.

Bajo esta perspectiva, tratándose de sentencias que no ostenten la condición de sentencia de unificación, siempre bastaría con encontrar un fallo en sentido diverso para desconocer su carácter vinculante, en ausencia de instrumentos adecuados para garantizar su vinculatoriedad, aun sin acudir a la técnica de la *distinción* y sin cumplir la carga argumentativa exigida para el *apartamiento jurisprudencial*.

Finalmente, así como las sentencias de constitucionalidad de la Corte Constitucional tienen efecto de *cosa juzgada*, que no de *precedente*, lo mismo debe predicarse de las sentencias que produce el Consejo de Estado en las cuales se deciden las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de actos administrativos de carácter general en virtud del artículo 237 de la Constitución, numeral 2<sup>1773</sup>, así como las acciones en ejercicio de los medios de control previstos en la Ley 1437 de 2011, cuando no reúnan las condiciones de ser una sentencia de unificación jurisprudencial.

---

<sup>1772</sup> COLOMBIA. TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCIÓN PRIMERA, Subsección “C” en Descongestión, “Sentencia del 30 de enero de 2015”, ponente Ana María Rodríguez, Exp. 11001-33-31-005-2011-00222-01.

<sup>1773</sup> COLOMBIA. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución Política de 1991.

Artículo 237. Son atribuciones del Consejo de Estado: [...] 2. Conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional. [...]



#### *1.4 Sentencias con fuerza de precedente en la jurisdicción disciplinaria*

No todas las providencias que profiere el Consejo Superior de la Judicatura tienen fuerza de precedente, pues ni siquiera todas sus decisiones tienen naturaleza jurisdiccional. Tradicionalmente, solo se ha reconocido tal condición a las emanadas de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria, en virtud del artículo 116 de la Constitución Política y del inciso 2º del artículo 111 de la Ley 270 de 1996. Según este “Las providencias que en materia disciplinaria se dicten en relación con funcionarios judiciales *[para resolver procesos por infracción a los regímenes disciplinarios de los funcionarios de la Rama Judicial que no gocen de fuero especial, los abogados y quienes ejercen función jurisdiccional de manera transitoria u ocasional]* son actos jurisdiccionales no susceptibles de acción contencioso-administrativa.” Solo estas providencias del Consejo Superior de la Judicatura, por emanar del órgano de cierre de la jurisdicción disciplinaria, tienen fuerza de precedente en casos análogos. Esto incluye la decisión en única instancia proferida en los procesos disciplinarios contra los magistrados de los Tribunales y Consejos Seccionales de la Judicatura, el Vicefiscal, los fiscales delegados ante la Corte Suprema de Justicia y los Tribunales (numeral 3, artículo 112); y la decisión de los recursos de apelación y de hecho, así como de la consulta, en los procesos disciplinarios de que conocen en primera instancia las Salas Jurisdiccionales Disciplinarias de los Consejos Seccionales de la Judicatura (numeral 4, artículo 112 de la Ley 270; en concordancia con el artículo 59 de la Ley 1123 de 2007, numeral 1).

Entonces, no todas las providencias de naturaleza jurisdiccional que profiere la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura constituyen “precedente”. No lo son, por ejemplo, las acciones de tutela de las que dicta dicha Sala de conformidad con el artículo 86 de la Constitución y el artículo 1 del Decreto



1382 de 2000<sup>1774</sup> [al escribir estas páginas, el Consejo Superior de la Judicatura todavía tiene esta competencia, en “vía de extinción”). Lo anterior porque, cuando actúa como juez de tutela, lo hace como cualquier juez de la República y se encuentra, por tanto, en la base de la jurisdicción constitucional, siendo la Corte Constitucional la encargada de proferir sentencias con fuerza de precedente en ejercicio del control concreto de constitucional, como se explicó.

Pese al carácter restrictivo del artículo 111 inciso 2 de la Ley 270, también se reconoce la naturaleza jurisdiccional de las decisiones que profiere el Consejo Superior de la Judicatura en ejercicio del numeral 2 del artículo 112 de la Ley 270 de 1996, a saber: “2. Dirimir los conflictos de competencia que ocurran entre las distintas jurisdicciones, y entre éstas y las autoridades administrativas a las cuales la ley les haya atribuido funciones jurisdiccionales, salvo los que se prevén en el artículo 114, numeral tercero, de esta Ley y entre los Consejos Seccionales o entre dos salas de un mismo Consejo Seccional.”

El Acto Legislativo 2 de 2015, en su artículo 14, trasladó a la Corte Constitucional la función de “11. Dirimir los conflictos de competencia que ocurran entre las distintas jurisdicciones”; y el artículo 17 del mismo acto legislativo derogó el artículo 256 numeral 6 de la Constitución, que atribuía al Consejo Superior de la Judicatura, y a los Consejos Seccionales, la atribución de dirimir los conflictos de competencia entre las distintas jurisdicciones. Vale aclarar que el artículo 14 sigue vigente, y el 17 solo fue declarado parcialmente inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-285 de 2016<sup>1775</sup>, en la que la Corte se inhibió de pronunciarse de fondo sobre el numeral 6 del artículo 256, por ineptitud sustantiva de la demanda. Luego, mediante

---

<sup>1774</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, “Auto 278 del 9 de julio de 2015”, ponente Luis Guillermo Guerrero Pérez, Ref. CJ 001.

<sup>1775</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, “Sentencia C-285 del 1 de junio de 2016”, ponente Luis Guillermo Guerrero Pérez, Exp. D-10990.



sentencia C-373 de 2016, la Corte Constitucional declaró exequible, por los cargos analizados, la derogatoria del numeral 6 del artículo 256<sup>1776</sup>. Así las cosas,

[...] por virtud de lo previsto en el artículo 14 del Acto Legislativo 02 de 2015, la atribución para conocer de los conflictos de competencia que ocurran entre las distintas jurisdicciones quedó radicada en cabeza de la Corte Constitucional. No obstante, en obediencia a lo dispuesto en el párrafo transitorio 1º del artículo 19 del referido acto legislativo, en el que se adoptaron medidas de transición que dieron continuidad a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, dicha atribución sólo podrá ser ejercida por la Corte Constitucional, una vez la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura haya cesado de manera definitiva en el ejercicio de sus funciones, momento en el cual los conflictos de competencia entre distintas jurisdicciones deberán ser remitidos a la Corte Constitucional en el estado en que se encuentren.<sup>1777</sup>

Entonces, las únicas sentencias del Consejo Superior de la Judicatura con fuerza de precedente en casos análogos son las dictadas en materia disciplinaria en relación con funcionarios judiciales y aquellas dictadas para dirimir conflictos de competencia entre las diferentes jurisdicciones, por emanar del órgano de cierre de lo jurisdiccional disciplinario. No así los fallos de tutela que profiera esta sala, que pese a ser jurisdiccionales no provienen de la cabeza de la jurisdicción constitucional; ni tienen por tanto la función (ni la posibilidad) de unificación jurisprudencia en la jurisdicción. Será necesario revisar, desde el punto de vista empírico y con un detalle que trasciende los alcances de esta disertación, si la fuerza de precedente que la Constitución y la ley le reconocen a estos fallos del órgano de cierre de esta jurisdicción son o no aplicados, como tales, en la solución de casos análogos y para la unificación jurisprudencial; máxime teniendo en cuenta que la Corte Constitucional, al referirse a los órganos de cierre que cumplen la función de unificación

---

<sup>1776</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, “Sentencia C-373 del 13 de julio de 2016”, ponente Alejandro Linares Cantillo, Exp. D-10947.

<sup>1777</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, “Auto 278 del 9 de julio de 2015”, ponente Luis Guillermo Guerrero Pérez, Ref. CJ 001.





jurisprudencial en sus diferentes especialidades, en algunas oportunidades ha omitido toda mención a los pronunciamientos del Consejo Superior de la Judicatura.<sup>1778</sup>

Ahora bien, debe recordarse que por virtud del acto legislativo O2 de 2015, la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, “ejercerá la función jurisdiccional disciplinaria sobre los funcionarios y empleados de la Rama Judicial, en remplazo de la actual Sala Disciplinaria.”<sup>1779</sup> Esta comisión estará conformada por siete magistrados, cuatro de los cuales serán elegidos por el Congreso en pleno de ternas enviadas ahora por el Consejo Superior de la Judicatura, y tres de los cuales serán elegidos por el Congreso en pleno de ternas enviadas por el Presidente de la República<sup>1780</sup>.

## **2. Sujeción estricta de autoridades administrativas a las sentencias de unificación jurisprudencial y autoridad relativa para jueces**

Algunos autores, aun cuando reconocen el carácter normativo del precedente, distinguen entre el escenario judicial y la sede administrativa. Consideran que, en este último caso, las autoridades administrativas no cuentan con la autonomía funcional de los jueces (artículo 228 CP) y que, por tanto, deben someterse de manera estricta a las líneas doctrinales de la Corte Constitucional “y por tanto ‘ellas están obligadas a aplicar el derecho vigente (y las reglas judiciales lo son)...’.”<sup>1781</sup>

---

<sup>1778</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, “Sentencia C-179 del 13 de abril de 2016”, ponente Luis Guillermo Guerrero Pérez, Exp. D-10973. Ver también: COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, “Sentencia C-539 del 6 de julio de 2011”, MP. Luis Ernesto Vargas Silva. Exp. D-8351 y COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, “Sentencia T-309 del 22 de mayo de 2015”, ponente Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, Exp. T-4.682.444.

<sup>1779</sup> AMBITOJURIDICO.COM. “INFORME: Claves para entender qué queda de la reforma de Equilibrio de Poderes”, (Consultado en marzo de 2017). Disponible vía internet: <https://www.ambitojuridico.com/bancoconocimiento/administracion-publica/claves-para-entender-que-queda-de-la-reforma-de-equilibrio-de-poderes>.

<sup>1780</sup> COLOMBIA. CONSTITUCIÓN POLÍTICA. Artículo 257A, adicionado por el artículo 19 del Acto Legislativo O2 del 1 de julio de 2015.

<sup>1781</sup> HERNÁNDEZ, *Op. Cit.*, p. 56.



Así, según el entonces Magistrado Augusto Hernández Becerra, quien fue Presidente de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, “las autoridades administrativas no están en las condiciones constitucionales del juez para pretender que, gozando de una relativa independencia frente a la jurisprudencia, tiene[n] la facultad de decidir consultando exclusivamente la ley pudiendo cerrar los ojos ante la evidencia de los fallos reiterados de la justicia en un punto de Derecho (...) No se trata, propiamente, de convertir la jurisprudencia en fuente de derecho obligatoria sino de, por medio de este procedimiento, garantizar el derecho que tiene toda persona a un trato igual (...)”<sup>1782</sup>.

No obstante, esta postura desatiende el hecho de que esta “comprensión absolutista de la subordinación administrativa a los precedentes ha sido reconsiderada por la jurisprudencia constitucional”<sup>1783</sup>. En efecto, en sentencias como la C-816 de 2011, la Corte Constitucional “admite sin ambages la fuerza vinculante de las decisiones jurisprudenciales de los órganos de cierre frente a las autoridades administrativas. (...) Con todo, también es clara en señalar que este sometimiento no es absoluto.”<sup>1784</sup>

Por el contrario, reconoce que la “autonomía” que ostenta la Administración frente a las interpretaciones que fundamentan las reglas de Derecho creadas por la jurisprudencia viabiliza la posibilidad de que, al igual que ocurre con las autoridades judiciales, “también las administrativas puedan apartarse de manera expresa y razonada de precedentes”. Para la Corte, “la autonomía de las autoridades de la Administración respecto del precedente judicial, basada en la separación de poderes y el principio de legalidad, halla reconocimiento de esta posibilidad de *apartamiento administrativo*. (...)”<sup>1785</sup>.

---

<sup>1782</sup> Ibidem, pp. 56-57.

<sup>1783</sup> SANTAELLA, *Op. Cit.*, pp. 158-160

<sup>1784</sup> Ibidem, p. 159.

<sup>1785</sup> Idem.



Por esta vía, entonces, al tiempo que se pone a prueba [...] la legitimación democrática, técnica y jurídica de la Administración Pública, se remarca también su vinculación *prima facie* a los precedentes y se le impone una carga de refutación (contra-argumentación) que, sin constituir una camisa de fuerza para su poder de decisión, debe contribuir a una mayor racionalidad y a una mayor razonabilidad de las determinaciones que se adopten.<sup>1786</sup>

Así las cosas, dada la sujeción del poder público (todo él) a la Constitución y a la ley, “todas las autoridades públicas, de carácter administrativo o judicial, de cualquier orden, nacional, regional o local, se encuentran sometidas a la Constitución y a la ley, y (...) como se parte de esa sujeción, las autoridades administrativas se encuentran obligadas a acatar el precedente judicial dictado por las Altas Cortes (...)”<sup>1787</sup>. Y aunque no se trata de una sujeción absoluta, sí es más estricta que la autoridad que tienen los precedentes frente a los jueces administrativos, como se explicará adelante, y existen eficaces instrumentos jurídicos para garantizar el poder vinculante de las sentencias de unificación jurisprudencial frente a autoridades administrativas.

### ***2.1 Instrumentos jurídicos para garantizar el poder vinculante de las sentencias de unificación jurisprudencial frente a autoridades administrativas***

Cuando la Comisión de Reforma preparaba el proyecto que luego se convirtió en la Ley 1437 de 2011, se consideró que en los especiales casos expuestos en el artículo 270 del CPACA “se amerita un pronunciamiento para superar tales situaciones de divergencia o de especialidad e importancia, lo que califica el carácter de decisión vinculante para el tema y que se justifica en la calificación de unificación jurisprudencial.”<sup>1788</sup> Por eso no solo se creó la figura de la sentencia de unificación

---

<sup>1786</sup> *Ibidem*, pp. 159-160.

<sup>1787</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, “Sentencia C-539 del 6 de julio de 2011”, MP. Luis Ernesto Vargas Silva. Exp. D-8351 y COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, “Sentencia C-634 del 24 de agosto de 2011”, MP. Luis Ernesto Vargas Silva, Exp. D-8413.

<sup>1788</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN QUINTA, “Auto del 16 de agosto de 2016”, ponente, Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. Exp. 11001032800020160005200.



jurisprudencial, sino que se estipularon mecanismos para garantizar su poder vinculante. En efecto, el Consejo de Estado en varios de sus fallos ha insistido “en que uno de los objetivos que informaron y contribuyeron a la formulación de un nuevo esquema procesal en la jurisdicción contenciosa administrativa, se fundó en el fortalecimiento y vigencia de las decisiones proferidas por el Consejo de Estado.”<sup>1789</sup>

Algunos de los instrumentos que a continuación se explican son aplicables, también, para garantizar la fuerza vinculante que tienen e irradian las sentencias de otras altas cortes, como es el caso de la tutela contra sentencias o la configuración del delito de prevaricato por acción. Otros, sin embargo, son exclusivos para la garantía del poder vinculante de las sentencias de unificación jurisprudencial.

Algunos otros se han dejado a un lado en esta sección, sencillamente porque exceden el alcance de esta investigación. Tal es el caso, por ejemplo, de la causal de nulidad de un fallo de revisión de tutela cuya *ratio decidendi* viola la cosa juzgada constitucional o la *ratio decidendi* contenida en una sentencia SU<sup>1790</sup> (art. 49 del Decreto 2067 de 1991).

### 2.1.1 La “Extensión de Jurisprudencia”

Esta figura tiene su germen en el ordenamiento costarricense. Los artículos 185 y siguientes del Código Procesal Contencioso-Administrativo<sup>1791</sup> establecen el llamado “Proceso de Extensión y Adaptación de la Jurisprudencia a Terceros”, figura que se parece a la colombiana en su finalidad (“simplificación y celeridad en la solución de

---

<sup>1789</sup> Idem.

<sup>1790</sup> QUINCHE, *Op. Cit.*, p. 115.

<sup>1791</sup> COSTA RICA. ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA. Ley número 8508 del 24 de abril de 2006, Código Procesal Contencioso-Administrativo, vigente desde el 1 de enero de 2008. Publicada en el Alcance No. 38 A de la Gaceta No. 120.



nuevos conflictos”<sup>1792</sup>), en la importancia de la igualdad de objeto y causa con lo ya fallado, y en la posibilidad de acudir a la máxima instancia judicial si la administración guarda silencio o se niega la solicitud. En este último caso, si la solicitud se estima procedente, será el Tribunal de Casación o la Sala Primera de la Corte la que ordene la extensión y adaptación de los efectos de los fallos (2 o más). Se distinguen, principalmente, en que para que proceda tal mecanismo, en Costa Rica se requiere de al menos dos fallos de casación del Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo o de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia que hayan reconocido una situación jurídica, mientras que el requisito de reiteración es ajeno al CPACA. Además, el plazo para elevar la solicitud ante la administración se limita a un año contado a partir de la firmeza del segundo (o el último) fallo en el mismo sentido, so pena de rechazo de tal solicitud, nada de lo cual aparece en el código colombiano.<sup>1793</sup>

El artículo 102 del CPACA obliga a las autoridades administrativas a extender los efectos de una sentencia de unificación jurisprudencial dictada por el Consejo de Estado, en la que se haya reconocido un derecho, a quienes lo soliciten y acrediten

---

<sup>1792</sup> COSTA RICA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala Primera, Resolución No. 497 de las 3:20 horas del 31 de julio de 2008.

<sup>1793</sup> COSTA RICA. ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA. Ley número 8508 del 24 de abril de 2006, Código Procesal Contencioso-Administrativo, vigente desde el 1 de enero de 2008. Publicada en el Alcance No. 38 A de la Gaceta No. 120.

Artículo 185: 1) Los efectos de la jurisprudencia contenida al menos en dos fallos de casación, ya sean del Tribunal o de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, que haya reconocido una situación jurídica, podrán extenderse y adaptarse a otras personas, mediante los mecanismos y procedimientos regulados por el presente capítulo, siempre que, en lo pretendido exista igualdad de objeto y causa con lo ya fallado.

2) La solicitud deberá dirigirse a la administración demandada, en forma razonada, con la obligada referencia o fotocopia de las sentencias, dentro del plazo de un año, a partir de la firmeza del segundo fallo en el mismo sentido. Si transcurren quince días hábiles sin que se notifique resolución alguna o cuando la administración deniegue la solicitud de modo expreso podrá acudirse, sin más trámite ante el Tribunal de Casación de lo Contencioso-Administrativo o ante la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia; según corresponda.

Artículo 187: La solicitud será denegada, cuando exista jurisprudencia contradictoria o no exista igualdad de objeto y causa.



los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Tal como quedó explicado en la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley que se convertiría en el CPACA...

#### **8. La extensión y adaptación a terceros de la jurisprudencia de unificación del Consejo de Estado regulada en el artículo 264**

A partir de la existencia de fallos de unificación jurisprudencial, la administración se encuentra en la obligación de aplicar a otros casos lo resuelto en ellos, siempre que exista similitud de objeto y causa. Para estos efectos, se establece un trámite de acuerdo con el cual el interesado debe acudir inicialmente ante la administración solicitando la aplicación del criterio jurisprudencial. La administración cuenta con treinta días para resolver la solicitud. Si la respuesta es negativa o se guarda silencio, el interesado puede acudir al Consejo de Estado para adelantar una actuación en la que, previo traslado a la entidad correspondiente, se definirá la extensión y adaptación de los efectos del fallo. En caso de que la jurisprudencia invocada no sea aplicable o no exista similitud de objeto y causa, se enviará el asunto al juez competente para que lo resuelva en la forma ordinaria. El trámite ante la administración y el Consejo de Estado suspende el término para acudir a la jurisdicción.

Debe anotarse que la aplicación de este mecanismo concuerda con el deber establecido en la parte primera del Código, cuando dispone para todas las autoridades la obligación de decidir de conformidad con las sentencias de unificación del Consejo de Estado y la jurisprudencia reiterada de dicha Corporación.<sup>1794</sup> (Se destaca)

En los términos del artículo 102 citado, cuando procede la extensión de los efectos de la sentencia de unificación jurisprudencial, la autoridad debe decidir “con fundamento en las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias aplicables y teniendo en cuenta la interpretación que de ellas se hizo en la sentencia de unificación invocada, así como los demás elementos jurídicos que regulen el fondo de

---

<sup>1794</sup> OSTAU, PROYECTO DE LEY NUEVO 198 DE 2009 SENADO, *Op. Cit.*



la petición y el cumplimiento de todos los presupuestos para que ella sea procedente”.  
(Se subraya)

Nuevamente, el CPACA asigna a tales decisiones una suerte de función interpretativa, como si no hicieran más que guiar al operador jurídico en la aplicación de las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias pertinentes para resolver asuntos jurídicos sometidos a su conocimiento. Y esto lo ha reiterado el Consejo de Estado, para el cual no solo las sentencias de unificación, sino “todo precedente judicial adoptado por el Consejo de Estado” constituye la adopción de “una **postura interpretativa determinada** frente a un punto de derecho, sea que se haya desarrollado en una línea jurisprudencial o no, y siempre que se encuentre vigente y actualizada en tanto postura jurisprudencial del Consejo de Estado.”<sup>1795</sup> (Negrilla fuera de texto)

Además, según el Consejo de Estado, se trata de un trámite especial y sumario, tendiente a agilizar la solución de controversias entre la administración y los administrados cuando se cumplan los supuestos de hecho establecidos por la ley.<sup>1796</sup> “El fundamento teleológico del mecanismo de extensión de jurisprudencia previsto en la Ley 1437 de 2011, es la solución de controversias en sede administrativa, que a su vez evita acudir al órgano judicial para resolver la litis y conlleva a la materialización del principio de legalidad y el derecho de igualdad”<sup>1797</sup>. Para el Consejo de Estado<sup>1798</sup>, son finalidades del mecanismo de extensión de jurisprudencia:

---

<sup>1795</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN SEGUNDA, Subsección A, “Sentencia del 9 de Abril de 2014”, MP. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Rad. 11001-03-25-000-2013-01528-00(3918-13).

<sup>1796</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN SEGUNDA, Subsección A, “Auto del 21 de abril de 2016”, Ponente William Hernández Gómez, Exp. 11-001-03-25-000-2013-01343-00 (3415 – 2013).

<sup>1797</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN B, “Auto del 16 de junio de 2016”, ponente Sandra Lisset Ibarra Vélez, Exp. 110010325000201500317 00 (0646-2015).

<sup>1798</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN SEGUNDA, Subsección A, “Sentencia del 9 de Abril de 2014”, MP. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Rad. 11001-03-25-000-2013-01528-00(3918-13).



i) lograr una aplicación uniforme y consistente del ordenamiento jurídico; ii) contribuir a la materialización de la igualdad frente a la ley y de la igualdad de trato por parte de las autoridades administrativas y judiciales; iii) garantizar principios de la función administrativa como la eficacia, economía, celeridad e imparcialidad; iv) contribuir a disminuir la congestión que aqueja a la jurisdicción contencioso administrativa, entre otras<sup>1799</sup>. (Subrayado fuera de texto)

Lo anterior es armónico con lo dicho por la Corte Constitucional en la sentencia C-816 de 2011, al declarar la exequibilidad condicionada del inciso primero del artículo 102 del CPACA, en el sentido de que el mecanismo de extensión de jurisprudencia contribuye a disminuir la congestión judicial y la judicialización de las peticiones ante las autoridades, con lo cual contribuye también a la eficacia, economía y celeridad en la función administrativa (Art. 209).<sup>1800</sup> En esta oportunidad, la Corte “condicionó la constitucionalidad del mecanismo de extensión de jurisprudencia, en el entendido que las autoridades, al extender los efectos de las sentencias de unificación jurisprudencial dictadas por el Consejo de Estado e interpretar las normas constitucionales base de sus decisiones, deben observar con preferencia los precedentes de la Corte Constitucional que interpreten las normas aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia.”<sup>1801</sup> Para la Corte, la primacía de su jurisprudencia en materia de interpretación de la Constitución y los derechos fundamentales se debe a “la supremacía de la Constitución sobre la normatividad restante del sistema jurídico y las competencias constitucionales de la Corte.”<sup>1802</sup>

Como vemos, la Corte Constitucional se refiere a la función interpretativa del precedente en esta materia, y condiciona la exequibilidad del artículo 102 del CPACA

---

<sup>1799</sup> Idem.

<sup>1800</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, “Sentencia C-588 del 25 de julio de 2012”, ponente Mauricio González Cuervo, Exp. D-8864.

<sup>1801</sup> Idem.

<sup>1802</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, “Sentencia C-816 del 1 de noviembre de 2011”, MP. Mauricio González Cuervo, Exp. D- 8473.





al reconocimiento del carácter prevalente de las sentencias de la Corte Constitucional que interpreten las normas aplicables a la resolución los asuntos de su competencia. Sin embargo, también en esta sentencia reconoce la Corte que su fundamento se halla en el principio de igualdad –el mismo que, según se explicó, dio origen a la doctrina del carácter vinculante de los precedentes constitucionales–, que es el que explica la obligatoriedad de aplicar las sentencias de unificación jurisprudencial a quienes lo soliciten y acrediten los mismos supuestos fácticos y jurídicos:

[...] si bien las autoridades administrativas solo pueden ejercer las funciones atribuidas por la Constitución y la ley (CP 121) en la forma allí prevista (CP 123.2), la función administrativa se adelanta con fundamento en el principio de igualdad (CP 13, 209), que implica un deber de trato igualitario a las personas en el reconocimiento, adjudicación y protección de sus derechos.<sup>1803</sup>

Así las cosas, el trámite del mecanismo de extensión de jurisprudencia, su alcance y los excepcionales casos en los que se admite el apartamiento administrativo permiten concluir que las sentencias de unificación jurisprudencial son algo más que mecanismos de unificación jurisprudencial o reglas interpretativas del derecho vigente.

El legislador, en el amplio ámbito de su potestad de configuración normativa, precisó la naturaleza, sentido y alcance de las sentencias de unificación jurisprudencial. Los elementos estructurales para la procedencia de este instrumento, pueden catalogarse así:

*1.- Que la sentencia cuyos efectos se pretenden, sea una sentencia de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado<sup>1804</sup>*

---

<sup>1803</sup> Idem.

<sup>1804</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN PRIMERA, “Auto del 13 de junio de 2016”, ponente Roberto Augusto Serrato Valdés, Exp. 11001-03-24-000-2015-00252-00.



El legislador optó por limitar a dichas sentencias el mecanismo de extensión de jurisprudencia. Y para la Corte Constitucional se trata de una limitación razonable, en cuanto estas sentencias se profieren en virtud del mandato que el artículo 237 de la Constitución le otorga al Consejo de Estado para unificar la jurisprudencia en su jurisdicción<sup>1805</sup>, de manera que de ellas “se deriva un alto grado de seguridad y certeza”. En cambio, las “[r]estantes decisiones del tribunal supremo de lo contencioso administrativo, diferente de las de unificación, no cuentan con el poder vinculante de las anteriores, y para el Legislador son las sentencias unificadoras las que válidamente se hallan llamadas a dotar a esta jurisdicción y a la administración en general de reglas de interpretación “*claras, uniformes e identificables*”<sup>1806</sup> (Se subraya).

Lo anterior no significa que las autoridades no estén obligadas a incorporar en los casos particulares que así lo requieran, las directrices de los estándares internacionales. Por el contrario, esta obligación deriva del inciso segundo del artículo 93 Superior, sin necesidad de una manifestación expresa del legislador en este sentido. Además, la jurisprudencia de las instancias internacionales, encargadas de interpretar esos tratados, constituye un “criterio hermenéutico relevante”<sup>1807</sup>. Es así como debe ser entendido y aplicado cuando resulte pertinente por las autoridades a cargo de aplicar el mecanismo de extensión de jurisprudencia<sup>1808</sup>.

---

<sup>1805</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, “Sentencia C-588 del 25 de julio de 2012”, ponente Mauricio González Cuervo, Exp. D-8864.

<sup>1806</sup> Idem.

<sup>1807</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, “Sentencia C-370 del 18 de mayo de 2006”, ponentes Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Alvaro Tafur Galvis, Clara Inés Vargas Hernández, Expediente D-6032.

<sup>1808</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, “Sentencia C-588 del 25 de julio de 2012”, ponente Mauricio González Cuervo, Exp. D-8864.



Así las cosas, hasta tanto no exista una sentencia de unificación en la que determinado criterio jurídico sea recogido, no será posible hacer extensivos los efectos a terceros que se encuentren en identidad fáctica y jurídica por la vía de la extensión de jurisprudencia.<sup>1809</sup> Es decir, si no existe una sentencia emitida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo o por alguna de las Secciones de lo Contencioso por razones de importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia, o para resolver un recurso extraordinario o del mecanismo eventual de revisión, no existe autorización para que las autoridades administrativas extiendan sus efectos en el marco del artículo 102 del CPACA.<sup>1810</sup> Lo anterior, sin perjuicio del deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia que establece el artículo 10 del CPACA.

Esto es así, aun cuando exista jurisprudencia reiterada sobre un cierto punto de derecho, lo cual no basta para que procedan las peticiones de extensión impetradas por vía del artículo 102 o del artículo 269 CPACA. Para muestra de ello, se puede citar el siguiente pronunciamiento de la Sección Primera de esta Corporación...

Advierte el Despacho que en este caso no es procedente tramitar la presente solicitud de extensión de jurisprudencia, toda vez que la providencia cuyos efectos se pretende sean extendidos, no cumple con el requisito de ser una sentencia de unificación jurisprudencial proferida por el Consejo de Estado, en tanto que se trata de una sentencia que, si bien es cierto fue proferida por la Sección Primera de la Corporación, lo cierto es que no ostenta la naturaleza de sentencia de unificación, puesto que no cumple con algunas de las características señaladas por la citada disposición; es decir, no versa sobre un asunto de: (i) importancia jurídica; (ii) trascendencia económica o social; (iii) no fue proferida por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia; (iv) no corresponde a una decisión dictada en el marco de la resolución de un recurso extraordinario; y (v) no se trata de una providencia por la cual se resuelva el mecanismo eventual de revisión previsto en el artículo

---

<sup>1809</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN B, “Auto del 16 de junio de 2016”, ponente Sandra Lisset Ibarra Vélez, Exp. 110010325000201500317 00 (0646-2015).

<sup>1810</sup> Idem.



36A de la Ley 270 de 1996, adicionado por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009.<sup>1811</sup>

(Se subraya)

Esto excluye, también, la extensión de los efectos de las sentencias de control concreto de constitucionalidad en las que se haya reconocido un derecho, a quienes acrediten los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Como lo ha reconocido el Consejo de Estado, “Es cierto que los precedentes de la Corte Constitucional poseen fuerza vinculante, tanto para las autoridades administrativas como para las judiciales. No obstante, ello no constituye razón suficiente para determinar que con solo invocarse una providencia de la Corte pueda obtener el reconocimiento de un derecho subjetivo por medio del mecanismo de extensión de jurisprudencia”.<sup>1812</sup>

Finalmente, conviene aclarar que existe un fallo aislado en el que la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado intentó ampliar el alcance de la figura, señalando que la interpretación conforme a la Constitución de los artículos 102, 269 y 270 de la Ley 1437 de 2011, así como el “espíritu” de la consagración legal de la figura de la extensión de jurisprudencia –esto es, la necesidad de garantizar el respeto al sistema de precedentes– obligaba a concluir “que el procedimiento de extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado es aplicable no solamente a las sentencias de unificación jurisprudencial que allí se definen, sino también a *todo precedente judicial adoptado por el Consejo de Estado*, entendido como una sentencia en la cual esta Corporación haya adoptado una postura interpretativa determinada frente a un punto de derecho...”.<sup>1813</sup> Sin embargo...

- (i) Se trata de una postura contraria al texto de la ley;

---

<sup>1811</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN PRIMERA, “Auto del 13 de junio de 2016”, ponente Roberto Augusto Serrato Valdés, Exp. 11001-03-24-000-2015-00252-00.

<sup>1812</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN QUINTA. “Sentencia del 5 de febrero de 2015”, CP Lucy Jeanette Bermúdez. Radicado No. 11001-03-15-000-2014-01312-01 (AC).

<sup>1813</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN SEGUNDA, Subsección A, “Sentencia del 9 de Abril de 2014”, MP. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Rad. 11001-03-25-000-2013-01528-00(3918-13).



- (ii) El fallo es contradictorio, pues aunque pretende ampliar en estos términos el alcance de la figura, lo cierto es que cuando aborda los requisitos para la procedencia de la solicitud de extensión alude, en todo momento, a la invocación obligatoria de una sentencia de unificación jurisprudencial, que además debe guardar identidad fáctica y jurídica con el caso presente. Más aún, reconoce el fallo que “debe haber identidad entre la sentencia de unificación invocada en sede administrativa y en sede judicial” <sup>1814</sup> (se subraya), para no vulnerar los derechos de contradicción y de defensa de la entidad demandada;
  
- (iii) Esta subregla jurisprudencial es anterior a las fijadas en otras providencias aquí mencionadas, que sí han hecho depender la procedencia de una solicitud de extensión jurisprudencial (con todo rigor) de la existencia de una sentencia que reúna las características establecidas por la ley para una sentencia de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado; y
  
- (iv) Se trata de una postura aislada, que no fue acogida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y que, por tanto, no cambia en nada lo arriba explicado sobre la necesidad de que se invoque una sentencia de unificación jurisprudencial como principal requisito para la procedencia del mecanismo de extensión de jurisprudencia. Aunque la sentencia fue citada por la Sección Quinta del Consejo de Estado en un fallo del 16 de agosto de 2016<sup>1815</sup>, en esta oportunidad no fue la razón de la decisión.

---

<sup>1814</sup> Idem.

<sup>1815</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN QUINTA, “Auto del 16 de agosto de 2016”, ponente, Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. Exp. 11001032800020160005200.



Ahora bien, la presentación que hace el Consejo de Estado de los requisitos para que proceda la extensión de los efectos de una sentencia de unificación jurisprudencial podría parecer incompleta. Lo anterior, en atención al pronunciamiento de la Corte Constitucional en la sentencia C-816 de 2011, en la que declaró “EXEQUIBLES el inciso primero y el inciso séptimo del artículo 102 de la ley 1437 de 2011, entendiéndose que las autoridades, al extender los efectos de las sentencias de unificación jurisprudencial dictadas por el Consejo de Estado e interpretar las normas constitucionales base de sus decisiones, deben observar con preferencia los precedentes de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia”. Como se ve, la Corte Constitucional condicionó el carácter vinculante de las sentencias de unificación del Consejo de Estado al respeto de los precedentes sentados por la Corte Constitucional. Sin embargo, en esta investigación se ha optado por dejar este asunto a un lado en tanto que, al momento de escribir estas líneas, el Consejo de Estado se ha rehusado (en la mayoría de los casos) a sujetar sus propias sentencias de unificación a los dictámenes de la Corte Constitucional, asunto al que se regresará adelante.

*2.- Que en la sentencia de unificación invocada “se reconozca un derecho o una situación jurídica de ventaja a un particular, cuya situación fáctica y jurídica servirá de patrón de referencia o término de comparación para el caso concreto”<sup>1816</sup>.*

No basta, entonces, la existencia de una sentencia de unificación jurisprudencial. Para que ella sea pasible de la extensión de sus efectos en los términos del artículo 102 CPACA, se quiere también que en su parte resolutive exista un reconocimiento de este tipo. Así lo declaró el Consejo de Estado en auto del 13 de junio de 2016, en el que resolvió la solicitud de la PROMOTORA INMOBILIARIA SANITAS LTDA. de conformidad con los artículos 102 y 269 CPACA consistente en que se le extendieran

---

<sup>1816</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN B, “Auto del 16 de junio de 2016”, ponente Sandra Lisset Ibarra Vélez, Exp. 110010325000201500317 00 (0646-2015).



los efectos de la sentencia de unificación jurisprudencial del 29 de septiembre de 2009 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado (Exp. No.11001031500020030044201. M.P. Susana Buitrago Valencia).

Para el máximo tribunal de lo Contencioso Administrativo, si bien se trataba de una sentencia de unificación jurisprudencial, no podían extenderse sus efectos para reconocer derechos que en la sentencia de unificación invocada no se habían reconocido. Dijo el Consejo de Estado que

[...] la mencionada sentencia de unificación, no reconoció derecho alguno en favor del demandante, en tanto confirmó el fallo de primera instancia, proferido el 20 de junio de 1997 por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, el cual negó las pretensiones de la demanda; las cuales tenían por objeto que se declarara la nulidad de los fallos sancionatorios emanados de la Procuraduría General de la Nación en contra del General Velandia Hurtado, y, en consecuencia, como restablecimiento del derecho, se le reintegrara al cargo...<sup>1817</sup> (Se subraya).

### *3.- Que exista identidad fáctica y jurídica*

Prueba de que la extensión jurisprudencial constituye un instrumento para garantizar el poder vinculante del precedente que contienen las sentencias de unificación jurisprudencial es el papel predominante que juega la identidad fáctica y jurídica en la definición acerca de la procedencia de la extensión de los efectos de la sentencia. Al explicar el alcance de este mecanismo y la necesaria identidad fáctica y jurídica, el Consejo de Estado evoca a su turno, a la Corte Constitucional, así:

En estos términos, cuando se trata de validar la aplicabilidad de un precedente judicial a un asunto en particular, resulta necesario que el operador jurídico verifique los siguientes

---

<sup>1817</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN PRIMERA, "Auto del 13 de Junio de 2016", ponente Roberto Augusto Serrato Valdés, Exp. 11001-03-24-000-2015-00044-00.



aspectos: "... (i) En la ratio decidendi de la sentencia se encuentre una regla relacionada con el caso a resolver posteriormente; (ii) la ratio debió haber servido de base para solucionar un problema jurídico semejante; (iii) los hechos del caso o las normas juzgadas en la sentencia anterior deben ser semejantes o plantear un punto de derecho análogo al que debe resolverse posteriormente"<sup>1818</sup>.

Y no es solo un decir. Los recientes pronunciamientos del Consejo de Estado son prueba de la comparación rigurosa de los hechos del caso actual y el precedente, a la luz de criterios de relevancia material inspirados en el problema jurídico a resolver en cada caso.

En el auto del 16 de junio de 2016<sup>1819</sup>, la Sección Segunda – Subsección B del Consejo de Estado rechazó por improcedente una solicitud de extensión en el marco del artículo 269 CPACA, elevada por alguien que pretendía obtener el reconocimiento y pago de prestaciones sociales por el tiempo que laboró en la entidad territorial mediante órdenes de prestación de servicios o contratos similares. En esta oportunidad, el Consejo de Estado dijo que la solicitud no reunía los requisitos de orden legal establecidos para convocar a audiencia de alegaciones ni para emitir decisión de fondo. Lo anterior, en atención a que en la providencia invocada<sup>1820</sup> no había fijado ninguna regla para el caso concreto que sustentaba la petición. En palabras del Consejo de Estado:

[...] toda vez que, el presente caso trata de la vinculación contractual de una docente territorial y la invocada como de unificación resolvió un asunto respecto de una contratista que desempeñó labores técnico administrativas de tesorero pagador en el Instituto de

---

<sup>1818</sup> COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, "Sentencia T-292 del 6 de abril de 2006", MP Manuel José Cepeda. Exp. T-1222275. Citado por: COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN B, "Auto del 16 de junio de 2016", ponente Sandra Lisset Ibarra Vélez, Exp. 110010325000201500317 00 (0646-2015).

<sup>1819</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN B, "Auto del 16 de junio de 2016", ponente Sandra Lisset Ibarra Vélez, Exp. 110010325000201500317 00 (0646-2015).

<sup>1820</sup> La sentencia de unificación jurisprudencial invocada era la sentencia del 19 de febrero de 2009, de la Sección Segunda con ponencia de Bertha Lucía Ramírez de Páez, Exp. 3074-2005.





Seguro Social. De igual manera, el régimen jurídico que gobierna la actividad de una y otra es disímil, razón por la cual, la solicitud incumplió con uno de los requisitos esenciales para la procedencia del mecanismo contenido en el artículo 102 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. <sup>1821</sup> (Se destaca)

En este fallo se confinó el alcance de la sentencia de unificación invocada, aumentando el número de hechos incluidos en la regla para justificar la no extensión del efecto pretendido. Lo mismo se encuentra en sendos autos proferidos en la misma fecha, en casos prácticamente idénticos a este <sup>1822</sup>.

En contraste con lo anterior, en la providencia del 14 de abril de 2016 <sup>1823</sup> la Subsección A de la misma Sala extendió los efectos de la sentencia de unificación invocada <sup>1824</sup> y, en consecuencia, ordenó la reliquidación de la pensión de jubilación incluyendo los factores correspondientes a: la asignación básica, la reserva especial

---

<sup>1821</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN B, “Auto del 16 de junio de 2016”, ponente Sandra Lisset Ibarra Vélez, Exp. 110010325000201500317 00 (0646-2015).

<sup>1822</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN SEGUNDA – Subsección B, “Auto del 16 de junio de 2016”, ponente Sandra Lisset Ibarra Vélez, exp. 110010325000201500409 00 (0936-2015); COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN SEGUNDA- Subsección B, “Auto del 16 de junio de 2016”, ponente Sandra Lisset Ibarra Vélez, exp. 110010325000201500735 00 (2394-2015); COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN SEGUNDA- Subsección B, “Auto del 16 de junio de 2016”, ponente Sandra Lisset Ibarra Vélez, exp. 110010325000201500759 00 (2495-2015); COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN SEGUNDA- Subsección B, “Auto del 16 de junio de 2016”, ponente Sandra Lisset Ibarra Vélez, exp. 110010325000201500895 00 (3357-2015); COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN SEGUNDA- Subsección B, “Auto del 16 de junio de 2016”, ponente Sandra Lisset Ibarra Vélez, exp. 110010325000201500771 00 (2547-2015); COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN SEGUNDA- Subsección B, “Auto del 16 de junio de 2016”, ponente Sandra Lisset Ibarra Vélez, exp. 110010325000201500910 00 (3429-2015); COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN SEGUNDA- Subsección B, “Auto del 16 de junio de 2016”, ponente Sandra Lisset Ibarra Vélez, exp. 110010325000201500310 00 (0636-2015), entre otras.

<sup>1823</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN SEGUNDA - Subsección “A”, “Providencia del 14 de abril de 2016”, ponente Luis Rafael Vergara Quintero, Exp. 11001 – 03 – 25 – 000 – 2014 – 00528 – 00.

<sup>1824</sup> La sentencia de unificación invocada en esta oportunidad es la siguiente: COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN SEGUNDA, “Sentencia del 4 de agosto de 2010”, ponente Víctor Hernando Alvarado Ardila, radicado 25000-23-25-000-2006-07509-01.



de ahorro, la bonificación por servicios, la prima de servicios, la prima de vacaciones y la prima de navidad, todo ello a partir del reconocimiento pensional.

En esta ocasión, la Subsección descartó expresamente el argumento del representante de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica de Estado quien, en su intervención, pretendió desvirtuar la identidad fáctica y jurídica alegando que “por haberse otorgado la pensión de jubilación de la solicitante acudiendo a la figura del Bono Pensional Tipo B, no se presenta la igualdad fáctica y jurídica entre el caso bajo estudio y la sentencia de unificación”<sup>1825</sup>. Para el Consejo de Estado, el argumento era improcedente porque **la distinción no era relevante**, pues lo que estaba en discusión no era el reconocimiento del derecho pensional “sino la composición del ingreso base de liquidación [...]”.<sup>1826</sup> Por tanto, sentó los siguientes criterios para analizar la igualdad fáctica y jurídica: (i) el régimen aplicado al reconocimiento pensional, que era una pensión de vejez bajo las Leyes 33 y 62 de 1985; y (ii) “la forma como se calculó el quantum de la mesada pensional”<sup>1827</sup>, siendo la pretensión que se ordenara la reliquidación incluyendo todos los factores percibidos durante el último año, por lo que encontró igualdad fáctica y jurídica<sup>1828</sup>.

En la misma fecha, el Consejo de Estado resolvió otra solicitud de extensión referida a la misma sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010<sup>1829</sup> y, de nuevo, desechó el argumento de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado encaminado a distinguir los casos por tratarse el actual de una pensión acudiendo a la figura del Bono Pensional Tipo B. Sin embargo, en este caso negó la extensión por cuanto la

---

<sup>1825</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN SEGUNDA - Subsección “A”, “Providencia del 14 de abril de 2016”, ponente Luis Rafael Vergara Quintero, Exp. 11001 – 03 – 25 – 000 – 2014 – 00528 – 00.

<sup>1826</sup> Idem.

<sup>1827</sup> Idem.

<sup>1828</sup> Idem.

<sup>1829</sup> La sentencia de unificación invocada en esta oportunidad es la siguiente: COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN SEGUNDA, “Sentencia del 4 de agosto de 2010”, ponente Víctor Hernando Alvarado Ardila, radicado 25000-23-25-000-2006-07509-01..



pretensión se encontraba dirigida a que se le ordenara a COLPENSIONES reliquidar la pensión aplicando lo señalado en el artículo 1 de la Ley 33 de 1985<sup>1830</sup>, incluyendo los factores salariales reconocidos en el último año de servicios. Esto, para el Consejo

[...] implica un cambio de régimen de pensión, problema que no puede ser resuelto dentro de la solicitud de extensión de jurisprudencia, por exceder su alcance, al presentarse un problema jurídico adicional, no analizado por esta Corporación en la sentencia de unificación y que implicaría una etapa probatoria adicional, para establecer la forma en que la entidad liquidó su pensión y los factores que se tuvieron en cuenta para determinar el monto pensional.<sup>1831</sup> (Se subraya)

Así pues, cuando el caso por resolver presenta un problema jurídico adicional, no analizado en la sentencia de unificación jurisprudencial cuya extensión se solicita, no

---

<sup>1830</sup> **Artículo 1º.**- El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la Ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.

En todo caso, a partir de la fecha de vigencia de esta Ley, ningún empleado oficial, podrá ser obligado, sin su consentimiento expreso y escrito, a jubilarse antes de la edad de sesenta años (60), salvo las excepciones que, por vía general, establezca el Gobierno

**Parágrafo 1º.** Para calcular el tiempo de servicio que da derecho a la pensión de jubilación o vejez, solo se computarán como jornadas completas de trabajo las de cuatro (4) o más horas diarias. Si las horas de trabajo señaladas para el respectivo empleo o tarea no llegan a ese límite, el cómputo se hará sumando las horas de trabajo real y dividiéndolas por cuatro (4); el resultado que así se obtenga se tomará como el de días laborados y se adicionará con los de descanso remunerado y de vacaciones, conforme a la ley.

**Parágrafo 2º.** Para los empleados oficiales que a la fecha de la presente Ley hayan cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la presente Ley.

Quienes con veinte (20) años de labor continua o discontinua como empleados oficiales, actualmente se hallen retirados del servicio, tendrán derecho cuando cumplan los cincuenta (50) años de edad, si son mujeres, o cincuenta y cinco (55), si son varones, a una pensión de jubilación que se reconocerá y pagará de acuerdo con las disposiciones que regían en el momento de su retiro.

**Parágrafo 3º.** En todo caso, los empleados oficiales que a la vigencia de esta Ley, hayan cumplido los requisitos para obtener pensión de jubilación, se continuarán rigiendo por las normas anteriores a esta Ley.

<sup>1831</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN SEGUNDA- Subsección "A", "Auto del 14 de abril de 2016", ponente Luis Rafael Vergara Quintero, Exp. 11001 - 03 - 25 - 000 - 2013 - 01332 - 00 (3390 - 2013).



habrá “identidad jurídica” y, por tanto, deberá desestimarse la solicitud de extensión, en tanto el análisis de identidad jurídica incluye, sin duda, la verificación de que no se generen “debates jurídicos adicionales a los resueltos en la sentencia unificadora”.<sup>1832</sup> Lo anterior, en la medida en que “[...] por no tener la naturaleza de un proceso judicial, no le es permitido realizar el estudio de legalidad del acto administrativo o el análisis de responsabilidad de la actuación del Estado, lo que impide que se resuelvan problemas jurídicos adicionales a los resueltos en la sentencia de unificación que se solicita la extensión.”<sup>1833</sup> (Se subraya). Lo dicho por el Consejo de Estado en esta cita es de extrema importancia, y justifica en buena medida la rigurosidad con la cual el legislador de 2011 incorporó el requisito de analizar la identidad fáctica y jurídica para que proceda la extensión de los efectos de las sentencias de unificación jurisprudencial a terceros, pues lo que permite a la autoridad resolver la controversia en sede administrativa, sin necesidad de “padecer” un proceso judicial para que el juez defina si el particular es o no titular del derecho, es precisamente el hecho de que el mismo problema jurídico fue abordado y resuelto en una sentencia con fuerza de precedente, que tiene la naturaleza de sentencia de unificación jurisprudencial y respecto de la cual el peticionario se encuentra en la misma situación fáctica y jurídica.

Esta regla quedó recogida en el auto del 25 de marzo de 2015<sup>1834</sup>, en el que el Consejo de Estado negó la extensión de los efectos de esta sentencia de unificación jurisprudencial debido a la existencia de un problema jurídico adicional que no fue analizado en la sentencia cuya extensión se solicitó, cual era “la inclusión de un factor

---

<sup>1832</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN SEGUNDA, Subsección A, “Auto del 21 de abril de 2016”, Ponente William Hernández Gómez, Exp. 11-001-03-25-000-2013-01343-00 (3415 – 2013).

<sup>1833</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN SEGUNDA - Subsección “A”, “Providencia del 14 de abril de 2016”, ponente Luis Rafael Vergara Quintero, Exp. 11001 – 03 – 25 – 000 – 2014 – 00528 – 00.

<sup>1834</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN SEGUNDA, Subsección A, “Auto del 25 de marzo de 2015”, ponente Luis Rafael Vergara Quintero, Exp. 11001-03-25-000-2012-00807-00 (2581-2012).



extralegal (incentivo económico) dentro del ingreso base de liquidación, creado por el Consejo de la Universidad del Cauca”. Este incentivo, según el Consejo de Estado, carece de origen legal y por tanto requería de un estudio de fondo sobre la situación particular del peticionario, algo que solo podía ocurrir en un proceso contencioso ordinario <sup>1835</sup>. Por tanto, “si se resolviera de fondo la controversia adicional se desbordaría el alcance de este mecanismo al incluir un análisis de legalidad de un acto administrativo o actuación, vulnerando de esta forma los derechos del debido proceso, contradicción y defensa de la contraparte”<sup>1836</sup>.

Como se ve, para efectos de realizar las “las operaciones de extensión analógica y de diferenciación (distinguishing) de precedentes”<sup>1837</sup>, el punto de partida será una correcta definición de la *ratio decidendi* que esté, indefectiblemente, anclada en los hechos del caso del cual surge. Solo así será posible decidir entre aplicar un precedente o realizar una distinción (que no es sino el planteamiento de distintos niveles de generalidad en los hechos del caso precedente). Habría, entonces, que realizar una pregunta como esta: Dada la similitud *prima facie* entre los casos, ¿cuál es el “denominador común” (nivel de generalidad) al cual ambos casos pueden reducirse? Identificado así el nivel al cual se encuentran los hechos que comparten ambos casos, y los hechos que quedan excluidos de la comparación, es posible realizar el *test de relevancia* al que se refiere el Capítulo 2 del TÍTULO II de esta parte de la tesis. El tipo de acción (hoy “medio de control”) que da origen a una y otra controversia no será más que uno de los aspectos fácticos y jurídicos a considerar, y en la mayoría de los casos será un hecho “material” o “relevante” a considerar en el momento del análisis comparativo.

---

<sup>1835</sup> Idem.

<sup>1836</sup> Idem.

<sup>1837</sup> BUSTAMANTE, *Op. Cit.* pp. 111- 112.



4.- *Que el interesado esté legitimado en la causa<sup>1838</sup> y eleve la petición ante la autoridad competente para reconocer el derecho*

Para ello deberá cumplir, naturalmente, con las reglas generales para el derecho de petición (Leyes 1437 de 2011 y 1755 de 2015), y deberá demostrar la procedencia de la extensión, incluyendo en su petición motivada...

(i) La designación de la autoridad pública a la que se dirige la petición especial de extensión de los efectos de una sentencia de unificación, que deberá ser aquella competente para reconocer el derecho reclamado, conforme al principio de legalidad.

(ii) Los nombres y apellidos completos del solicitante y de su representante y/o apoderado, si es el caso, con indicación de su documento de identidad y tarjeta profesional – tratándose de los abogados– y de la dirección física y electrónica donde recibirán notificaciones personales.

(iii) El objeto claro de la petición, que necesariamente está referido a la extensión de los efectos de una sentencia de unificación jurisprudencial que profiera o haya proferido el Consejo de Estado, en la que se haya reconocido un derecho.

(iv) La indicación de las peticiones presentadas con el mismo propósito (el reconocimiento de un derecho), sin que se hubiere invocado la extensión de la jurisprudencia.

(v) Las razones en que se fundamenta la petición, es decir, la justificación en forma razonada de la cual se evidencia que el peticionario se encuentra en la misma situación de hecho y de derecho en la que se encontraba el demandante al cual se le reconoció el derecho en la sentencia de unificación invocada.

(vi) Las pruebas que la fundamentan y que tenga en su poder con la enunciación de aquéllas que reposen en los archivos de la entidad, así como las que haría valer si hubiere necesidad de ir a un proceso.

---

<sup>1838</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN B, “Auto del 16 de junio de 2016”, ponente Sandra Lisset Ibarra Vélez, Exp. 110010325000201500317 00 (0646-2015).



(vii) Copia o al menos la referencia de la sentencia de unificación que invoca en su favor. Sobre este requisito, ha de advertirse que debe existir identidad entre la providencia de unificación aludida en sede administrativa, así como en sede judicial; de lo contrario, se desconocen los derechos de contradicción y defensa de la entidad convocada, aún cuando se trate de sentencias que de manera general abordan la misma temática.

(viii) La firma del peticionario.<sup>1839</sup>

De lo anterior se deduce que la petición deberá cumplir con la carga de motivación que impone la ley, deberá contener las pruebas o una indicación de las mismas, y estar acompañada de los demás elementos jurídicos que regulan el fondo de la petición y el cumplimiento de los elementos para su procedencia.<sup>1840</sup>

En particular, para cumplir con el deber de motivación, el peticionario “(i) debe indicar la sentencia de unificación cuyos efectos solicita le sean extendidos y (ii) justificar razonadamente que se encuentra en la misma situación de hecho y de derecho en la que se encontraba el demandante al cual se reconoció el derecho en el fallo al que se reconoce fuerza de precedente.”<sup>1841</sup>

*5.- Que la causa litigiosa no haya sido objeto de pronunciamiento con fuerza de cosa juzgada, y que la acción pertinente no haya caducado*<sup>1842</sup>

---

<sup>1839</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN B, “Auto del 16 de junio de 2016”, ponente Sandra Lisset Ibarra Vélez, Exp. 110010325000201500317 00 (0646-2015).

<sup>1840</sup> Idem.

<sup>1841</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN TERCERA. “Auto de 15 de febrero de 2013”, C.P. Dra. Stella Conto Díaz del Castillo, Rad. No. 45629; COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN SEGUNDA – Subsección A, “Auto de 5 de diciembre de 2013”; C.P. Luis Rafael Vergara Quintero, Rad. No. 3921-2013; COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN PRIMERA. “Providencia de 23 de abril de 2015”, C.P. Guillermo Vargas Ayala, Expediente 2012-00368; COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN SEGUNDA – Subsección A, “Providencia de 19 de mayo de 2016”, C.P. Gabriel Valbuena Hernández, Rad. No. 11001-03-25-000-2013-00060-00 (0129-2013).

<sup>1842</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN B, “Auto del 16 de junio de 2016”, ponente Sandra Lisset Ibarra Vélez, Exp. 110010325000201500317 00 (0646-2015).



Como se vio, entre las finalidades del mecanismo de extensión de jurisprudencia está la de garantizar principios de la “función administrativa como la eficacia, economía, celeridad e imparcialidad”<sup>1843</sup>, así como “contribuir a disminuir la congestión que aqueja a la jurisdicción contencioso administrativa”<sup>1844</sup>. Lo anterior, sumado a la necesidad de proteger el patrimonio público ante pretensiones irrazonables y peticionarios con causas perdidas, explica que la procedencia de este mecanismo se encuentre condicionada a que se trate de una controversia susceptible de control judicial efectivo.

Por tanto, si se trata de una pretensión frente a la cual operó la caducidad, le estará vedado a la autoridad administrativa extenderle al peticionario los efectos de la sentencia de unificación jurisprudencial invocada, que reconoció un derecho. El motivo es, en esencia, que dicha causa jamás prosperaría en sede judicial (e.g. si la acción pertinente ha caducado, será objeto de rechazo en virtud del artículo 169 CPACA). En igual sentido, si la causa litigiosa ya ha sido decidida con fuerza de cosa juzgada, en caso de tramitar el asunto por la vía judicial prosperaría la excepción previa que en ese sentido proponga la entidad demandada, obligando al Juez o Magistrado Ponente a dar por terminado el proceso (Artículo 180, numeral 6 del CPACA).

#### 2.1.2 Procedencia excepcional del *apartamiento administrativo* (artículo 102 CPACA) y el proceso judicial para la extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado a terceros (artículo 269 CPACA)

Según aclara SANTAELLA, el denominado ‘planteamiento absolutista de la sujeción de la Administración a la Jurisprudencia’, iniciado con las sentencia T-116 de 2004 y

---

<sup>1843</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN SEGUNDA, Subsección A, “Sentencia del 9 de Abril de 2014”, MP. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Rad. 11001-03-25-000-2013-01528-00(3918-13).

<sup>1844</sup> Idem.





luego profundizado por las sentencias C-539 de 2011 y C-634 de 2011, fue “reconsiderado” por la Corte Constitucional en la sentencia C-816 de 2011<sup>1845</sup>. En esta última se admite sin ambages la fuerza vinculante de las decisiones jurisprudenciales de los órganos de cierre para las autoridades administrativas, pero se reconoce que este sometimiento no es absoluto. Por el contrario, en virtud de la separación de poderes y el principio de legalidad, se trata de una vinculación *prima facie* que deja latente la posibilidad de *apartamiento administrativo*, sujeto a una importante carga de refutación o contra-argumentación.<sup>1846</sup>

La Ley 1437, en su artículo 102, regula lo que la Corte Constitucional denomina “apartamiento administrativo de la decisión judicial precedente”<sup>1847</sup>, esto es, la decisión negativa de la administración frente a una solicitud de extensión jurisprudencial. Como ocurre en el ámbito judicial, dicha decisión debe ser “suficientemente motivada”<sup>1848</sup>. Es decir, la administración solo podrá negar la petición de extensión “Exponiendo clara y razonadamente los argumentos por los cuales las normas a aplicar no deben interpretarse en la forma indicada en la sentencia de unificación” (numeral 3 del inciso 5° del artículo 102 CPACA).

Esta decisión de la autoridad administrativa, expresa y razonada, debe fundarse en alguna de las causales que prescribe el artículo 102, a saber: (i) la necesidad de un período probatorio para refutar la pretensión del demandante; (ii) la falta de identidad entre la situación jurídica del solicitante y la resuelta en la sentencia de unificación invocada; y (iii) la discrepancia interpretativa con el Consejo de Estado respecto de las normas aplicables.<sup>1849</sup>

---

<sup>1845</sup> SANTAELLA, *Op. Cit.*, pp. 154, 158.

<sup>1846</sup> *Ibidem.* pp. 159-160.

<sup>1847</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, “Sentencia C-588 del 25 de julio de 2012”, ponente Mauricio González Cuervo, Exp. D-8864.

<sup>1848</sup> Corte Constitucional, “Sentencia C-588 del 25 de julio de 2012”, ponente Mauricio González Cuervo, Expediente D-8864.

<sup>1849</sup> *Idem.*



Cuando el fundamento es la discrepancia interpretativa con el Consejo de Estado, la administración no actúa amparada en ejercicio de una autonomía equiparable a la que la Constitución les reconoce a los jueces (artículos 228 y 230.1 de la Constitución). En cambio, debido a **la fuerza vinculante de los precedentes de unificación del Consejo de Estado** para las autoridades de la Rama Ejecutiva del poder público<sup>1850</sup>, la posibilidad de apartamiento administrativo es más restringida que las posibilidades de apartamiento jurisprudencial.

De tiempo atrás la Corte se había pronunciado sobre la autonomía interpretativa del funcionario público para seleccionar la opción hermenéutica ajustada al texto positivo. Según la Corte, dicha autonomía es restringida, y deriva de “la existencia de funciones institucionales para fijar los sentidos admisibles de un texto legal o constitucional”<sup>1851</sup>:

Habiéndose institucionalizado una determinada interpretación de un texto, el aplicador está en la obligación de seguir las orientaciones de las autoridades judiciales, aunque goce de la facultad –restringida– de apartarse de dichas interpretaciones, salvedad hecha de las decisiones de exequibilidad que son imperativas en ciertos casos (art. 243 C.P.).<sup>1852</sup>

En la misma línea, en las sentencias C-539 de 2011 y C-634 de 2011 la Corte establece que el deber de obediencia de los funcionarios administrativos es aun superior al de los jueces<sup>1853</sup>, lo cual no obsta para que en ciertos casos se resistan a la aplicación del precedente. Sin embargo, “la resistencia no puede ser perpetua ni omnímoda. Frente a un[a] línea jurisprudencial *explícitamente reiterada frente a una oposición legítima (esto es, transparente y razonada)*, los jueces y funcionarios administrativos deben, en algún momento prudencial, abandonar la resistencia fallida

---

<sup>1850</sup> Idem.

<sup>1851</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, “Sentencia SU-1122 del 25 de octubre de 2001”, MP Eduardo Montealegre, Exp. T-465235.

<sup>1852</sup> Idem.

<sup>1853</sup> LÓPEZ, “Eslabones...”, *Op. Cit.*, p. 163.



(que, por ejemplo, no ha logrado el cambio jurisprudencial) y ajustarse a la línea interpretativa estable.”<sup>1854</sup>

De conformidad con la sentencia C-539 de 2011, las autoridades administrativas al aplicar una norma a un caso particular, deben acudir a la interpretación ajustada a la Constitución y a la ley, y “tal interpretación autorizada, última y unificada viene dada en materia legal por el máximo tribunal de casación en la jurisdicción ordinaria o Corte Suprema de Justicia, en el derecho administrativo por el Consejo de Estado y en materia constitucional por la Corte Constitucional. De esta manera, una vez establecida la interpretación de la ley y de la Constitución por los máximos Tribunales con competencias constitucionales y legales para ello, el operador administrativo se encuentra en la obligación de seguir y aplicar el precedente judicial, obligación que se torna absolutamente estricta cuando se trata de decisiones de control abstracto de constitucionalidad con efectos erga omnes.”

De lo contrario, el funcionario administrativo respectivo se enfrenta a las consecuencias del desconocimiento del precedente judicial de las altas cortes, a saber: (i) la responsabilidad penal, administrativa o disciplinaria y (ii) la interposición de acciones judiciales, entre ellas, la acción de tutela contra actuaciones administrativas o providencias judiciales.<sup>1855</sup> Así las cosas, el apartamiento administrativo solo procede de manera excepcional, so pena de que quede comprometida la responsabilidad penal, administrativa o disciplinaria del funcionario administrativo dado que...

[...] las autoridades administrativas se encuentran siempre obligadas a respetar y aplicar el precedente judicial para los casos análogos o similares, ya que para **estas autoridades no es válido el principio de autonomía o independencia**, válido para los jueces, quienes

---

<sup>1854</sup> Ídem. pp. 141-142.

<sup>1855</sup> QUINCHE, *Op. Cit.*, p. 87.



pueden eventualmente apartarse del precedente judicial de manera excepcional y justificada.<sup>1856</sup> (Negrilla original)

Si el interesado acude ante el Consejo de Estado en caso de negativa de la solicitud de extensión o de silencio de la autoridad, al dársele traslado a la administración ella puede oponerse de nuevo “por las mismas razones a que se refiere el artículo 102 de este Código” (Art. 269 CPACA). En este caso, el Consejo de Estado deberá pronunciarse expresamente sobre los argumentos de la autoridad para “mantener o modificar su posición” (artículo 102 CPACA) y deberá decidir la discrepancia interpretativa. Si la solicitud procede, entonces “el Consejo de Estado ordenará la extensión de la jurisprudencia y el reconocimiento del derecho a que hubiere lugar”, con los mismos efectos del fallo aplicado (Art 269 CPACA).

En relación con la competencia de la administración para negar la solicitud de extensión de jurisprudencia (numeral 3 del inciso 5° del artículo 102) y para oponerse a su extensión en el procedimiento del artículo 269 de la Ley 1437 de 2011, la Corte decidió que...

[...] tal posibilidad tiene carácter excepcional y restringido, pues en principio, lo que procede es que la administración acoja la jurisprudencia que define el punto sobre el cual ésta se debe pronunciarse; y solo mediante una argumentación explícita y exigente, cabe oponer un criterio discrepante que sustente el apartamiento administrativo. Decisión que, por lo demás, no es definitiva, pues dentro del trámite legalmente dispuesto se prevé un mecanismo expedito y célere que permite al interesado propiciar la intervención del máximo órgano de lo contencioso administrativo, con el objeto de evaluar la postura de la administración y, si es el caso, ratificar la posición jurisprudencial en discusión a través de una decisión que resulta obligatoria para aquella.

---

<sup>1856</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, “Sentencia C-539 del 6 de julio de 2011”, MP. Luis Ernesto Vargas Silva. Exp. D-8351.



6.4.2 Analizada la figura de la extensión jurisprudencial en su contexto y no de manera parcial como lo enfoca el demandante, esto es como un trámite que tiene una estructura y un procedimiento que no se agota con la simple decisión de la administración de no acoger la jurisprudencia, sino con la intervención del órgano de cierre respectivo, la Corte encontró que la norma acusada se ajustaba a la Carta.<sup>1857</sup> (Se destaca)

He aquí una reiteración de la regla contenida en la sentencia C-539 de 2011, sobre el apartamiento administrativo para discutir los precedentes jurisprudenciales de los órganos de cierre y sustraerse de su fuerza vinculante. Esta posibilidad, como se dijo, es “excepcional”<sup>1858</sup> y requiere de “de un procedimiento exigente de argumentación” (sentencia C-588 de 2012).

Ahora bien, para que el Consejo de Estado admita la solicitud de extensión y haga un pronunciamiento de fondo, además del cumplimiento de los requisitos de procedencia de la extensión de los efectos de una sentencia de unificación de jurisprudencia (art. 102 CPACA), ya mencionados en el capítulo anterior, es necesario:

- (i) Comparecer por conducto de apoderado en cumplimiento del artículo 160 del CPACA<sup>1859</sup>;
- (ii) Acreditar el agotamiento del trámite previo contemplado en el artículo 102 ante la autoridad administrativa competente<sup>1860</sup>;
- (iii) Que la autoridad administrativa haya negado la solicitud o se abstenga de resolverla. Es decir, “que se esté en presencia de un acto administrativo

---

<sup>1857</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, “Sentencia C-588 del 25 de julio de 2012”, ponente Mauricio González Cuervo, Exp. D-8864.

<sup>1858</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, “Sentencia C-539 del 6 de julio de 2011”, MP. Luis Ernesto Vargas Silva. Exp. D-8351.

<sup>1859</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN B, “Auto del 16 de junio de 2016”, ponente Sandra Lisset Ibarra Vélez, Exp. 110010325000201500317 OO (0646-2015).

<sup>1860</sup> Idem.



expreso de denegación de la extensión de jurisprudencia fundamentado en alguna de las razones señaladas por el inciso quinto del artículo 102 [...] o la denegación sea producto del silencio guardado por la Administración en relación con la solicitud efectuada.”<sup>1861</sup> Solo así se amerita un pronunciamiento del Consejo de Estado en torno de “si el fallo de unificación jurisprudencial invocado por el ciudadano, ha debido ser aplicado por la administración”.<sup>1862</sup>

- (iv) Y, que “el recurso al Consejo de Estado se haya presentado en tiempo, a saber: dentro de los treinta días siguientes al acto administrativo que denegó la extensión o al vencimiento del término concedido a la entidad requerida para que se pronunciara”<sup>1863</sup>. En el primer caso, este plazo de 30 días para acudir al Consejo de Estado deberá contarse a partir del día

---

<sup>1861</sup> Consejo de Estado - Sección Tercera. Auto de 15 de febrero de 2013. Rad. No. 45629. C.P.: Dra. Stella Conto Díaz del Castillo; Consejo de Estado - Sección Segunda – Subsección A. Auto de 5 de diciembre de 2013. Rad. No. 3921-2013. C.P.: Dr. Luis Rafael Vergara Quintero; Consejo de Estado. Sección Primera. Providencia de 23 de abril de 2015. Expediente 2012-00368. C.P.: Dr. Guillermo Vargas Ayala; Consejo de Estado - Sección Segunda – Subsección A, providencia de 19 de mayo de 2016. Rad. No. 11001-03-25-000-2013-00060-00 (0129-2013). C.P.: Dr. Gabriel Valbuena Hernández. Citadas por: COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN B, “Auto del 16 de junio de 2016”, ponente Sandra Lisset Ibarra Vélez, Exp. 110010325000201500317 00 (0646-2015).

<sup>1862</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera- Subsección A, Ponente Hernán Andrade Rincón, “Auto del 03 de mayo de 2016”. Exp. 11001-03-26-000-2015-00139-00(55224)

<sup>1863</sup> Consejo de Estado - Sección Tercera. Auto de 15 de febrero de 2013. Rad. No. 45629. C.P.: Dra. Stella Conto Díaz del Castillo; Consejo de Estado - Sección Segunda – Subsección A. Auto de 5 de diciembre de 2013. Rad. No. 3921-2013. C.P.: Dr. Luis Rafael Vergara Quintero; Consejo de Estado. Sección Primera. Providencia de 23 de abril de 2015. Expediente 2012-00368. C.P.: Dr. Guillermo Vargas Ayala; Consejo de Estado - Sección Segunda – Subsección A, providencia de 19 de mayo de 2016. Rad. No. 11001-03-25-000-2013-00060-00 (0129-2013). C.P.: Dr. Gabriel Valbuena Hernández. Citadas por: COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN B, “Auto del 16 de junio de 2016”, ponente Sandra Lisset Ibarra Vélez, Exp. 110010325000201500317 00 (0646-2015).



siguiente de la notificación del acto administrativo que negó, de manera total o parcial, la solicitud de extensión<sup>1864</sup>.

Si no se encuentran reunidos estos requisitos, el Consejo de Estado declarará la improcedencia del mecanismo cuando llegue la oportunidad de pronunciarse sobre su admisión<sup>1865</sup>, decisión que solo será susceptible del recurso de reposición (artículos 242 CPACA; 318 CGP)<sup>1866</sup>. No procederá el recurso de súplica en estos casos, porque en su trámite no está prevista la procedencia del recurso de apelación proferidas<sup>1867</sup>.

---

<sup>1864</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda- Subsección b, ponente Sandra Lisset Ibarra Vélez, “Auto del 1 de febrero de 2016”, Radicado No.: 110010325000201400937 00

<sup>1865</sup> Consejo de Estado - Sección Tercera. Auto de 15 de febrero de 2013. Rad. No. 45629. C.P.: Dra. Stella Conto Díaz del Castillo; Consejo de Estado - Sección Segunda – Subsección A. Auto de 5 de diciembre de 2013. Rad. No. 3921-2013. C.P.: Dr. Luis Rafael Vergara Quintero; Consejo de Estado. Sección Primera. Providencia de 23 de abril de 2015. Expediente 2012-00368. C.P.: Dr. Guillermo Vargas Ayala; Consejo de Estado - Sección Segunda – Subsección A, providencia de 19 de mayo de 2016. Rad. No. 11001-03-25-000-2013-00060-00 (0129-2013). C.P.: Dr. Gabriel Valbuena Hernández. Citadas por: COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN B, “Auto del 16 de junio de 2016”, ponente Sandra Lisset Ibarra Vélez, Exp. 110010325000201500317 00 (0646-2015).

<sup>1866</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN SEGUNDA, Subsección A, “Auto del 21 de abril de 2016”, Ponente William Hernández Gómez, Exp. 11-001-03-25-000-2013-01343-00 (3415 – 2013).

<sup>1867</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda- Subsección A. Ponente: William Hernández Gómez. “Auto del 21 de abril de 2016”. Exp. 11-001-03-25-000-2013-01343-00 (3415 – 2013); Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda- Subsección A. Ponente: William Hernández Gómez. “Auto del 21 de abril de 2016”. Exp. 11-001-03-25-000-2013-01123-00 (2647-2013); Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda Subsección “A”, C.P. William Hernández Gómez, del 14 de abril de 2016. Radicado: 11-001-03-25-000-2012-00639-00 (2259 – 2012).



## *2.2 Instrumentos jurídicos para garantizar el poder vinculante de las sentencias de unificación jurisprudencial para autoridades judiciales*

### 2.2.1 El Recurso Extraordinario de Unificación de Jurisprudencia

Otro de los mecanismos para hacer efectiva la vinculatoriedad de las sentencias de unificación jurisprudencial es un recurso extraordinario que procede ante el Consejo de Estado cuandoquiera que los Tribunales Administrativos dicten sentencias de única y segunda instancia que contraríen o se opongan a una sentencia de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado (artículos 256 y siguientes del CPACA). El recurso está regulado en el Capítulo II del Título VI de la Parte II del CPACA, y se encuentra diseñado para asegurar “la unidad de la interpretación del derecho, su aplicación uniforme y garantizar los derechos de las partes y de los terceros que resulten perjudicados con la providencia recurrida”, permitiendo incluso reparar por esta vía los agravios inferidos a tales sujetos procesales (Artículo 256 del CPACA).

Las partes del proceso que dio lugar a la sentencia recurrida o los terceros procesales que hayan resultado agraviados (art. 260 CPACA) están legitimados para interponer el recurso dentro de los cinco días siguientes a la ejecutoria de la sentencia correspondiente ante quien profirió la decisión cuestionada<sup>1868</sup>.

Luego, es condición fundamental para la viabilidad del recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia, que los interesados hayan actuado como demandantes o demandados en un proceso contencioso administrativo que ya hubiese sido resuelto mediante fallo ejecutoriado, del cual se predique la inobservancia o desconocimiento de una sentencia de unificación jurisprudencial proferida por esta Corporación. Asimismo se requiere, precisamente, la invocación de un fallo de unificación de jurisprudencia, lo cual excluye el

---

<sup>1868</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN QUINTA, “Auto del 16 de agosto de 2016”, ponente, Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. Exp. 11001032800020160005200.





empleo del recurso extraordinario para la simple aplicación de cualquier sentencia de otra índole, emitida por el Consejo de Estado, que no presente esa indicada categoría.<sup>1869</sup>

Así las cosas, se requiere “que el interesado haya hecho parte en un litigio previo”<sup>1870</sup> o que se trate de un tercero procesal agraviado por la providencia. Cualquiera de ellos podrá presentar este recurso ante el Tribunal Administrativo que expidió la providencia. Y para el efecto, tendrá que indicar: las partes, la providencia impugnada, los hechos en litigio (de manera sucinta), la sentencia de unificación que se estima contrariada y las razones para ello<sup>1871</sup>. Si se trata de sentencias de contenido patrimonial o económico, el recurrente deberá demostrar, además, que la condena o las pretensiones superan los umbrales establecidos en el código<sup>1872</sup>.

La importancia que, también en este caso, tienen los hechos en litigio revela que con este recurso se persigue no solo la interpretación uniforme del ordenamiento jurídico, sino el respeto del precedente que contienen estas sentencias de unificación jurisprudencial. Y aquí entrará en juego el análisis de la identidad fáctica y jurídica entre el caso que subyace a la sentencia de unificación y el que motivó la sentencia impugnada. Según lo indicó la Corte Constitucional en la sentencia C-179 de 2016<sup>1873</sup>, entre los objetivos del CPACA está garantizar la igualdad de trato y fortalecer la función de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado, pues “se entendió que reforzar la citada función tendría una incidencia directa en la protección de los derechos, con miras a reducir la litigiosidad y fortalecer el principio de seguridad jurídica, tanto en sede administrativa como judicial<sup>1874</sup>.” Se trata, entonces,

---

<sup>1869</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA- Subsección A, “Auto del 03 de mayo de 2016”, ponente Hernán Andrade Rincón, Exp. 11001-03-26-000-2015-00139-00(55224).

<sup>1870</sup> Idem.

<sup>1871</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1437 del 18 de enero de 2011. Artículos 260 a 262.

<sup>1872</sup> Idem.

<sup>1873</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, “Sentencia C-179 del 13 de abril de 2016”, ponente Luis Guillermo Guerrero Pérez, Exp. D-10973.

<sup>1874</sup> En la Exposición de Motivos se expuso que: “Por último, cabe destacar la intención del proyecto en cuanto al acatamiento de las decisiones judiciales, como una manifestación del Estado de Derecho.



de un mecanismo para “preservar el precedente vertical” y lograr “la aplicación uniforme del derecho en las instancias inferiores al Consejo de Estado, lo que resulta acorde con el rol que le otorga la Constitución como órgano de cierre de lo contencioso administrativo, en los términos del artículo 237, numeral 1, de la Constitución.”<sup>1875</sup>

El conocimiento del recurso le corresponde a la sección del Consejo de Estado a la cual le esté asignado el conocimiento del medio de control correspondiente, por especialidad.<sup>1876</sup> Si prospera total o parcialmente el recurso, la respectiva sección del Consejo de Estado “anulará, en lo pertinente, la providencia recurrida y dictará la que deba reemplazarla o adoptará las decisiones que correspondan”, y si la parte anulada se había cumplido, declarará sin efectos los actos procesales realizados para tal fin y ordenará al juez de primera instancia realizar las restituciones y adoptar las medidas del caso (Artículo 267 CPACA). Y este recurso procede incluso cuando el proceso primigenio hubiese sido decidido y cobrado ejecutoria antes de la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011 (es decir, antes del 2 de julio de 2012), básicamente porque este recurso no hace parte del proceso contencioso administrativo original<sup>1877</sup>.

---

Por ello, la preocupación de la Comisión se centró en dos aspectos, a saber: uno, el respeto a las decisiones judiciales frente a casos similares y dos, el cumplimiento de las decisiones judiciales. // Para garantizar el respeto a las decisiones judiciales que constituyen jurisprudencia reiterada o de unificación, se propone como mecanismo el derecho a solicitar la extensión y adaptación de la jurisprudencia del Consejo de Estado, contenida en un fallo de unificación jurisprudencial en el que se haya reconocido una situación jurídica, siempre que, en lo pretendido exista similitud de objeto y causa con lo ya fallado”. Gaceta del Congreso No. 1173 de 2009. [Nota original de la sentencia citada]

<sup>1875</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, “Sentencia C-179 del 13 de abril de 2016”, ponente Luis Guillermo Guerrero Pérez, Exp. D-10973.

<sup>1876</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN QUINTA, “Auto del 16 de agosto de 2016”, ponente, Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. Exp. 11001032800020160005200.

<sup>1877</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, “Auto del 16 de febrero de 2016”, Radicado 70001-33-31-007-2005-1762-01.



En la Sentencia C-179 de 2016<sup>1878</sup>, antes citada, una ciudadana demandó el artículo 257 (parcial) de la Ley 1437 de 2011 para que quedaran cobijadas por el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia todas las sentencias de “única y segunda instancia” proferidas por las autoridades de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, es decir, que se incluyeran aún las proferidas por las secciones y subsecciones del Consejo de Estado cuando fueran contrarias a una sentencia de unificación jurisprudencial. Sin embargo, la Corte consideró acorde a la Constitución, y a los principios de razonabilidad y proporcionalidad, que la ley estatuya que contra determinada decisión no caben recursos, en especial si se trata de recursos extraordinarios, “sobre todo cuando su lógica, en la mayoría de los casos, se encuentra en restablecer el imperio del derecho y en unificar la jurisprudencia frente a causales específicas que permitan la intervención de los órganos de cierre de cada jurisdicción.” Además, señaló que

[...] la coherencia interna que se deriva de la existencia de decisiones uniformes y reiteradas por parte de los órganos de cierre, implica que los jueces de inferior jerarquía deben respetar los precedentes que existan en una **dimensión vertical**, lo que disminuye el margen de error y permite concentrar los esfuerzos de los órganos de cierre en casos puntuales que den impulso a la labor de consolidación de la jurisprudencia. Así, en la mayoría de los casos, el recurso extraordinario no se concibe como una nueva vía de discusión de una causa jurídica, sino como una herramienta puntual para decantar criterios y plasmar líneas de interpretación que perduren en el tiempo<sup>1879</sup>.

[...] el ordenamiento jurídico incluso autoriza la posibilidad de hacer uso del mecanismo interno de unificación consagrado en el artículo 271 del CPACA, cuyo uso resulta imperativo cuando se pretenda sentar o variar un precedente consagrado en una

---

<sup>1878</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, “Sentencia C-179 del 13 de abril de 2016”, ponente Luis Guillermo Guerrero Pérez, Exp. D-10973.

<sup>1879</sup> A diferencia de lo anterior, se encuentran casos puntuales de recursos extraordinarios vinculados con la realización de la justicia material, como ocurre con el recurso extraordinario de revisión, en el que se autoriza la reapertura de una causa, por ejemplo, a partir de nuevos documentos con los cuales se hubiere podido proferir una decisión diferente, los cuales no fueron aportados por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria (CPACA, art. 250, núm. 1).



sentencia de unificación, por fuera de los recursos extraordinarios y de la revisión eventual de las acciones populares y de grupo. Ahora bien, en este caso, la existencia del citado mecanismo, así como el deber de coherencia interna, implican que difícilmente se puede presentar el escenario de controversia que se plantea por la accionante, salvo la ocurrencia de dos hipótesis claramente excepcionales. La primera, es que a pesar de acudirse a una sentencia de unificación, no se cumplen con las cargas de suficiencia y transparencia previamente mencionadas. Y, la segunda, es que al resolver un asunto sometido a un trámite ordinario, de forma arbitraria o caprichosa, al momento de adoptar su decisión, la respectiva sección, subsección o la Sala Plena se apartan de una sentencia de unificación, básicamente porque no se brindan las razones para entender o explicar los motivos que excluyen su exigibilidad, a pesar de tratarse de una sentencia que se caracteriza por su carácter ordenador y vinculante.

Nótese cómo, en ambos casos, la discusión que se genera sigue siendo alrededor de la protección o amparo de un precedente horizontal consagrado en una sentencia de unificación, pues cada una de las citadas autoridades constituye un órgano de cierre en las materias que se encuentran a su cargo, al carecer de un superior jerárquico frente al cual se pueda cuestionar el alcance de sus decisiones.

La pregunta que surge es si por efecto de una situación como la reseñada cabe ampliar el objeto del recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia, como lo pide la accionante, en virtud del amparo del derecho a la igualdad. En criterio de la Corte, la respuesta al problema planteado es negativa [...] (Se destaca)

### 2.2.2 Procedencia excepcional del *apartamiento jurisprudencial* y el mecanismo de tutela contra providencias judiciales que desconozcan las sentencias de unificación jurisprudencial

El hecho de que existan precedentes sobre ciertos puntos de derecho no significa que “sean inalterables o inmodificables a través de otros precedentes, toda vez que en el sistema jurídico colombiano –continental- el carácter vinculante del precedente está matizado y de él no se predica el denominado *stare decisis*, propio de los sistemas



jurídicos anglosajones.”<sup>1880</sup> Ahora bien, la tradición del derecho legislado a la que responde el sistema colombiano “matiza, aunque no elimina, el carácter vinculante del precedente, lo que no sucede con otros modelos propios del derecho consuetudinario, donde el precedente es obligatorio, basado en el principio del *stare decisis*”.<sup>1881</sup>

Así las cosas, la Corte Constitucional reconoce la posibilidad que tiene el juez de “apartarse del precedente judicial vinculante de los órganos jurisdiccionales de cierre, mediante una argumentación explícita y razonada de su apartamiento, en reconocimiento a la autonomía e independencia inherentes a la administración de justicia y al ejercicio de la función judicial -CP, artículo 228-.”<sup>1882</sup> Así lo ha permitido el propio legislador en artículos como el 34 del Decreto 2591 de 1991<sup>1883</sup> y en el artículo 103 del CPACA, que reconoce la posibilidad que tiene el juez contencioso de modificar el precedente sobre el alcance y contenido de las normas, siempre que el cambio sea expreso y suficientemente motivado y explicado:

Así pues, el *apartamiento jurisprudencial* busca preservar la autonomía judicial en la adjudicación del derecho, aun frente a un precedente. De tiempo atrás, la Corte Constitucional se había pronunciado sobre los requisitos para que el cambio de jurisprudencia fuera legítimo. En sentencia C-400 de 1998, dijo la Corte...

---

<sup>1880</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN CUARTA, “Sentencia del 11 de mayo de 2016”, ponente Jorge Octavio Ramírez Ramírez, Exp. 11001-03-15-000-2016-00380-00.

Nota: este fallo fue confirmado la Sección Quinta mediante sentencia del 28 de julio de 2016, la cual fue enviada a la Corte Constitucional el 22 de agosto de 2016 (Rad. T-5737218 de la Corte Constitucional). El fallo no fue seleccionado para revisión.

<sup>1881</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, “Sentencia C-634 del 24 de agosto de 2011”, MP. Luis Ernesto Vargas Silva, Exp. D-8413.

<sup>1882</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, “Sentencia C-588 del 25 de julio de 2012”, ponente Mauricio González Cuervo, Exp. D-8864.

<sup>1883</sup> COLOMBIA. PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA. Decreto 2591 del 19 de noviembre de 1991. **ARTICULO 34.**-Decisión en Sala. La Corte Constitucional designará los tres magistrados de su seno que conformarán la Sala que habrá de revisar los fallos de tutela de conformidad con el procedimiento vigente para los tribunales del Distrito Judicial. Los cambios de jurisprudencia deberán ser decididos por la Sala Plena de la Corte, previo registro del proyecto de fallo correspondiente.



Además, para justificar un cambio jurisprudencial no basta que el tribunal considere que la interpretación actual es un poco mejor que la anterior, puesto que el precedente, por el solo hecho de serlo, goza ya de un plus, pues ha orientado el sistema jurídico de determinada manera. Por ello, para que un cambio jurisprudencial no sea arbitrario es necesario que el tribunal aporte razones que sean de un peso y una fuerza tales que, en el caso concreto, primen no sólo sobre los criterios que sirvieron de base a la decisión en el pasado sino, además, sobre las consideraciones de seguridad jurídica e igualdad que fundamentan el principio esencial del respeto del precedente en un Estado de derecho.<sup>1884</sup>

Esta opción también procede cuando el precedente está contenido en una sentencia de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado. Los jueces están obligados a acudir al precedente judicial para la solución de casos fáctica y jurídicamente iguales. Empero, también aquí conservan un margen de autonomía e independencia para apreciar los hechos del caso por resolver y para interpretar las normas aplicables al mismo, lo cual les permite abstenerse de aplicar tal precedente judicial. Pero para hacerlo, deben justificar y argumentar la inobservancia del precedente, esto es, “satisfacer una carga dialogal con el precedente [...] siempre con referencia expresa al mismo y con justificación jurídica del apartamiento.”<sup>1885</sup>

Así las cosas, la opción argumentativa para apartarse del precedente está sometida a los siguientes requisitos: “(i) hacer explícitas las razones por las cuales se aparte de la jurisprudencia en vigor sobre la materia objeto de escrutinio judicial; y (ii) demostrar suficientemente que la interpretación alternativa que se ofrece desarrolla de mejor manera los derechos, principios y valores constitucionales.”<sup>1886</sup>

---

<sup>1884</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, “Sentencia C- 400 del 10 de agosto de 1998”, ponente Alejandro Martínez Caballero, Exp.L.A.T.-108. Consideración Jurídica No. 57.

<sup>1885</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, “Sentencia C-816 del 1 de noviembre de 2011”, MP. Mauricio González Cuervo, Exp. D- 8473.

<sup>1886</sup> Idem.



De no satisfacerse esta carga argumentativa, será procedente la acción de tutela contra la providencia judicial correspondiente por la violación de los derechos al debido proceso y a la igualdad de trato jurídico.<sup>1887</sup> Para ello resultan de especial interés dos de las causales de procedibilidad de tutela contra providencias judiciales<sup>1888</sup>, a saber:

- (i) el “Desconocimiento del precedente”, causal autónoma por violación exclusiva del precedente constitucional<sup>1889</sup>, encaminada a garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado<sup>1890</sup> (aunque el Consejo de Estado también la admite como causal de procedibilidad cuando lo que se vulnera es una sentencia de esta Corporación); y
- (ii) el “Defecto sustantivo”, causal que se predica respecto a violaciones del precedente ordinario vertical u horizontal.<sup>1891</sup>

En este mismo sentido, puede consultarse la sentencia T-309 de 2015, en la que la Corte aclara que, aunque los jueces están obligados a acoger las decisiones de los órganos de cierre con fuerza de precedente, o sus propias decisiones en casos similares por el respeto a la igualdad, “pueden apartarse de dicho precedente, en el caso de decisiones adoptadas por órganos de cierre sería la misma Corporación y en el caso del precedente horizontal los mismos jueces, siempre que cumplan la carga argumentativa antes descrita y construyendo una mejor respuesta al problema jurídico, so pena de incurrir en la causal de procedibilidad de la tutela por defecto

---

<sup>1887</sup> QUINCHE, *Op. Cit.*, p. 109.

<sup>1888</sup> Para efectos de determinar la procedencia de la tutela contra una providencia judicial, la doctrina constitucional inicialmente exigía el análisis de la existencia de una “vía de hecho” (sentencias T-231 de 1994, SU-1184 de 2001 y SU-159 de 2002), figura que fue luego reemplazada por el rótulo de las “causales de procedibilidad” (Sentencia C-590 de 2005).

<sup>1889</sup> LÓPEZ, “Eslabones...”, *Op. Cit.*, p. 79.

<sup>1890</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, Sección Segunda, Subsección “B”, “Sentencia del 18 de enero de 2016”, ponente Gerardo Arenas Monsalve, Exp. 11001-03-15-000-2015-02955-00(AC).

<sup>1891</sup> LÓPEZ, “Eslabones...”, *Op. Cit.*, p. 79.



sustantivo o material, que tiene como consecuencia la vulneración de los derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso de las personas partícipes del proceso respectivo, entre otros.”<sup>1892</sup>

Todo ello será aplicable a una sentencia de un juez contencioso administrativo que desconozca el precedente fijado en una sentencia de unificación jurisprudencial, siempre que se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios, o que se trate de una providencia contra la que, por ejemplo, no proceda el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia por la jerarquía del juez que la profiere o por no superar los umbrales previstos en el CPACA para sentencias de contenido patrimonial o económico.

Esto tiene especial relevancia teniendo en cuenta que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en fallo de 31 de julio de 2012<sup>1893</sup>, dejó atrás la tesis de improcedencia de la tutela para controvertir decisiones judiciales y unificó la diversidad de criterios que solía tener el Consejo de Estado en esta materia, reconociendo su procedencia excepcional frente a providencias violatorias de los derechos fundamentales, a la luz de los parámetros fijados jurisprudencialmente hasta el momento. Además, en la sentencia del 5 de agosto de 2014<sup>1894</sup>, el Consejo de Estado unificó su jurisprudencia sobre la posibilidad de interponer la acción de tutela contra sentencias del mismo Consejo de Estado, así como en lo atinente a los requisitos de procedencia.<sup>1895</sup>

---

<sup>1892</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, “Sentencia T-309 del 22 de mayo de 2015”, ponente Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, Exp. T-4.682.444.

<sup>1893</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA PLENA. “Sentencia del 31 de julio de 2012”, CP. María Elizabeth García González. Expediente No. 11001-03-15-000-2009-01328-01.

<sup>1894</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA PLENA. “Sentencia de agosto 5 de 2014”, C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez, Radicado: 11001-03-15-000-2012-02201-01 (IJ).

<sup>1895</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN CUARTA, “Sentencia del 11 de mayo de 2016”, ponente Jorge Octavio Ramírez Ramírez, Exp. 11001-03-15-000-2016-00380-00. Este sentencia fue confirmada por la Sección Quinta mediante sentencia del 28 de julio de 2016, y luego enviada a la Corte Constitucional con radicado Rad. T-5737218. El caso no fue seleccionado para revisión de la Corte.





Así las cosas, la vinculatoriedad del precedente contenido en las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado se garantiza, entre otros instrumentos, a través de la acción de tutela contra aquellas providencias judiciales que desconozcan una sentencia de unificación jurisprudencial, “pues no obstante el reconocimiento al principio de autonomía funcional del juez, quien la administra quebranta, bajo la forma de una providencia judicial, derechos fundamentales.”<sup>1896</sup> Más aún, la manera en la que el Consejo de Estado ha utilizado este mecanismo de protección de derechos fundamentales arroja algunas luces sobre el poder vinculante y la jerarquía normativa de las sentencias de unificación jurisprudencial.

Para el Consejo de Estado, estos requisitos del apartamiento jurisprudencial no se cumplieron en el caso que dio lugar a la sentencia del 18 de enero de 2016 de la Sección Segunda, Subsección “B” de esa Corporación<sup>1897</sup>. En dicha oportunidad, el Consejo de Estado tuteló los derechos a la igualdad y al debido proceso del accionante, y dejó sin efectos la sentencia del 12 de agosto de 2015 del Tribunal Administrativo de Antioquia – Sala de Descongestión dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho con radicación N° 27001-33-31-001-2011-00644-01. En la sentencia que el Consejo de Estado dejó sin efectos, el Tribunal se había basado en el precedente de la Corte Constitucional (sentencias C – 258 de 2013 y SU – 230 de 2015) que, a su turno, adoptó el criterio de la Corte Suprema de Justicia en el sentido de que el ingreso base de liquidación de las pensiones beneficiarias del régimen de transición es el que precisa el numeral 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Es decir, el criterio de que el IBL en estos casos es el promedio del tiempo que le hiciera falta para adquirir el derecho pensional o de los últimos 10 años, si el tiempo que hiciera falta para el efecto fuere igual o superior a ese período. Por tanto, el Tribunal

---

<sup>1896</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, Sección Segunda, Subsección “B”, “Sentencia del 18 de enero de 2016”, ponente Gerardo Arenas Monsalve, Exp. 11001-03-15-000-2015-02955-00(AC).

<sup>1897</sup> Idem.



en la sentencia atacada le ordenó a Cajanal (hoy UGPP) reliquidar la pensión del actor con la inclusión de todos los factores salariales de carácter legal, devengados por el demandante en los últimos 10 años de servicio anteriores al reconocimiento de la pensión.

Pese a la disparidad de criterios entre las altas cortes, el Consejo de Estado tomó distancia de lo dictado por la Corte Constitucional en sentencias C-634 de 2011, C-816 de 2011 y C-588 de 2012 en relación con el carácter preferente de la jurisprudencia constitucional en la interpretación de derechos fundamentales y de la constitución en general (sin siquiera referirse a este punto), y desconoció lo previsto en la sentencia T-698 de 2004 sobre la posibilidad de que el juez de instancia se aparte del fallo del superior si la Corte Constitucional se ha pronunciado de manera contraria. Así pues, el Consejo de Estado concedió el amparo por considerar que el Tribunal había desconocido el precedente del Consejo de Estado, Sección Segunda en la sentencia de unificación proferida el 4 de agosto de 2010 (N.I. 0112-2009). Como esta sentencia fijó los criterios sobre el ingreso base de liquidación para calcular la pensión de beneficiarios de la Ley 33 de 1985, a juicio del Consejo de Estado el Tribunal no podía resolver conforme a los criterios sostenidos por la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia:

En este punto, la Sala no pasa por alto que la jurisprudencia constitucional ha sostenido que los jueces en ejercicio de su autonomía interpretativa pueden apartarse de un precedente judicial, siempre y cuando satisfagan en forma expresa, amplia y suficiente la carga argumentativa, a través de la cual se justifiquen las razones que lo llevan a tomar esa decisión.

No obstante lo anterior, en el caso bajo examen se considera que **los motivos expuestos por el tribunal acusado no son suficientes para apartarse de la providencia proferida por la Sección Segunda de esta Corporación, pues aunque afirma que acoge pronunciamientos de la Corte Constitucional (SU-230 de 2015), debe tenerse en cuenta que esta Sala no**



ha modificado la posición acogida en la sentencia mencionada, respecto a los factores y el periodo a tener en cuenta para liquidar la pensión de quienes son beneficiarios de la Ley 33 de 1985.

Bajo estos supuestos, advierte la Sala que el Tribunal Administrativo de Antioquia – Sala de Descongestión, al proferir la decisión el 12 de agosto de 2015 desconoció el precedente adoptado por esta Corporación referente a la liquidación de la pensión de jubilación para quienes se encuentran cobijados por las disposiciones del régimen de transición de la Ley 100 de 1993 (artículo 36) y la Ley 33 de 1985, precedente según el cual las personas que se encuentran cobijadas por la Ley 33 de 1985 tienen derecho a que su pensión reliquide con el 75% de los factores devengados en el último año de servicios<sup>1898</sup>.<sup>1899</sup> (Negrilla fuera de texto).

Decisiones como esta ponen en evidencia un nuevo “choque de trenes” entre la Corte Constitucional y el Consejo de Estado. La primera, en las sentencias C-634/11, C-816/11 y C-588/12, pretendió erigirse en tribunal supremo del ordenamiento jurídico colombiano en materia de interpretación de la Constitución y los derechos fundamentales, jerarquía justificada en “la supremacía de la Constitución sobre la normatividad restante del sistema jurídico y las competencias constitucionales de la Corte”<sup>1900</sup>. Recuérdese que en la sentencia C-634 de 2011 la Corte condicionó la constitucionalidad del artículo 10 de la Ley 1437 de 2011 “en el entendido que las autoridades tendrán en cuenta, junto con las sentencias de unificación jurisprudencial proferidas por el Consejo de Estado y de manera preferente, las decisiones de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia. Esto sin perjuicio del carácter

---

<sup>1898</sup> En este mismo sentido se pronunció la Sección Segunda, Subsección B de esta Corporación en sentencia de tutela de 17 de noviembre de 2015, radicado No. 11001-03-15-000-2015-02746-00, actor: Consuelo de Jesús Echavarría Patiño, C.P. Gerardo Arenas Monsalve. (Cita dentro de la cita)

<sup>1899</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, Sección Segunda, Subsección “B”, “Sentencia del 18 de enero de 2016”, ponente Gerardo Arenas Monsalve, Exp. 11001-03-15-000-2015-02955-00(AC).

<sup>1900</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, “Sentencia C-816 del 1 de noviembre de 2011”, MP. Mauricio González Cuervo, Exp. D- 8473.



obligatorio *erga omnes* de las sentencias que efectúan el control abstracto de constitucionalidad.” (Se subraya)

En contraste con lo anterior, el Consejo de Estado, corporación a cargo de decidir el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia y de pronunciarse en caso de silencio o negativa de la autoridad administrativa ante una solicitud de unificación jurisprudencial, en fallos como el del 18 de enero de 2016<sup>1901</sup>, que se acaba de comentar, desconoció la cosa juzgada y el carácter *erga omnes* de la sentencia de constitucionalidad C-634 de 2011 y puso en tela de juicio el carácter preferente de las decisiones de la Corte Constitucional en la interpretación de las normas constitucionales aplicables a la resolución de asuntos de su competencia. Y lo hizo al señalar que la aplicación de la postura de la Corte Constitucional no era motivo suficiente para apartarse de una sentencia de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado.

Algo similar se encuentra en el fallo de la Sección Segunda, Subsección B del Consejo de Estado proferido el 6 de julio de 2016 al decidir la acción de tutela que interpuso el Fondo Pensional de la Universidad Nacional de Colombia contra el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección 2, Subsección “E” (en descongestión). Según el Fondo, el Tribunal en su sentencia del 24 de noviembre de 2015 desconoció el precedente constitucional contenido en la sentencia SU-230 de 2015 al ordenar la liquidación de la pensión incluyendo todos los factores salariales devengados por una mujer en el último año de servicios, en lugar de acatar el precedente constitucional que –a juicio del actor- ordenaba liquidar la pensión dando aplicación a los artículos 36 y 21 de la Ley 100 de 1993 y el decreto 1158 de 1994, por lo cual debía efectuarse sobre el promedio devengado durante los últimos 10 años de servicio.

---

<sup>1901</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, Sección Segunda, Subsección “B”, “Sentencia del 18 de enero de 2016”, ponente Gerardo Arenas Monsalve, Exp. 11001-03-15-000-2015-02955-00(AC).



El Consejo de Estado negó el amparo deprecado por considerar que el Tribunal se había allanado al “precedente vertical de esta Corporación fijado en la sentencia de unificación de 4 de agosto de 2010, en el sentido de que el ingreso base de liquidación para las pensiones de las personas beneficiarias del régimen de transición y de la Ley 33 de 1985, se calcula con base en los factores salariales devengados durante el último año de servicios.” En adición a lo anterior, la Corporación recordó que la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado se pronunció por vía ordinaria, mediante providencia de unificación de 25 de febrero de 2016, acerca de los alcances de las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015 de la Corte Constitucional, de manera que...

[...] esta Corporación ha reiterado su criterio jurisprudencial, consolidado en la mencionada sentencia de unificación de 4 de agosto de 2010, armonizándolo con las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015 de la Corte Constitucional y, en consecuencia, debe aplicarse al caso concreto para efectos de calcular el monto de la pensión de la señora Martha Patricia Valenzuela Bohórquez, los factores salariales devengados por ella durante el último año de servicios, tal como lo hicieron los señores magistrados de la subsección E de la sección segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

A partir de los anteriores prolegómenos, comoquiera que la sentencia de 24 de noviembre de 2015 proferida por las autoridades accionadas al ordenar reajustar la mesada pensional de la señora Martha Patricia Valenzuela Bohórquez, no incurre en la causal específica denominada desconocimiento del precedente planteada por el actor, que dio pábulo al ejercicio de la presente acción, la Sala negará el amparo deprecado.<sup>1902</sup> (Se subraya)

---

<sup>1902</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN SEGUNDA, Subsección B, “Sentencia del 6 de julio de 2016”, ponente Carmelo Perdomo Cuéter, Exp. 11001 03 15 000 2016 01138 00 (AC).



Asimismo, en la Sentencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado del 7 de junio de 2016<sup>1903</sup>, de única instancia, esa corporación declaró la nulidad de la elección de la Gobernadora de la Guajira, Oneida Pinto, debido a que ella renunció a su cargo de alcaldesa del municipio de Albania, Guajira por fuera del término establecido en los artículos 38-7 y 39 de la Ley 617 de 2000. En esta oportunidad, el Consejo de Estado dictó una sentencia de unificación jurisprudencial referida a la definición del extremo temporal inicial de la incompatibilidad prevista para alcaldes y gobernadores en los artículos 31.7, 32, 38.7 y 39 de la Ley 617 de 2000. Si bien ya había un “entendimiento de la jurisprudencia actual en relación con el extremo temporal inicial de la prohibición contenida” en las leyes 136 y 177 de 1994, en el sentido de que el término de inhabilidad debía contarse desde el momento de la renuncia, debido a que el concepto “período” es subjetivo (C-093 de 1994, C-194 de 1995, C-494 de 1996, C-010 de 1997, C-107 de 1997 entre otras), el Consejo de Estado concluyó que no había pronunciamiento relativo a la prohibición e inhabilidad de alcaldes y gobernadores bajo la Ley 617 de 2000, ni había operado la cosa juzgada material. Todo ello con el fin de separarse de la postura de la Corte Constitucional –que, en teoría, debería ser prevalente- y, en cambio, imponer su propio entendimiento de los artículos 31.7, 32, 38.7 y 39 de la Ley 617 (normas muy similares a las ya analizadas por la Corte).

Así las cosas, el Consejo de Estado procedió a analizar las normas y la ratio de la Corte Constitucional “a la luz de un cambio de contexto normativo” derivado del Acto Legislativo No. 2 de 2002 (que instituyó un período institucional para alcaldes, gobernadores, concejales, diputados y ediles) y los Actos Legislativos Nos. 1 de 2003 y 1 de 2009, expedidos para fortalecer el sistema democrático. Estos, por tanto, implican un cambio en el contexto normativo, de manera que si la persona elegida como alcalde o gobernador renuncia antes del vencimiento del período para el que

---

<sup>1903</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN QUINTA, “Sentencia del 7 de junio de 2016”, ponente Alberto Yepes Barreiro, Rad. 11001-03-28-000-2015-00051-00.



fue elegido, NO puede enervar tal prohibición. El Consejo de Estado hizo su propia ponderación de principios en juego, haciendo primar los principios *pro hominum* (humanidad), *pro electoratem* (electorado) o *pro sufragium* (electores), sobre los derechos a la igualdad y a ser elegido de quien decidió renunciar al cargo de elección popular. En atención a todo lo anterior, concluyó que el vocablo '*período*' debía entenderse únicamente desde la perspectiva **institucional u objetiva**.

En los casos atrás citados, en los cuales los precedentes del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, aplicados en casos concretos, conducían a resultados contradictorios, el Consejo de Estado dio prelación a sus propias sentencias de unificación jurisprudencial, incluso "armonizando" o reinterpretando las decisiones de la Corte Constitucional, limitando el alcance de estas para abstenerse de aplicar el precedente constitucional relevante. Sin embargo, no es esta una práctica unánime, pues no faltan los fallos en sentido contrario.

Un ejemplo de la postura contraria aparece en la sentencia del 17 de noviembre de 2016 de la Sección Quinta del Consejo de Estado, la cual revocó la sentencia del 26 de septiembre de 2016 de la Sección Cuarta de esa corporación en la cual se había dado aplicación al precedente de la Sección Segunda (sentencia del 4 de agosto de 2010, Rad. 2006-7509, antes citada) en lugar de la interpretación contenida en la sentencia SU-230 de 2015 de la Corte Constitucional. La Sección Quinta<sup>1904</sup> no estuvo de acuerdo e hizo primar el precedente constitucional:

[...] la Sección debe indicar que cambia así su postura sobre la materia y entiende que frente a criterios o posturas divergentes entre la Corte Constitucional y otra Alta Corporación, han de prevalecer los del Tribunal Constitucional, contenidos únicamente en sentencias de constitucionalidad y de unificación en tutela, siempre que la ratio decidendi

---

<sup>1904</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN QUINTA, ponente Alberto Yepes Barreiro, "Sentencia del 25 de febrero de 2016", Rad. 11001-03-15-000-2016-00103-00.



se aplique al caso concreto y, por tanto, su desconocimiento configura el defecto de violación del precedente<sup>1905</sup>.

Solo el tiempo dirá si esta postura de la Sección Quinta del Consejo de Estado se tornará mayoritaria. Al momento de escribir estas líneas, cada sección del Consejo de Estado soluciona a su manera un eventual conflicto entre reglas judiciales contenidas en sentencias de unificación jurisprudencial y en sentencias de la Corte Constitucional, situación que resta uniformidad al derecho y que debería solucionarse para racionalizar el uso del precedente.

Ahora bien, la procedencia de la acción de tutela contra sentencias que desconozcan el precedente de unificación no obliga a acatar de manera absoluta tales precedentes, no solo por los motivos de *apartamiento jurisprudencial* antes indicados, sino porque habrá siempre posibilidad de *distinción (distinguishing)* entre casos o, incluso, la revocatoria del precedente (*overruling*) para sentar uno nuevo, si es el propio Consejo de Estado el que se aparta del mismo.

Un caso de revocatoria (*overruling*) aparece en el fallo de tutela de la Sección Cuarta del Consejo de Estado, proferido el 11 de mayo de 2016, en el que se negó el amparo solicitado por el Departamento de Santander contra la Sección Tercera del Consejo de Estado. Para el Departamento, uno de los fundamentos de la acción era que el Consejo de Estado desconoció su propio precedente al modificar las condenas por daño moral y lucro cesante en la decisión de segunda instancia de una acción de reparación directa interpuesta por los familiares de dos funcionarios públicos del Departamento de Santander que habían fallecido, en servicio, en un accidente de tránsito por averías del vehículo de propiedad del departamento en el que se movilizaban.

---

<sup>1905</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN QUINTA, "Sentencia del 17 de noviembre de 2016", ponente Carlos Enrique Moreno Rubio, Exp. 11001 03 15 000 2016 00625 01(AC).





La Sala Plena de la Sección Cuarta del Consejo de Estado unificó su jurisprudencia en el sentido de que “[...] en los procesos de reparación directa ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en los que se demanda la responsabilidad patrimonial del Estado por la pérdida de la vida de seres queridos, los perjuicios por lucro cesante ocasionado (sic) a las personas que percibían ayuda económica del fallecido, se reconocerán y liquidarán teniendo en cuenta la unidad familiar, esto es **con acrecimiento** [...]”<sup>1906</sup>. Ello significa que, a medida que algunos hijos dejaran de recibir emolumentos por cumplir los 25 años, habría lugar a aumentar la porción de los demás hijos sobre el lucro cesante, de manera proporcional. Aunque el Consejo de Estado reconoció el carácter de “precedente” de las sentencias traídas por el actor, en las que no se reconoce de forma expresa el derecho de acrecimiento frente al perjuicio, señaló que lo que había ocurrido en el fallo cuestionado era “la creación de una regla de derecho propiamente dicha y no el desconocimiento de un precedente judicial”<sup>1907</sup>, pues...

[...] debe tenerse en cuenta que las autoridades judiciales, en ejercicio de su autonomía, pueden apartarse del precedente judicial, incluso del propio, cuando consideran que el mismo no es aplicable en un caso particular y siempre que cumplan con dos requisitos: **(i)** exponer de forma explícita las razones y argumentos que le sirven de fundamento para adoptar tal determinación; y **(ii)** demostrar con suficiencia que la interpretación que se adopta comporta un mejor desarrollo de los derechos y principios constitucionales, frente a la interpretación que se omite.

Para tal fin, los jueces acuden a dos herramientas que tienen como objeto restringir la fuerza vinculante de un precedente: el *distinguishing* y el *overruling*. Con fundamento en

---

<sup>1906</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN CUARTA, “Sentencia del 11 de mayo de 2016”, ponente Jorge Octavio Ramírez Ramírez, Exp. 11001-03-15-000-2016-00380-00. (Negrilla fuera de texto)

Nota: este fallo fue confirmado la Sección Quinta mediante sentencia del 28 de julio de 2016, la cual fue enviada a la Corte Constitucional el 22 de agosto de 2016 (Rad. T-5737218 de la Corte Constitucional). El fallo no fue seleccionado para revisión.

<sup>1907</sup> Idem.



ésta, se reemplaza o anula un precedente preexistente, en la medida en que existe un cambio de la regla de derecho, esto es, un cambio de precedente judicial propiamente dicho; mientras que en aplicación de aquella el precedente del que se apartan mantiene su vigencia, puesto que lo que se hace en estricto sentido es no aplicarlo en un caso particular, concreto y determinado, debido a que no guarda similitud fáctica o jurídica con el caso que se estudia.

Además, puede presentarse una tercera hipótesis, según la cual una autoridad judicial crea o establece un precedente frente a un cierto punto de derecho determinado – *sentencia fundadora de línea*–, como la sentencia del 22 de agosto de 1924 de la Corte Suprema de Justicia, relacionada con el daño moral; o la providencia del 6 de septiembre del 2001 de la Sección Tercera del Consejo de Estado, relacionada con la determinación del salario mínimo como factor de liquidación de perjuicios.

Con todo, siempre que se acrediten los requisitos señalados, en ninguno de los tres casos existe una vía de hecho por desconocimiento del precedente judicial. <sup>1908</sup> (Se subraya)

También hubo *overruling* en el célebre fallo del 25 de septiembre de 2013 en el caso del Consorcio Glonmarex<sup>1909</sup>, en el cual la Sección Tercera del Consejo de Estado abandonó su postura acerca de la imposibilidad de que un consorcio o unión temporal comparezca en un proceso, en condición de demandante o demandado, individualmente considerado. A partir de una reinterpretación de las normas sobre capacidad de contratación y capacidad procesal contenidas en la Ley 80 de 1993, el derogado Código Contencioso Administrativo y el Código de Procedimiento Civil, el Consejo de Estado unificó su jurisprudencia y sentó el siguiente precedente:

Ciertamente, la modificación de la jurisprudencia que aquí se lleva a cabo apunta únicamente a dejar de lado aquella tesis jurisprudencial en cuya virtud se consideraba, hasta este momento, que en cuanto los consorcios y las uniones temporales carecen de personalidad jurídica propia e independiente, no les resultaba dable comparecer a los

---

<sup>1908</sup> Idem.

<sup>1909</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA. “Sentencia del 25 de septiembre de 2013”, ponente Mauricio Fajardo Gómez, Exp. 13930.



procesos judiciales porque esa condición estaba reservada de manera exclusiva a las personas —ora naturales, ora jurídicas—, por lo cual se concluía que en los correspondientes procesos judiciales únicamente podían ocupar alguno de sus extremos los integrantes de tales organizaciones empresariales.

En consecuencia, a partir del presente proveído se concluye que tanto los consorcios como las uniones temporales sí se encuentran legalmente facultados para concurrir, por conducto de su representante, a los procesos judiciales que pudieren tener origen en controversias surgidas del procedimiento administrativo de selección de contratistas o de la celebración y ejecución de los contratos estatales en relación con los cuales tengan algún interés, cuestión que de ninguna manera excluye la opción, que naturalmente continúa vigente, de que los integrantes de tales consorcios o uniones temporales también puedan, si así lo deciden y siempre que para ello satisfagan los requisitos y presupuestos exigidos en las normas vigentes para el efecto, comparecer a los procesos judiciales — bien como demandantes, bien como demandados, bien como terceros legitimados o incluso en la condición de litisconsortes, facultativos o necesarios, según corresponda—, opción que de ser ejercida deberá consultar, como resulta apenas natural, las exigencias relacionadas con la debida integración del contradictorio, por manera que, en aquellos eventos en que varios o uno solo de los integrantes de un consorcio o de una unión temporal concurren a un proceso judicial, en su condición individual e independiente, deberán satisfacerse las reglas que deban aplicarse, según las particularidades de cada caso específico, para que los demás integrantes del correspondiente consorcio o unión temporal deban o puedan ser vinculados en condición de litisconsortes, facultativos o necesarios, según corresponda. (...) <sup>1910</sup> (Se subraya)

Habría que anotar, por supuesto, que si se adopta de manera generalizada un concepto estricto de precedente como el propuesto en esta disertación, ninguno de los dos casos que acaban de mencionarse serían propiamente ejemplos de *revocatoria* de un *precedente*, porque las sentencias que contenían el criterio anterior (es decir, el criterio que el Consejo de Estado revirtió en estos dos fallos) no eran,

---

<sup>1910</sup> Idem.



propiamente, “sentencias de unificación jurisprudencial” o, al menos, no han sido reconocidas como tales por el Consejo de Estado hasta el momento.

### 2.2.3 Responsabilidad del Estado por error jurisdiccional

La Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, regula los casos de responsabilidad del Estado y de sus funcionarios y empleados judiciales, tipificando tres supuestos que comprometen la responsabilidad del Estado por los daños jurídicos que le sean imputables por la acción o la omisión de sus agentes judiciales. Se trata de: (i) el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, (ii) el error jurisdiccional y (iii) la privación injusta de la libertad. El segundo de estos supuestos, el error jurisdiccional, se configura cuando una autoridad investida de tal facultad jurisdiccional y actuando en dicho carácter, comete un error en el curso de un proceso que se materializa “a través de una providencia contraria a la ley” (artículos 65 y 66 de la Ley 270).

Pues bien, como lo precisó la Corte Constitucional en relación con el artículo 66 de la ley, “(i) dicho error se materializa únicamente a través de una providencia judicial; debe enmarcarse dentro de los mismos presupuestos que la jurisprudencia ha definido como una “vía de hecho”, y (iii) no es posible reclamar por la actuación de las altas corporaciones de la Rama Judicial, porque ello comprometería en forma grave la seguridad jurídica. Por su parte, el artículo 67 de la misma ley dispone que para la procedencia de la reparación derivada del error jurisdiccional, es preciso que: (i) el afectado hubiere interpuesto los recursos de ley... y (ii) que la providencia contentiva de error esté en firme.”<sup>1911</sup> (Se subraya)

Entonces, así como la violación o desconocimiento del precedente judicial (incluida la

---

<sup>1911</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA- Subsección B, “Sentencia del 11 de mayo de 2011”, CP Ruth Stella Correa Palacio, Exp. 08001-23-31-000-1999-02324-01 (22322).



violación de una sentencia de unificación jurisprudencial) hace procedente la tutela contra la providencia respectiva, también hará al Estado, y al agente judicial, susceptibles de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos ocasionados con dicha providencia contraria a la ley.

### *2.3 Instrumentos comunes para garantizar el poder vinculante de las sentencias de unificación jurisprudencial*

#### 2.3.1 Configuración del delito de prevaricato por acción por separarse de lo dictado en sentencias de unificación jurisprudencial

En la sentencia C-335 de 2008, la Corte Constitucional se pronunció sobre la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra el artículo 413 del Código Penal, que penaliza la conducta de “El servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley...”.<sup>1912</sup> Al sentir del actor, el tipo penal de prevaricato por acción omitía extender la pena de prisión a los casos en que el servidor público profiriera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la Constitución, a los tratados públicos o la jurisprudencia constitucional.

Como la Sala Penal de la Corte Suprema, en la práctica, interpretaba de manera amplia el tipo penal, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad simple de la norma, entendiendo por “ley” toda “norma jurídica aplicable al caso concreto”. Y, a la luz de esta amplia interpretación, consideró que el concepto “ley” abarca las fuentes normativas que el actor echaba de menos.

En lo atinente a la comisión del delito por violación de jurisprudencia, dijo la Corte que “La contradicción de la jurisprudencia sentada por las Altas Cortes, *per se*, como

---

<sup>1912</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, “Sentencia C-335 del 16 de abril de 2008” ponente Humberto Antonio Sierra Porto, Expediente D-6943 y D 6946.



fuerza autónoma del derecho, no da lugar a la comisión del delito de prevaricato por acción, salvo que se trate de la jurisprudencia proferida en los fallos de control de constitucionalidad de las leyes o que el desconocimiento de la jurisprudencia conlleve la infracción directa de preceptos constitucionales o legales o de un acto administrativo de carácter general”<sup>1913</sup>. Cuando existe una mera *subsunción* de un supuesto de hecho en lo prescrito en un enunciado normativo, el prevaricato por acción se configura no por violar la jurisprudencia, sino por violar la Constitución o la ley directamente. En contraste, cuando hay una pluralidad de interpretaciones plausibles, no se configura el delito porque, en tales casos, no se puede afirmar que el servidor público actúa de manera ‘manifiestamente contraria a la ley’. Lo anterior, en la medida en que no existen en el país compilaciones actualizadas y asequibles de jurisprudencia de las Altas Cortes, y en cambio sí hay suficientes mecanismos jurídicos para supervisar el respeto de los jueces de inferior jerarquía a los precedentes de las Altas Cortes (e.g. la casación).

Aunque esta regla, en principio, parecería limitarse a una orden a los jueces de la República –emitida desde el derecho penal– para que acaten los efectos de cosa juzgada de las sentencias de control abstracto de constitucional y los preceptos constitucionales, legales o administrativos, interpretados o subsumidos por jueces anteriores en casos concretos, al menos uno de los alcances de la regla resulta relevante para efectos de esta investigación. Se trata de la modalidad de delito de prevaricato por acción que expone la Corte y que tiene lugar cuando la providencia, resolución, dictamen o concepto se dicta con manifiesto alejamiento del operador jurídico de una subregla constitucional constante, como acontece cuando se dejan de aplicar las reglas vertidas en los fallos de reiteración de jurisprudencia o en las sentencias de unificación jurisprudencial.<sup>1914</sup> Dice la Corte:

---

<sup>1913</sup> Idem.

<sup>1914</sup> QUINCHE, *Op. Cit.*, p. 81.



Ahora bien, la Corte estima que a efectos de determinar si realmente un servidor público, en un caso concreto, incurrió en el delito de prevaricato por acción por desconocimiento de la jurisprudencia sentada por una Alta Corte la cual comporte, a su vez, una infracción directa de preceptos constitucionales o legales o de un acto administrativo de carácter general, resultará indicativo examinar si se está en presencia de un manifiesto alejamiento del operador jurídico *de una subregla constitucional constante*. En efecto, los fallos de reiteración se caracterizan por que la Corte (i) simplemente se limita a reafirmar la vigencia de una subregla constitucional perfectamente consolidada; (ii) su número resulta ser extremadamente elevado; y (iii) constituyen interpretaciones constantes y uniformes de la Constitución, la ley o un acto administrativo de carácter general por parte del juez constitucional. En otras palabras, en los fallos de reiteración la Corte Constitucional ha acordado un sentido claro y unívoco a la “ley”, en los términos del artículo 413 del Código Penal. **Situación semejante se presenta en las sentencias de unificación jurisprudencial, en la medida en que la Corte acuerde una determinada interpretación no sólo a una disposición constitucional, sino a normas de carácter legal o a un acto administrativo de carácter general.** (Énfasis fuera de texto)

Evidentemente la Corte tenía en mente sus propias sentencias de unificación jurisprudencial, y no las sentencias de unificación de jurisprudencia del Consejo de Estado, figura que solo vio la luz en 2011. Aun así, la regla podría ser aplicable a los casos de alejamiento manifiesto de la subregla constante contenida en una sentencia de unificación jurisprudencial por ser ella, también, una “norma jurídica aplicable al caso concreto”, salvo que el operador se allane al cumplimiento de las cargas para el apartamiento administrativo y jurisprudencial antes vistos. Está por verse si, para la Corte Suprema de Justicia, el concepto de “norma jurídica aplicable” podría o no interpretarse de manera de incluir las sentencias de unificación jurisprudencial, que no siempre contienen reglas “constitucionales” y que podrían ser únicas (no reiteradas). La sentencia se parece a la C-539 de 2011 (MP Luis Ernesto Vargas Silva), que años más tarde otorgó a las reglas que se imponen en las sentencias de unificación de jurisprudencia en materia de protección de derechos fundamentales la misma obligatoriedad que tienen los fallos de constitucionalidad de la Corte



Constitucional, y señaló que en unas y otras la Corte ejerce su función de órgano de cierre y por tanto, son vinculantes para las entidades públicas. Habría que distinguir, claro está, la vinculatoriedad *erga omnes* de las sentencias de control abstracto de constitucionalidad de la Corte Constitucional, por un lado, de la vinculatoriedad *stare decisis* de las sentencias de control concreto de constitucionalidad (sentencias T y SU), por el otro, tal y como se explicó en la sección 1.1 del Capítulo II del Título I de esta PARTE II.

Llama la atención que, en países del *civil law*, uno de los argumentos contra la fuerza vinculante de la jurisprudencia suele ser el respeto por la independencia judicial. Pero, al mismo tiempo, se acepta sin grandes objeciones la configuración del delito de prevaricato por desconocimiento de la jurisprudencia –aunque con límites como los aquí anotados–. Como lo anota FERRERES ...

En los países del *common law*, en cambio, los precedentes establecidos por los tribunales superiores son vinculantes, como sabemos, pero el juez que se aparta de ellos no incurre en prevaricación, pues no existe tal delito en el ordenamiento (a diferencia del delito de cohecho, que sí está previsto). Cuando un jurista continental intenta explicar a un juez anglosajón la figura delictiva de la prevaricación, éste se muestra sorprendido y objeta que los jueces no son entonces realmente independientes.<sup>1915</sup>

No obstante, debido a que la Corte Constitucional mediante la sentencia C-335 de 2008 fijó de manera clara los contornos del artículo 413 del Código Penal y, en especial, limitó su procedencia al definir cuándo se entiende que la providencia, resolución, dictamen o concepto se dicta con manifiesto alejamiento de una subregla constitucional constante (como sucede cuando se dejan de aplicar las reglas contenidas en los fallos de reiteración de jurisprudencia, en las sentencias de unificación jurisprudencial y, tal vez también, en las sentencias de unificación

---

<sup>1915</sup> FERRERES, *Op. Cit.*, p. 49.





jurisprudencial del Consejo de Estado), no se encuentra que su procedencia por desconocimiento del precedente constituya una afrenta contra la independencia judicial. Y tampoco se comparte la conclusión de TAMAYO en el sentido de que “en la mayoría de los casos, el Juez inferior, con el temor de que lo procesen penalmente por prevaricato al desconocer el precedente obligatorio, termina por aplicarlo silogísticamente así no lo comparte”<sup>1916</sup>, incluso sin interpretarlo<sup>1917</sup>. Esto último para nada coincide con la operación de razonar con precedentes, como se señaló en la PARTE I (TÍTULO II, Capítulo I, Sección 2.3).

### 2.3.2 La técnica de distinción (*'distinguishing'*) como razón para no aplicar una sentencia de unificación jurisprudencial y como instrumento para garantizar su fuerza vinculante

Una prueba adicional de que las sentencias de unificación jurisprudencial son más que *guías interpretativas* para la aplicación uniforme del derecho positivo se encuentra en la manera como los jueces aplican la técnica de distinción para dejar de aplicar una sentencia de unificación jurisprudencial. En primer lugar, la práctica de la distinción (*'distinguishing'*) es exótica a los sistemas de derecho continental, puesto que se aplica solo en un sistema en el que exista la obligación de seguir el precedente<sup>1918</sup>. Y, en segundo lugar, el recurso –cada vez más frecuente– a la distinción reitera la importancia de la identidad fáctica y jurídica en el razonamiento con precedentes.

Pero, además, la técnica de la distinción es un instrumento para garantizar el poder vinculante de las sentencias de unificación jurisprudencial por parte de las autoridades administrativas y judiciales, en lugar de un mecanismo para menguar su poderío. En

---

<sup>1916</sup> TAMAYO, *Op. Cit.*, p. 111.

<sup>1917</sup> *Ibidem*, p. 112.

<sup>1918</sup> TROPER et GRZEGORCZYK, *Op. Cit.*, p. 132.



efecto, al acudir a ella, “el precedente del que se apartan mantiene su vigencia, puesto que lo que se hace en estricto sentido es no aplicarlo en un caso particular, concreto y determinado, debido a que no guarda similitud fáctica o jurídica con el caso que se estudia.”<sup>1919</sup> (Se subraya)

Un ejemplo de la técnica de *distinción* se halla en la sentencia 17 de marzo de 2016. En esta providencia, la Sección Segunda del Consejo de Estado<sup>1920</sup> negó el amparo solicitado por supuesta violación del precedente jurisprudencial, pues consideró que el precedente invocado no era aplicable a los hechos del caso debido a las diferencias fácticas y jurídicas encontradas. Por eso, concluyó que el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión de Medellín y el Tribunal Administrativo de Antioquia no desconocieron el precedente jurisprudencial fijado en la sentencia de la Sala Plena del Consejo de Estado del 7 de mayo de 1991, relacionada con la prescripción de la acción de cobro coactivo de las obligaciones derivadas del contrato de seguros (Art. 1081 del Código de Comercio). Lo anterior, debido a que no había analogía entre los supuestos fácticos, porque el caso estudiado no involucraba el incumplimiento de un contrato de seguros sino de una obligación aduanera, relacionado con los artículos 817, 818, 819, 828 y 829 del Estatuto Tributario.<sup>1921</sup>

---

<sup>1919</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN CUARTA, “Sentencia del 11 de mayo de 2016”, ponente Jorge Octavio Ramírez Ramírez, Exp. 11001-03-15-000-2016-00380-00. Nota: este fallo fue confirmado la Sección Quinta mediante sentencia del 28 de julio de 2016, la cual fue enviada a la Corte Constitucional el 22 de agosto de 2016 (Rad. T-5737218 de la Corte Constitucional). El fallo no fue seleccionado para revisión.

<sup>1920</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN SEGUNDA - Subsección A, “Sentencia del 17 de marzo de 2016”, ponente William Hernández Gómez, Rad. 11001-03-15-000-2015-02741-00(AC). Nota: Por fallo del 23 de octubre de 2016 de la Sección Cuarta del Consejo de Estado se confirmó la sentencia impugnada, y el 15 de noviembre fue radicado en la Corte Constitucional con el radicado T5883018, la cual no fue seleccionada para revisión el 25 de noviembre de 2016.

<sup>1921</sup> Idem.



Otro ejemplo de *distinción* aparece en la sentencia de la Sección Primera del Consejo de Estado del 2 de julio de 2015<sup>1922</sup>, en la que la Corporación se separó de lo dictado por la Corte Constitucional en la sonada sentencia C-258 de 2013, relativa al tope de los 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes para las pensiones de los congresistas. No se separó por vía de “inaplicación” de la sentencia de constitucionalidad, pues consideró que en “el caso del actor no es necesario desconocerla pues su situación NO se encuentra en ninguno de los supuestos de hecho contenidos en la sentencia C-258 de 2013; por tanto, FONPRECON no podía variar su situación pensional a partir del 1 de julio de 2013 con base en ella, porque éste no es sujeto pasivo de las disposiciones en ella contenidas”.<sup>1923</sup> Es así como el Consejo de Estado revocó el fallo impugnado, amparó los derechos fundamentales del actor y ordenó a FONPRECON que se abstuviera de extender los efectos de la sentencia C-258 de 2013 a situaciones no contempladas en ella, como era el caso del demandante, cuya pensión fue causada ANTES del 31 de julio de 2010<sup>1924</sup>.

Finalmente, conviene analizar la sentencia de tutela del 15 de diciembre de 2015 de la Sección Quinta del Consejo de Estado<sup>1925</sup>, en cual la Corporación consideró que, contrario a lo alegado, la Sección Tercera, Subsección “A” del Consejo de Estado no desconoció el precedente judicial ni incurrió en exceso de ritual manifiesto al dictar la sentencia del 26 de febrero de 2015 (Exp. 2000-621). En esta última, la Sección Tercera modificó el fallo de primera instancia en un proceso de reparación directa, restringiendo el monto de perjuicios materiales que el Ministerio de Defensa Nacional,

---

<sup>1922</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN PRIMERA, “Sentencia del 2 de julio de 2015”, ponente Marco Antonio Velilla, Exp. 25000-23-42-000-2013-04281-01.

Nota: El expediente fue remitido a la Corte Constitucional el 10 de octubre de 2016, y radicada allí el 13 de octubre bajo el número de radicado T5823439. El 16 de noviembre se comunica la decisión de no seleccionarla para revisión.

<sup>1923</sup> Idem.

<sup>1924</sup> Idem.

<sup>1925</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, “Sentencia del 15 de diciembre de 2015”, ponente Carlos Enrique Moreno Rubio, exp. 11001-03-15-000-2015-01515-01(AC).



las Fuerzas Militares y la Fuerza Aérea debían reconocerles a los accionantes con ocasión de la muerte del señor Ricardo Alfonso Murillo únicamente a las sumas solicitadas en la demanda, debidamente indexadas.

La Sección Quinta del Consejo de Estado encontró que, en las sentencias invocadas por los actores<sup>1926</sup>, la Sección Tercera, Subsección “A” de esa corporación sí se refirió a la forma en que se deben tasar los perjuicios materiales dentro de los procesos de reparación directa y emitió condenas superiores a la cuantía fijada para efectos de determinar la competencia del juez. Sin embargo, el motivo por el cual en la sentencia que dio lugar a la acción de tutela se limitó la condena a la cuantía de la demanda fue que los demandantes limitaron expresamente la condena a los valores indicados en la estimación razonada de la cuantía, algo que no ocurrió en los fallos invocados como precedente. Por tanto, “la situación fáctica de los actores difiere de la definida en las providencias judiciales que se adujeron como desatendidas”<sup>1927</sup> y, por tanto, “no se trata de situaciones similares para que se pueda sostener que la Sección Tercera, Subsección “A” del Consejo de Estado, en el fallo de 26 de febrero de 2015 cuestionado incurrió en desconocimiento de precedente y exceso de ritual manifiesto.”

<sup>1928</sup>

---

<sup>1926</sup> Se trata de la sentencia del 15 de septiembre de 2011, dictada dentro del expediente 1996-00196 y de la sentencia del 28 de enero de 2015, proferida dentro del expediente 2000-00873-01, ambas de la Sección Tercera, Subsección “A” del Consejo de Estado con ponencia del doctor Hernán Andrade Rincón.

<sup>1927</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, “Sentencia del 15 de diciembre de 2015”, ponente Carlos Enrique Moreno Rubio, exp. 11001-03-15-000-2015-01515-01(AC).

<sup>1928</sup> Idem.



## TITULO II – ELEMENTOS ESTRUCTURALES DE LA TEORÍA LOCAL DEL PRECEDENTE CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

### CAPITULO I- Premisas contextuales para el caso colombiano

#### 1. Un nuevo y estricto concepto de “precedente”

##### *1.1 La regla judicial se obtiene a partir de una única sentencia.*

Dado que el CPACA no establece la reiteración como uno de los elementos constitutivos de las sentencias de unificación jurisprudencial, bastará un solo pronunciamiento del Consejo de Estado que satisfaga los requisitos del artículo 270 del Código para encontrar allí la regla judicial con fuerza de precedente. No será necesario, entonces, estudiar la interrelación de varios pronunciamientos jurisprudenciales relevantes a lo largo de un período dado, ni la posición relativa de cada fallo con respecto a dos soluciones extremas de un problema jurídico conceptual y abstracto, análisis que (a lo sumo) permitirá evaluar la estabilidad del precedente, o la probabilidad de que se mantenga en el tiempo, pero no aportará en nada a la solución del caso concreto.

Lo anterior va de la mano con el concepto mismo de precedente que aquí se adopta (ver capítulo 6 de la INTRODUCCIÓN).

##### *1.2 La generalidad no es una característica esencial de la regla judicial*

Como lo propugna el MINIMALISMO judicial estadounidense...

[...] cuando se decide caso por caso [sin grandes teorías] no es posible establecer reglas generales; hay reglas pero sobre el caso específico. Por ejemplo, si en un caso se fija una



regla específica con respecto al tratamiento de una persona discriminada por su discapacidad mental, ésta (sic) regla no se amplía al tratamiento de una persona discriminada por razones de raza o étnicas. La Corte Suprema usualmente llega a «acuerdos carentes de una teoría completa», es decir consensos sobre lo específico, pero no sobre lo abstracto. No se crean definiciones aunque sí unos principios aplicables por analogía a los casos concretos: recurren a la formulación de un “test” para determinar casos de discriminación. [...] Contrario a lo que generalmente se piensa acerca del precedente en el *common law*, no se crean grandes reglas abstractas que gobiernen casos futuros más amplios, sino reglas específicas para los casos concretos.<sup>1929</sup> (Se subraya)

Así pues, no tiene que ser abstracta para ser una regla, y la inclusión de un mayor número de hechos relevantes en su ámbito de aplicación no impide, en nada, que ella sea universalizable.

***1.3 La Sentencia de Unificación Jurisprudencial solo tiene autoridad en relación el caso resuelto, y en los que compartan sus características esenciales o “materiales”, dejando muchos asuntos sin decidir***

Lo anterior halla explicación en el hecho de que la función del juez (incluida la del Consejo de Estado) consiste en resolver el caso concreto que dio origen a la controversia, y no en dictar reglas generales o hipotéticas para el futuro. Así como el artículo III de la constitución americana impide a los tribunales establecer reglas abstractas y generales que comprendan, de antemano, una clase de posibles litigios, el Código Civil colombiano –reinterpretado en este aspecto por la Corte Constitucional– circunscribe el rol del juez a la decisión del caso particular. Esto supone recoger el tratamiento minimalista de la analogía como forma de extender la regla del precedente, donde “la consistencia con el principio de igualdad, a través de

---

<sup>1929</sup> CAJAS, *Op. Cit.*, pp. 66-67.



formular analogías y distinciones respecto de las diferencias fácticas que existen entre la decisión con valor de precedente y la nueva disputa, constituye el límite más importante que el stare decisis impone al juez posterior [...].<sup>1930</sup> Este elemento estructural permite conciliar: (i) las disposiciones constitucionales y legales vigentes (tanto las de origen decimonónico y talante legalista, como las más recientes que atribuyen al juez una función distinta y más compleja que la de aplicar el derecho), (ii) las reservas entre los operadores jurídicos frente al activismo judicial, (iii) el desarrollo jurisprudencial en torno del papel del juez en el Estado de Derecho y (iv) la mutación constitucional que explica el estado de cosas actual en materia de precedentes.

## **2. El precedente es uno solo, aunque puede tener varios usos y aplicaciones**

No se comparte la aproximación de quienes conciben el precedente contencioso administrativo como un proyecto de política judicial con “presupuestos, objetivos y patrocinadores diferentes a los que han animado en los últimos 20 años el proyecto de fortalecimiento de precedente constitucional”<sup>1931</sup>. No es, por tanto, el resultado de ‘reacomodar’ el precedente judicial, ni es una ‘nueva encarnación’ del mismo<sup>1932</sup>. Para LÓPEZ...

En las leyes de 2010 y 2011 [*refiriéndose a las leyes 1395 de 2010 y 1437 de 2011*], en cambio, el fin de la extensión del precedente no tiene que ver, primariamente, con su contenido de garantía de derechos; en esta nueva encarnación del precedente, este sirve fundamentalmente como mecanismo de solución agregada de controversias. Su conceptualización como herramienta de reforma judicial viene, además, del mundo del derecho procesal (y no del constitucional) en un esfuerzo por permitir, por ejemplo, un ‘proceso testigo’ o que otros mecanismos de agregación y decisión conjunta de casos

---

<sup>1930</sup> MAGALONI, *Op. Cit.*, pp. 112-113.

<sup>1931</sup> LÓPEZ, “Eslabones...”, *Op. Cit.*, p. 190.

<sup>1932</sup> *Idem.*



análogos sirvan para la resolución de conflictos en épocas de masificación de la actividad administrativa del Estado en campos como la provisión social en pensiones, los conflictos laborales entre el Estado y sus trabajadores, conflictos tributarios y aduaneros, etc. <sup>1933</sup>

La supuesta distinción conceptual, o el diferente basamento teórico que autores como LÓPEZ le endilgan al llamado ‘precedente constitucional/ordinario’, por un lado, y al ‘precedente contencioso administrativo’, por el otro, se debe probablemente a dos motivos: (i) a la excesiva amplitud del concepto de precedente judicial que se ha aceptado en Colombia en los últimos años, que habría de limitarse en el sentido ya explicado, y (ii) a la confusión entre la naturaleza y fundamentos del precedente judicial, por un lado, y sus usos o aplicaciones derivados de políticas públicas de la rama judicial, por el otro. Dice LÓPEZ...

Este uso del precedente [*el de propender a la descongestión del aparato judicial*] es nuevo, proviene de un proyecto político diferente, ha sido promovido por élites político-judiciales diferentes y, por tanto, no encajó fácilmente con la doctrina del precedente constitucional. En este libro se relata la historia trabada y dificultosa del encaje entre estas dos concepciones y prácticas del precedente judicial.

[...] Este nuevo uso del precedente con propósitos de descongestión judicial y uniformización de la actividad administrativa implica un cambio de conceptualización y, aun más, del uso y finalidad de la jurisprudencia como fuente del derecho. La Corte Constitucional ha aceptado este nuevo desarrollo con fuertes reticencias que la han llevado a imponerle condicionamientos interpretativos a su aplicación: de esa forma ha conservado los mecanismos de extensión jurisprudencial del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, pero ha querido acercarlos a las características y funciones del precedente constitucional que había elaborado de manera autónoma en los años anteriores. Esta dualidad de concepciones revela, además, una discusión entre élites jurídicas y políticas y entre dos fines del régimen de precedentes vinculantes que no resultan para nada idénticos: la protección de derechos fundamentales, de un lado, y la realización de la seguridad jurídica como factor de la eficiencia y

---

<sup>1933</sup> *Ibidem*, pp. 118-119.





descongestión del aparato judicial y de la rutinización [sic] de las decisiones administrativas, del otro.<sup>1934</sup>

No se comparte esta tajante dicotomía entre las características y funciones del precedente constitucional y del contencioso administrativo. Las profundas discrepancias que encuentra LÓPEZ radican, tal vez, en la concepción *amplísimo sensu* del concepto de precedente judicial, que incluye en su seno (de manera impropia) la doctrina constitucional y las sentencias de control abstracto de constitucionalidad, que si bien tienen carácter vinculante, no constituyen “precedente judicial” para casos análogos, como se explicó.

Una vez reducido el concepto de precedentes a sus justas proporciones, y distinguido tanto de la jurisprudencia como de la doctrina constitucional vinculante, se entenderá que existe un mismo fin y fundamento del precedente judicial en lo constitucional, ordinario y contencioso administrativo, cual es la garantía de la igualdad de trato jurídico (artículo 13 de la Constitución).

***2.1 El precedente contencioso administrativo del CPACA fue diseñado con el parámetro del precedente constitucional, cuyas principales categorías de análisis recogió.***

El precedente contencioso administrativo no modifica las bases constitucionales y el origen del precedente judicial en Colombia, ni constituye un régimen autónomo del precedente judicial. Así lo destaca OSPINA, al decir que...

(...) la fuerza de la jurisprudencia como fuente del Derecho administrativo resulta del movimiento propio de constitucionalización de nuestro derecho administrativo y, en concreto, del procedimiento jurisdiccional de la jurisdicción de lo contencioso

---

<sup>1934</sup> *Ibidem*, pp. 14-16.



administrativo. O ¿acaso la idea de sentencias de unificación que introdujo el CPACA (art. 270) y la extensión de efectos de una sentencia de unificación (art. 102) no son mecanismos ya utilizadas por la Corte Constitucional, en asuntos de unificación en materia de tutela y ampliación de efectos de una sentencia cuando se encuentre en estado de cosas inconstitucional?<sup>1935</sup>

Algo similar arguye LÓPEZ, quien reconoce que el régimen de aplicación del precedente establecido en el CPACA “no deroga, pero tampoco es distinto ni especial frente al régimen general de precedente constitucional vinculante”<sup>1936</sup>. Estas conclusiones podrían trasladarse a este ámbito, si solo se limitara el ‘precedente constitucional vinculante’ al control concreto de constitucionalidad, en el sentido antes sugerido (Ver la sección 1.1 del CAPÍTULO II del TÍTULO I de esta PARTE II).

*2.2 Como el precedente constitucional, el precedente contencioso administrativo es un mecanismo para materializar el derecho de igualdad ante la ley e igualdad de trato de las autoridades (artículo 13 de la Constitución).*

El precedente constitucional, propiamente dicho, llegó a tener un lugar preponderante en el sistema de fuentes del derecho en Colombia de la mano del derecho de igualdad ante la ley e igualdad de trato de las autoridades, consagrado en el artículo 13 de la Constitución. En vista de lo anterior, “la Comisión de Reforma se fijó como objetivo preciso dotar a la administración de mecanismos que le permitieran, en sede administrativa y de manera directa, proteger los derechos de las personas y asegurar la eficacia de los principios de la función administrativa –en particular los de seguridad jurídica, debido proceso e igualdad-. Bajo esta premisa se vio la necesidad de imponer a las autoridades administrativas el deber de aplicar de manera uniforme, a casos

---

<sup>1935</sup> OSPINA, *Op Cit.*, p. 45.

<sup>1936</sup> LÓPEZ, “Eslabones...”, *Op. Cit.*, p. 171.



con similitud de supuestos fácticos y jurídicos, las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias, conforme a la interpretación que de las mismas se hace en las sentencias de unificación jurisprudencial proferidas por el Consejo de Estado.”<sup>1937</sup>

De hecho, para QUINCHE<sup>1938</sup>, el artículo 103 del CPACA es el resultado de la “positivización” de una extensa línea jurisprudencial sobre el derecho a la igualdad de trato jurídico, disposición que hace reposar en el principio de igualdad el siguiente requisito: “el cambio de la jurisprudencia sobre el alcance y contenido de la norma, debe ser expresa y suficientemente explicado y motivado en la providencia que lo contenga”. La línea que menciona el autor está conformada por sentencias como las siguientes:

- Sentencia C-104 de 1993 (MP. Alejandro Martínez Caballero), en la que se reconoció que la lectura conjunta de los artículos 229 y 13 de la Carta obliga a los jueces a dar idéntico tratamiento en situaciones similares<sup>1939</sup>.
- Sentencia C-037 de 1996 (MP. Vladimiro Naranjo Mesa), la cual armoniza los principios de independencia judicial y de igualdad en la aplicación del derecho para evitar el riesgo de arbitrariedad y condiciona la constitucionalidad del artículo 48 numeral 2 de la Ley 270 de 1996 sobre la naturaleza de criterio auxiliar que tiene la motivación de los fallos de tutela, en el entendido de que si los jueces deciden apartarse de la “línea jurisprudencial” trazada en las sentencias de revisión de la Corte Constitucional en las que se precisa el contenido de los derechos constitucionales “deberán justificar de manera

---

<sup>1937</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil, “Las sentencias de unificación y el mecanismo de extensión de la jurisprudencia”, Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia, 2014, p. 24.

<sup>1938</sup> QUINCHE, *Op. Cit.*, pp. 49-54 y 99.

<sup>1939</sup> *Idem.*



suficiente y adecuada el motivo que les lleva a hacerlo, so pena de infringir el principio de igualdad"<sup>1940</sup>.

- Sentencia T-175 de 1997 (MP José Gregorio Hernández Galindo) en la que, con base en las sentencias T-260 de 1995 y T-418 de 1996, la Corte tuteló específicamente el derecho a la igualdad de trato jurídico con base en la regla de la prevalencia de los fallos de tutela de la Corte Constitucional con respecto a los fallos de tutela de otras cortes y la regla de obligatoriedad del precedente de tutela, de conformidad con el condicionamiento de la C-037 de 1996<sup>1941</sup>.

En la Sentencia T-175 de 1997, la Corte distinguió entre el aspecto subjetivo de la tutela, limitado al caso concreto (*inter partes*) y el aspecto objetivo “que implica el establecimiento de jurisprudencia, merced a la decantación de criterios jurídicos y a su reiteración en el tiempo y que, cuando plasma la interpretación de normas constitucionales, definiendo el alcance y el sentido en que se las debe entender y aplicar –lo cual no siempre ocurre–, puede comportar también la creación de doctrina constitucional, vinculante para los jueces en casos cuyos fundamentos fácticos encajen en el arquetipo objeto del análisis constitucional efectuado, siempre que tales eventos no estén regulados de manera expresa por normas legales imperativas”<sup>1942</sup> (Se subraya). He aquí una reiteración de la regla de obligatoriedad de los precedentes de tutela, en cumplimiento del condicionamiento de la Sentencia C-037 de 1996<sup>1943</sup>, aunque sin abandonar el entendimiento de la jurisprudencia como ‘interpretativa’.

---

<sup>1940</sup> Idem.

<sup>1941</sup> Idem.

<sup>1942</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. “Sentencia T-175 del 8 de abril de 1997”, MP José Gregorio Hernández Galindo. Expediente T-1 14880 y acumulados.

<sup>1943</sup> QUINCHE, *Op. Cit.*, p. 99.



- Sentencia C-836 de 2001 (MP. Rodrigo Escobar Gil), en la que la Corte analizó la constitucionalidad de la ‘doctrina probable’ a la que se refiere el artículo 4 de la Ley 169 de 1896 (que modificó el artículo 10 de la Ley 153 de 1887) y señaló que “en lo que respecta a la actividad judicial, la igualdad de trato que las autoridades deben otorgar a las personas supone además una igualdad en la interpretación y aplicación de la ley”<sup>1944</sup> (Se subraya), justificando así la constitucionalidad de la llamada doctrina probable y, con ella, del precedente mismo.
- Sentencia SU-120 de 2003 (MP. Álvaro Tafur Galvis), en la que se protegió el derecho a la igualdad de trato jurídico que obliga a la Corte a aplicar en casos similares la misma interpretación razonable, porque la ley debe aplicarse de manera general y uniforme<sup>1945</sup>.
- Sentencia T-1023 de 2006 (MP. Jaime Córdoba Triviño), mediante la cual la Corte Constitucional reconoció que “en lo que respecta a la actividad judicial, la igualdad de trato que las autoridades deben otorgar a las personas supone, además, una igualdad en la interpretación y en la aplicación de la ley.”<sup>1946</sup>
- Sentencia SU-917 de 2010 (MP. Jorge Iván Palacio Palacio), en la que se justifica la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales en la necesidad de que exista una interpretación unificada sobre el alcance y los límites de los derechos fundamentales para ofrecer seguridad jurídica y certeza del derecho.<sup>1947</sup>

---

<sup>1944</sup> Sentencia C-836 de 2001, MP Rodrigo Escobar Gil, consideración No. 3. Citado por: QUINCHE, *Op. Cit.*, pp. 50-51.

<sup>1945</sup> QUINCHE, *Op. Cit.*, p. 49-54 y 99.

<sup>1946</sup> Sentencia T-1023 de 2006, MP Jaime Córdoba Triviño. Citado por: QUINCHE, *Op. Cit.*, p. 43.

<sup>1947</sup> QUINCHE, *Op. Cit.*, pp. 49-54 y 99.



Pues bien, así como la Corte Constitucional construyó la doctrina del precedente judicial en Colombia con base en el principio de igualdad del artículo 13 Superior<sup>1948</sup>, es este mismo principio el que sustenta y le da raigambre constitucional al deber de obediencia al precedente que contienen las sentencias de unificación jurisprudencial. Por eso, con independencia de los múltiples usos y beneficios que para el ordenamiento jurídico y para el funcionamiento de la judicatura derivan del respeto del precedente judicial, este se encuentra ligado de manera inescindible al derecho a la igualdad y, en particular, al derecho a la igualdad de trato jurídico, como lo puntualiza QUINCHE.<sup>1949</sup>

**El respeto del precedente horizontal y vertical, así como del precedente uniforme,** hace parte del trato igualitario en la aplicación de la Constitución y la ley en casos iguales, similares o semejantes.<sup>1950</sup> En este sentido, el precedente es ante todo “un mecanismo realizador de la igualdad jurídica, pues los ciudadanos pueden contar con que el derecho ya reconocido a una persona habrá de serle concedido a otra u otras que se hallaren en la misma situación fáctica y jurídica inicialmente decidida.”<sup>1951</sup>

Ello lo confirman, entre otros...

- (i) La exposición de motivos del proyecto que se habría de convertir en la Ley 1437 de 2011 (CPACA), en la que señaló:

[...] cabe destacar la intención del proyecto en cuanto al acatamiento de las decisiones judiciales, como una manifestación del Estado de Derecho. Por ello, la preocupación de la Comisión se centró en dos aspectos, a saber: uno, el respeto

---

<sup>1948</sup> LÓPEZ, “Eslabones...”, *Op. Cit.*, p. 3.

<sup>1949</sup> QUINCHE, *Op. Cit.*, p. 38.

<sup>1950</sup> *Ibidem*, p. 39.

<sup>1951</sup> Sentencia C-811 de 2011, MP Mauricio González Cuervo, Consideración No. 5.4.1.1. Citado por: QUINCHE, *Op. Cit.*, p. 38.



a las decisiones judiciales frente a casos similares y dos, el cumplimiento de las decisiones judiciales.

Para garantizar el respeto a las decisiones judiciales que constituyen jurisprudencia reiterada o de unificación, se propone como mecanismo el derecho a solicitar la extensión y adaptación de la jurisprudencia del Consejo de Estado, contenida en un fallo de unificación jurisprudencial en el que se haya reconocido una situación jurídica, siempre que, en lo pretendido exista similitud de objeto y causa con lo ya fallado. <sup>1952</sup> (Se subraya)

- (ii) El artículo 3 del CPACA, que consagra como materialización del principio de igualdad la obligación que tienen las autoridades de dar “el mismo trato y protección a las personas e instituciones que intervengan en las actuaciones bajo su conocimiento...”.
- (iii) El artículo 10 del CPACA, que contiene el deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia por parte de las autoridades al resolver los asuntos de su competencia. Para el efecto, dispone el Código que “al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas”.
- (iv) El artículo 102 del CPACA que, al regular la figura de extensión de jurisprudencia del Consejo de Estado, incluye entre los requisitos para su procedencia: que quienes lo soliciten “acrediten los mismos supuestos fácticos y jurídicos”.

---

<sup>1952</sup> Gaceta del Congreso No. 1173 de 2009. Citado por: COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, “Sentencia C-179 del 13 de abril de 2016”, ponente Luis Guillermo Guerrero Pérez, Exp. D-10973.



- (v) El artículo 103 del CPACA, que hace reposar en el principio de igualdad el requisito de que el cambio de la jurisprudencia sobre el alcance y contenido de la norma sea “expresa y suficientemente explicado y motivado en la providencia que lo contenga.” Aunque la norma no se refiere puntualmente a las sentencias de unificación jurisprudencial, es importante porque “[e]sta es la primera referencia explícita que hacen las leyes colombianas al derecho a la igualdad de trato en la interpretación y aplicación del derecho, genéricamente designado como derecho a la igualdad de trato jurídico, y constituye uno de los puntos de llegada de la jurisprudencia relacionada con la obligatoriedad del precedente judicial”.<sup>1953</sup>
- (vi) Todo esto se reitera, inclusive, en las críticas a la doctrina constitucional del precedente vinculante, las cuales censuran a la Corte porque, a su juicio, ella “inaplica el texto del artículo 230 C.P. sin argumentar oscuridad o ambigüedad del texto sino simple incompatibilidad con el Derecho de igualdad de todos frente a la ley...”<sup>1954</sup> (Se subraya)

Ello coincide con los pronunciamientos de la Corte Constitucional en relación con las nuevas figuras del CPACA. Al precisar la naturaleza, el sentido y el alcance de las sentencias de unificación jurisprudencial, y el procedimiento para su aplicación, la Corte Constitucional explicó que con ellas el legislador “está otorgando igualdad de trato a todos los que concurran a su aplicación, (Art. 13 CP.), y respetando los principios del debido proceso y de la confianza legítima (Arts. 29 y 83 CP)”, así como el artículo 93 Superior.<sup>1955</sup> También en la sentencia C-816 de 2011 aparece el principio de igualdad como eje transversal de la obligación de acatar el precedente.

---

<sup>1953</sup> QUINCHE, *Op. Cit.*, p. 49.

<sup>1954</sup> TAMAYO, *Op. Cit.*, p. 149.

<sup>1955</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, “Sentencia C-588 del 25 de julio de 2012”, ponente Mauricio González Cuervo, Exp. D-8864.





Para la Corte Constitucional, excluir el deber de extender los efectos del precedente constitucional (dictado en control abstracto y concreto) en los incisos demandados del artículo 102 de la Ley 1437 no estaba justificada y, en consecuencia, daría lugar a “una desigualdad negativa relacionada con el precedente constitucional, pues al relevarse a las autoridades del deber de extender los efectos del precedente judicial constitucional, se propicia ‘la vulneración del principio de igualdad, en razón a la falta de justificación y objetividad del trato desigual’”.<sup>1956</sup>

En este mismo sentido, según lo indicó la Corte Constitucional en la sentencia C-179 de 2016<sup>1957</sup>, entre los objetivos del CPACA está garantizar la igualdad de trato y, en especial, fortalecer la función de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado, pues “se entendió que reforzar la citada función tendría una incidencia directa en la protección de los derechos, con miras a reducir la litigiosidad y fortalecer el principio de seguridad jurídica, tanto en sede administrativa como judicial.”

6.5.2. Desde sus primeros pronunciamientos, este Tribunal ha admitido la importancia de esta función [*la de unificación jurisprudencial*], como **una vía para garantizar la unidad en el ordenamiento jurídico y preservar el derecho a la igualdad**. En efecto, si bien la función judicial parte de la base la autonomía de los jueces, también se exige una predictibilidad razonable en sus fallos, particularmente con miras a realizar el **mandato de igualdad de trato** y los principios de buena fe y confianza legítima. [...] (Se destaca)<sup>1958</sup>

Por todo lo anterior, debe afirmarse que la conceptualización del precedente contencioso administrativo viene directamente del derecho constitucional, cuyas categorías analíticas toma prestadas, y con el cual comparte el principal objetivo, cual es la garantía del derecho de igualdad de trato ante la ley (artículo 13 del CPACA).

<sup>1956</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, “Sentencia C-816 del 1 de noviembre de 2011”, MP. Mauricio González Cuervo, Exp. D- 8473.

<sup>1957</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, “Sentencia C-179 del 13 de abril de 2016”, ponente Luis Guillermo Guerrero Pérez, Exp. D-10973.

<sup>1958</sup> Idem.



Así pues, el precedente judicial es uno solo, como lo son sus fundamentos constitucionales. Cosa distinta es que para su aplicación en las distintas jurisdicciones, y de cara a distintos tipos de sentencias, sean necesarias técnicas y elaboraciones teóricas variadas y ajustadas a cada realidad, algo que explica la necesidad de una teoría local del precedente para lo contencioso administrativo.

Esto no obsta para reconocer que otras disposiciones constitucionales y principios generales del derecho justifican la fuerza vinculante del precedente judicial. En efecto, entre las razones y argumentos de la obligación de seguir el precedente judicial están: (i) la optimización del ordenamiento jurídico, (ii) la unificación del contenido de las expresiones y términos clasificatorios del derecho, eliminando o disminuyendo la vaguedad y ambigüedad, (iii) la materialización de la seguridad jurídica y la confianza legítima de los ciudadanos, (iv) la posibilidad de controlar la actividad judicial, (v) la realización del imperio de la ley de que habla el artículo 230 CP y (vi) la prevención de las consecuencias negativas de desconocer el precedente, como son la violación de los derechos fundamentales de la víctima, la posible configuración del delito de prevaricato por acción y la procedencia de la tutela contra providencias judiciales.<sup>1959</sup>

Además, es indudable que consideraciones de eficiencia, uniformización y descongestión de la rama judicial explican en buena medida el uso y vigor que se le ha dado al precedente judicial en el CPACA, que LÓPEZ denomina “precedente administrativo de descongestión”.<sup>1960</sup> Pero nada de esto cambia, en absoluto, el hecho irrefutable de que es el derecho fundamental al trato igual ante la ley lo que sustenta la figura y, en especial, lo que dio lugar a la mutación constitucional ya aludida. Por tanto, es tal derecho el que determina la interpretación y aplicación de las normas sobre la materia en el CPACA.

---

<sup>1959</sup> QUINCHE, *Op. Cit.*, pp. 41-45.

<sup>1960</sup> LÓPEZ, “Eslabones...”, *Op. Cit.*, p. 13.



*2.3 Por tanto, la teoría local del precedente contencioso administrativo debe materializar el derecho de igualdad ante la ley, considerando además los flujos jurídicos que dieron origen a la figura del precedente y los “usos del precedente” que motivaron la expedición del CPACA.*

Lo explicado hasta este punto no significa que el reconocimiento del precedente judicial no conlleve múltiples beneficios, o que no pueda dársele al precedente, así fundamentado, variados usos según la política pública que impere en la administración judicial. Así como la Corte Constitucional, desde su creación, extendió los efectos de los fallos de tutela a casos análogos a partir del principio de igualdad (incluso antes de que, desde 1995, comenzara a perfilarse la obligatoriedad de la jurisprudencia proferida en ejercicio del control abstracto de constitucionalidad), de la misma manera el CPACA parte de aquel principio para fundamentar la extensión de los efectos de las sentencias de unificación jurisprudencial. Por lo tanto, lo que se observa en el CPACA es un “aprovechamiento” o “utilización” del precedente para fines de descongestión judicial, entre otros, sin que ello altere para nada el concepto de precedente judicial ni su raigambre constitucional. Por eso no existe la pretendida dicotomía que plantea LÓPEZ entre la obligatoriedad del precedente como proyecto de descongestión judicial y seguridad jurídica, por un lado, y como proyecto de extensión de los derechos fundamentales, por el otro<sup>1961</sup>. En el CPACA estos proyectos se fusionan, quedando siempre subyugada la política de descongestión a la naturaleza y fundamento constitucional de la obligatoriedad del precedente, cual es el artículo 13 de la Constitución.

---

<sup>1961</sup> LÓPEZ, “Eslabones...”, *Op. Cit.*, p. 120.



Lo que ha hecho la Corte Constitucional con los condicionamientos que ha introducido al analizar la constitucionalidad de las figuras del CPACA, más que “reacomodar” los contenidos del precedente contencioso administrativo a aquellos (preexistentes) del precedente constitucional<sup>1962</sup>, ha sido afirmar su supremacía como órgano de cierre del ordenamiento jurídico, por cuenta de su función constitucional de velar por la guarda de la integridad y supremacía del texto constitucional (art. 241 CP). Se trata, en suma, de una mera puja de poderes... todo lo demás, es tan solo un sofisma de distracción.

Como se ha dicho, el principal objetivo del reconocimiento del precedente es, entonces, materializar el derecho a la igualdad, por lo cual las sentencias de unificación jurisprudencial no pueden ser ajenas a dicho objetivo, sin perjuicio de que sirvan, de paso, para garantizar la uniformidad de la jurisprudencia y la sistematización del derecho. Pero la teoría local que aquí se propone deberá considerar, también, y en grado sumo, los flujos jurídicos que dieron origen al precedente en Colombia y los “usos” que le dio el CPACA al mismo. Entre los aportes de la Teoría Transnacional del Derecho (TTD<sup>1963</sup>) al precedente contencioso administrativo ha de destacarse, con especial vigor, uno de origen inglés, que fue asimilado por el juez minimalista angloamericano, cual es la autoridad limitada de los fallos con fuerza de precedente.

---

<sup>1962</sup> *Ibidem*, p. 191.

<sup>1963</sup> LÓPEZ, “Teoría Impura...”, *Op. Cit.*, p. 15.



### 3. Vanguardismo para lo Contencioso Administrativo

#### 3.1 *Antiformalismo y Constitucionalismo*

Como se dijo, Colombia en un principio copió ideas y teorías europeas y, luego, hizo lo propio con las norteamericanas.<sup>1964</sup> Ello explica por qué desde finales de la década de los ochenta se comenzó a importar una teoría jurídica de la interpretación y argumentación jurídica que se opuso a los excesos del formalismo dominante en las décadas anteriores, basado este último en la memorización y la deducción lógica<sup>1965</sup>. Esta nueva teoría permitió la recepción del nuevo constitucionalismo durante los últimos quince años del siglo XX<sup>1966</sup>, a través del

(...) trasplante de una nueva generación de constituciones políticas que afirmaban su poder normativo directo por encima del principio clásico francés de soberanía legislativa y su corolario de respeto estricto a la ley (las más de las veces en la forma de un código). Las nuevas cláusulas constitucionales, ahora con efecto normativo directo y con mecanismos específicos de justiciabilidad, se constituyeron en excelentes ejemplos de normas de “textura abierta” donde la interpretación judicial debía completar, por necesidad, el sentido de sus disposiciones generales. En las normas constitucionales se consagraron “conceptos jurídicos indeterminados”: el positivismo dominante (usualmente en su forma kelseniana) aconsejaba tratar a estas normas como carentes de sentido... En el nuevo ambiente teórico, sin embargo, los conceptos jurídicos, a pesar de su indeterminación, fueron entusiastamente saludados como maneras de dar fuerza normativa directa a los fines civilizatorios más preciados de la teoría política y moral, en el sentido de apuntar hacia una alineación de todo el derecho legal y codificado existente a principios jurídicos anhelados y a una interpretación finalista y sistemática de la ley de conformidad con tales principios<sup>1967</sup>.

---

<sup>1964</sup> LÓPEZ, “Teoría Impura...”, *Op. Cit.*, p. 13.

<sup>1965</sup> *Ibidem*, pp. 2-3.

<sup>1966</sup> *Ibidem*, p. 7.

<sup>1967</sup> *Ibidem*, pp. 3-4.



Estos nuevos trasplantes de la teoría del derecho permitieron, a su turno, la importación de una nueva crítica antiformalista bajo la bandera de la interpretación, que dio un papel predominante a la nueva hermenéutica de DWORKIN y de HART (en la lectura local y pre realista de este último<sup>1968</sup>). En suma, “la recepción del nuevo antiformalismo hermenéutico aupó en la región el proyecto de liberalización y constitucionalización de la vida como vacuna o remedio frente a las enfermedades del autoritarismo y militarismo políticos, bendecidos en la región por los imperativos geopolíticos de la doctrina de seguridad nacional en el contexto de la guerra fría”.<sup>1969</sup> Todo este contexto jurídico-filosófico será determinante para la postulación de una teoría del precedente judicial, que difícilmente podría significar un regreso al excesivo formalismo imperante a mediados del siglo pasado.

### *3.2 La teoría local permitirá a los jueces y autoridades administrativas determinar y aplicar de manera racional los precedentes contenidos en las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado.*

Con RAZ, se dará a buena parte del razonamiento jurídico el tratamiento de un “razonamiento interpretativo”, inspirado en la continuidad “en combinación con el respeto por la autoridad que guardan los tribunales”<sup>1970</sup>. La naturaleza autoritativa del derecho “explica la centralidad de la interpretación en el razonamiento jurídico”<sup>1971</sup>, y ello supone establecer qué han hecho las autoridades, qué han decidido y qué

---

<sup>1968</sup> *Ibidem*, pp. 4-5.

LÓPEZ se refiere a la distinta lectura que recibe HART en distintos contextos, así: “... era claro que la obra de HART tenía diferentes significados en distintos lugares: en un escenario iusteórico postrealista, la obra de Hart era usada como dique de contención; en un escenario iusteórico prerealista, como continúa siendo el latinoamericano, la obra de Hart tiene el claro potencial de acelerar y animar la crítica antiformalista del derecho”.

<sup>1969</sup> LÓPEZ, “Teoría Impura...”, *Op. Cit.*, pp. 6-7.

<sup>1970</sup> RAZ, “¿Por qué interpretar?”, *Op. Cit.*, p. 54.

<sup>1971</sup> RAZ, “Entre la autoridad...”, *Op. Cit.*, p. 127.



significan dichas decisiones.<sup>1972</sup> Sin embargo, no todo el razonamiento jurídico es interpretativo, ni es admisible la *imperiosa fuerza excluyente* de las razones de segundo orden (y de las normas jurídicas) puesto que, como se puso de presente al criticar la teoría de RAZ, esta premisa pasa por alto que pueden existir conflictos entre normas jurídicas y razones de primer orden, y que la actividad judicial nunca es meramente ejecutiva o de mera aplicación (*law-applying process*)<sup>1973</sup>.

Por el contrario, aunque la independencia de contenido de las reglas<sup>1974</sup> tiene un papel preponderante en un estadio inicial de la decisión judicial, la autoridad nunca llega a excluir de manera absoluta las razones de primer orden, que deberán entrar siempre en un juego deliberativo de justificación de la decisión. Por eso los precedentes no son reglas de segundo orden excluyentes en el razonamiento práctico, y ni siquiera lo son los textos legislativos –a los que RAZ atribuye un grado superior de obligatoriedad, pues supone que no pueden ser distinguidos o anulados por los propios jueces–.

Las razones de segundo orden no tienen, entonces, *imperiosa fuerza excluyente*, pues siempre será necesaria su justificación por referencia a las razones de la decisión (razones de primer orden) que, inclusive, podrían llevar al juez a apartarse de un precedente, o a revocarlo si tiene la autoridad para hacerlo. Lo anterior se debe, no solo a las reglas de discrecionalidad, sino a que parte de la legitimidad misma de la autoridad es que ella no puede llevar la independencia de las reglas al extremo de lo irrazonable.

---

<sup>1972</sup> Idem.

<sup>1973</sup> MORAL, *Op. Cit.*, p. 29.

<sup>1974</sup> RAZ, “Entre la autoridad...”, *Op. Cit.*, pp. 221-222.



## CAPÍTULO II- Método para determinar y aplicar el precedente contenido en las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado

A continuación se propone un método para la investigación científica del precedente contencioso administrativo contenido en las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado colombiano. Este método debe permitir determinar y aplicar este precedente de manera racional, sin desconocer: (i) los fundamentos constitucionales del reconocimiento del precedente judicial, (ii) los flujos jurídicos que dieron origen a la adopción del modelo de precedente vinculante en Colombia, (iii) los usos o aplicaciones que tiene el precedente en el CPACA, y (iv) los instrumentos para garantizar el deber de obediencia del precedente contencioso administrativo.

Los pilares de este método se encuentran en los “Fundamentos Teóricos de una Teoría Local del Precedente” y en las “Condiciones prácticas de una Teoría Local del Precedente”, a los cuales habrá de remitirse a todo lo largo de este capítulo. Retomando pues lo dicho en el TÍTULO II, CAPÍTULOS I y II de la PARTE I, son fundamentos teóricos y condiciones prácticas, los siguientes...

FUNDAMENTOS TEÓRICOS	CONDICIONES PRÁCTICAS
<p><b>1. Premisas conceptuales</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>1.1 Concepto amplio de interpretación</li> <li>1.2 Concepto estricto de precedente judicial</li> <li>1.3 Distinción entre la ratio aparente y la ratio verdadera, en términos de CHIASSONI, siendo esta última la que debe descubrir el órgano decisor</li> </ul> <p><b>2. Premisas ideológicas</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>2.1 Rechazo del positivismo legocéntrico del siglo XIX e incluso del ‘positivismo suave de HART’</li> <li>2.2 En caso de competencia entre los principios de justicia e igualdad, por un lado, y de continuidad, la certeza y la predictibilidad del derecho, por el otro, prevalecerá el primer conjunto de principios</li> </ul>	<p><b>1. Consecuencias prácticas del concepto estricto de precedente judicial</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>1.1 La «ratio verdadera» no se encuentra nunca en los fundamentos (rationale) de la decisión con fuerza de precedente, sino en lo que el juez anterior hizo o decidió.</li> <li>1.2 Las posibles operaciones con la regla de precedente son las siguientes: aplicarlo, extenderlo o distinguirlo.</li> <li>1.3 Poca o ninguna utilidad tiene aplicar las técnicas de interpretación textual a la <i>ratio</i> declarada o aparente de una sentencia de unificación, como si se tratara de una disposición normativa similar a la ley.</li> </ul>





<p>2.3 Razonar con precedentes es distinto de razonar con textos normativos (e.g. leyes, reglamentos).</p> <p>2.4 Es posible la distinción de casos sin revocar o desconocer la fuerza vinculante del precedente</p> <p>2.5 El precedente como “manifestación del principio kantiano de universalidad en el discurso jurídico para jueces y tribunales, ya que este principio ordena que una respuesta correcta es necesaria para casos similares.”<sup>1975</sup></p> <p><b>3. Fundamentos de la teoría local del precedente que se propone: fusión entre los elementos del Esquema de la Analogía de ALEXY y el razonamiento analógico de la teoría inglesa del stare decisis, haciendo énfasis en la universalización de los resultados y reservando la ponderación para casos límite</b></p> <p>3.1 Razones justificativas de las reglas como pauta de relevancia (ALEXY)</p> <p>3.2 La <i>ratio decidendi</i> está en lo que el tribunal decidió, y no en la fundamentación del juez: teoría inglesa del <i>stare decisis</i>, con inclinación hacia lo práctico y concreto y presunción contra principios amplios</p> <p>3.3 La ponderación solo procede en casos límite</p>	<p><b>2. Consecuencias prácticas del rechazo del positivismo legocéntrico del siglo XIX</b></p> <p>2.1 Se debe renunciar a cualquier intento de construir una “premisa mayor” a partir de la sentencia que constituye el precedente (C<sub>1</sub>).</p> <p>2.2 En tratándose del precedente judicial, es incorrecto pretender aplicar una “regla general” por la vía de la subsunción, para obtener de allí una decisión para el caso por resolver (C<sub>2</sub>)</p> <p><b>3. Consecuencias prácticas del precedente como forma de razonamiento analógico</b></p> <p>3.1 “[C]ualquier aplicación del precedente judicial debe ir acompañada de una analogía entre los casos”<sup>1976</sup>.</p> <p>3.2 La representación que hace GOODHART es solo el punto de partida.</p>
--	---

Así las cosas, la Teoría Local del Precedente Contencioso Administrativo se compone de los siguientes criterios:

**1. Descubrimiento de la “ratio verdadera” de una sentencia de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado**

- **Concordancias:** Fundamentos Teóricos 1.2, 2.3 y 3; Condiciones Prácticas 1.1, 2.1 y 2.2.

<sup>1975</sup> GASCÓN, *Op. Cit.*, p. 76.

Véase también: Robert Alexy y Neil MacCormick.

<sup>1976</sup> BERNAL et BUSTAMANTE, “Introducción”, *Op. Cit.*, p. 11.



Para descubrir o descifrar la “*ratio verdadera*” de una sentencia de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado, el juez contencioso administrativo o la autoridad administrativa que tiene a su cargo resolver un caso posterior nunca se limita a “identificar” e “interpretar”, *ex ante* y en abstracto, la *ratio* de la sentencia de unificación, de manera que sea válida para varios casos futuros.

En la comparación de casos, el juez que tiene ante sí el caso por resolver (C<sub>2</sub>) no tendrá que buscar la regla general que contiene la sentencia que utiliza como precedente, como lo argumenta BERNAL, ni tampoco construir una regla amplia a partir de la generalización de los hechos de la sentencia que pretende invocar como precedente para aplicarla a los hechos del nuevo caso de manera similar a como se aplican las reglas, como lo alega ITURRALDE.

Por el contrario, el juez del caso por resolver (C<sub>2</sub>) deberá trabajar con los hechos “relevantes” de uno y otro caso, en un mismo o similar grado de particularidad, dado que la regla en el caso precedente ya ha sido “concretada” (MÜLLER) o “individualizada” (SCHMILL Y COSSIO, siguiendo a KELSEN)<sup>1977</sup> y esa operación no tiene reversa. No tiene ninguna utilidad, entonces, pretender ‘ascender’ en la escala de generalidad para situarse en un nivel superior de abstracción. De llevarse a cabo una operación así, la regla obtenida no sería sino el resultado de criterios subjetivos del juez, basados en juicios de valor, y sería distinta entonces de la que contiene el precedente que se invoca y se pretende aplicar. Piénsese en el siguiente ejemplo:

- **Caso 1 (C<sub>1</sub>):** sentencia de unificación jurisprudencial que se invoca como precedente:
  - *Hechos:* la Fiscalía General de la Nación impuso medida de aseguramiento a un hombre investigado por el delito de peculado por apropiación (Art. 397 del Código Penal colombiano). Cuando el sujeto había permanecido 1 año privado de la libertad

---

<sup>1977</sup> SCHMILL et COSSÍO, *Op. Cit.*, pp. 57, 59.



de manera preventiva, un juez penal municipal lo absuelve y declara que no estaban dados los presupuestos para la detención preventiva.

- Problema jurídico: ¿existe responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad (arts. 65 y 66 de la Ley 270 de 1996)?
- Decisión: el Consejo de Estado declaró que la Nación - Rama Judicial, representada por el Director Ejecutivo de la Administración Judicial<sup>1978</sup>, era responsable por los daños antijurídicos causados al particular, e imputables al Estado.

- **Caso 2 (C<sub>2</sub>):**

- Hechos: la Corte Suprema de Justicia condenó a un Representante a la Cámara a cinco (5) años de privación de la libertad por el delito de concierto para delinquir (Art. 340 del Código Penal). El parlamentario, mientras cumple su condena, interpone una acción de tutela ante el Consejo Superior de la Judicatura, alegando violación del debido proceso. Al cabo de 2.5 años de privación de la libertad, el juez de tutela declara la nulidad de todo lo actuado en el proceso penal, deja sin efectos el fallo de la Corte Suprema de Justicia y le ordena a esta corporación adelantar de nuevo la investigación y el juzgamiento. El congresista recupera su libertad, y al cabo de unos años, la Corte Suprema de Justicia lo absuelve por *indubio pro reo*.
- Problema jurídico: ¿es este un caso de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad (arts. 65 y 66 de la Ley 270 de 1996) regido bajo el precedente del Caso 1?

- **¿Cuál es la *Ratio Decidendi* del Caso 1?**

- **RD<sub>1</sub>** (*Maximalismo, decisión basada en reglas*): “el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables por falla del servicio de la administración de justicia en casos de privación injusta de la libertad”.
  - Conclusión: bajo este modelo, el precedente **C<sub>1</sub>** sí es un precedente aplicable a **C<sub>2</sub>**.
- **RD<sub>2</sub>** (*Teoría local del precedente contencioso administrativo*): Conocido el caso 2, para un juez de esta corriente la *“Ratio Verdadera” para la comparación de casos*

---

<sup>1978</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 270 del 7 de marzo de 1996, artículo 99.8; COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1437 del 18 de enero de 2011, artículo 159.



será del siguiente tenor: “Cuando un sujeto sea privado de la libertad como resultado de una medida de aseguramiento, y luego se demuestre que no estaban dados los presupuestos para la detención preventiva, la Rama Judicial, representada por el Director Ejecutivo de la Administración Judicial, responderá patrimonialmente por los perjuicios ocasionados por los agentes judiciales de la Nación que se materializan en una providencia contraria a la ley, por privación injusta de la libertad”.

- Conclusión: bajo este modelo, el precedente del caso C<sub>1</sub> no es un precedente aplicable a C<sub>2</sub>.

Así las cosas, el juez debe encontrar la “*ratio verdadera*” en el momento mismo de su aplicación (y para efectos de tal aplicación), evitando extraer una regla general abstracta, siempre bajo la lupa del caso que el juez tiene ante sí (C<sub>2</sub>), buscando tanto la justificación del caso precedente y como la que él necesita para resolver el caso.

## 2. El quid del asunto radica en el análisis o test de relevancia de los hechos de uno y otro caso, que serán objeto de comparación.

- **Concordancias**: Fundamentos Teóricos 1.2, 2.2, 2.3, 3.1 y 3.2; Condiciones Prácticas 1.2, 1.3, 3.1 y 3.2.

En esta tarea, han de examinarse simultáneamente los hechos y la sustancia de la regla<sup>1979</sup>, para determinar la naturaleza de los hechos frente a las categorías de la

---

<sup>1979</sup> TROPER et GRZEGORCZYK, *Op. Cit.* p. 126. Traducción libre del siguiente texto:

“Precedent is never officially binding. The obligation of the court is to apply, not the precedent, but the rule behind the precedent. A court will never expressly discuss a similarity of facts between the case pending and the precedent, but will necessarily take it into account before deciding that the same statute (interpreted in the same way) or the same principle applies.

Therefore, to discover what elements are binding, one must look at the reasons that a superior court will use to justify reversing a decisión, if the lower court was wrongly disregarded some element in a precedent. The justification of such a decisión to reverse will never be drawn from a similarity of facts, but always from a violation by the lower court of some rule or principle expressed or implicit in the precedent. It is, however, imposible to distinguish between the elements of a precedent and to isolate the rule from the facts, because of one particularity of French adjudication, ‘*qualification juridique des*



regla, como en el ejercicio de la calificación jurídica de los hechos (*'qualification juridique des faits'*)<sup>1980</sup> que hacen las cortes francesas.

No es que los solos hechos contengan la razón de la decisión, pero sí resultan esenciales en la comparación de los casos, puesto que (i) la *ratio* necesariamente incluye los hechos o condiciones de aplicación de la regla, en un esquema como el siguiente “si ocurren los hechos A, B y C, entonces la consecuencia será Y”; y (ii) solo los casos similares tienen que tener una solución jurídica similar. Por eso acierta GOODHART cuando invita a encontrar la regla de decisión “en las conclusiones a la que llegó el juez con base en los hechos materiales y con exclusión de los hechos inmateriales”.<sup>1981</sup>

## 2.1 *Para el test de relevancia, resultan útiles las técnicas de interpretación meta-textual de la ratio decidendi.*

Se trata, por ejemplo, de la analogía y otras técnicas que buscan eliminar o debilitar el precedente, o neutralizarlo (como es la técnica de distinción<sup>1982</sup>). Sin embargo, ninguna de ellas basta, por sí sola, para justificar racionalmente el resultado.

Al no tener utilidad alguna en este ámbito las técnicas de interpretación textual, ningún sentido tiene indagar acerca de lo que PERRONE denomina el “*nivel de generalidad del lenguaje utilizado para anunciar la tesis*”<sup>1983</sup>, porque no es que el juez del caso anterior (C<sub>1</sub>), utilizando el grado de abstracción de su lenguaje como medio de interlocución con los jueces del futuro, dicte para el futuro con fuerza de ley la

---

*faits'*: the court decides whether the facts of the case can be subsumed under the categories of the rule. This is done by examining simultaneously the facts and the substance of the rule.”

<sup>1980</sup> Idem. (Traducción libre)

<sup>1981</sup> GOODHART, A. <<Determining the Ratio Decidendi of a Case>>, *Yale Law Journal*, p. 179. Tomado de: MAGALONI, *Op. Cit.*, p. 93.

<sup>1982</sup> CHIASSONI, “La Filosofía...”, *Op. Cit.*, pp. 46-47.

<sup>1983</sup> PERRONE, *Op. Cit.*, p. 190.



regla que deberá aplicarse para dictar la sentencia C<sub>2</sub>. El razonamiento o argumentación del caso precedente (C<sub>1</sub>), así como el lenguaje empleado en la sentencia invocada como precedente, solo servirán de guía en cuanto a la relevancia de los hechos y la posible justificación de la decisión, pero la *ratio decidendi* “no debe ser buscada en la fundamentación de una decisión, sino únicamente en los hechos materiales del caso”<sup>1984</sup>, como en la teoría inglesa del *stare decisis*. Esto es necesario para la construcción de la “*ratio verdadera*”, la cual no será general y abstracta, sino particularizada. Estas guías interpretativas, por supuesto, no comprometen la autonomía del juez del presente (ni, mucho menos, su responsabilidad) en la determinación de la regla judicial aplicable y la identificación de los “hechos materiales”.

Además, dado que el juez que dictó la sentencia anterior no siempre describe o enuncia los hechos que tuvo en cuenta para su decisión, si la enunciación de los mismos fuera determinante, entonces habría que acudir a la solución que propone GOODHART, esto es, que cuando el juez anterior no haya distinguido entre hechos materiales e irrelevantes, todos los hechos tendrían que considerarse como materiales<sup>1985</sup>. Esta solución sería insatisfactoria, por los motivos que se expusieron al abordar las críticas a la teoría de inglesa de *stare decisis* (INTRODUCCIÓN, Sección 2.1).

Entonces, no habrá que acudir, como GOODHART, a la manera como el juez anterior tildó los hechos de materiales o inmateriales, sino el papel que jugaron efectivamente tales hechos en la toma de la decisión. Lo que interesa, entonces, es cómo trato los hechos la Corte: ¿enunció alguno como parte de la explicación o de la justificación de su decisión? ¿consideró una hipótesis con algún hecho distinto y anunció un

---

<sup>1984</sup> BUSTAMANTE, “La interpretación...”, *Op. Cit.*, p. 2.

<sup>1985</sup> Véase A.L. GOODHART. *Essays in Jurisprudence and the Common Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 1937, pp. 25-26, 9- 22. Citado por: ITURRALDE, *Op. Cit.*, p. 260.



resultado diferente para casos como ese? Si bien es cierto que, como se ha dicho en otras partes de este escrito, los casos hipotéticos no son más que *dicta*, la enunciación de uno de tales casos como motivo para una decisión contraria sirve, cuando menos, para observar qué hechos fueron determinantes para la decisión a la que llegó el Consejo de Estado en la sentencia de unificación analizada, pues sin ellos la decisión habría sido otra. Claro está, con GOODHART, habrá que presumir que son inmateriales los hechos de persona, tiempo, lugar, tipo y cantidad<sup>1986</sup>, salvo que algo de lo arriba indicado conduzca a una conclusión contraria. Y no siempre será material la acción o medio de control que dio origen al fallo con valor de precedente, ni todos los hechos enunciados en la sentencia que reconoció la prerrogativa en sede judicial (Artículos 102 y 269 CPACA).

*2.2 Habrá que comparar los hechos relevantes de los casos –sin elevar su grado de “generalidad” o “abstracción”– a la luz de la razón jurídica, criterio jurídico o justificación del caso anterior. Estas razones “suelen tener el carácter de principios”<sup>1987</sup> (ALEXY), pero no siempre lo tienen.*

En el caso de las sentencias de unificación jurisprudencial, serán parte de la razón de la decisión, al menos, el derecho reconocido en dicha sentencia y los hechos materiales que determinaron la situación del titular del derecho (identificación de los supuestos fácticos y jurídicos que dieron lugar al reconocimiento de la prerrogativa en sede judicial).

Entonces, lo que el juez contencioso administrativo o la autoridad administrativa comparan no son reglas sino hechos, porque la *ratio* incluye, como se dijo, los hechos

<sup>1986</sup> GOODHART, *Op. Cit.*, pp. 174-175. (Traducción libre)

<sup>1987</sup> ALEXY, “*Two or Three?*”, en MARTIN BOROWSKI (ed.). *On the Nature of Legal Principles*, ARSP-Beiheft 119, Franz Steiner, Stuttgart, 2010, p. 14. Citado por: BUSTAMANTE, “La Función...”, *Op. Cit.*, p. 137.



o condiciones de aplicación de la regla. Es por esto que resulta insuficiente la metodología de la línea jurisprudencial, la cual no presta suficiente atención a los hechos en la construcción de la regla del precedente (Ver PARTE II, TÍTULO I, Capítulo I, Sección 2.3).

A menor nivel de generalidad, mayor número de hechos materiales. Por tanto, si la regla es menos general, menos casos serán «análogos» al que originó la sentencia con fuerza de precedente. Dicho de otro modo, a menor generalidad, mayor dificultad para hallar un caso con un patrón fáctico común al que originó la sentencia con fuerza de precedente, pues es más probable que exista algún hecho en el caso  $C_2$  que, siendo material, no estuvo presente en el caso  $C_1$ , o que en el caso  $C_2$  esté ausente un hecho de aquellos considerados materiales para la decisión en el caso  $C_1$ . Esto tiene un beneficio adicional, y es reducir los escenarios de conflicto entre varios precedentes aplicables a un mismo patrón fáctico (un conflicto, por ejemplo, entre  $C_1$  y un hipotético  $C_0$  que conduzca a un resultado diferente), siendo posible en cada caso delimitar el ámbito de aplicación de la regla a aplicar mediante la inclusión de suficientes hechos materiales como para que alguno de ellos esté ausente en el caso que contiene el precedente en conflicto.

*2.3 Una vez observada la similitud prima facie, el operador jurídico deberá centrar su atención en identificar las diferencias entre los casos  $C_1$  y  $C_2$  y calificar la “relevancia” de tales diferencias en atención a la justificación que subyace a la regla del precedente.* Es decir, son las diferencias, y no las similitudes, las que deben someterse al *test de relevancia*. Esta comparación opera a la luz de la razón jurídica, criterio jurídico o justificación del caso anterior, razones que aunque “suelen tener el carácter de principios”<sup>1988</sup> (ALEXY), no siempre lo tienen.

---

<sup>1988</sup> Idem.





Lo fundamental, entonces, no es solo evaluar qué hechos fueron determinantes para la solución del caso anterior (C<sub>1</sub>), sino analizar si las diferencias entre los dos casos –*prima facie* vistos como “similares”- son o no relevantes en consideración a la justificación de la decisión anterior (C<sub>1</sub>) y si, por tanto, justifican una distinción. Si las diferencias no son relevantes, debe aplicarse la misma consecuencia de derecho (bien porque el caso es idéntico al anterior o porque, siendo diferente, amerita la extensión analógica del precedente, anulando las diferencias y armonizando los casos del pasado y del presente para aplicar la *ratio decidendi* del pasado<sup>1989</sup>).

Si las diferencias son relevantes, esto es, si al hacer el paralelo de las situaciones jurídica y fácticas concordantes y discordantes e identificar el “*nivel de generalidad de los hechos materiales*”<sup>1990</sup> concordantes se encuentra que existen hechos materiales en el caso a resolver (C<sub>2</sub>) que pugnan con los del caso C<sub>1</sub> –individualmente, o en conjunto con otros hechos materiales-, y que por ello es obligatorio un resultado diferente, entonces será imperioso el apartamiento o la distinción del precedente. Aquí entra en juego la operación de distinción de precedentes (*distinguishing*). Es por esto que este ejercicio no puede reducirse a una labor mecánica, ni puede limitarse a llevar los hechos a un nivel de abstracción o generalidad comparable a la actividad normativa que realiza el Congreso de la República.

***2.4 La distinción ('distinguishing'), una práctica aplicable solo en un sistema en el que exista la obligación de seguir el precedente<sup>1991</sup>, consiste en descartar la ratio decidendi del pasado<sup>1992</sup>.***

MORENO describe esta técnica así:

---

<sup>1989</sup> MORENO, *Op. Cit.*, p. 66.

<sup>1990</sup> STONE, Julius. “The ‘ratio’ decidendi of the ratio decidendi”, p. 607, en *Modern Law Review*, vol. 22, 1959, pp. 597 – 620. Citado por: BUSTAMANTE, “La interpretación...”, *Op. Cit.*, p. 120.

<sup>1991</sup> BUSTAMANTE, “La interpretación..”, *Op. Cit.* p. 132. (Traducción libre)

<sup>1992</sup> MORENO, *Op. Cit.*, p. 64.



De un lado, se abre el espacio para aplicar la técnica de distinción (*distinguishing*), es decir, para que el juez del *presente* pueda distinguir el caso objeto de decisión en el *presente* del caso genérico disciplinado por la *ratio decidendi* del *pasado* y, en consecuencia (sea cual sea el sistema de precedente judicial), la *ratio decidendi* “no pueda” (en cuanto no justificada) ser empleada, ser elegida, como premisa normativa apta para subsumir el caso *presente* en el caso genérico por ella disciplinado.

De forma más específica, el juez distingue porque considera que el caso del *presente* contempla cuestiones de derecho y/o circunstancias fácticas relevantes en el *presente* que no lo fueron en el caso del *pasado* y que si hubiesen estado presentes habrían conducido a una decisión diferente, en cuanto necesariamente la premisa normativa del silogismo decisional habría sido otra. Del mismo modo, el juez distingue porque considera que el caso del *pasado* contempló cuestiones de derecho y/o circunstancias fácticas que fueron relevantes en el *pasado* y que no concurren en el caso del *presente*, lo que impide adoptar la misma premisa normativa. En fin, restringe (distinguiendo) la aplicación de la *ratio decidendi* al caso del *presente* porque, una vez identificada, el juez considera que la norma tiene un ámbito de aplicación más limitado que el previsto; o, mejor, porque el juez del *presente* individúa excepciones (normas) que derogan la aplicación de la *ratio decidendi*.

1993

Para efectos de la distinción, NO BASTA con identificar el “nivel de generalidad de los hechos materiales” <sup>1994</sup>concordantes, y justificar que un nivel inferior al encontrado es el adecuado u ordenado por una correcta definición de la *ratio decidendi*, atada a los hechos del caso que le da origen. Este inferior nivel de generalidad, más particular que el nivel al que se encuentran los hechos concordantes, incluye como hecho material del caso C<sub>1</sub> algún hecho ausente en el caso C<sub>2</sub>, lo cual permite concluir que el caso no está regido de manera estricta por el precedente.

---

<sup>1993</sup> *Ibidem*, pp. 64-65.

<sup>1994</sup> BUSTAMANTE, “La interpretación...”, *Op. Cit.* p. 120.



Pero se ha dicho que ello no es suficiente, por dos motivos. En primer lugar, como se anticipó, existe la posibilidad de que un mismo conjunto de hechos pueda estar regido por dos o más precedentes (es decir, que la tarea no se limite a la comparación entre los hechos de  $C_1$  y  $C_2$ , sino también a la confrontación entre  $C_2$  y otro(s) precedente(s) potencialmente aplicable(s) y que conducirían a una consecuencia contraria: llámese  $C_0$ . Dado que  $C_2$  comparte algunos hechos  $C_0$ , no todos presentes en  $C_1$ , la elección entre  $C_0$  y  $C_1$  como regla aplicable depende, en buena medida, del nivel de generalidad elegido para los hechos, y de la escogencia de los hechos materiales que hacen parte del patrón fáctico. Pero para que esta elección no esté orientada al resultado, ni sea meramente intuitiva a partir de la similitud aparente, sino que sirva como parte de un verdadero ejercicio racional –en la mayor medida posible-, se debe introducir un factor adicional, pues de lo contrario la escogencia del nivel de generalidad no dejaría de ser un pretexto para aplicar uno u otro precedente, y nada más. Esta parte de la teoría local encuentra su fuente en TUSHNET, quien al estudiarla encontró esta posibilidad de “conflicto” e invitó a quien escribe a darle una solución lógicamente aceptable y razonable.

El segundo motivo es que, además de esta operación, es necesario controlar el resultado obtenido al aplicar  $C_1$  (y, en especial, cuando previamente ha habido una elección entre reglas judiciales potencialmente aplicables que ha llevado a preferir  $C_1$  sobre  $C_0$ ), como se explicará adelante...

### ***2.5 Debe controlarse el resultado, so pena de que la decisión quede librada al azar o se torne meramente “particularista”.***

Cuando el planteamiento de distintos niveles de generalidad revela que un precedente no es exactamente aplicable, habrá que analizar si, aun así, la decisión debe ser la misma teniendo en cuenta la “relevancia” de tales diferencias en atención a la justificación que subyace a la regla del precedente, como se dijo en la Sección 2.3 de



este capítulo. La comparación de hechos aquí mencionada no será “particularista”<sup>1995</sup> o minimalista, porque en este proceso controla la aplicación del resultado  $Y_1$  al caso  $C_2$ .

Así las cosas, es necesario hallar “la **justificación** que subyace a las reglas del precedente, el **objetivo** que persiguen las reglas jurídicas” y que, por tanto, podría justificar una regla similar (RAZ)<sup>1996</sup> (Negrilla fuera de texto). El esquema que podría aplicar el juez del caso pendiente de decisión ( $C_2$ ), sería el siguiente:

$C_1 = \text{Datos } A, B, \underline{C} \rightarrow Y_1 \text{ (justificado por } X)$

Donde  $Y_1 = f(X)$

La variable independiente de la función ( $X =$  criterio jurídico), determina la variable dependiente de la función ( $Y_1 =$  la decisión del caso  $C_1$ , el resultado).

Aquí son relevantes, también, algunos elementos de la postura de CASS SUNSTEIN, que si bien se refiere al “principio” que justifica cierta decisión judicial, no parece utilizar el término en sentido estricto (es decir, entendiendo “principio” por oposición a “regla”), sino como sinónimo del criterio jurídico o justificación de la decisión. Tan es así, que autores como QI encuentran que la postura de SUNSTEIN es idéntica a la de RAZ, para quien “la respuesta depende de la **justificación** que subyace a las reglas del precedente, el **objetivo** que persiguen las reglas jurídicas. (...) La esencia del razonamiento por analogía es, si una determinada razón es una justificación adecuada

---

<sup>1995</sup> BUSTAMANTE, “La Función...”, *Op. Cit.* p. 147.

<sup>1996</sup> JOSEPH RAZ. *The Authority of Law: Essays of Law and Morality*, trad. Zhu Feng, 2005, pp. 176-177. Citado por: QI, Zhang, “Acerca del Método para la Identificación de Casos Ilustrativos a Partir de la Práctica del Litigio”, pp. 263-299. En: CARLOS BERNAL PULIDO, THOMAS BUSTAMANTE (EDS.), “*Fundamentos Filosóficos de la Teoría del Precedente Judicial*”, Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho No. 71, Trad. Rodrigo Camarena González, Junio de 2015. p. 294.



para una regla, entonces dicha razón también puede justificar otra regla similar.”<sup>1997</sup>  
(Negrilla fuera de texto).

Luego, hay que analizar si para ese nuevo conjunto de hechos “materiales” ( $C_2$ ),  $Y_1$  sigue siendo  $f(X)$ , es decir, si frente a este nuevo conjunto de hechos A, B y  $\underline{D}$ , la aplicación de la consecuencia  $Y_1$  estaría fundada en el criterio jurídico X. Ello solo ocurrirá si el *test de relevancia* indica que las diferencias entre  $C_1$  y  $C_2$  no conciernen los hechos materiales, es decir, que las diferencias (hecho C vs. hecho D) no son suficientes para descartar el precedente sentado en el caso  $C_1$ .

$C_2 = \text{Datos A, B y } \underline{D} \rightarrow Y_1$  (justificado por X?)

Es necesario comprobar, entonces, si para este nuevo conjunto de hechos “relevantes”,  $Y_1$  sigue siendo  $f(X)$ , es decir, si también para estos hechos  $Y_1$  está sustentada en el criterio jurídico X.

Pero, aun si la respuesta es negativa (si en  $C_2$ , se encuentra que  $Y_1$  no sería función de X), nada impediría al juez que tiene el caso por resolver ( $C_2$ ) encuentre que los patrones fácticos  $C_1$  y  $C_2$  responden al criterio  $X'$ . Así, la aplicación del resultado  $Y_1$  solo estaría justificada si: (i)  $X'$  también da cuenta del *test de relevancia* para la comparación de casos, y (ii) si la decisión  $Y_1$  es sostenible, también, como función de  $X'$ , es decir, un criterio jurídico que justifica el resultado  $Y_1$  en  $C_1$  y  $C_2$  [ $Y_1 = f(X')$ ]. En caso contrario, el hecho C, que está ausente en el caso  $C_2$ , deberá considerarse « material » y, por tanto, hará procedente una distinción, **aplicando, en consecuencia, un resultado diferente ( $Y_2$ )**.

Así pues, bien sea que se trate de diferencias inmateriales entre los casos  $C_1$  y  $C_2$ , o de diferencias materiales susceptibles de ser armonizadas mediante la introducción

---

<sup>1997</sup> JOSEPH RAZ. *The Authority of Law: Essays of Law and Morality*, trad. Zhu Feng, 2005, pp. 176-177. Citado por: Ql, *Op. Cit.*, p. 294.



de otro criterio jurídico  $X'$  para el cual la aplicación del resultado  $Y_1$  a los casos  $C_1$  y  $C_2$  pueda estar racionalmente justificado [ $Y_1 = f(X')$ ], habrá lugar a la aplicación del precedente (y, con él, del resultado  $Y_1$ ).

Considérese de nuevo la posibilidad (que será excepcional, dado el gran número de hechos materiales incluidos en la regla judicial como resultado de la manera como aquí se ha formulado el precedente) de conflicto entre los potenciales precedentes contenidos en  $C_0$  (con los hechos A, B y E, por ejemplo) y  $C_1$  (con los hechos A, B y C), ambos posiblemente aplicables para resolver el caso  $C_2$  (con los hechos A, B y D). La elección, como se dijo, no puede limitarse a decir que E (hecho presente en  $C_0$  pero ausente tanto en  $C_1$  como en  $C_2$ ) es un “hecho material” y que C (presente solo en  $C_1$ ) no lo es, o viceversa, pues tal dictamen tendrá que estar de la mano con el criterio jurídico subyacente común al precedente y al caso que se resuelve ( $X$  o  $X'$  en el caso de  $C_1$ ;  $Z$  o  $Z'$  en el caso de  $C_0$ ), por los motivos ya explicados.

¿Cómo decidir entre dos potenciales precedentes (derivados de  $C_0$  y  $C_1$ ) si ambos comparten hechos relevantes con el caso por resolver? La necesidad de armonizar diferencias materiales entre  $C_2$  y alguno de estos casos previos mediante la introducción de un criterio jurídico distinto al inicialmente identificado ( $X'$  o  $Z'$ , según el caso), aun cuando sea posible, hará ceder ese caso frente al otro precedente potencialmente aplicable que no requiera de tal armonización y que, por tanto, será el precedente aplicable. En tales condiciones, habrá de preferirse el precedente que, aplicado al caso nuevo ( $C_2$ ), permita aplicar el mismo criterio jurídico *prima facie* aplicable en el caso anterior sobre aquél que obligue al órgano decisor a encontrar un nuevo criterio concordante, y el otro caso aplicable tendrá que distinguirse. En los términos antes planteados, habría que preferir el precedente fijado en el caso  $C_1$  siempre que la identidad fáctica sea superior y siempre que la aplicación del resultado esté justificado en el mismo criterio jurídico ( $X$  en el caso de  $C_1$ ), mientras que la aplicación del otro potencial precedente ( $C_0$ ) habría requerido la introducción de otro



criterio jurídico Z' para justificar el resultado. También, aquí, se hace eco a la propuesta de TUSHNET para resolver este *impasse*.

Este posible conflicto entre precedentes aplicables se resuelve de manera algo distinta cuando no se trata de dos potenciales precedentes del Consejo de Estado, sino de un posible conflicto entre un precedente constitucional y uno contencioso administrativo. En este caso, la elección, según la Corte Constitucional, sería más sencilla: prevalecería la solución que corresponda con el precedente constitucional en atención al papel “prevalente” de las sentencias de la Corte Constitucional que interpretan las normas aplicables al caso al tenor de las sentencias C-634/11 y C-816/11 <sup>1998</sup>. Si esto ocurre, el juez contencioso administrativo o la autoridad administrativa quedarían obligados a hacer a un lado el precedente contencioso administrativo, por motivos que el juez deberá hacer explícitos. Si esto tiene lugar en el Consejo de Estado (aunque no siempre ocurre, sino que depende de la Sección del Consejo de Estado a cargo de la decisión), se trataría de una instancia adicional para *overruling* si quien decide.

Regresando, entonces, al ejemplo de privación injusta de la libertad, dicho análisis tendría una forma como esta:

- **Diferencias entre C<sub>1</sub> y C<sub>2</sub>:**
  - En C<sub>1</sub> hubo detención preventiva de la libertad, sin cumplimiento de los presupuestos para la detención preventiva; en C<sub>2</sub> hubo condena seguida de nulidad de lo actuado.

---

<sup>1998</sup> Lo anterior constituye una consecuencia de la “constitucionalización” de todos los ámbitos del derecho, esto es, de las implicaciones de la constitución política en las diversas actividades sociales que, dados los amplios términos en que se encuentra redactada, hace imperiosa la labor de concreción. También podría interpretarse, en línea con SIERRA PORTO, como el clamor social para que el juez constitucional cumpla las expectativas del Estado Social de Derecho. (SIERRA PORTO, Humberto. “La Administración...” Ponencia)



- En C<sub>1</sub> la medida de aseguramiento fue impuesta por la Fiscalía General de la Nación; en C<sub>2</sub> el Representante a la Cámara cumplía una condena de la Corte Suprema de Justicia.
- C<sub>1</sub> se rigió por la Ley 906 de 2004; C<sub>2</sub> se rigió por la Ley 600 de 2000.
- En C<sub>1</sub> el delito investigado era peculado por apropiación (Art. 397 del Código Penal colombiano); C<sub>2</sub> se trató de un caso de concierto para delinquir (art. 340 del Código Penal).
- En C<sub>1</sub> el particular fue absuelto luego de 1 año de detención preventiva; en C<sub>2</sub> fue el juez de tutela el que dejó sin efectos el fallo condenatorio y al cabo de unos años, la Corte Suprema de Justicia lo absuelve por *indubio pro reo*.
- **RD<sub>1</sub>:** “Cuando un sujeto sea privado de la libertad como resultado de una medida de aseguramiento, y luego se demuestre que no estaban dados los presupuestos para la detención preventiva, la Rama Judicial, representada por el Director Ejecutivo de la Administración Judicial, responderá patrimonialmente por los perjuicios ocasionados por los agentes judiciales de la Nación que se materializan en una providencia contraria a la ley, por privación injusta de la libertad”.
- **Elementos de distinción:** para “descartar” la RD<sub>1</sub>, el juez del caso C<sub>2</sub> tendría que esgrimir alguna(s) de las diferencias anotadas, y argumentar que dicho(s) elemento(s) fáctico(s) fue(ron) “determinante(s)” del resultado Y<sub>1</sub> y que, en ausencia de tal(es) hecho(s), la decisión del caso habría variado. Podría alegar, por ejemplo, que en C<sub>2</sub> es aplicable un régimen penal distinto, o que se trata de un Servidor Público sujeto a una carga superior que los particulares en cuanto al escrutinio de las autoridades y del público. Si llegare a considerar que uno o varios de estos hechos son determinantes para sustentar la distinción, tendría que alegar que, en atención a estas diferencias, en el primer caso el criterio determinante (X) de la decisión Y<sub>1</sub> es la obligación del Estado de responder por los daños patrimoniales ocasionados por falla del servicio de administración de justicia; mientras que una decisión similar (Y<sub>1</sub>) en el caso C<sub>2</sub>, no respondería al mismo criterio sino, por ejemplo, al principio de igualdad ante las cargas públicas.
- **Caso C<sub>3</sub>:** La Fiscalía Delegada ante el CTI de Cundinamarca impuso medida de aseguramiento, consistente en detención preventiva, a un hombre dentro de un proceso penal adelantado en su contra por el supuesto delito de rebelión. La medida fue suspendida, porque el sindicado tenía 65 años de edad para la época de los hechos. Meses después, la Fiscalía 20 Delegada ante los Jueces Penales del Circuito





Especializados de Bogotá calificó el mérito del sumario y precluyó la investigación en su contra por considerar que la conducta era atípica, pues la colaboración con las FARC no era voluntaria sino a título de “vacuna”.<sup>1999</sup>

- **Diferencias entre C<sub>1</sub> y C<sub>3</sub>:**
  - En C<sub>1</sub> hubo detención preventiva de la libertad, sin cumplimiento de los presupuestos para la detención preventiva; en C<sub>2</sub> la medida fue sustituida en virtud del artículo 314 del Código de Procedimiento Penal.
  - En C<sub>1</sub> el delito investigado era peculado por apropiación (Art. 397 del Código Penal colombiano); C<sub>3</sub> se trató de un caso de rebelión (art. 467 del Código Penal).
  - En C<sub>1</sub> el particular fue absuelto luego de 1 año de detención preventiva; en C<sub>3</sub> hubo preclusión de la investigación.
- **RD<sub>1</sub>'**: en atención a este nuevo patrón fáctico, que no aparenta tener diferencias materiales frente a C<sub>1</sub>, el juez del caso actual (C<sub>3</sub>) podría formular la *ratio decidendi* del Caso 1 de manera más amplia que el anterior, así: “Cuando un sujeto sea privado de la libertad como resultado de una medida de aseguramiento improcedente, la Rama Judicial, representada por el Director Ejecutivo de la Administración Judicial, responderá patrimonialmente por los perjuicios ocasionados por los agentes judiciales de la Nación que se materializan en una providencia contraria a la ley, por privación injusta de la libertad”.
- **Conclusión:** el precedente derivado de C<sub>1</sub> sí es aplicable.
- **Decisión:** La Nación- Fiscalía General de la Nación debe responder por el daño antijurídico que el particular no estaba en la obligación legal de soportar, consistente en la privación injusta de la libertad<sup>2000</sup>.

**3. Si no procede la distinción (es decir, si la sentencia de unificación jurisprudencial contiene un precedente aplicable al caso por resolver), el juez o funcionario administrativo vinculado por el precedente judicial deberá constatar que el resultado esté justificado**

---

<sup>1999</sup> Hechos tomados de: COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, Subsección A, “Sentencia del 1 de agosto de 2016”, ponente Marta Nubia Velásquez Rico, Exp. 42259.

<sup>2000</sup> Idem.



- **Concordancias:** Fundamentos Teóricos 2.2, 2.3 y 2.5: Condición Práctica 3.2.

Una vez el operador jurídico constata que se trata de un precedente aplicable, procede la “justificación del resultado” (que no equivale a la operación de “controlar el resultado” mencionada en la Sección 2.5, Capítulo II, Título II de la PARTE II). Con la finalidad de determinar si la aplicación del resultado  $Y_1$  al caso  $C_2$  estará justificada, se debe formular la siguiente pregunta: ¿El resultado se enmarca en la universalidad esperada?

Renunciar a la construcción de una “premisa mayor” a partir de la sentencia que constituye el precedente ( $C_1$ ) no conlleva a desechar la noción del precedente como “una manifestación del principio kantiano de universalidad en el discurso jurídico para jueces y tribunales, ya que este principio ordena que una respuesta correcta es necesaria para casos similares.”<sup>2001</sup> No impide, como se dijo, que una regla estrecha y superficial materialice, al tiempo, el imperativo universal. Entonces, si se trata de un caso similar, comprobación que en este estado del método para determinar y aplicar el precedente ya se ha realizado, en aras de la coherencia y disciplina judicial, es deseable (y necesario) que el resultado que se juzgó como acertado para cierto caso, también lo sea en el nuevo caso. Es así como la aplicación de la consecuencia  $Y_1$  al caso  $C_2$  [ $Y_1 = f(X \text{ o } X')$ ] estará **justificada**. Si esto no se cumple, habrá lugar a revocatoria o apartamiento administrativo o jurisdiccional, dependiendo de quién sea el órgano decisor.

---

<sup>2001</sup> GASCÓN, *Op. Cit.*, p. 76. Véase también Robert Alexy y Neil MacCormick.



4. Y, finalmente, habrá lugar a la ponderación de principios si la aplicación del resultado o consecuencia del caso precedente ( $Y_1$ ) al nuevo patrón fáctico ( $C_2$ ), pese a estar ordenado por la regla del precedente y estar justificado, da lugar a una colisión de principios.
- **Concordancias:** Fundamentos Teóricos 2.2, 2.4 y 3.3; Condición Práctica 3.2.

La EVENTUAL colisión de principios podría ocurrir entre:

- a. Los principios que justifican aplicar el resultado ( $Y_1$ ) de la regla  $C_1$  a los hechos del caso  $C_2$ . Se trata de un entramado de principios que justifican aplicar el mismo resultado del caso precedente, a saber: el principio que subyace a la regla de la decisión en  $C_1$ , pero además los principios de coherencia, continuidad, igualdad, certeza y predictibilidad del derecho, que son los que justifican el apego al precedente; y
- b. Los principios que eventualmente serían violentados si se acatara el resultado del precedente  $Y_1$  en el nuevo escenario fáctico  $C_2$ , así como el principio de justicia.

Cuando, como resultado de la ponderación, prevalecen los segundos (b), el juez que ha producido el precedente (el Consejo de Estado, si se trata de una sentencia de unificación jurisprudencial) deberá revocar el precedente. En cambio, si quien decide es el juez inferior o la autoridad administrativa obligada a seguir el precedente, uno u otro solo podrán hacer uso del *apartamiento jurisprudencial o administrativo* en los casos excepcionales y admitidos por la jurisprudencia (CAPITULO II del TÍTULO I de la PARTE II). Nótese que ya NO hay cabida, en este estado tan avanzado del proceso de decisión, para la *distinción* de casos, al menos no si se intenta hacer un uso racional y honesto de la



técnica de distinción. Siempre existe el riesgo, sin duda, de que el operador jurídico abuse de la técnica de distinción, acudiendo a ella como mero pretexto para exceder los contornos del apartamiento administrativo o jurisdiccional (es decir, para no aplicar el precedente que al que se encuentra obligado el operador jurídico). No obstante, este tipo de desviaciones exceden cualquier intento de teorización como el que aquí se intenta.

Esta propuesta es, entonces, diferente a la de BERNAL, para quien...

[...] cuando un juez se enfrenta con el dilema de revocar un precedente o distinguir entre casos, siempre existe una colisión de principios que debe ser resuelta mediante la ponderación. La coherencia, estabilidad e igualdad (en lo que respecta a tratar igual a la persona en iguales situaciones) son principios que justifican seguir el precedente. La actualización del sistema jurídico, la igualdad (en lo que respecta a tratar diferente a personas en diferentes situaciones) y la justicia son principios que justifican la revocación del precedente o la distinción entre casos.

La ponderación es la única manera en que se puede resolver esta colisión entre principios. A pesar de que aceptar este tipo de ponderación debilitaría la fuerza vinculante de los precedentes, también robustecería la racionalidad del sistema jurídico como un todo.<sup>2002</sup>  
(Se subraya)

Del anterior pasaje no solo debe criticarse la generalización de la ponderación en el proceso de decisión jurídica –algo que solo ocurre en casos de colisión de principios–, sino que debe reiterarse que la decisión sobre distinguir o no los casos y revocar o no el precedente no ocurren en un mismo instante, sino en momentos diferentes del razonamiento judicial. En un sistema de vinculatoriedad del precedente, solo una vez que la comparación de casos  $C_1$  y  $C_2$  arroja la conclusión de que la regla del precedente es aplicable al caso por

---

<sup>2002</sup> BERNAL, “El Precedente y la Ponderación”, *Op. Cit.*, pp. 109-110.



resolver (es, por tanto, *análoga* y no puede ser racionalmente *distinguida*), es que puede surgir el “dilema” entre aplicar el precedente, por un lado, o revocarlo (o apartarse del mismo si el órgano decisor no tiene competencia para revocarlo), por el otro, pero solo en los casos en que resultado [ $Y_1 = f(X$  o  $X'$ )] no está justificado para  $C_2$ , o si dicho resultado conlleva a una colisión de principios. Y, además, en este último caso no pueden dejarse de lado –como al parecer lo hace BERNAL– otros principios que necesariamente harán parte de la colisión, esto es: el principio que subyace a la regla, que justifica el apego al precedente si él está ordenado para el caso  $C_2$ , por un lado, y los principios que eventualmente serían violentados si se acatará el resultado del precedente  $Y_1$  en el nuevo escenario fáctico  $C_2$ , por el otro.

Esto es distinto de lo que ocurre en el caso de la utilización (correcta, no simulada) de la técnica de la *distinción*, pues ella simplemente sirve “para determinar si un precedente [... $RD_1$ , para utilizar los términos de esta disertación] no es aplicable al caso en particular toda vez que, como sucede con la aplicación de una regla, los hechos del caso no son previstos por [...*dicha regla*]. En este supuesto, lo que en realidad sucede es una interpretación de la *ratio decidendi* en relación con los hechos del caso.”<sup>2003</sup> (Negrilla fuera de texto) No es cierto que ello sea asimilable a la aplicación de una regla, por los motivos ya explicados.

Como puede verse, no hay propiamente distinción (*distinguishing*) en esta cuarta etapa, sino solo la posibilidad de aplicar, seguir, revocar o apartarse del precedente, según el caso; y si ocurre una colisión es porque el precedente se consideró aplicable y justificado, pero aun así requiere de una ponderación de principios para llegar a la solución del caso.

---

<sup>2003</sup> ITURRALDE, *Op. Cit.*, pp. 254- 255.



Es cierto, como dice BUSTAMANTE, que el Esquema de la Analogía de ALEXY no toma en cuenta “los pasos necesarios para ponderar los principios que deben ser balanceados...”<sup>2004</sup>. No obstante, ello no obliga a negarle toda utilidad al mismo por, al menos, los siguientes motivos:

- a. Lo esencial en el Esquema de la Analogía, y esto no puede perderse de vista, es el análisis de la relevancia de las características del caso anterior (C<sub>1</sub>) y el caso por resolver<sup>2005</sup> (C<sub>2</sub>), es decir, el descubrimiento de los hechos “materiales” de uno y otro caso.

En la determinación de la “relevancia” de los hechos debe acudirse, claro está, a las razones que justificaron la regla que condujo a la decisión Y<sub>1</sub>.<sup>2006</sup> Pero el hecho de que no se incluya en este punto la ponderación, no significa que este Esquema se limite a un análisis de similitud ni que se desprecie la justificación. Y tampoco podría hacerse una crítica similar respecto del modelo que aquí se propone, puesto que este introduce mecanismos para controlar el resultado, así como una etapa de justificación del mismo. Una cosa es, entonces, el *test de relevancia* (en el cual no siempre será necesario llegar hasta el “principio que funciona como su justificación subyacente”<sup>2007</sup>, si se entiende el concepto de ‘principio’ en sentido estricto); y otra la (posterior y eventual) necesidad de realizar una ponderación entre los principios aplicables, algo que solo será necesario en el evento de una colisión.

---

<sup>2004</sup> BUSTAMANTE, “La Función...”, *Op. Cit.*, p. 138.

<sup>2005</sup> ALEXY, “Two or Three?”, en MARTIN BOROWSKI (ed.). *On the Nature of Legal Principles*, ARSP-Beiheft 119, Franz Steiner, Stuttgart, 2010, p. 14. Citado por: BUSTAMANTE, “La Función...”, *Op. Cit.*, p. 137.

<sup>2006</sup> Idem.

<sup>2007</sup> BUSTAMANTE, “La Función...”, *Op. Cit.*, p. 135.



- b. Si llegare a existir una colisión de principios al momento de decidir el nuevo caso ( $C_2$ ), el juez podrá resolverla acudiendo a otra de las operaciones básicas del derecho (en términos de ALEXY), cual es la ponderación. Pero ello tendría lugar solo en situaciones “límite”, esto es, para efectos de decidir entre aplicar o no un precedente.

Y, como se dijo, esto ocurre solo en una etapa posterior a aquella de determinar si existe y es vinculante cierto precedente para el caso por resolver ( $C_2$ ), a saber: cuando, previo agotamiento del “*test de relevancia*”, se ha concluido que el precedente del caso  $C_1$  es aplicable al caso  $C_2$ , y está justificado, solo que su aplicación al nuevo patrón fáctico conduce a una colisión de principios.

Es algo similar a lo que ocurre en los casos de subsunción: si al subsumir los hechos del caso en la premisa fáctica del texto normativo se produce un resultado contrario a un principio jurídico, habrá una colisión entre el principio que justifica la regla (ALEXY), por un lado, y el principio que sería violentado por cuenta del resultado (incorrecto, indeseable o injusto) de la subsunción de los nuevos hechos en la regla preexistente, por el otro. También en este supuesto habría que acudir a la ponderación, sin que por ello se mine la categoría misma de la “subsunción”. Son otros (y muchos otros) los motivos por los que, en las páginas que preceden, se ha cuestionado la operatividad y factibilidad de la subsunción como operación de aplicación del derecho, pero ninguno de esos motivos tiene que ver con la ausencia de la ponderación.



Por tanto, no se acogen las ideas de ALEXY acerca de la supuesta imposibilidad de comparar casos sin acudir a la ponderación<sup>2008</sup>, ni tampoco la propuesta de BUSTAMANTE que llega al punto de reducir la analogía jurídica o comparación de casos a tan solo “un desarrollo judicial del derecho a partir de la ponderación”.<sup>2009</sup> Por el contrario, en el esquema aquí propuesto, solo una vez que la comparación de casos  $C_1$  y  $C_2$  arroja la conclusión de que la regla del precedente es aplicable al caso por resolver (es, por tanto, un caso *análogo* que, como tal, no puede *distinguirse*), es que puede surgir (pero no siempre surge, y por lo general NO surge) el dilema entre aplicar o revocar/apartarse del precedente si el resultado no está justificado, o si ocurre una colisión de principios.

---

<sup>2008</sup> ALEXY, “Two of Three?”, *Op. Cit.*, p. 18. (Traducción libre)

<sup>2009</sup> BERNAL et BUSTAMANTE, “Introducción”, *Op. Cit.*, p. 15





## CONCLUSIONES

En este capítulo se destacan los principales hallazgos de esta investigación; en especial, los pilares y criterios de la teoría local del precedente aquí construida, y el método para determinar y aplicar de manera racional los precedentes judiciales contenidos en las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado.

Colombia, al igual que los sistemas de la Europa continental, se ha separado de manera progresiva de la premisa normativista de que el Derecho es un insumo preexistente con el cual el juez está obligado a fallar, premisa propia de la “separación orgánica y procedimental entre la función de crear normas y la de aplicarlas”<sup>2010</sup>. Por eso autores como MORAL se refieren a la desaparición de nítidas fronteras entre los sistemas jurídicos de derecho común, donde cada vez son más relevantes las normas legislativas, y los continentales, donde el “uso de los precedentes judiciales es un recurso habitual en la interpretación del Derecho y la justificación de las decisiones”.<sup>2011</sup>

Resulta indiscutible que el precedente se ha impuesto (de hecho y en derecho) como fuente principal del derecho en Colombia, aún en contra de la tradición de este país de derecho continental con fuerte apego a la legalidad. De hecho, en Colombia no solo rige la doctrina del precedente, sino que en ocasiones llega a ser aún más estricta que en países del *common law*. Las novedosas figuras creadas en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo obligan a darle a la jurisprudencia contencioso administrativa el carácter de precedente, dejando en el pasado la función indicativa o persuasiva que solía atribuirle la doctrina mayoritaria. Así lo confirman (i) el artículo 10 del CPACA, (ii) los mecanismos previstos en el

---

<sup>2010</sup> MAGALONI, *Op. Cit.*, p. 63.

<sup>2011</sup> MORAL, *Op. Cit.*, p. 16.



ordenamiento jurídico para garantizar el poder vinculante de las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado, y (iii) las cargas para apartarse de sus reglas.

**En cuanto a lo primero**, debe recordarse que el artículo 10 del CPACA consagró el deber de aplicación uniforme de las normas constitucionales, legales y reglamentarias a situaciones con iguales supuestos fácticos y jurídicos, así como la obligación de "tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas", obligando al operador jurídico a aplicar los precedentes de tales sentencias, y no solo las normas constitucionales, legales y reglamentarias que ellas invocan e interpretan.

**En cuanto a lo segundo**, al margen del propósito declamado en el CPACA y defendido por sus redactores, lo cierto es que el alcance y aplicación práctica de figuras como la extensión de los efectos de las sentencias de unificación jurisprudencial (artículo 102 del CPACA), el procedimiento para la extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado a terceros (artículo 269 del CPACA) y el Recurso Extraordinario de Unificación de Jurisprudencia (artículo 258 del CPACA) dan fe de que este tipo de sentencia no es apenas una guía interpretativa para la unificación del derecho vigente. Así ocurre también con la procedencia de la tutela contra sentencias que desconozcan el "precedente" que contienen estas sentencias de unificación; así como la posibilidad de que se configure el delito de prevaricato por la misma causa.

**En cuanto a lo tercero**, esto es, las cargas para apartarse de las reglas fijadas en sentencias de unificación de jurisprudencia, los jueces colombianos se ven abocados a aplicar, cada vez con mayor frecuencia, la técnica de distinción al estilo anglosajón para dejar de aplicar una sentencia de unificación jurisprudencial, proceso en el cual resulta determinante el análisis de la identidad fáctica y jurídica. También las autoridades administrativas dejan de aplicar los efectos de las sentencias de



unificación jurisprudencial, por expresa autorización legal, “Exponiendo las razones por las cuales estima[n] que la situación del solicitante es distinta a la resuelta en la sentencia de unificación invocada y no es procedente la extensión de sus efectos” (artículo 102 CPACA). Lo anterior resulta plenamente armónico con la figura misma de la extensión de los efectos de las sentencias de unificación jurisprudencial puesto que, como se explicó, sus efectos solo pueden extenderseles “a quienes lo soliciten y acrediten los mismos supuestos fácticos y jurídicos” (Artículo 102 CPACA, se subraya). Por todo ello, las sentencias de unificación jurisprudencial son más que *guías interpretativas* para la aplicación uniforme del derecho vigente. Constituyen una fuente autónoma y principal de derecho.

Podría decirse que la discusión acerca de si los precedentes tienen o no fuerza normativa se encuentra superada en el debate jurídico nacional. El debate ha de centrarse, en adelante, en la manera de materializar aquellos postulados del CPACA sobre el deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia (artículo 10); la obligación que tienen los jueces de motivar de manera expresa y suficiente cualquier cambio de jurisprudencia sobre el alcance y contenido de una norma, en virtud del principio de igualdad (artículo 103); la facultad otorgada al Consejo de Estado y a sus secciones para dictar sentencias de unificación jurisprudencial, entre otras razones, “por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia” (artículo 270); y el deber de las autoridades administrativas y del Consejo de Estado de extender los efectos de las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado, en las que se haya reconocido un derecho, a quienes lo soliciten y acrediten los mismos supuestos fácticos y jurídicos (artículos 102 y 269, respectivamente).

Pero, principalmente, hay que prestar atención al hecho de que el posicionamiento del precedente como fuente principal del derecho en Colombia ha ocurrido de manera progresiva, coyuntural y hasta desordenada, sin un basamento teórico que le sirva de soporte y evite contradicciones o retrocesos. Es necesario, por ejemplo, decantar



el concepto de “precedente” puesto que no son equiparables las sentencias que profiere la Corte Constitucional en ejercicio del control abstracto de constitucionalidad, por un lado, y en ejercicio del control concreto, por el otro. Además, la fuerza de las primeras no deriva de su condición de “precedente” (aunque la propia Corte Constitucional las denomine así, y funde la idea misma de la cosa juzgada material en el carácter vinculante del precedente constitucional). Por el contrario, las sentencias que profiere la Corte Constitucional en ejercicio del control abstracto de constitucionalidad, tanto en su parte resolutive como en su *ratio decidendi*, tienen fuerza de cosa juzgada explícita e implícita, como se ha expuesto en las páginas que preceden. Nada de esto supone demeritar, en absoluto, el carácter obligatorio general de las sentencias de constitucionalidad y su condición de fuente principalísima del derecho.

Y para dotar al precedente contencioso administrativo de fundamentos teóricos no basta con aplicar, sin más, las doctrinas foráneas del precedente judicial. Contrario a lo que afirma BUSTAMANTE, no es posible –o, al menos, no es desde un punto de vista práctico– hablar de una “teoría general del precedente judicial”<sup>2012</sup>, ni es cierto tampoco que “el proceso hermenéutico de interpretación de la *ratio decidendi* es el mismo en cualquier tradición jurídica”. Este autor supone que “las operaciones de extensión analógica y de diferenciación (“*distinguishing*”) de precedentes exigen del intérprete los mismos métodos y procedimientos de justificación de los resultados de la decisión”<sup>2013</sup> algo que, según quedó visto, no se comparte.

Más aun, no pueden perderse de vista las dificultades de trasplantar estos modelos a un ordenamiento que, como el colombiano, cuenta con un ‘paradigma jurídico’<sup>2014</sup> radicalmente diferente de otros como, por ejemplo, el norteamericano. Como observa

---

<sup>2012</sup> BUSTAMANTE, “La interpretación...”, *Op. Cit.*, p. 112.

<sup>2013</sup> *Ibidem*, pp. 111- 112.

<sup>2014</sup> MAGALONI, *Op. Cit.*, p. 63.



COSSIO, “tradicionalmente se señala una radical oposición entre el sistema jurídico continental y la concepción anglosajona del Derecho. Por un lado, el pensamiento abstracto y deductivo que establece premisas y obtiene conclusiones por procedimientos estrictamente lógicos, y por otro, el pensamiento concreto, enemigo de las ideas generales, en el que la historia sustituye a la lógica y elude, deliberadamente, las soluciones que van más allá del caso sometido a examen, la inducción de principios abstractos”<sup>2015</sup>. El uno recurre a normas generales organizadoras para todos los supuestos, y el otro tiende tan solo a resolver litigios concretos, el caso particular.<sup>2016</sup> Aunque se hayan matizado estas diferencias y borrado buena parte las fronteras, su influencia persiste. Y persiste también en la visión realista la idea de que la corte solo puede expresarse con autoridad en relación con la disputa decidida, motivo por el cual “la corte posterior siempre puede reexaminar un caso anterior, y bajo el principio de que la corte pudo decidir solo lo que tenía ante sí, y que el caso anterior debe ahora leerse con eso en mente, puede llegar a la conclusión de que la disputa que la corte anterior tenía ante sí era mucho más estrecha de lo que la corte anterior creyó y que, por tanto, se requiere una aplicación de una regla mucho más estrecha”.<sup>2017</sup>

En todo caso, ninguna de las teorías abordadas en la PARTE I de la tesis contiene los parámetros teóricos y empíricos de una teoría del precedente que permita, por sí sola, determinar y aplicar el “precedente judicial” contenido en las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado, de manera que sea posible la justificación racional de las decisiones judiciales y administrativas que aplican esta fuente del derecho y que, al tiempo, sea acorde con las exigencias del CPACA. En efecto, en la práctica continental “no existe una teoría general de los precedentes, a la manera de la doctrina de la jurisprudencia o doctrina de los precedentes

---

<sup>2015</sup> COSSIO Y CORAL, *Op. Cit.*, p. 233.

<sup>2016</sup> CALVO, *Op. Cit.*, p. 90.

<sup>2017</sup> LLEWELYN, *Op. Cit.*, pp. 50-51. (Traducción libre)



anglosajona.”<sup>2018</sup> Aunque MORAL desarrolla una investigación sobre el fundamento y uso de precedentes en los sistemas jurídicos continentales, lo hace entendiendo el concepto de *precedente* como “toda decisión judicial anterior relevante para la solución de casos futuros (...)”<sup>2019</sup>. Este supuesto, a primera vista, se presenta como excesivamente amplio, deja por fuera cualquier referencia a su fuerza vinculante<sup>2020</sup>, menosprecia el razonamiento analógico, el análisis de relevancia y la necesidad de controlar el resultado de aplicar el precedente.

Entonces, es imprescindible comprender los contextos culturales que acompañan la teorías transnacionales del derecho (TTD)<sup>2021</sup> en sitios de creación y la manera de razonamiento del operador jurídico en los lugares de recepción, puesto que es el operador –el juez, el doctrinante, el jurista, el catedrático del derecho– quien está llamado a aplicar las TTD trasplantadas. Dicho de otro modo, el operador jurídico será el verdadero artífice del flujo jurídico y, por tanto, determinará el producto de este.

Lo abordado en la INTRODUCCIÓN acerca de la doctrina inglesa del precedente judicial deja importantes lecciones para el caso colombiano, incluyendo: (i) La inclinación hacia lo concreto y práctico, y la importancia de los derechos precisos en juego en el caso por decidir<sup>2022</sup>; (ii) El concepto de *holding* o *ratio decidendi* que, para GOODHART, no se halla en la motivación del juez sino en lo que el tribunal decidió<sup>2023</sup>; (iii) El énfasis que hace GOODHART en el nivel de ‘generalidad de la regla de decisión’, que depende de la cantidad de hechos que hayan sido considerados como materiales en la

---

<sup>2018</sup> MORAL, *Op. Cit.*, pp. 17-18.

<sup>2019</sup> *Ibidem*, p. 17.

<sup>2020</sup> *Ibidem*, p. 17.

<sup>2021</sup> LÓPEZ, “Teoría Impura...”, *Op. Cit.*, pp. 15.

<sup>2022</sup> CALVO, *Op. Cit.*, p. 90.

<sup>2023</sup> MAGALONI, *Op. Cit.*, p. 94.



sentencia<sup>2024</sup>; (iv) La presunción contra los principios amplios<sup>2025</sup>; y (v) El alcance restringido del precedente, que se limita a los hechos considerados por la Corte, al punto que no se sentará precedente para los hechos no considerados<sup>2026</sup>.

Más aun, la revisión de las distintas posturas epistemológicas (PARTE I de esta investigación) permite determinar los FUNDAMENTOS teóricos y las CONDICIONES prácticas de dicha teoría para el caso colombiano. Y estos, a su turno, sirven de soporte para estructurar la Teoría Local del Precedente Contencioso Administrativo. En efecto, el censo iusteórico realizado en la PARTE I revela la cercanía del *common law* con el razonamiento analógico y casuista y, por tanto, con un modelo de razonamiento judicial que realce los hechos. Deja como enseñanza, además, el papel de la justicia y la igualdad en el esquema minimalista de decisión judicial, el cual se preocupa, como se vio, por “la flexibilidad, el dinamismo y la capacidad de adaptación del *case law* a los nuevos escenarios sociales”<sup>2027</sup>. Este esquema es, probablemente, el que mejor desarrolla el llamado *case and controversy requirement* del artículo III de la constitución estadounidense. En vista de las restricciones que el ordenamiento jurídico colombiano establece a la labor del juez contencioso administrativo, algunos elementos del enfoque minimalista resultan de gran utilidad para superar los límites que el derecho local impone al reconocimiento y aplicación del precedente.

La “trasplantabilidad global” de las producciones iusteóricas en los centros de producción, en términos de LÓPEZ, permite aprovechar los aportes de la teoría jurídica contemporánea para efectos de construir una teoría local del precedente judicial que sea acorde con el renovado papel de la jurisprudencia contencioso administrativa colombiana y que atienda (i) los flujos jurídicos que dieron origen a la

---

<sup>2024</sup> Idem.

<sup>2025</sup> GOODHART, *Op. Cit.*, p. 182. (Traducción libre)

<sup>2026</sup> Ibídem, p. 172. (Traducción libre)

<sup>2027</sup> MAGALONI, *Op. Cit.*, p. 63.



figura del precedente en Colombia, (ii) los elementos característicos de las teorías hegemónicas trasplantadas, ajustados a la realidad colombiana (‘sitio de recepción’<sup>2028</sup>), (iii) los fundamentos teóricos y constitucionales del respeto del precedente judicial en Colombia y (iv) los objetivos de la creación de las ‘sentencias de unificación jurisprudencial’ en la Ley 1437 de 2011. Lo anterior, con el fin de salvaguardar los principios de igualdad y seguridad jurídica, la predictibilidad de las decisiones judiciales y la finalidad misma del precedente judicial. Al hacerlo, se abandona cualquier intento por reconstruir el proceso intelectual o psicológico que realiza el juez para llegar a la decisión judicial para hacer, en su lugar, énfasis en el proceso de justificación racional de la decisión.

Entre los principales aportes aprovechados aquí, están las ideas de BUSTAMANTE sobre la identificación del precedente como creación de una nueva regla al momento de su aplicación y la concepción del precedente como forma de razonamiento por analogía, que comprende la necesidad de ponderar y revisar los principios subyacentes como parte del análisis analógico. Todo ello sin perjuicio de las críticas realizadas atrás acerca de la exagerada importancia que este autor asigna a la operación de ponderación en la comparación de casos, el excesivo sacrificio del análisis fáctico y el erróneo entendimiento de la interpretación como un proceso previo a la aplicación del derecho.

La teoría local del precedente contencioso administrativo aquí elaborada se nutre, y de qué manera, de las obras de quienes vinculan al precedente con el principio de universalidad y, en especial, de quienes plantean la ‘argumentación jurídica’ como un tipo de discurso práctico, entre cuyas condiciones limitadoras se encuentra el precedente (GASCÓN, ALEXY, AARNIO y MACCORMICK). Partiendo de la idea de que el proceso de razonamiento con precedentes es una forma ‘peculiar’ o ‘especial’ de

---

<sup>2028</sup> Idem.





razonamiento jurídico, distinto del proceso de razonar con textos normativos, se toma de ALEXY el llamado de atención acerca de un aspecto trascendental, cual es el verdadero problema de trabajar con precedentes: **“la determinación de la relevancia de las diferencias”**<sup>2029</sup>. Aunque la teoría de ALEXY tiene la falencia de no presentar una regla o postulado para determinar la relevancia de las diferencias<sup>2030</sup>, el autor hace un aporte valioso al dirigir la atención del operador jurídico y del teórico del derecho hacia lo verdaderamente relevante, que son las diferencias entre los casos. Esto, sumado al énfasis que hace este autor en el principio de universalidad y la existencia de principios subyacentes a cada regla, hace que las ventajas de su teoría superen, con creces, las posibles falencias de la misma.

Es posible, entonces, sustentar la teoría local del precedente en postulados de ALEXY, pero sin acoger aspectos polémicos de su teoría como: el papel preponderante que otorga al ‘silogismo jurídico’ como parte de la justificación interna de las proposiciones normativas/decisiones jurídicas<sup>2031</sup>, y la dependencia de la ponderación para comparar casos<sup>2032</sup>. Esta operación, en realidad, ocurre solo en contadas ocasiones y –algo que es muy importante– ocurre en un momento posterior a la comparación de casos.

Y aunque el razonamiento analógico es más afín al sistema anglosajón que al continental, la preeminencia del precedente en el sistema de fuentes del derecho en Colombia obliga a superar la toma de decisiones basada en reglas para empezar a prestar más atención a los hechos. Ello es así no solo por tratarse de una característica esencial de cualquier sistema de precedentes, sino también porque desde HESSE y MÜLLER quedó claro que la subsunción nunca es suficiente como

---

<sup>2029</sup> ALEXY, “Teoría...”, *Op. cit.*, p. 262

<sup>2030</sup> *Idem.*

<sup>2031</sup> *Ibidem.*, p. 213.

<sup>2032</sup> ALEXY, “Two of Three?”, *Op. Cit.*, p. 18. (Traducción libre)



forma de aplicación del derecho y que, en cambio, la *concreción* permite la coordinación objetiva de las relaciones entre varias normas.<sup>2033</sup>

En efecto, el texto es apenas uno de los múltiples elementos de la *concreción*, que no pesa más que los otros, y aunque brinda los primeros elementos de apoyo, no tiene sino un efecto de *límite* al programa normativo. En efecto, el programa normativo no puede ir más allá del espacio que deja el texto, so pena de terminar en una decisión irregular.<sup>2034</sup> Así pues, **entran en juego como elementos de la *concreción* datos sociológicos, politológicos y económicos impuestos por el campo normativo de la disposición a concretar<sup>2035</sup> y el riesgo de que, al incorporar estos elementos, se politice la decisión judicial.** Claro está, este riesgo se reduce al restringir el alcance de la decisión, quitándole al juez la tentación de cambiar el mundo con su pluma, a lo cual se suma la presión que tienen los jueces, según LLEWELLYN, para resolver correctamente el caso<sup>2036</sup>.

Además, con HESSE, los datos del ámbito normativo plantean una solución para los frecuentes casos en los que existe una relación entre varias normas, solución que se estructura “sobre la base de la *coordinación objetiva* de las respectivas relaciones o ámbitos vitales y una exposición de los puntos de vista objetivos que sustentan esta coordinación”. Así, el ámbito normativo posee un carácter sistemático, pues los datos que aportan permiten esta coordinación<sup>2037</sup>, asunto que resulta de la mayor relevancia para la estructuración de la teoría local del precedente que aparece en la PARTE II de este escrito.

---

<sup>2033</sup> HESSE, *Op. Cit.*, p. 47.

<sup>2034</sup> MÜLLER, pp. 239-243. (Traducción libre)

<sup>2035</sup> *Ibidem*, p. 293. (Traducción libre)

<sup>2036</sup> LLEWELLYN, pp. 31-32. (Traducción libre).

<sup>2037</sup> HESSE, *Op. Cit.*, p. 47.



Se comparte, también, la búsqueda de la universalización que hace AARNIO, como base de toda argumentación racional, así como la invitación que hace el autor a descomponer los casos en sus 'elementos de base' para encontrar una 'llave analógica' y así verificar la similitud entre ellos y justificar por qué algunos elementos se consideran relevantes o se les otorga cierto peso.<sup>2038</sup> Pero tampoco se acoge, en su totalidad, la teoría de AARNIO, en la medida en que este defiende la existencia de una respuesta correcta, adopta una noción restrictiva de 'interpretación', y entiende la argumentación como una cadena de silogismos sin relaciones silogísticas internas entre sí<sup>2039</sup>, postulados que se han criticado en las páginas precedentes.

En la PARTE II de la tesis se confirma que no existe, a la fecha, una teoría local que reconozca y aproveche la condición de verdadero "precedente" que tienen las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado. Aunque en su retórica varios doctrinantes aluden, de manera algo romántica e incluso pretenciosa, al concepto de "precedente", ninguna de ellas lo aborda en el sentido estricto que aquí se defiende. Esto es, no se cuenta con una teoría local que incorpore los hechos materiales en la *ratio decidendi*, basándose en la comparación analógica de casos, limitando su fuerza vinculante al asunto concreto por resolver y adoptando una presunción contra los principios amplios.

Por ejemplo, la herramienta de análisis de precedentes de más extendida aplicación en Colombia, la línea jurisprudencial, fue pensada para la jurisdicción constitucional y, ante todo, para el *análisis dinámico de precedentes*,<sup>2040</sup> cosa muy alejada de las exigencias de la jurisdicción contencioso administrativa –al menos, desde la entrada en vigencia del CPACA-. Además, aquella es principalmente conceptualista y no otorga suficiente relevancia a la identidad fáctica y jurídica entre los casos analizados. Por

---

<sup>2038</sup> AARNIO, *Op. Cit.*, pp. 159-161. (Traducción libre).

<sup>2039</sup> *Ibidem*, p. 152. (Traducción libre).

<sup>2040</sup> LÓPEZ, "El derecho...", *Op. Cit.* pp. 139 y ss.



eso, y por otros motivos analizados atrás, la *línea jurisprudencial* es insuficiente para el logro de las finalidades del CPACA, donde la regla judicial se obtiene a partir de una única sentencia y no de la interrelación de varios pronunciamientos jurisprudenciales relevantes. Lo que se requiere no es, entonces, un análisis académico de los pronunciamientos del Consejo de Estado a lo largo de un período determinado para determinar un espectro más o menos amplio denominado “balance constitucional”, sino un análisis práctico que permita resolver casos futuros y propender por la seguridad jurídica. A lo sumo, el estudio de la correlación entre varias sentencias permitirá evaluar la estabilidad del precedente, o la probabilidad de que se mantenga en el tiempo, pero no aportará en nada a la solución del caso futuro.

La Corte Constitucional ha reconocido que “el precedente jurisprudencial aparece como un mecanismo realizador de la igualdad jurídica, pues los ciudadanos pueden contar con que el derecho ya reconocido a una persona habrá de serle reconocido a otra u otras que se hallaren en la misma situación fáctica y jurídica inicialmente decidida”<sup>2041</sup>. Así como la Corte Constitucional desde su creación extendió los efectos de los fallos de tutela a casos análogos a partir del principio de igualdad (antes de que, desde 1995, comenzara a perfilarse la obligatoriedad de la jurisprudencia proferida en ejercicio del control abstracto de constitucionalidad), de la misma manera el CPACA parte de dicho principio para fundamentar la extensión de los efectos de las sentencias de unificación jurisprudencial, que es mucho más que un mero “precedente administrativo de descongestión”<sup>2042</sup>. La Corte Constitucional ha fijado los criterios que deben cumplirse para entender que se trata de un precedente aplicable, a saber...

---

<sup>2041</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, “Sentencia C-816 del 1 de noviembre de 2011”, MP. Mauricio González Cuervo, Exp. D- 8473.

<sup>2042</sup> LÓPEZ, “Eslabones...”, *Op. Cit.*, p. 13.



El precedente judicial implica que un caso pendiente de decisión ha de fallarse de acuerdo con el(los) caso(s) decidido(s) en el pasado únicamente cuando los hechos relevantes característicos del caso actual son semejantes a los supuestos de hecho presentes en el caso decidido con antelación; cuando la consecuencia jurídica que se aplicó para la resolución del caso anterior puede equipararse a la que se exige en el presente caso y si la regla fijada por la jurisprudencia se mantiene y no ha cambiado o no se ha evolucionado en una jurisprudencia distinta o más específica que traiga como consecuencia la modificación de algún supuesto de hecho para efectos de su aplicación.<sup>2043</sup>

Y aunque el precedente contencioso administrativo fue diseñado con el parámetro del precedente constitucional, acogiendo sus principales categorías de análisis y persiguiendo la misma finalidad de materializar el derecho de igualdad ante la ley e igualdad de trato ante las autoridades, acierta QUINCHE cuando afirma que, con el CPACA, ocurre una “reinstitutionalización del precedente judicial en la jurisdicción administrativa”<sup>2044</sup>. Para el autor, ello dio lugar a los siguientes desplazamientos:

[...] en primer lugar acontece un desplazamiento en el plano del modelo teórico aplicado en el Consejo de Estado, que ha pasado del positivismo normativista de la tradición, a una de las formas del neoconstitucionalismo presente en los países de América Latina. En segundo lugar se afirma que tras la expedición del Código, el Consejo de Estado ha redimensionado su papel de juez constitucional y que más allá de eso, como lo hicieron en su momento la Corte Suprema de la Nación Argentina y la Suprema Corte de Justicia de México, opera o pretende operar como un tribunal constitucional. Finalmente se señala que el nuevo estado de cosas ha impuesto la necesidad de construir unas categorías para el manejo del precedente en la jurisdicción administrativa, fusionando elementos ya trabajados por la Corte Constitucional, con otros progresivamente dispuestos por el Consejo de Estado.<sup>2045</sup>

---

<sup>2043</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. “Sentencia T-970 del 22 de noviembre de 2012”, Ponente Alexei Julio Estrada, Exp. T-3.583.464. consideración No. 5., citando las sentencias T-812 de 2006 MP Marco Gerardo Monroy Cabra, Sentencia T-158 de 2006 MP Humberto Sierra Porto y T-355 de 2007 MP Humberto Sierra Porto.

<sup>2044</sup> QUINCHE, *Op. Cit.*, p. 121.

<sup>2045</sup> *Ibidem*, pp. 121-122.



Existen, por supuesto, importantes instrumentos jurídicos para garantizar el poder vinculante de las sentencias de unificación jurisprudencial y su aplicación como regla judicial –precedente- en casos futuros que guarden semejanzas materiales. No obstante, hace falta una Teoría Local del Precedente Contencioso Administrativo como la que aquí se propone, para que este intento no sea a-teórico, incoherente ni termine siendo una amalgama de porciones de distintas familias y tradiciones jurídicas. Además, el proceso de razonamiento con precedentes es una forma ‘peculiar’ o ‘especial’ de razonamiento jurídico, distinto del proceso de razonar con textos normativos y requiere, entonces, de una teoría jurídica propia. Más aun, en vista de que los jueces contencioso administrativos y las autoridades administrativas que hoy ejercen funciones en Colombia, en su gran mayoría, no fueron formados en la doctrina del precedente judicial, ni cuentan con criterios claros para determinar y aplicar los precedentes contenidos en las sentencias de unificación jurisprudencial que profiere el Consejo de Estado, un análisis como el aquí acometido podría tener alguna relevancia práctica y teórica para la implementación de las figuras del CPACA.

Tal vez un concepto estricto de precedente como el que se propone permita conciliar, sin interpretaciones forzadas, la fuerza normativa que tiene el precedente en Colombia con el tenor literal del tantas veces citado artículo 230 de la Constitución Política. Una reinterpretación razonable y contemporánea de la norma en cuestión podría ser la siguiente: el concepto de “ley” mencionado en el primer inciso del artículo 230 incluye, entre las *fuentes principales* a las que están sometidos los jueces en sus providencias, los precedentes de las Altas Cortes y las sentencias de control abstracto de constitucionalidad de la Corte Constitucional. En cambio, las demás sentencias conforman la “jurisprudencia” a la que se refiere el inciso segundo del artículo 230 como *criterio auxiliar* de la actividad judicial.

El esquema aquí propuesto garantiza la independencia judicial, sin sacrificar la estabilidad del derecho, la seguridad jurídica y la predictibilidad de las decisiones,



puesto que al tratarse de reglas para el caso concreto, se reducen considerablemente los incentivos que crea el modelo de decisión basada en reglas (*rule-based decisionmaking*) para abusar de la técnica de la distinción entre casos con el fin de escapar el precedente vinculante. Aquí, en cambio, habrá estabilidad del precedente establecido con el transcurso de los años, cuyo abandono o viraje será – o debería ser- progresivo y, por tanto, paralelo a los cambios sociales. Además, resulta conveniente desde una perspectiva práctica y filosófica, pues en lugar de imponer una concepción del juez contencioso administrativo como legitimado para crear reglas abstractas y generales que abarquen una serie de casos, distintos al que se decide –algo que tendría mucha resistencia en este medio-, encuentra sustento en los textos decimonónicos que, en Francia y en Colombia, hacen del juez un órgano decisor de casos concretos. Pero, al tiempo, atiende las novedosas y creativas reinterpretaciones de tales normas y la adición paulatina de textos más acordes con las visiones más modernas del precedente.

La cercanía que tiene el juez colombiano con la *analogía legis* (que, como se explicó, opera de manera diferente al esquema analógico del *stare decisis*) hace factible la introducción del razonamiento analógico con un papel y peso preponderante en el proceso de decisión judicial en Colombia, como aquí se propone. Ello resulta aconsejable, pues reduce la necesidad de construir grandes teorías de la nada<sup>2046</sup> o poner en boca del tribunal del precedente una regla abstracta que probablemente aquel nunca tuvo en mente, ni se encontraba capacitado (ni legitimado) para dictar. Queda autorizado, en cambio, el juez del caso posterior para apreciar lo que ha hecho y dejado de hacer el juez del caso precedente<sup>2047</sup>, para *distinguir* los casos anteriores si su aplicación a nuevas circunstancias parece errónea<sup>2048</sup> y para acomodar los

---

<sup>2046</sup> SUNSTAIN, *Op. Cit.*, p. 42. (Traducción libre y no literal)

<sup>2047</sup> *Ibidem*, p. 43.

<sup>2048</sup> *Ibidem*, p. 44.



nuevos juicios sociales (siempre cambiantes) acerca de los hechos y los valores<sup>2049</sup>. Se obtienen, así, los beneficios de los acuerdos teóricamente incompletos, puesto que el análisis se centra en la búsqueda de similitudes y principios de bajo nivel en los que distintos sectores puedan confluir<sup>2050</sup>. Todo lo anterior sobre la base del principio de igualdad. De esta manera se deja un amplio espectro de asuntos sin decisión<sup>2051</sup>, tan amplio como esto: todo aquello que no fue sometido a la decisión del juez, queda sin decisión y el precedente no tiene autoridad respecto de dichos asuntos.

Y la sistematización del derecho se logra atribuyendo a ciertos órganos la potestad de dictar sentencias de unificación jurisprudencial, y estipulando con rango de ley la obligación de otros jueces de esta jurisdicción y de la administración pública de aplicar dichos precedentes. Este modelo coincide con la forma en la que, por lo general, se deciden las controversias: caso a caso, donde el juez se limita a resolver la cuestión que se somete a su conocimiento, sin perjuicio de que, con ello, se persigan soluciones universalizables que, como se explicó, no tienen por qué ser soluciones “generales”. Por el contrario, esta teoría realza el papel de las reglas, solo que lo hace respecto de un tipo particular de reglas.

Para efectos de esta investigación, se acude a reglas particulares, que por su naturaleza no acarrear los mismos inconvenientes que las reglas sub y sobreincluyentes. Además, aquí la regla NO la constituye el atrincheramiento de la instanciación de la justificación, sino **el atrincheramiento del resultado frente a ciertos**

---

<sup>2049</sup> Ibídem, pp. ix-x.

<sup>2050</sup> Ibídem, p. 43.

<sup>2051</sup> Ibídem, pp. 183-184, refiriéndose a los casos Turner I y II –decisiones estrechas y superficiales, al no abordar las implicaciones para otras clases de restricciones a la libertad de expresión- y *Denver Area Educational Telecommunications Consortium, Inc. v. FCC* (1996), donde la Corte se rehusó a fijar una regla reconociendo expresamente los cambios que estaban ocurriendo en el derecho, la tecnología y la estructura industrial, relativos a las comunicaciones. SUNSTEIN cita un aparte de este último fallo, en el que la Corte manifestó: “*aware as we are of the changes taking place in the law, the technology, and the industrial structure, related to communications, we believe it unwise and unnecessary definitely to pick one analogy or one specific set of words now.*”





**hechos materiales**, y la fuerza no viene dada por la petrificación, sino por la autoridad de quien dicta el resultado. Este alcance del concepto “regla” realiza la justicia y la igualdad, y presta especial atención a los hechos (como lo hace el *common law*) en la medida en que se opone a la toma de decisiones basada en reglas, cuya esencia “reside en el modo en el que las reglas, como generalizaciones, suprimen diferencias que en los casos de aplicación *resultan relevantes*”<sup>2052</sup>, homogeneizando y tratando igual casos que, en estricto sentido, no ameritan un mismo tratamiento.

En breve: el precedente judicial es uno solo, como lo son sus fundamentos constitucionales, pero para su aplicación en las distintas jurisdicciones, y de cara a distintos tipos de sentencias, son necesarias técnicas y elaboraciones teóricas variadas y ajustadas a cada realidad.

Quedan por resolver, al menos, las dificultades relativas a la renuencia de algunas secciones del Consejo de Estado de aplicar, de forma preferente, las sentencias de la Corte Constitucional en caso de conflicto entre el precedente constitucional y el contencioso administrativo (algo que constituye un “inconveniente” solo en la medida en que conduce a distintos matices de la doctrina del precedente judicial al interior del Consejo de Estado) y la escasa preparación de los jueces y abogados litigantes en la decisión y argumentación con precedentes.

La Corte Constitucional, como se vio, reaccionó de manera vehemente contra el intento del CPACA de dotar al Consejo de Estado de la potestad de fijar de manera exclusiva los precedentes aplicables a la jurisdicción contencioso administrativa. Y aquella lo hizo, en particular, dictando sentencias de exequibilidad condicionada con respecto a los artículos 10 y 102 del CPACA, con las cuales pretende perpetuar la primacía del precedente constitucional, aún en lo contencioso administrativo. Lo que

---

<sup>2052</sup> SCHAUER, *Op. Cit.*, p. 198.



ha hecho la Corte Constitucional en estos fallos, más que acercar los mecanismos de extensión jurisprudencial “a las características y funciones del precedente constitucional que había elaborado de manera autónoma en los años anteriores”<sup>2053</sup>, ha sido afirmar su supremacía como órgano de cierre del ordenamiento jurídico. Y lo ha hecho por cuenta de la función que le asignó el constituyente de velar por la guarda de la integridad y supremacía del texto constitucional (art. 241 CP). Se trata, en suma, de una mera puja de poderes.

No obstante, la práctica judicial en los últimos años ha puesto en evidencia el germen de un nuevo “choque de trenes” entre los órganos de cierre de las jurisdicciones constitucional y contencioso administrativa, pues en los casos en que los precedentes de uno y otro órgano de cierre conduce a resultados diferentes, el Consejo de Estado no siempre cede ante la postura de la Corte Constitucional. Por el contrario, en no pocas ocasiones el Consejo de Estado ha dado prelación a sus sentencias de unificación jurisprudencial, sin interpretar “de manera preferente, las decisiones de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia”<sup>2054</sup>. La diferencia de criterios entre las distintas secciones del Consejo de Estado acerca de qué hacer en casos (excepcionales) de conflicto entre dos precedentes potencialmente aplicables, uno proveniente de la Corte Constitucional y otro del Consejo de Estado, deja mucho que desear en términos de seguridad jurídica y uniformidad del derecho.

La metodología de análisis del precedente contencioso administrativo aquí propuesta, que asigna a los hechos (patrón fáctico) el lugar que les corresponde en el diseño de las varias *ratione decidendi* de las sentencias judiciales, y que brinda al juez contencioso administrativo y a las autoridades administrativas herramientas para

---

<sup>2053</sup> LÓPEZ, “Eslabones...”, *Op. Cit.*, pp. 14-16.

<sup>2054</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, “Sentencia C-634 del 24 de agosto de 2011”, MP. Luis Ernesto Vargas Silva, Exp. D-8413.



armonizar, aplicar o distinguir precedentes, solo tendrá alguna posibilidad de éxito si se acompaña de una reforma en los esquemas de formación de los juristas, para prepararlos como actores de este nuevo derecho que llegó para quedarse.



## BIBLIOGRAFÍA

AARNIO, Aulis. "Le rationnel comme raisonnable: La justification en droit", (Trad. del inglés por Geneviève Warland), Bruselas: E. Story-Scientia, 1987.

ALEXANDER, Larry. "La Vinculación del Precedente, su Alcance y su Fuerza: un Breve Análisis acerca de sus posibilidades y sus virtudes". pp. 159-177. En: BERNAL, Carlos et BUSTAMANTE, Thomas, "Fundamentos Filosóficos de la Teoría del Precedente Judicial", Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho No. 71, Trad. Rodrigo Camarena González, Junio de 2015.

ALEXY, Robert. "Teoría de la Argumentación Jurídica" (Trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo), Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ALEXY, "Two of Three?". pp. 9-18. En: BOROWSKI, Martin (editor). "On the Nature of Legal Principles", Franz Steiner Verlag Stuttgart, 2010.

AMBITOJURIDICO.COM. "INFORME: Claves para entender qué queda de la reforma de Equilibrio de Poderes", (Consultado en marzo de 2017). Disponible vía internet: <https://www.ambitojuridico.com/bancoconocimiento/administracion-publica/claves-para-entender-que-queda-de-la-reforma-de-equilibrio-de-poderes>

ANAVITARTE, Jhair. "Historia del Derecho Civil Colombiano". (Mayo 5 de 2012) Disponible en internet: <http://derechoteorico.blogspot.com.co/2012/05/historia-derecho-civil-colombiano.html>

ALLEN, Carleton Kemp, "Las fuentes del derecho inglés". Colección Serie Jurídica. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1969. Traducción de Antonio Ortiz García.

ÁLVAREZ JARAMILLO, Luis Fernando. "Antecedentes, fines y principales reformas al Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo". pp. 39-45. En: CONSEJO DE ESTADO. "La administración ante el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo". Milenio Editores e Impresores E.U.. Bogotá: 2012.

ARBOLEDA PERDOMO, Enrique José. "La institución de la Extensión de la Jurisprudencia en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo". pp. 68-80. En: CONSEJO DE ESTADO. "La administración ante el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo". Milenio Editores e Impresores E.U.. Bogotá: 2012.



ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel. "Sobre la analogía en el Derecho: Ensayo de análisis de un razonamiento jurídico". Madrid: Editorial Civitas S.A., 1986.

AUSTIN, J., "Lectures of Jurisprudence" (sic), ed. R. Campbell, Londres, 1885, p. 634. La cita la tomamos de J. Evans, <<Change in the Doctrine of Precedent During the Nineteenth Century>>, en Precedent in Law, ed. Laurence Goldstein, Clarendon Press, Oxford, 1987. pp. 67-68. Citado por: MAGALONI KERPEL, Ana Laura. "El Precedente Constitucional en el Sistema Norteamericano", McGrawHill, Madrid, 2001. 1 ed.

BERNAL PULIDO, Carlos. "El Precedente y la Ponderación", pp. 105-124. En: BERNAL, Carlos et BUSTAMANTE, Thomas, "Fundamentos Filosóficos de la Teoría del Precedente Judicial", Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho No. 71, Trad. Rodrigo Camarena González, Junio de 2015. p. 105.

BERNAL PULIDO, Carlos et BUSTAMANTE, Thomas (EDS.). "Introducción". pp. 9-17. En: BERNAL, Carlos et BUSTAMANTE, Thomas, "Fundamentos Filosóficos de la Teoría del Precedente Judicial", Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho No. 71, Trad. Rodrigo Camarena González, Junio de 2015.

BETANCUR JARAMILLO, Carlos. "Derecho Procesal Administrativo." 7 ed. Medellín: Señal Editora Ltda., 2009.

BUSTAMANTE, Thomas. "La Función de la Analogía en el Precedente: acerca de la Tercera Operación Jurídica Básica del Alexy." pp. 125-156. En: BERNAL, Carlos et BUSTAMANTE, Thomas, "Fundamentos Filosóficos de la Teoría del Precedente Judicial", Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho No. 71, Trad. Rodrigo Camarena González, Junio de 2015.

BUSTAMANTE, Thomas. "La interpretación y la fuerza gravitacional de los Precedentes Judiciales: Fragmentos de una teoría del Precedente Judicial", pp. 111-140 En: Benavides, José Luis (Compilador). "Contribuciones para el sistema de precedentes jurisprudencial y administrativo" (serie Temas de Derecho Administrativo No. 1), Universidad Externado de Colombia, Julio de 2014, Bogotá.

BUSTAMANTE, Thomas, "Principles, precedents and their interplay in legal argumentation: How to justify analogies between cases", En: BOROWSKI, Martin (ed.), "On the Nature of Legal Principles", ARSP-Beiheft 119, Franz Steiner, Stuttgart, 2010.

CALVO VIDAL, Felix M., "La Jurisprudencia: ¿Fuente del Derecho?", Editorial Lex Nova SA, Valladolid, 1992.

CAJAS SARRIA, Mario. "Minimalismo judicial ¿Cass Sunstein en la Corte Constitucional?", pp. 57-81. En: Universidad ICESI, "Precedente: Anuario Jurídico 2007", Cali.



CEPEDA ESPINOSA, Manuel José y MONROY CABRA, Marco Gerardo. Aclaración de voto a la “Sentencia C-836 del 9 de agosto de 2001”, MP Rodrigo Escobar Gil. Exp. D-3374.

CHIASSONI, Pierluigi, ‘La Filosofía del Precedente: Análisis Conceptual y Reconstrucción Racional’, pp. 21 – 66. En: BERNAL, Carlos et BUSTAMANTE, Thomas, “Fundamentos Filosóficos de la Teoría del Precedente Judicial”, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho No. 71, Trad. Rodrigo Camarena González, Junio de 2015.

CHIASSONI, Pierluigi. “Técnicas de interpretación jurídica: brevario para juristas”. Madrid: Marcial Pons, 2011.

CHIASSONI, Pierluigi. pp. 211- 266. En: MORENO, Diego (comp.) “Desencantos para abogados realistas”, Universidad Externado: Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, No. 62, Bogotá. D.C.

CHENOT, Bernard “L’Existentialisme et le Droit”. En: Revue française de science politique, 3e année, No. 1, 1953. pp. 57-68. [http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/rfsp\\_0035-2950\\_1953\\_num\\_3\\_1\\_452690](http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/rfsp_0035-2950_1953_num_3_1_452690).

COLOMBIA. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución Política de 1991.

COLOMBIA. CÓDIGO CIVIL, sancionado el 26 de mayo de 1873 como código de la unión, decisión ratificada con la Ley 57 de 1887.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Decreto-Ley 01 del 2 de enero de 1984.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 270 del 7 de marzo de 1996.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1340 del 24 de julio de 2009.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1437 del 18 de enero de 2011.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1564 del 12 de julio de 2012.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN PRIMERA, “Sentencia del 22 de noviembre de 2002”, ponente Camilo Arciniegas Andrade, Exp. 25000-23-24-000-1997-2360-01.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN SEGUNDA, Subsección A, “Sentencia del 29 de mayo de 2003”, Rad. 25000-23-25-000-2000-2990-01.



COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN SEGUNDA, "Sentencia del 4 de agosto de 2010" de la MP. Víctor Hernando Alvarado Ardila, Rad. 25000-23-25-000-2006-07509-01.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA- Subsección "A", "sentencia del 15 de septiembre de 2011", CP Hernán Andrade Rincón, 1996-00196.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN TERCERA. "Auto de 15 de febrero de 2013", C.P. Dra. Stella Conto Díaz del Castillo, Rad. No. 45629

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA PLENA. "Sentencia del 31 de julio de 2012", CP. María Elizabeth García González. Expediente No. 11001-03-15-000-2009-01328-01.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA. "Sentencia del 25 de septiembre de 2013", ponente Mauricio Fajardo Gómez, Exp. 13930.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN SEGUNDA – Subsección A, "Auto de 5 de diciembre de 2013"; C.P. Luis Rafael Vergara Quintero, Rad. No. 3921-2013

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL, "Concepto del 10 de diciembre de 2013", ponente William Zambrano Cetina, Exp. 11001-03-06-000-2013-00502-00 (2177).

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN SEGUNDA, Subsección A, "Sentencia del 9 de Abril de 2014", MP. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Rad. 11001-03-25-000-2013-01528-00(3918-13).

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN PRIMERA, "Sentencia del 15 de mayo de 2014", ponente Marco Antonio Velilla Moreno, Exp. 25000-23-24-000-2005-01399-01.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA PLENA. "Sentencia de agosto 5 de 2014", C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez, Radicado: 11001-03-15-000-2012-02201-01 (IJ).

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN CUARTA, "Auto del 6 de noviembre de 2014", ponente Hugo Fernando Bastidas Bárcenas, Rad. 11001-0327-000-2012-00028-00(19445).

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA- Subsección "A", "Sentencia del 28 de enero de 2015", CP Hernán Andrade Rincón, Expediente 2000-00873-01.



COLOMBIA. TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCIÓN PRIMERA, Subsección "C" en Descongestión, "Sentencia del 30 de enero de 2015", ponente Ana María Rodríguez, Exp. 11001-33-31-005-2011-00222-01.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN QUINTA. "Sentencia del 5 de febrero de 2015", CP Lucy Jeanette Bermúdez. Radicado No. 11001-03-15-000-2014-01312-01 (AC).

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. "Sentencia del 19 de febrero del 2015." Ponente Alberto Yepes Barreiro (e), Radicación 11001-03-15-000-2013-02690-01

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN SEGUNDA, Subsección A, "Auto del 25 de marzo de 2015", ponente Luis Rafael Vergara Quintero, Exp. 11001-03-25-000-2012-00807-00 (2581-2012).

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN PRIMERA. "Providencia de 23 de abril de 2015", C.P. Guillermo Vargas Ayala, Expediente 2012-00368

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN PRIMERA, "Sentencia del 2 de julio de 2015", ponente Marco Antonio Velilla, Exp. 25000-23-42-000-2013-04281-01.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN PRIMERA, "Sentencia del 9 de octubre de 2015", Exp. 2014-00062-00.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, "Sentencia del 15 de diciembre de 2015", ponente Carlos Enrique Moreno Rubio, exp. 11001-03-15-000-2015-01515-01(AC).

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. "Sentencia del 15 de diciembre del 2015." Ponente Rocío Araújo Oñate, Radicación 110010315000201501470-01.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, Sección Segunda, Subsección "B", "Sentencia del 18 de enero de 2016", ponente Gerardo Arenas Monsalve, Exp. 11001-03-15-000-2015-02955-00(AC).

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta, ponente Rocío Araújo Oñate, "Sentencia del 4 de febrero de 2016", exp. 11001-03-15-000-2015-01911-01(AC)

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN SEGUNDA- Subsección A, "Sentencia del 4 de febrero de 2016", ponente William Hernández Gómez, Exp. 11001-03-15-000-2015-02079-01(AC).





COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN QUINTA, ponente Alberto Yepes Barreiro, "Sentencia del 25 de febrero de 2016", Rad. 11001-03-15-000-2016-00103-00.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN SEGUNDA - Subsección A, "Sentencia del 17 de marzo de 2016", ponente William Hernández Gómez, Rad. 11001-03-15-000-2015-02741-00(AC).

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, "Auto del 16 de febrero de 2016", Radicado 70001-33-31-007-2005-1762-01.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN SEGUNDA - Subsección "A", "Providencia del 14 de abril de 2016", ponente Luis Rafael Vergara Quintero, Exp. 11001 - 03 - 25 - 000 - 2014 - 00528 - 00.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN SEGUNDA- Subsección "A", "Auto del 14 de abril de 2016", ponente Luis Rafael Vergara Quintero, Exp. 11001 - 03 - 25 - 000 - 2013 - 01332 - 00 (3390 - 2013).

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN SEGUNDA, Subsección A, "Auto del 21 de abril de 2016", Ponente William Hernández Gómez, Exp. 11-001-03-25-000-2013-01343-00 (3415 - 2013).

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA- Subsección A, "Auto del 03 de mayo de 2016", ponente Hernán Andrade Rincón, Exp. 11001-03-26-000-2015-00139-00(55224).

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN CUARTA, "Sentencia del 11 de mayo de 2016", ponente Jorge Octavio Ramírez Ramírez, Exp. 11001-03-15-000-2016-00380-00.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA- Subsección B, "Sentencia del 11 de mayo de 2011", CP Ruth Stella Correa Palacio, Exp. 08001-23-31-000-1999-02324-01 (22322).

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN SEGUNDA - Subsección A, "Providencia de 19 de mayo de 2016", C.P. Gabriel Valbuena Hernández, Rad. No. 11001-03-25-000-2013-00060-00 (0129-2013)

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN PRIMERA, "Auto del 13 de junio de 2016", ponente Roberto Augusto Serrato Valdés, Exp. 11001-03-24-000-2015-00252-00.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN PRIMERA, "Auto del 13 de Junio de 2016", ponente Roberto Augusto Serrato Valdés, Exp. 11001-03-24-000-2015-00044-00.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN B, "Auto del 16 de junio de 2016", ponente Sandra Lisset Ibarra Vélez, Exp. 110010325000201500317 00 (0646-2015).



COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN SEGUNDA – Subsección B, “Auto del 16 de junio de 2016”, ponente Sandra Lisset Ibarra Vélez, exp. 110010325000201500409 00 (0936-2015).

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN SEGUNDA- Subsección B, “Auto del 16 de junio de 2016”, ponente Sandra Lisset Ibarra Vélez, exp. 110010325000201500735 00 (2394-2015).

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN SEGUNDA- Subsección B, “Auto del 16 de junio de 2016”, ponente Sandra Lisset Ibarra Vélez, exp. 110010325000201500759 00 (2495-2015).

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN SEGUNDA- Subsección B, “Auto del 16 de junio de 2016”, ponente Sandra Lisset Ibarra Vélez, exp. 110010325000201500895 00 (3357-2015).

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN SEGUNDA- Subsección B, “Auto del 16 de junio de 2016”, ponente Sandra Lisset Ibarra Vélez, exp. 110010325000201500771 00 (2547-2015).

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN SEGUNDA- Subsección B, “Auto del 16 de junio de 2016”, ponente Sandra Lisset Ibarra Vélez, exp. 110010325000201500910 00 (3429-2015).

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN SEGUNDA- Subsección B, “Auto del 16 de junio de 2016”, ponente Sandra Lisset Ibarra Vélez, exp. 110010325000201500310 00 (0636-2015),

COLOMBIA, CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN SEGUNDA. “Auto del 23 de junio de 2016”, MP Sandra Lisset Ibarra Vélez, Exp. 110010325000201600244 00 (1423-2016).

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN SEGUNDA, Subsección B, “Sentencia del 6 de julio de 2016”, ponente Carmelo Perdomo Cuéter, Exp. 11001 03 15 000 2016 01138 00 (AC).

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN QUINTA, “Auto del 16 de agosto de 2016”, ponente, Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. Exp. 11001032800020160005200.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN QUINTA, “Sentencia del 17 de noviembre de 2016”, ponente Carlos Enrique Moreno Rubio, Exp. 11001 03 15 000 2016 00625 01(AC).

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, “Sentencia C-113 del 25 de marzo de 1993”, ponente Jorge Arango Mejía, Exp. D-096.



COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, "Sentencia C-131 del 1 de abril de 1993", MP. Alejandro Martínez Caballero. Ref. D-182.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, "Sentencia C-486 de octubre 28 de 1993", MP. Eduardo Cifuentes Muñoz, Exp. D-244.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, "Sentencia C-083 del 1 de marzo de 1995", MP. Carlos Gaviria Díaz. Exp. D-665.

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, "Sentencia C-037 del 5 de febrero de 1996", MP Vladimiro Naranjo Mesa, Exp. PE 008.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. "Sentencia C-447 de 1997", MP. Alejandro Martínez Caballero, Exp. D-1648.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. "Sentencia T-175 del 8 de abril de 1997", MP José Gregorio Hernández Galindo. Expediente T-114880 y acumulados.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, "Sentencia C- 400 del 10 de agosto de 1998", ponente Alejandro Martínez Caballero, Exp.L.A.T.-108.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. "Sentencia SU-047 del 29 de enero de 1999", ponentes Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero, Exp. T-180.650

aCOLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, "Sentencia C-037 del 26 de enero de 2000", MP. Vladimiro Naranjo Mesa, Exp. D-2441.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, "Sentencia T-569 del 31 de mayo de 2001", ponente Eduardo Montealegre Lynett, Expediente T-365262.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. "Sentencia C-836 del 9 de agosto de 2001", MP. Rodrigo Escobar Gil, D-3374.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, "Sentencia SU-1122 del 25 de octubre de 2001", MP Eduardo Montealegre, Exp. T-465235.

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, "Sentencia SU-120 del 13 de febrero de 2003", MP. Dr. Álvaro Tafur Galvis, Exp. T-406257, T-453539 y T-503695.



COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, "Sentencia T-698 del 22 de julio de 2004", MP Rodrigo Uprimny Yepes, Exp. T-869246.

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, "Sentencia T-292 del 6 de abril de 2006", MP Manuel José Cepeda. Exp. T-1222275.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, "Sentencia C-370 del 18 de mayo de 2006", ponentes Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Alvaro Tafur Galvis, Clara Inés Vargas Hernández, Expediente D-6032.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, "Sentencia C-335 del 16 de abril de 2008" ponente Humberto Antonio Sierra Porto, Expediente D-6943 y D 6946.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, "Sentencia C-539 del 6 de julio de 2011", MP. Luis Ernesto Vargas Silva. Exp. D-8351.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, "Sentencia C-634 del 24 de agosto de 2011", MP. Luis Ernesto Vargas Silva, Exp. D-8413.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, "Sentencia C-816 del 1 de noviembre de 2011", MP. Mauricio González Cuervo, Exp. D- 8473.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, "Sentencia C-588 del 25 de julio de 2012", ponente Mauricio González Cuervo, Exp. D-8864.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. "Sentencia T-970 del 22 de noviembre de 2012", Ponente Alexei Julio Estrada, Exp. T-3.583.464.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, "Sentencia T-446 del 11 de julio de 2013", ponente Luis Ernesto Vargas Silva, Rad. T-3.813.492.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, "Sentencia C-461 del 17 de julio de 2013", MP Nilson Pinilla, Exp. D-9446.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, "Sentencia T-360 del 10 de junio de 2014", ponente Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, Expediente T-4.248.813.



COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. "Sentencia T-775 del 16 de octubre de 2014", M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, Exp. T-4017904.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, "Sentencia T-309 del 22 de mayo de 2015", ponente Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, Exp. T-4.682.444.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, "Auto 278 del 9 de julio de 2015", ponente Luis Guillermo Guerrero Pérez, Ref. CJ 001.

CORTE CONSTITUCIONAL, CORTE CONSTITUCIONAL, "Sentencia C-621 del 30 de septiembre de 2015", MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, exp. D-10609.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, "Sentencia T-677 del 30 de octubre de 2015", ponente Luis Guillermo Guerrero Pérez, Exp. T-4.994.933.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, "Sentencia C-179 del 13 de abril de 2016", ponente Luis Guillermo Guerrero Pérez, Exp. D-10973.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, "Sentencia C-285 del 1 de junio de 2016", ponente Luis Guillermo Guerrero Pérez, Exp. D-10990.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN QUINTA, "Sentencia del 7 de junio de 2016", ponente Alberto Yepes Barreiro, Rad. 11001-03-28-000-2015-00051-00.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, "Sentencia C-373 del 13 de julio de 2016", ponente Alejandro Linares Cantillo, Exp. D-10947.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, Subsección A, "Sentencia del 1 de agosto de 2016", ponente Marta Nubia Velásquez Rico, Exp. 42259.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil. "Sentencia del 31 de enero de 2005", Exp. 7872.

COLOMBIA. PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA. Decreto 2067 del 4 de septiembre de 1991.

COLOMBIA. PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA. Decreto 2591 del 19 de noviembre de 1991.



CONSEJO DE ESTADO. "Las sentencias de unificación jurisprudencial". Bogotá: Ministerio de Justicia, 2014.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil, "Las sentencias de unificación y el mecanismo de extensión de la jurisprudencia", Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia, 2014, p. 24.

COSSIO Y CORAL, A. "La concepción anglosajona del Derecho, En: Revista de Derecho Privado, num 361, abril, 1947.

COSTA RICA. ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA. Ley número 8508 del 24 de abril de 2006, Código Procesal Contencioso-Administrativo, vigente desde el 1 de enero de 2008. Publicada en el Alcance No. 38 A de la Gaceta No. 120.

COSTA RICA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala Primera, Resolución No. 497 de las 3:20 horas del 31 de julio de 2008.

CRUZ VILLALON, Pedro. "Introducción". pp. IX – XXVIII. En: HESSE, Konrad. "Escritos de Derecho Constitucional [selección]". Centro de estudios constitucionales: Madrid, 1983.

DIEZ-PICAZO, L. "Experiencias jurídicas y teoría del derecho", Ed. Ariel, Barcelona, 1973.

DOC DU JURISTE. "Commentaire de l'arrêt Aramu rendu le 26 octobre 1945 par le Conseil d'Etat sur les droits de la défense et les principes généraux du droit ". Disponible vía internet. (Marzo 2017). <https://www.doc-du-juriste.com/droit-public-et-international/droit-administratif/cours-de-professeur/12-octobre-1945-aramu-droit-defense-472953.html>.

DWORKIN, Roland. "Los derechos en Serio". Barcelona: Ariel Derecho, 2ed, 1989.

ESPAÑA. Constitución Política de 1978.

EZQUIAGA, Francisco Javier. "Argumentos Interpretativos Y Postulado Del Legislador Racional". Pp. 157 - 186. En: VÁZQUEZ, Rodolfo. Compilador. "Interpretación Jurídica y Decisión judicial". México D.F.: Doctrina Jurídica Contemporánea, 3 ed, 2002.

FARALLI, Carla. "La filosofía del derecho contemporánea: Los temas y desafíos" (Santiago Perea Latorre, traductor), Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.

FERRERES, Víctor. "Sobre la posible fuerza vinculante de la jurisprudencia". pp. 43-80. En: FERRERES, Victor *et* XIOL, Juan Antonio. "El carácter vinculante de la jurisprudencia", Fundación Coloquio Jurídico, Madrid, 2009.



FETERIS, Eveline T. "Fundamentos de la Argumentación Jurídica: Revisión de las teorías sobre la justificación de las decisiones judiciales", Trad. Alberto Supelano. Bogotá D.C.: Universidad Externado, 2007.

FRANCIA. CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL.

GASCÓN, Marina. "La Racionalidad y el (Auto) Precedente: Breves Consideraciones sobre el Fundamento y las Implicaciones de la regla del Auto-Precedente". pp 67- 104. En: CARLOS BERNAL PULIDO, THOMAS BUSTAMANTE (Eds.), "Fundamentos Filosóficos de la Teoría del Precedente Judicial", Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho No. 71, Trad. Rodrigo Camarena González, Junio de 2015.

GOODHART, Arthur L. "Determining the Ratio Decidendi of a Case", pp. 161-183. En: Yale Law Review, Vol XL, Diciembre 1930, No. 2.

GRAY, John Chipman. "Judicial Precedents- A Short Study in Comparative Jurisprudence". pp. 27-41. En: Harvard Law Review 9 (1895).

GUASTINI, Riccardo. "La interpretación: Objetos, Conceptos y Teorías". México DF: Doctrina Jurídica Contemporánea, 3ed, 2002. pp. 19-38. En: VÁZQUEZ, Rodolfo. Compilador. "Interpretación Jurídica y Decisión judicial". México D.F.: Doctrina Jurídica Contemporánea, 3 ed, 2002.

HART, H.L.A. "Postscriptum". pp. 89-141. En: "La Decisión Judicial: el debate Hart – Dworkin". Bogotá D.C.: Siglo del Hombre Editores, 1997.

HENAO, Juan Carlos. "La jurisdicción de lo contencioso administrativo: cien años creando Derecho a partir de precedentes jurisprudenciales". pp. 243 – 269. Universidad Externado de Colombia, 2014. En: MONTAÑA PLATA, Alberto *et all*. "100 años de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo: Justificación, retos y aporte al Derecho Administrativo".

HERNÁNDEZ BECERRA, Augusto. "Lectura del Nuevo Código como Carta de Derechos ciudadanos ante la Administración". pp. 46-58. En: CONSEJO DE ESTADO. "La Administración ante el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo", Milenio Editores e Impresores E.U.. Bogotá: 2012.

HESSE, Konrad. "Escritos de Derecho Constitucional (selección)". Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1983.



HONDIUS, Ewoud. "Repensando el Precedente", pp. 301-319. En: BERNAL, Carlos et BUSTAMANTE, Thomas, "Fundamentos Filosóficos de la Teoría del Precedente Judicial", Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho No. 71, Trad. Rodrigo Camarena González, Junio de 2015. p. 318.

IBBETSON, David J., "Case-law and doctrine: A historical perspective on the English common law", En: THOMAS LUNDMARK, *Op. Cit.*, pp. 27, 33.

ITURRALDE, Victoria. "El Precedente Como Una Fuente De Interpretación (Perspectiva Desde El Derecho Continental)", pp. 231-261. En: CARLOS BERNAL PULIDO, THOMAS BUSTAMANTE (EDS.), "Fundamentos Filosóficos de la Teoría del Precedente Judicial", Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho No. 71, Trad. Rodrigo Camarena González, Junio de 2015.

JARAMILLO J. Carlos Ignacio. "Segunda Parte: Papel y valor asignados a la Jurisprudencia". pp. 175- 293. En: TAMAYO JARAMILLO, Javier *et* JARAMILLO J. Carlos Ignacio. "El Precedente Judicial en Colombia: papel y valor asignados a la jurisprudencia". Ibáñez, Bogotá, 2012.

JULIO ESTRADA, Alexei. "El precedente jurisprudencial. Un breve estudio del estado de la cuestión en la jurisprudencia constitucional durante el año 2001". pp. 45-62. En: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (Coord.). "Anuario de Derecho Constitucional: Análisis de jurisprudencia de la Corte Constitucional", Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.

JULIO ESTRADA, Alexei. "Presentación". pp. 15-20. En: Benavides, José Luis (Compilador). "Contribuciones para el sistema de precedentes jurisprudencial y administrativo" (serie Temas de Derecho Administrativo No. 1), Universidad Externado de Colombia, Julio de 2014, Bogotá.

KANT, Immanuel. "Crítica de la razón práctica", Filosofía Alianza Editorial, Trad. Roberto R. Aramayo. Original de 1788.

KANT, Immanuel. "Fundamentación para una metafísica de las costumbres", Trad. Roberto Rodríguez Aramayo. Madrid: Ed. Filosofía Alianza Editorial, 2002. (Original de 1785),

KEUMURDJI RIZZUTI, Rolando. "Las facultades discrecionales y sus límites. El proceso de reducción de la discrecionalidad. Consecuencia de la revisión judicial de la discrecionalidad." Actualizado en Octubre 14 de 2016, Disponible en internet: <http://obiterdictumadministrativo.blogspot.com.co/2016/10/las-facultades-discrecionales-y-sus.html>





LAPORTA, Francisco J. "La fuerza vinculante de la jurisprudencia y la lógica del precedente". pp 11-42. En: FERRERES, Victor *et* XIOL, Juan Antonio. "El carácter vinculante de la jurisprudencia", Fundación Coloquio Jurídico, Madrid, 2009.

LLEWELLYN, Karl N. "The Bramble Bush", Nueva York: Oxford University Press, 1960, 11ª impresión.

*London Tramways Co vs. London County Council*, (1898) AC 375.

LÓPEZ MEDINA, Diego. "Eslabones del Derecho: el deber de coherencia con el precedente judicial", Bogotá: Legis y Universidad de los Andes, 2016.

LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. "El Derecho de los Jueces". 2ed. Bogotá: Legis, 2006.

LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, "Teoría Impura del Derecho: La Transformación de la Cultura Jurídica Latinoamericana", Bogotá D.C.: Legis, 2004 (séptima reimpression, 2013).

LUNDMARK, Thomas, "'Soft' stare decisis: the common law doctrine retooled for Europe", en REINER SCHULZE y ULRIKE SEIF (eds.) *Richterrecht und Rechtsfortbildung in der Europäischen Rechtsgemeinschaft*, Mohr, Tübingen, 2003.

MACCORMICK, Neil, "Legal Reasoning and Legal Theory", Nueva York: Clarendon Law Series, 1995 (primera impresión en 1978).

MAGALONI KERPEL, Ana Laura. "El Precedente Constitucional en el Sistema Norteamericano", Madrid: McGrawHill, 2001. 1 ed.

MERRIMAN, J. H., "The civil law tradition. An introduction to the legal systems of western Europe and Latin America", 1969, trad. De Carlos Sierra, Fondo de Cultura Económica. México: 1971.

MONROY CABRA, Marco Gerardo. *Introducción al Derecho*. 13 ed. Bogotá D.C.: Temis, 2003.

MORAL SORIANO, Leonor. "El Precedente Judicial" (Monografías Jurídicas). Madrid: Marcial Pons, 2002.

MORENO CRUZ, Pablo. "Una (pequeña) caja de herramientas para el estudio de los sistemas de relevancia (más, o menos) vinculante del Precedente Judicial. (Re)visitando lugares comunes". pp. 59-110. En: Benavides, José Luis (Compilador). "Contribuciones para el sistema de precedentes jurisprudencial y administrativo" (serie Temas de Derecho Administrativo No. 1), Universidad Externado de Colombia, Julio de 2014, Bogotá.



MÜLLER, Friedrich, "Discours de la Méthode Juridique" (trad. del alemán por Oliver Jouan Jan), Paris: Presses Universitaires de France, 1996.

OSPINA GARZÓN, Andrés Fernando. "Los Cambios de Jurisprudencia en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo: ¿Veleidad o Independencia del Juez? pp. 21-58. En: Benavides, José Luis (Compilador). "Contribuciones para el sistema de precedentes jurisprudencial y administrativo" (serie Temas de Derecho Administrativo No. 1), Universidad Externado de Colombia, Julio de 2014, Bogotá.

OSTAU DE LAFONT PIANETA, Rafael E., Presidente del Consejo de Estado, CEBALLOS ARÉVALO, Miguel Viceministro de Justicia encargado de las funciones del Despacho del Ministro del Interior y de Justicia, PROYECTO DE LEY No. 198 DE 2009 SENADO, "por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo", Gaceta 1173/09 Senado.

PALOMARES GARCIA, Jorge Ricardo. "El carácter vinculante de la jurisprudencia constitucional en el derecho alemán". En: Revista Virtual Vía Inveniendi et Iudicandi Vol. 10, N° 2, de julio a diciembre de 2015, Bogotá.

PÉREZ J, Álvaro *et* ORTIZ ORADILLO, Juan Carlos "Codigo procesal Almena (ZPO) traducción con un estudio introductorio al proceso civil alemán contemporáneo". Konrad-Adenauer-Stiftung E.V. 2006.

PERRONE CAMPOS MELLO, Patricia. "La Función de los Precedentes como un Filtro Argumentativo", pp. 179-227. En: BERNAL, Carlos *et* BUSTAMANTE, Thomas, "Fundamentos Filosóficos de la Teoría del Precedente Judicial", Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho No. 71, Trad. Rodrigo Camarena González, 2015.

QI, Zhang, "Acerca del Método para la Identificación de Casos Ilustrativos a Partir de la Práctica del Litigio", pp. 263-299. En: CARLOS BERNAL PULIDO, THOMAS BUSTAMANTE (EDS.), "*Fundamentos Filosóficos de la Teoría del Precedente Judicial*", Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho No. 71, Trad. Rodrigo Camarena González, Junio de 2015.

QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando. "El precedente judicial y sus reglas", Bogotá: Doctrina y Ley, 2ed. 2016.

RAZ, Joseph. "Entre la autoridad y la interpretación: Sobre la teoría del derecho y la razón práctica", Madrid: Marcial Pons, 2013.

RAZ, Joseph, "La autoridad del Derecho." Ensayos sobre Derecho y moral.



RAZ, Joseph. "¿Por qué interpretar?" pp. 39-56. En: VÁZQUEZ, Rodolfo. Compilador. "Interpretación Jurídica y Decisión judicial". México D.F.: Doctrina Jurídica Contemporánea, 3 ed, 2002.

RICHAUD, Coralie. "Le précédent dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel", Tesis para obtener el título de doctora en derecho de la Universidad de Montpellier I, sustentada el 7 de febrero de 2015.

RIVERO, Jean. "Apologie pour les "faiseurs de systèmes". pp. 99-102. En: Cronique XXIII, 1951.

RODRÍGUEZ, César. "Teoría del Derecho y Decisión Judicial: En torno al debate entre H.L.A Hart y R. Dworkin", pp. 15-88. En: "La Decisión Judicial: el debate Hart – Dworkin". Bogotá D.C.: Siglo del Hombre Editores, 1997.

ROUSSEAU, Dominique. "Le Controle de L'opportunité de l'action administrative par le juge administratif", Thèse pour le Doctorat en Droit, présenté et soutenue par Dominique Rousseau. Université de Poitiers, Faculté de Droit et des Sciences Sociales, 1979.

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Hugo Alejandro. Jefe Oficina Asesora Jurídica, Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. CARTA No. 20141030024481-OAJ del 29-04-2014. (Vía Internet. <https://www.defensajuridica.gov.co/gestion/publicaciones-andje/Lists/Conceptos%20Jurisprudencia%20Articulo%20614/Attachments/23/6%20-%2020141030024481-OAJ.pdf>)

SANTAELLA QUINTERO, Héctor. "La sujeción de la Administración a los Precedentes Jurisprudenciales". pp. 141-178 En: BENAVIDES, José Luis (Compilador). "Contribuciones para el sistema de precedentes jurisprudencial y administrativo" [serie Temas de Derecho Administrativo No. 1], Universidad Externado de Colombia, Julio de 2014, Bogotá.

SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, "La fuerza de los precedentes administrativos en el sistema jurídico del Derecho positivo colombiano", Bogotá: Externado, 2010.

SCHAUER, Frederick. "Las reglas en juego: Un examen filosófico de la toma de decisiones basadas en reglas en el derecho y en la vida cotidiana", Madrid: Marcial Pons, 2004.

SCHMILL, Ulises y COSSIO, José Ramón. "Interpretación del Derecho y Concepciones del Mundo". pp. 57- 87. En: VÁZQUEZ, Rodolfo. Compilador. "Interpretación Jurídica y Decisión judicial". México D.F.: Doctrina Jurídica Contemporánea, 3 ed, 2002.

SHEPPARD, Steve, "Introducción a la edición de Oxford", pp. IX-XXI. En: LLEWELLYN, Karl N. "The Bramble Bush", Nueva York: Oxford University Press, 1960, 11ª impresión.



SIERRA PORTO, Humberto. "Críticas, ventajas y efectos del sistema de control de constitucionalidad en el ordenamiento político y en el sistema de fuentes del derecho". Ponencia elaborada para el Taller Internacional "Un cambio Constitucional ineludible: La Corte Constitucional", Quito, del 15 al 17 de octubre de 2007.

SIERRA PORTO, Humberto. "La Administración de Justicia en el Estado Social de Derecho Colombiano". Ponencia.

SIERRA PORTO, Humberto. "Las Reformas Constitucionales: Transformaciones Explícitas e Implícitas del Estado Colombiano". Ponencia.

SUNSTEIN, Cass R. "One Case at a Time: judicial minimalism on the Supreme Court", Cambridge, Harvard University Press, 1999.

TAMAYO JARAMILLO, Javier. "Parte I: El Precedente Judicial: ¿Obligatorio?". pp. 1- 173. En: TAMAYO JARAMILLO, Javier *et* JARAMILLO J. Carlos Ignacio. "El Precedente Judicial en Colombia: papel y valor asignados a la jurisprudencia". Ibáñez, Bogotá, 2012.

TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. "Interpretación Constitucional: La falacia de la interpretación cualitativa". pp. 89-133. En: VÁZQUEZ, Rodolfo. Compilador. "Interpretación Jurídica y Decisión judicial". México D.F.: Doctrina Jurídica Contemporánea, 3 ed, 2002.

TARUFFO, Michelle. "Precedente y Jurisprudencia", pp. 85-99. En: Universidad ICESI, "Precedente: Anuario Jurídico 2007", Cali.

TORTORELO CERVANTES, Francisco. "Dworkin desde la tradición romano-germánica". pp. 43-55 En: Universidad ICESI, "Precedente: Anuario Jurídico 2007", Cali, p. 48.

TROPER, Michel y GRZEGORCZYK, Christophe, "*Precedent in France*". pp. 103- 140. En: MACCORMICK, D. Neil *et al.* "Interpreting Precedents".

VILLAR BORDA, Luis. "Presentación". pp. 13-15 En: FETERIS, Eveline T. "Fundamentos de la Argumentación Jurídica: Revisión de las teorías sobre la justificación de las decisiones judiciales", Trad. Alberto Supelano. Bogotá D.C.: Universidad Externado, 2007.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. "Constitución y teoría general de la Interpretación Jurídica", (Trad. Arantxa Azurza) Madrid: Editorial Civitas S.A., 1985.



WRÓBLEWSKI, Jerzy. "Sentido y hecho en el derecho", (Trad. Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas), México D.F.: Doctrina Jurídica Contemporánea, 2003.

YEPES ARCILA, Hernando. "Prólogo". pp. XIII- XL. En: TAMAYO JARAMILLO, Javier *et* JARAMILLO J. Carlos Ignacio. "El Precedente Judicial en Colombia: papel y valor asignados a la jurisprudencia". Ibáñez, Bogotá, 2012.

ZAMBRANO CETINA, William. "La Protección de Derechos en Sede Administrativa y la Eficacia de los Principios Constitucionales de la Función Administrativa." pp. 58 – 67. En: CONSEJO DE ESTADO, "La Administración ante el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo", Milenio Editores e Impresores E.U.. Bogotá: 2012.