

JUECES Y REGLAS

La autoridad del precedente judicial

Fabio Enrique Pulido Ortiz



Universidad de
La Sabana



COLECCIÓN
INVESTIGACIÓN

JUECES Y REGLAS

La autoridad del precedente judicial

Fabio Enrique Pulido Ortiz



Universidad de
La Sabana



Universidad de
La Sabana



COLECCIÓN
INVESTIGACIÓN

Reservados todos los derechos

- © Universidad de La Sabana,
Facultad de Derecho y Ciencias
Políticas
- © Fabio Enrique Pulido Ortiz

Primera edición: marzo de 2018
ISBN: 978-958-12-0453-3
e-ISBN: 978-958-12-0454-0
doi: 10.5294/978-958-12-0453-3
800 ejemplares
Impreso y hecho en Colombia

Universidad de La Sabana
Dirección de Publicaciones
Campus del Puente del Común,
Km 7 Autopista Norte de Bogotá
Chía, Cundinamarca, Colombia
Tel. (57-1) 861 5555, ext. 45001
<https://publicaciones.unisabana.edu.co>
publicaciones@unisabana.edu.co

Dirección de Publicaciones
Universidad de La Sabana
Coordinación editorial

Eduardo Franco
Corrección de estilo

Kilka Diseño Gráfico
Pauta de colección

Juan Pablo Rátiva González
Diagramación y montaje

Imagen Editorial
Impresión

Hecho el depósito que exige la ley

Pulido Ortiz, Fabio Enrique, autor

Jueces y reglas : la autoridad del precedente judicial / Fabio Enrique Pulido Ortiz. -- Chía : Universidad de La Sabana, 2018

408 páginas ; cm. (Colección investigación)

Incluye bibliografía

ISBN 978-958-12-0453-3

e-ISBN 978-958-12-0454-0

doi: 10.5294/978-958-12-0453-3

1. Teoría del derecho 2. Filosofía del derecho 3. Derecho constitucional. -- Colombia 4. Jueces. -- Colombia 5. Investigación jurídica. -- Colombia I. Pulido Ortiz, Fabio Enrique II. Universidad de La Sabana (Colombia). III. Tit.

CDD 340.072986

CO-ChULS

Este libro es parte de la tesis doctoral desarrollada y defendida en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA). Resultado de investigación, financiada por la Universidad de La Sabana, en el marco del proyecto "La pretensión de normatividad del derecho en el razonamiento judicial. Un análisis en el marco de una práctica guiada por precedentes", código DER-49-2016.

Queda prohibida la reproducción parcial o total de este libro, sin la autorización escrita de los titulares del copyright, por cualquier proceso, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático. Esta edición y sus características gráficas son propiedad de la Universidad de La Sabana.

A Malena y a Patricia, sin dudas.

CONTENIDO

pág.

11	INTRODUCCIÓN
19	I. LA REGLA DE PRECEDENTE: RECONOCIMIENTO, ÁMBITO DE APLICACIÓN Y FUNCIONES NORMATIVAS
21	1. La regla de precedente
22	Tipos de reglas: primarias y secundarias
24	La regla de precedente y los precedentes judiciales
33	El reconocimiento de la regla de precedente
60	Recapitulación y conclusiones
65	2. Los poderes normativos de los jueces y la regla de precedente
67	Los poderes normativos de los jueces
77	Poderes normativos de la Corte Constitucional
91	Conclusiones
95	3. Las sentencias constitucionales: elementos para la identificación de sus precedentes
97	Las sentencias de la Corte Constitucional colombiana
100	Análisis de los precedentes judiciales según el tipo de sentencia
106	Conclusiones
109	4. La función autoritativa de los precedentes judiciales
109	El ámbito y la fuerza de los precedentes judiciales

118	Mecanismos para el cumplimiento de la regla de precedente
124	Recapitulación y planteamiento
131	II. LA AUTORIDAD DE LOS PRECEDENTES JUDICIALES: PRECISIONES DESDE LA TEORÍA DEL DERECHO
133	5. La función excluyente de las normas jurídicas
136	Las normas jurídicas como razones para la acción
151	La función de las normas jurídicas en el razonamiento práctico
157	La doctrina de la autoridad legítima
168	Autoridad y autonomía del derecho
176	Recapitulación y conclusiones
183	6. Límites a la autoridad práctica de los precedentes judiciales
185	Límites prácticos de la autoridad de las reglas jurídicas
213	Alcance y la derrotabilidad en la regla de precedente
226	Recapitulación y conclusiones
233	7. El significado y la interpretación de las disposiciones jurídicas
234	Significado e interpretación en la teoría de las normas jurídicas
260	El lugar de la interpretación en las decisiones judiciales
268	Recapitulación y conclusiones
271	8. Autonomía del significado de las disposiciones jurídicas y la potestad de ampliar o reducir el ámbito de los precedentes
274	Significado y autonomía de las disposiciones jurídicas

283	Consideraciones sobre la objetividad del significado de las disposiciones jurídicas
293	El problema del significado de los precedentes judiciales
322	Recapitulación y conclusiones
325	9. La relevancia de las sanciones jurídicas para la regla de precedente
327	Las consecuencias por el no seguimiento de la regla de precedente: nulidades y sanciones
332	Precisiones en torno al concepto de sanción
363	El lugar de las sanciones en el derecho
381	Conclusiones: la relevancia de las sanciones y el uso de la fuerza
387	10. Balance final acerca del carácter autoritativo de los precedentes judiciales
387	El problema de la autoridad de los precedentes judiciales
390	La regla de precedente y los precedentes judiciales
395	Límites a la autoridad práctica de los precedentes judiciales
401	La fuerza coercitiva en la regla de precedente
407	BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCIÓN

La teoría del derecho debe aportar herramientas teóricas y metodológicas para abordar los niveles fundamentales de las prácticas jurídicas. Al respecto, en la teoría del derecho existen, por una parte, actividades teóricas y conceptuales que ofrecen herramientas para el análisis de problemas generales de los sistemas jurídicos; y por otra, actividades que pretenden dar respuesta a problemas locales o, al menos, no universales de los sistemas jurídicos. La línea divisoria entre unas y otras actividades es compleja, y la posibilidad de trazar esta distinción es una cuestión filosófica de gran envergadura. Se trata de una tensión que está presente, de forma constante, en la investigación que aquí se presenta.

La problemática de esta investigación nace de una discusión local que impacta en problemas generales. Con la entrada en vigencia de la Constitución Política de Colombia de 1991, surgieron diferentes problemas para su implementación y desarrollo. Uno de ellos fue el cambio generado por un control judicial constitucional robusto y la coexistencia de distintos órganos judiciales de cierre en la rama judicial. En particular, se ha discutido el rol de la Corte Constitucional y otros órganos judiciales de cierre en la adjudicación constitucional. En esta tarea, es común que los diferentes operadores jurídicos recurran a los contenidos normativos definidos por la Corte Constitucional, para definir la respuesta jurídica de los casos planteados. En otras palabras, los operadores jurídicos recurren a precedentes

judiciales, esto es, normas jurídicas establecidas por la Corte Constitucional en sus decisiones.¹

Esta problemática, claro está, no es exclusiva de la práctica jurídica colombiana. En diferentes ordenamientos jurídicos, y en particular en aquellos que establecen un control judicial de la Constitución, hay en la actualidad una preocupación por el rol de las normas jurídicas de origen judicial, en la interpretación y adjudicación constitucional. En el derecho norteamericano, por ejemplo, se sostiene que, además de la Constitución histórica, existe una Constitución jurisprudencial (Strauss, 2010). Y en el derecho europeo, las normas jurídicas definidas por los tribunales constitucionales son determinantes en los criterios para resolver asuntos relacionados con la adjudicación de derechos constitucionales (Komárek, 2013). En América Latina, la importancia y papel de las normas de origen judicial y de los precedentes judiciales no ha pasado desapercibida. La cuestión ha sido tratada tanto desde la teoría general del derecho² como desde la teoría y dogmática constitucional.³

En este contexto, han surgido las siguientes preguntas: ¿en qué sentido se puede afirmar que los jueces crean (o deben crear) normas jurídicas?; ¿cómo se identifican o comprenden esas normas?; ¿el reconocimiento de la creación judicial de normas implica que estas sean jurídicas?; ¿tienen estas normas carácter vinculante?; de ser esto así, ¿son obligatorias o vinculantes para todos los operadores jurídicos?; ¿el funcionamiento normativo de las

1 Sobre la importancia de las normas de origen judicial y de los precedentes constitucionales en el derecho colombiano, véase, entre otros, Bernal (2008), López (2006) y Quinche (2014).

2 Al respecto véase, por ejemplo, Carrio (1990), Guibourg (1996) y Bulygin (2005).

3 La importancia de los precedentes judiciales constitucionales ha sido tratada, entre otros, por López (2006, 2016), Bernal (2006), Garay (2012), Legarre y Rivera (2009), Grosman (2010) y Sagüés (2006).

normas jurídicas de origen judicial es igual al de las leyes y otras normas legisladas?; ¿cuál es el fundamento de la obligatoriedad de las normas de origen judicial?; ¿son vinculantes estas normas para el mismo juez que las creó?; y ¿cuál es el modelo de razonamiento jurídico que mejor da cuenta de la adjudicación del derecho a partir de precedentes? Alrededor de estas cuestiones se ha desarrollado lo que se puede denominar teoría del precedente judicial.

En términos generales, cada sistema jurídico, mediante lo que en este trabajo denominamos regla de precedente (RP), define las formas y condiciones en que operan los precedentes judiciales (PJ), esto es, las normas jurídicas de carácter general y abstracto creadas por los jueces, que tienen la capacidad de guiar decisiones en casos posteriores. Una teoría del precedente judicial debe explicar el fundamento, el funcionamiento y los límites de la RP y, para ello, debe abordar principalmente tres aspectos: 1) la creación judicial del derecho, es decir, las características y condiciones en que los jueces, en sus providencias, crean normas jurídicas generales y abstractas; 2) la identificación e interpretación del significado de los PJ; y 3) la función normativa de los precedentes, es decir, la forma como pretenden guiar la conducta de los individuos.

Sobre esto último, los PJ pueden cumplir dos funciones normativas: por una parte, una función persuasiva, por cuanto guían la conducta si, y solo si, los individuos son convencidos de la corrección del precedente, o si están de acuerdo, en todo caso, con lo establecido en la disposición jurídica; y por otra, una función normativo-autoritativa, al obligar a los individuos a realizar la conducta definida en el PJ, aun cuando estos no estén de acuerdo (MacCormick y Summers, 1997).

Algunos autores sostienen que los precedentes judiciales, pese a sus eventuales diferencias con otras fuentes del derecho, pueden funcionar

como reglas, al definir, de forma autoritativa, determinados cursos de acción o decisiones, y al cumplir, además, una función excluyente en el razonamiento práctico de los individuos (Alexander, 2010; Komárek, 2013). Incluso, los ordenamientos jurídicos suelen definir mecanismos para establecer lo que Peczenik (1997) denomina vinculatoriedad formal de los PJ. Por una parte, se pueden establecer recursos o acciones para anular las decisiones jurídicas que desconozcan los PJ; por otra, algunos ordenamientos jurídicos establecen, además, mecanismos sancionatorios en relación con los PJ, a modo de herramientas para asegurar que los sujetos vinculados actúen de acuerdo con lo exigido por ellos.

Sin embargo, el modelo de reglas jurídicas, como esquema explicativo de la función normativo-autoritativa de los precedentes, ha sido objeto de dos críticas fundamentales. La primera crítica sostiene que los PJ son de tal forma indeterminados que no es posible identificar en ellos un contenido jurídico que pueda explicarse desde el modelo de reglas, pues, en todo caso, el intérprete debe recurrir a consideraciones morales que justifican cada precedente (Lamond, 2014).

14

La segunda crítica argumenta que el modelo de reglas no puede dar cuenta de dos fenómenos referidos a las prácticas de precedentes: 1) la facultad de distinguir los PJ, es decir, el hecho de que haya razones para ampliar o reducir su ámbito de aplicación, y 2) la facultad de los individuos vinculados de apartarse del PJ cuando encuentren razones para ello, e incluso la de anularlo o modificarlo. Por esto, se argumenta que hay una contradicción en adjudicar el carácter de reglas a los PJ, y admitir, al mismo tiempo, la posibilidad de los sujetos vinculados de apartarse de ellos, si elaboran distinciones o evidencian la existencia de razones que superan la fuerza del precedente (Duxbury, 2008; Perry, 1987).

De acuerdo con lo indicado, el problema que se aborda en este libro puede formularse mediante la siguiente pregunta: ¿en qué sentido es posible que los PJ desarrollen una función autoritativa (i. e. que exijan que los individuos los sigan, incluso mediante amenaza de sanciones) y reconocer, al mismo tiempo, la existencia de razones que autorizan a los jueces a apartarse de ellos y la facultad de ampliar o reducir el ámbito de su aplicación? A partir de este cuestionamiento general, en este libro, se abordarán los siguientes asuntos específicos: 1) el modo en que las reglas, y en este caso los PJ, definen cómo se debe actuar, con independencia de las consideraciones de los individuos respecto del contenido de la conducta exigida; 2) la posibilidad de que los precedentes sean constitutivos de reglas y que, al mismo tiempo, se autorice a los individuos (en particular los jueces) a ampliar o reducir su ámbito de aplicación, e incluso de apartarse de los precedentes en caso de la aparición de razones capaces de superarlos; 3) la posibilidad de comprender los PJ de forma autónoma o independiente de consideraciones evaluativas de los sujetos encargados de aplicarlos; y 4) las relaciones entre la pretensión de autoridad de los precedentes y la existencia de sanciones jurídicas como mecanismo de disciplina jurisprudencial, es decir, como mecanismo para que los operadores jurídicos sigan los precedentes judiciales.

Por lo demás, cabe señalar que, a lo largo de toda la presentación, se relacionan los problemas teóricos del objeto de estudio, esto es, de la autoridad de los PJ, con su impacto en el tratamiento concreto que estos reciben, a fin de examinar y sustentar, de forma adecuada, las circunstancias que se presentan en el contexto de la explicación de la función autoritativa de los precedentes judiciales.

Para desarrollar estos objetivos, el libro se divide en dos partes. En la parte I, se explican las características generales de la RP. En el capítulo 1, se conceptualiza la noción de RP y se señalan las formas y razones que han sido adoptadas para el reconocimiento de esa regla. En el capítulo 2, se explica la relación entre los poderes normativos de los jueces y la configuración de la RP. En el capítulo 3, se expone la relación que existe entre la estructura de las providencias judiciales y la identificación de los precedentes judiciales. En capítulo 4, se delimitan aspectos relacionados con la función autoritativa de los PJ, desatacando las nociones de fuerza, el ámbito y los mecanismos sancionatorios de la RP. La primera parte del libro finaliza con un bosquejo de los principales desafíos teóricos en la explicación de la autoridad de los precedentes judiciales.

En la parte II, se desarrolla el estudio acerca de la función autoritativa de los precedentes judiciales. En el capítulo 5, se estudian los fundamentos conceptuales de la función excluyente de la autoridad normativa del derecho y se señalan algunos límites a esta noción. En los capítulos 6, 7 y 8, se abordará el problema de la conciliación de la pretensión de autoridad con la posibilidad de que las reglas que constituyen los precedentes judiciales sean superadas. En el capítulo 6, se analiza la relación del alcance y de la derrotabilidad de las reglas, con el reconocimiento, por parte de la RP, de un conjunto de razones a las que los jueces pueden recurrir para apartarse de los precedentes. En los capítulos 7 y 8, se estudia el problema de la determinación del significado de los PJ y el impacto que allí tiene la facultad de ampliar o reducir el ámbito de su aplicación. En el capítulo 9, se analiza la relación entre las sanciones y la autoridad normativa del derecho, teniendo en cuenta la importancia que —como en el caso colombiano— han mostrado los mecanismos de la disciplina jurisprudencial en el desarrollo

de la RP. En el capítulo 10, por último, se presenta un balance final de la investigación resaltando las principales conclusiones del trabajo.

Los resultados que se presentan en este libro fueron parte de la tesis doctoral desarrollada y defendida en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Agradezco a Martín D. Farell quien ha sido un generoso maestro en estos años. Paula Gaido me ha acompañado en este trabajo con una paciencia, dedicación y sabiduría inigualable. Las observaciones de los evaluadores de la tesis —los profesores Ricardo Caracciolo, Hugo Zuleta y Ricardo Guibourg— resultaron fundamentales para mejorar este libro.

Versiones previas de los capítulos de este trabajo fueron presentadas y discutidas en el XXVII Congreso Mundial de la IVR (Washington DC, 2015), en el XII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional (Bogotá, 2015), en el Simposio Internacional de Filosofía del Derecho: Racionalidad en el derecho (Universidad de San Petersburgo, 2014), en la Maestría en Derecho Público de la Universidad de Piura (Perú, 2017), en el Congreso de Filosofía del Derecho para el Mundo Latino (Alicante, 2016), en el Seminario de Profesores de la Universidad de Navarra (Navarra, 2016), en el Seminario de Teoría Jurídica de la Universidad Austral (Buenos Aires, 2016), en el Seminario de Interpretación Jurídica de la Maestría en Derecho Constitucional de la Universidad de La Sabana, en el Coloquio SADAF 2017 - “El futuro de la filosofía práctica” (Buenos Aires, 2017) y en el Congreso Internacional Constitución, Derechos Humanos y Fundamentación Jurídica organizado por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de La Sabana (Chía, 2017). En estos eventos, recibí los valiosos comentarios de Verónica Rodríguez-Blanco, Ricardo Caracciolo, Francesco Viola, Luis Castillo Coroba, Pedro Rivas Palá, Juan Carlos Lancheros, Pilar Zambrano, Juan Cianciardo, Isabel Trujillo, Fernando Toller, Andrej Kristen, Roberto Gargarella y Juan Carlos Bayón.

El impulso inicial del proyecto se lo debo a Edwin de Jesús Horta de la Universidad Católica de Colombia. En el camino, recibí el apoyo de la Universidad de La Sabana. Mis compañeros y alumnos en esta institución han soportado mis discusiones. Por ello, agradezco a los profesores Antonio Alejandro Barreto, Luciano Laise, José Julián Suárez, Ingrid Suárez Osma, Andrés Agudelo, Cristian Rojas, Diego Cediél, Iván Garzón Vallejo, Vicente Benítez, Nicolás Carrillo, María Carmelina Londoño, Carlos Arévalo y Julián Huertas. En la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de La Sabana, resultó fundamental el apoyo y la confianza del decano, profesor Juan Fernando Córdoba, y de la directora de profesores e investigación, profesora Juana Inés Acosta. También quisiera agradecer el estupendo trabajo editorial de Elsa Cristina Robayo Cruz, directora de Publicaciones de la Universidad de La Sabana. Resultaron fundamentales los seminarios y las discusiones con los estudiantes de la Maestría en Derecho Constitucional y con los miembros del Semillero Fundamentos Filosóficos del Derecho Constitucional; en especial, doy las gracias a Pablo Rivas, Valentina Guaba, Leonardo Romero, Valentina González, Raquel Sarria, José Miguel Rueda, Tatiana Rojas, María Alejandra Mercado, Sergio Morales Barreto y Carolina Burgos.

Por último, debo una mención especial a mi familia. Patricia y Malena tuvieron el coraje de acompañar a un estudiante de doctorado con los recursos económicos del que puede disponer un becario en América Latina, todo un logro (el de ellas, por supuesto).

I.

LA REGLA DE PRECEDENTE: RECONOCIMIENTO, ÁMBITO DE APLICACIÓN Y FUNCIONES NORMATIVAS

1. LA REGLA DE PRECEDENTE

El objetivo de este capítulo es explicar en qué consiste que un sistema jurídico cuente con una regla de precedente (RP). Para ello, se abordarán tres cuestiones. Primero, se expondrá la naturaleza jurídica de la RP. Al respecto, se sostiene que la RP es una regla secundaria y contingente que define, entre otras cosas, las autoridades y condiciones para 1) crear, modificar y derogar precedentes judiciales (PJ) y 2) para su aplicación (RPA). Segundo, se presentarán las formas en que la RP puede ser establecida o reconocida en los sistemas jurídicos. Sobre el particular, se mostrará que los sistemas jurídicos pueden adoptar la RP mediante acto formal de legislación o constitucionalización (reconocimiento formal) o mediante la aceptación informal de la RP en las prácticas jurídicas (reconocimiento informal). Tercero, se estudiará el fundamento de la RP, es decir, las razones a partir de las cuales se pretende justificar el reconocimiento de esa regla, destacando la diferencia entre aquellas que justifican el precedente vertical de aquellas que justifican el precedente horizontal y el autprecedente. Se argumentará que, al igual que el reconocimiento de la RP, las razones que la justifican son contingentes. Sin embargo, se precisarán dos puntos: 1) afirmar que las razones que justifican la RP son contingentes no significa que cualquier razón la justifique y 2) las razones a las que se recurre para justificar la RP suelen estar asociadas al ideal del *rule of law*.

Tipos de reglas: primarias y secundarias

A partir de la influyente obra de Hart (1994) se ha mostrado que los ordenamientos jurídicos contemporáneos están compuestos por dos tipos de reglas: 1) las reglas primarias y 2) las reglas secundarias. Las reglas primarias son aquellas que exigen la realización (o no realización) de determinados tipos de acciones. Estas reglas se caracterizan por contener los siguientes elementos (Von Wright, 1979; Alchourrón y Buligyn, 1974): 1) el contenido de la regla, es decir, el tipo de acción regulada por la norma jurídica (i. e., la descripción de una clase o tipo de acciones humanas); 2) el carácter o calificación deóntica de la acción regulada, a saber, la calificación del tipo de acción (i. e., el contenido de la regla) como obligatoria, facultativa o prohibitiva; y 3) los sujetos vinculados (i. e., los destinatarios de la acción exigida), o sea, los individuos que deben realizar la conducta exigida, prohibida o facultada por la norma.

Veamos la estructura de las reglas primarias mediante un ejemplo. De acuerdo con un reiterado PJ de la Corte Constitucional (Sentencia T-096/2016, de 25 de febrero y Sentencia T-056/2015, de 12 de febrero), las entidades promotoras de salud (EPS) están obligadas (O) a suministrar (S) pañales (P) a las personas de la tercera edad (A). Según este ejemplo, la regla jurídica del PJ de la sentencia tiene los siguientes elementos: el contenido de la regla es la descripción de una clase de objetos (P) y una clase de acciones (S). El carácter de la norma es de obligatoriedad, es decir que las EPS deben realizar la conducta “suministrar pañales (SP)”. Y los sujetos normativos son aquellos individuos que están obligados a SP, es decir, todos aquellos individuos que sean EPS.

Las reglas secundarias, por otro lado, son aquellas normas de los ordenamientos jurídicos cuya finalidad es definir cómo identificar, crear, mo-

dificar, derogar o aplicar otras reglas. Así, según Hart, existen tres tipos de reglas secundarias: 1) de cambio, 2) de adjudicación y 3) de reconocimiento. Las reglas de cambio son las que establecen las formas y los procedimientos para modificar las reglas primarias. Las reglas de adjudicación son las que establecen quién y cómo se resuelven los conflictos en la aplicación de las reglas primarias. Por último, la regla de reconocimiento establece los criterios de pertenencia y de identificación de normas pertenecientes y aplicables en un sistema jurídico (1994, pp. 79-99).

Limitándonos a las de cambio y de adjudicación, estas son reglas que otorgan potestades o competencias a determinados sujetos para crear, modificar, derogar o aplicar el derecho (pp. 94-99). Estas reglas secundarias de competencia —a diferencia de las reglas primarias— no definen el tipo de acciones que deben realizar los individuos, sino que establecen los sujetos, los procedimientos y las condiciones para regular (crear, modificar, derogar o aplicar) determinadas materias. Así, en las reglas de competencia, se pueden identificar los siguientes elementos: 1) un sujeto competente, esto es, el individuo o conjunto de individuos (públicos o privados) que tienen el poder jurídico de crear, derogar, modificar o aplicar normas jurídicas (v. gr. los PJ de la Corte Constitucional pueden ser derogados por su Sala Plena. Es decir, el competente para ejercer ese poder jurídico es la Sala Plena); 2) la definición de un procedimiento y las condiciones para el ejercicio válido del poder normativo otorgado por la regla de competencia (v. gr. para que la Sala Plena de la Corte Constitucional derogue sus PJ debe hacerlo mediante mayoría simple); 3) la determinación de las materias sobre las cuales el individuo u órgano competente puede ejercer su poder normativo (v. gr. la Corte Constitucional no puede definir PJ en materia de la valoración de pruebas penales).

La regla de precedente y los precedentes judiciales

Los sistemas jurídicos, mediante su regla de precedente (RP), pueden otorgar dos funciones normativas a los precedentes judiciales (PJ). Por una parte, pueden otorgar una función persuasiva cuando se admite que los PJ sirvan de criterio para la acción o decisión, pero —en este caso— el ordenamiento jurídico no contempla exigencia alguna para que los individuos sigan o apliquen los PJ; y por otra, pueden otorgar a los PJ una función normativo-autoritativa, es decir, les confiere carácter vinculante, al exigir que los individuos sigan o apliquen los PJ.¹

Teniendo en cuenta lo anterior, y a partir de la breve caracterización de las reglas primarias y secundarias, es necesario resaltar dos cuestiones. En primer lugar, la RP es una regla secundaria que, entre otras cosas, define las condiciones para crear, modificar o derogar los PJ (i. e. una regla de cambio) y las condiciones para aplicar los PJ (i. e. una regla de adjudicación). La RP es una regla secundaria toda vez que su función en los ordenamientos jurídicos es regular la creación, modificación, derogación y aplicación de los PJ, y no la de regular directamente las conductas. En este orden de ideas, la RP cumple —por lo menos— las siguientes funciones:²

- 1 Se dejará para más adelante el análisis de la naturaleza normativa de los PJ. En particular, en los capítulos 6, 7 y 8, se analizará la cuestión acerca de en qué sentido se puede afirmar que los PJ son reglas.
- 2 Como se ve, es posible afirmar que la RP está constituida por un conjunto de reglas secundarias que desempeñan las funciones. Así, por ejemplo, la doctrina de precedente basada en el principio del *stare decisis* propia de los sistemas jurídicos del *common law* está conformada por una serie de reglas secundarias acerca de la identificación, creación, modificación, derogación y aplicación de PJ (Duxbury, 2008, pp. 31-57). De acuerdo con esto, la RP está conformada, en realidad, por un conjunto de subreglas secundarias. Sin embargo, un desarrollo exhaustivo de esta cuestión no resulta determinante para sustentar el argumento que se presenta en este trabajo.

1. Definir el funcionamiento normativo de los PJ: a la RP le corresponde definir el funcionamiento normativo de los PJ, esto es, precisar si, y en qué condiciones, los PJ son autoritativos o persuasivos (resulta conceptualmente plausible, incluso, que la RP, en cuanto regla secundaria, prohíba el uso de los PJ o de algunos de ellos). Como se ha dicho, los PJ pueden, en general, cumplir dos funciones normativas. Por un lado, cumplen una función normativo-autoritativa al exigir acciones o actos con independencia de las consideraciones de los individuos acerca de la corrección de esas conductas o actos; y por otro, cumplen una función normativo-persuasiva cuando sirven como razones de apoyo en la justificación de determinadas acciones o decisiones de los individuos (Bronaugh, 1987; Lamond; 2014; Levenbook, 2000). En este orden de ideas, corresponde a la RP definir en cada ordenamiento jurídico el tipo de función normativa de los PJ.³
2. Consagrar los criterios de identificación de los PJ: la RP define los criterios de identificación de los PJ. En efecto, en la RP, se contemplan, por una parte, las condiciones a partir de las cuales se puede concluir que una providencia judicial (o un conjunto de ellas) es fuente de PJ; y por otra, define las condiciones de identificación de la regla jurídica que es constitutiva del PJ. Obsérvese que, según esto, el PJ puede referirse, por un lado, a la providencia judicial (o conjunto de ellas) que

³ Sin embargo, y para mayor precisión en la exposición, en adelante (salvo aclaración en contrario) se empleará el término de RP para referirse a la regla secundaria que, entre otras cosas, otorga a los PJ una función autoritativa. No sobra advertir que, incluso, es conceptualmente posible que la RP adopte una forma negativa, es decir que prohíba el seguimiento de PJ. Véase, por ejemplo, el sistema de fuentes en el derecho francés codificado (Troper y Grzegorzcyk, 1997, p. 115).

es fuente de una regla jurídica; y por otro, puede referirse también a la regla jurídica.

3. Establecer los órganos y las condiciones para la creación, modificación y derogación (anulación) de los PJ: en efecto, la RP establece los órganos y procedimientos mediante los cuales es posible crear, modificar o derogar los PJ.
4. Definir los órganos y las condiciones para la aplicación de los PJ: corresponde a la RP definir quiénes son los operadores que deben aplicar los PJ y las condiciones en que deben hacerlo.
5. Consagrar las consecuencias jurídicas ante el incumplimiento de las condiciones definidas en la RP: como se verá más adelante, la RP puede establecer distintos tipos de consecuencias como la posibilidad de anular los actos que desconozcan las exigencias de la RP o la definición de sanciones por incumplimiento de la RP (v. gr. sanciones disciplinarias o penales).

26

Por otro lado, la RP es una regla contingente de los ordenamientos jurídicos. En efecto, la RP no hace parte de forma necesaria de los ordenamientos jurídicos, pues bien puede ocurrir que un ordenamiento jurídico no contemple nada en absoluto acerca del funcionamiento normativo de los PJ ni, por su puesto, acerca de los órganos, los procedimientos y las condiciones para crear, modificar, derogar o aplicar PJ. No solo su existencia es contingente, sino que el contenido de la RP es —en aquellos sistemas jurídicos que la reconocen— variable. En efecto, la forma en que se define cómo se identifican, crean, modifican, derogan o aplican los PJ varía en cada uno de los ordenamientos jurídicos que contemplan una RP.

Por tanto, la existencia de la RP (y su contenido) en los ordenamientos jurídicos específicos depende de las convenciones jurídicas existentes y de las razones (también contingentes) que justifiquen su reconocimiento. Esto no significa, desde luego, que no existan razones que justifiquen la RP ni que cualquier razón pueda justificarla. Como veremos más adelante, los ordenamientos jurídicos suelen recurrir a una serie de razones a partir de las cuales pretenden justificar el reconocimiento de la RP, por ejemplo la necesidad de una interpretación y aplicación unificada del derecho, el principio de igualdad de trato, el lugar privilegiado de algunos órganos judiciales en la estructura jurisdiccional, la descongestión judicial, etc. A través de estas razones, se pretende justificar la existencia de la RP y, por tanto, la autoridad de los PJ.⁴

En suma, la RP es una regla secundaria que, entre otras cosas, define las condiciones para crear, modificar o derogar los PJ (i. e. una regla de cambio) y las condiciones para aplicar los PJ (i. e. una regla de adjudicación).

La regla de precedente como regla de cambio

Las reglas de cambio son reglas de competencia⁵ que autorizan a determinados individuos para que introduzcan nuevas reglas, las modifiquen o las deroguen. Una regla de cambio, por tanto, tiene la siguiente estructura:

4 En todo caso, como se verá más adelante, es una cuestión problemática definir si las razones que justifican la autoridad son objetivas, en el sentido de que existen con independencia de los participantes de la práctica, o, por el contrario, son subjetivas en el sentido de que lo determinante son las creencias subjetivas de los participantes de las prácticas acerca de la existencia de una autoridad.

5 La noción de *regla de competencia* puede verse en Hart (1994). Se está dejando afuera de este análisis la cuestión de si las reglas de competencia deben ser caracterizadas como reglas prescriptivas, reglas permisivas o reglas constitutivas. Una presentación general de esta cuestión puede verse en Moreso y Vilajosana (2004).

A, mediante el procedimiento P, es competente para crear, derogar o modificar R.

Según esto, la RP —en cuanto regla de cambio— define las variables A, P y R en relación con los PJ. La variable A está integrada por aquellos órganos judiciales (J) que tienen competencia para crear, modificar o derogar PJ. La variable R está conformada por todas y cada una de las normas que, de acuerdo con RP, son consideradas PJ. En consecuencia, la RP como regla de cambio (RPC) tiene la siguiente estructura:

RPC: J1, mediante el procedimiento P, es competente para crear, derogar o modificar PJ.

La regla de precedente como regla de adjudicación

Las reglas de adjudicación son reglas de competencia que establecen los órganos que tienen la potestad de definir (autoritativamente) si una regla debe o no debe aplicarse a determinada situación. Las reglas de adjudicación definen, además, los procedimientos y las formas mediante las cuales se deben aplicar las reglas. Estas reglas tienen la siguiente estructura:

28

A, mediante el procedimiento P, es competente para aplicar R.

De esta manera, las reglas de adjudicación definen los órganos o individuos que deben aplicar las reglas y los procedimientos para ello. Así las cosas, la RP —en cuanto regla de adjudicación— presenta la siguiente estructura:

RPA: A1, mediante el procedimiento P, es competente para aplicar PJ.

De acuerdo con lo indicado hasta este punto, la RP, por un lado, es una regla secundaria y contingente que define quiénes son las autoridades competentes y cuáles son las condiciones necesarias para la creación, modifica-

Una revisión crítica de la noción defendida por Hart puede verse en Atienza y Ruiz (1996, pp. 45-76).

ción y derogación de los PJ (RPC); y por otro, las autoridades competentes, y las condiciones necesarias, para la aplicación de los PJ (RPA). Teniendo en cuenta estas consideraciones, en el siguiente apartado, se explicará el reconocimiento de la RP, dando cuenta, primero, de las formas en que puede ser reconocida, y segundo, señalando algunas razones que han sido ofrecidas para justificar ese reconocimiento.

El ámbito de aplicación de la regla de precedente

En la explicación del funcionamiento del PJ (como se ha dicho), es necesario diferenciar entre dos tipos de reglas: la RP y los PJ. La RP es una regla secundaria y contingente que define 1) los criterios que deben reunir las normas jurídicas de origen judicial para constituirse en PJ, 2) los procedimientos, las condiciones y las autoridades competentes para crear, modificar o derogar los PJ (RPC) y 3) los procedimientos, las condiciones y las autoridades competentes para aplicar los PJ (RPA). Los PJ son las reglas jurídicas originadas en decisiones judiciales que, de acuerdo con RP, exigen o persuaden (según la función normativa definida) la ejecución de determinadas acciones (v. gr. entregar medicinas a los ciudadanos) o la realización de determinados actos jurídicos (dictar un acto administrativo).

Ahora bien, y al igual que toda regla, es necesario precisar el ámbito de aplicación de la RP. El ámbito de aplicación se refiere al conjunto acciones y actos regulados por la regla (ámbito objetivo de aplicación) y al conjunto de sujetos vinculados a su autoridad (ámbito subjetivo de aplicación). A lo largo de este capítulo, se ha resaltado que la RP (i. e. la regla secundaria que define las condiciones para la creación, modificación, derogación y aplicación de los PJ) es distinta de los PJ (i. e. el conjunto de reglas a las que se refiere la RP). Por esta razón, al estudiar el ámbito de aplicación, es

necesario diferenciar si estamos hablando de la RP o de los PJ. En efecto, toda vez que el contenido de la RP y de los PJ es distinto, entonces el ámbito de aplicación de estas reglas es diferente. En este orden de ideas, veamos sintéticamente la cuestión del ámbito objetivo y subjetivo de aplicación de la RP.

El ámbito objetivo de aplicación del precedente se refiere al conjunto de actos que la RP regula. La RP, en ese sentido, puede ser más o menos amplia, según el número de actos jurídicos que regule. Así, por ejemplo, la RP puede limitar su contenido (i. e. la regulación de la creación, modificación, derogación y aplicación de PJ) a determinado conjunto de normas jurídicas. En algunos ordenamientos jurídicos, la RP se refiere, exclusivamente, a las normas que resulten de la identificación de la *ratio decidendi* de las sentencias judiciales. Otros limitan la RP a la *ratio decidendi* de las sentencias de los órganos de cierre de la organización judicial.

Por otro lado, para comprender el ámbito subjetivo de aplicación de los RP, es necesario realizar una precisión adicional. Como se explicó en el punto anterior, la RP contempla, entre otras cosas, una regla de cambio (RPC) y una regla de adjudicación (RPA). En la RPC, se definen los órganos y procedimientos (y condiciones) para crear, modificar o derogar los PJ (*J1, mediante el procedimiento P, es competente para crear, derogar o modificar PJ*). Por otro lado, la RPA define los órganos y procedimientos (y condiciones) mediante las cuales se deben aplicar los PJ (*A1, mediante el procedimiento P, es competente para aplicar PJ*).

En este orden de ideas, el ámbito subjetivo de aplicación de la RP se refiere al conjunto de órganos (A1) a los que la RPA otorga la competencia para aplicar PJ en el ordenamiento jurídico respectivo. Al respecto, es posible realizar tres precisiones. En primer lugar, no existe impedimento