

COMO CITAR ESTE ARTÍCULO:

Barreto-Moreno, A.A. y Pulido-Ortiz, F.E. (2016). La regla de precedente en el derecho colombiano. Apuntes a propósito de las nociones de unificación y extensión de la jurisprudencia. *Revista Jurídicas*, 13 (1), 64-81.
DOI: 10.17151/jurid.2016.13.1.5.

Recibido el 30 de marzo de 2016
Aprobado el 03 de junio de 2016

LA REGLA DE PRECEDENTE EN EL DERECHO COLOMBIANO. APUNTES A PROPÓSITO DE LAS NOCIONES DE UNIFICACIÓN Y EXTENSIÓN DE LA JURISPRUDENCIA*

ANTONIO ALEJANDRO BARRETO-MORENO**
FABIO ENRIQUE PULIDO-ORTIZ***

RESUMEN

En este artículo se analiza el impacto del “esquema de extensión de jurisprudencia” en la implementación de la regla de precedente en el derecho administrativo colombiano y se realiza un balance de dicho esquema a la luz de los propósitos legislativos de la figura. Para ello, en la primera parte, se señalarán los presupuestos teóricos que nos sirven para explicar la forma en que puede existir e implementarse la regla de precedente en los ordenamientos jurídicos. A partir de lo anterior, se expondrá la forma en que se implementó la regla de precedente en el derecho colombiano; para señalar entonces algunas de las causas que, consideramos, explican la falta de eficacia del esquema.

PALABRAS CLAVE: precedentes judiciales, derecho constitucional, derecho administrativo, unificación de jurisprudencia, extensión de jurisprudencia.

* Este artículo fue desarrollado en el marco de los proyectos de investigación “Pretensión de normatividad del derecho en el razonamiento judicial. Un análisis en el marco de una práctica guiada por precedentes” (DER-49-2016) y “El derecho de la gestión de los servicios públicos, con énfasis en los servicios domiciliarios”, financiados por la Universidad de La Sabana.

** Doctor en Derecho. Docente Universidad de La Sabana, Bogotá, Colombia. E-mail: antonio.barreto@unisabana.edu.co. ORCID:0000-0003-2180-9864.

*** Doctorando en Derecho (Opción: filosofía del derecho). Docente Universidad de La Sabana, Bogotá, Colombia. E-mail: fabio.pulido@unisabana.edu.co. ORCID: 0000-0002-1100-9962.



THE RULE OF PRECEDENCE IN COLOMBIAN LAW. NOTES TO THE PURPOSE OF THE NOTIONS OF UNIFICATION AND EXTENSION OF THE JURISPRUDENCE

ABSTRACT

In this paper the authors analyze the impact of the precedent judicial extensions system in the implementation of the doctrine of precedent implementation in Colombian administrative law. Also the paper make a balance of the system according to the legislative system propose. In this sense, the first part of the paper shows the theoretical groundings of the doctrine of precedent and explain the different ways that can be used for the legal system to implement this doctrine. In the second part of this work, the authors display the forms by which the Colombian administrative law implemented the precedent judicial extensions system and show some of the causes of the system inefficacy

KEY WORDS: judicial precedents, constitutional law, administrative law, unification judicial precedents system, extension judicial precedents system.

INTRODUCCIÓN

Los tradicionales estudios comparados de los sistemas jurídicos occidentales distinguían entre aquellos pertenecientes a la tradición del *Common law* de aquellos pertenecientes a la tradición continental (*Civil law*). En virtud de esta distinción, los precedentes judiciales se constituían en la principal fuente jurídica en el *Common law* mientras que la ley (y paradigmáticamente los códigos) se constituían en la principal fuente en el *Civil law* (Merryman, 1989). De la perfecta separación conceptual entre dichos sistemas jurídicos no queda sino el ideal. En realidad tanto los sistemas jurídicos de tradición continental como del *Common law* toman en cuenta ambos tipos de fuentes. En lo que tiene que ver con los sistemas jurídicos de tradición continental, el fenómeno que mejor ejemplifica esta situación es el creciente valor de los precedentes judiciales (MacCormick and Summers, 1997; Troper and Grezegorczyk, 1997).

El derecho colombiano no ha estado al margen de esta tendencia. Desde los primeros años de vigencia de la Constitución de 1991, la Corte Constitucional ha sostenido que los precedentes judiciales son vinculantes. Dicho tribunal ha defendido que, no solo sus precedentes son obligatorios, también los son los precedentes de los otros órganos de cierre como lo son la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado (Corte Constitucional, sentencia C-836 de 2001). En lo que tiene que ver específicamente con la jurisdicción contencioso-administrativa, la obligatoriedad de los precedentes judiciales fue reconocida en el Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo (CPACA); el cual fundó lo que denominaremos “el esquema de extensión de jurisprudencia” (en adelante “el esquema”).

En un estudio apoyado por el Consejo de Estado se sostuvo que el esquema debía tener “incidencia directa en la protección de derechos en sede administrativa, la reducción de la litigiosidad y la garantía de seguridad jurídica y coherencia en la aplicación de las normas jurídicas” (Vargas Roza, 2014, p. 23). Incluso, de acuerdo con algunos autores, y a diferencia de la implementación del precedente constitucional que pretende “constitucionalizar el derecho ordinario para aumentar la garantía de los derechos fundamentales”, el esquema sirve como mecanismo de solución anticipada y agregativa de conflictos con el propósito de evitar la congestión judicial y garantizar la seguridad jurídica (López, 2016).

Sin embargo, pasados 5 años de la expedición del CPACA y de la creación del esquema de extensión jurisprudencial, existen serias dudas acerca de su eficacia

en la práctica jurídica¹. De acuerdo con la Agencia Nacional de Defensa Judicial del Estado (2016) “ha tenido conocimiento de 1379 solicitudes de extensión de jurisprudencia”, que “ha intervenido en 128 Audiencias dentro del trámite de Extensión de Jurisprudencia” y “que a la fecha, la Agencia tiene conocimiento que el Consejo de Estado ha efectuado 44 extensiones de los efectos de la Jurisprudencia”.

Este artículo se propone analizar las causas de la ineficacia del esquema en relación con la forma en que fue implementada la regla de precedente. Para ello, se señalarán los presupuestos teóricos que nos sirven para explicar la forma en que puede existir e implementarse la regla de precedente en los ordenamientos jurídicos. Luego, se expondrá la forma en que se implementó la regla en el CPACA; para sostener, entonces, que el esquema de extensión de jurisprudencia exige un modelo de reglas en la configuración del precedente.

ANÁLISIS TEÓRICO DE LA REGLA DEL PRECEDENTE. RECONOCIMIENTO, FUNDAMENTO, MODELOS Y TIPOLOGÍA

Los precedentes judiciales son normas jurídicas generales y abstractas originadas o producidas en las decisiones judiciales (Chiassoni, 2012). Acerca de los precedentes judiciales es posible diferenciar tres cuestiones: la creación de los precedentes judiciales (i.e. la forma o presupuestos para la creación judicial de normas jurídicas), la interpretación y significado de los precedentes y su función normativa (Chiassoni, 2012). En cuanto a lo último, los precedentes pueden cumplir dos tipos de funciones normativas: (i) una función persuasiva, en el sentido de que guían la conducta si y solo si los individuos son convencidos de que el precedente sea correcto y (ii) una función normativo-autoritativa, en el sentido de que los individuos deben realizar la conducta definida en el precedente judicial a pesar de no estar de acuerdo con lo establecido en él (MacCommick, N., Summers, R. and Goodhart, A., 1997).

Cuando los ordenamientos jurídicos reconocen una función normativo-autoritativa a los precedentes judiciales es porque en dicho ordenamiento existe una doctrina o regla de precedente (Cross y Harris, 2012). En esos ordenamientos jurídicos, por tanto, se debe diferenciar entre dos tipos de normas: la regla de precedente (RP) y

¹ La ineficacia del esquema se evidencia, aún más, si se compara con mecanismos que lograron ser revolucionarios como la tutela: para el año 1992, la Corte Constitucional recibió para revisión 8068 tutelas de las cuales fueron seleccionadas 607 para estudio y se emitieron 562 sentencias; en el año 1993, el número de tutelas recibidas para revisión ascendió a 20474 se seleccionaron 525 y se decidieron 394; en 1994, recibió 29274 tutelas para revisión, lo hizo en 612 casos y emitieron 360 sentencias (Cepeda, 1998).

los precedentes judiciales (PJ). La RP es una regla secundaria de aplicabilidad², es decir una regla del ordenamiento jurídico que establece el deber de aplicar una norma o conjunto de normas (en este caso los PJ). Los PJ son las normas jurídicas originadas en decisiones judiciales, que deben ser aplicadas en virtud de la RP. En otras palabras, los PJ son el conjunto de normas designadas por la RP como aplicables o sea sujetas al deber de aplicación.

La RP es una regla contingente de los ordenamientos jurídicos, de tal forma que su contenido e implementación varía en cada uno de estos. Según Hart (1994), el funcionamiento de la RP depende de si esta se contempla en la regla de reconocimiento como una norma del sistema y por lo tanto de si se refiere al PJ como una disposición jurídica revestida de autoridad. La relación entre la RP y los PJ es una concretización de la relación entre reglas secundarias y primarias. La RP establece las formas y condiciones en que se pueden introducir nuevos PJ, modificarlos y extinguirlos, así como las formas en que deben seguirse, aplicarse e interpretarse. Los PJ, por su parte, determinan el contenido de las decisiones y acciones de los sujetos vinculados al establecer lo que deben o no deben hacer estos sujetos.

Los ordenamientos jurídicos pueden emplear diferentes mecanismos para reconocer la RP. Por una parte, la RP puede ser el producto de un acto formal de legislación; y, por otra, ser el producto de la misma práctica jurídica (Bankowski et al., 1997). En el caso del reconocimiento legislativo el ordenamiento jurídico estipula, en las fuentes formales de derecho, una formulación escrita de la RP. En el caso del reconocimiento práctico-judicial, es en las propias prácticas judiciales donde se reconoce la RP pese a que no existan normas jurídicas escritas que la contemplen. En estos casos, la RP tiene como fundamento la aceptación del carácter autoritativo de los precedentes por parte principalmente de los órganos judiciales; aunque no exista formulación expresa alguna de ella en el derecho escrito³.

En el caso del derecho colombiano el reconocimiento de la RP suele provenir de una combinación de decisiones legislativas, constituyentes y prácticas judiciales. En materia constitucional, son las propias decisiones de la Corte Constitucional las que han perfilado el lugar de la RP en el sistema de fuentes en Colombia (López,

² De acuerdo con Hart (1994) los ordenamientos jurídicos están conformados por (i) reglas primarias, es decir, aquellas que establecen o definen los deberes de los individuos y (ii) reglas tipos secundarias: regla de reconocimiento, reglas de cambio y reglas de adjudicación. Así, las reglas de aplicabilidad son reglas secundarias de adjudicación que determinan el deber de aplicar un conjunto de reglas primarias (Navarro and Rodríguez, 2014).

³ Es necesario diferenciar entre la forma en que se reconoce la RP y el fundamento para ello. En esta tarea se debe distinguir entre la vinculación del autprecedente de la vinculación del precedente vertical. Existen dos argumentos centrales con que suele justificarse la vinculación del autprecedente: uno basado en el principio de universalización (Alexy, 1989; Gascón, 2012) y otro basado en el principio de coherencia (Dworkin, 1986; Bernal, 2008). El argumento central de la vinculación vertical del precedente está en función de la estructura de la organización judicial (jerarquía) y a la capacidad institucional de los órganos de cierre de coordinar una interpretación y un desarrollo coherentes con la constitución y la ley (Bankowski et al., 1997).

2006, 2016). Por otra parte, como veremos más adelante, en materia de precedente administrativo (i.e. el que proviene de las decisiones del Consejo de Estado) se ha visto particularmente fortalecido (por lo menos, formalmente) como consecuencia de la creación del CPACA⁴.

Los tipos de precedentes judiciales

En los sistemas jurídicos que reconocen la RP las decisiones judiciales desempeñan, al menos, dos funciones: (i) resolver de forma autoritativa los problemas jurídicos que les son planteados y (ii) ser fuente de reglas jurídicas generales y abstractas que, en consecuencia, regulan casos más allá de lo decidido en el fallo respectivo. La cosa juzgada, o sea la fuerza normativa de la decisión judicial sobre los problemas específicos planteados a los jueces, se refiere a la primera función; y el precedente judicial, es decir las reglas jurídicas generales originadas en las decisiones judiciales, a la segunda función. La diferencia entre la cosa juzgada y el precedente judicial radica, en principio, en que la fuerza normativa del precedente trasciende de forma necesaria la resolución de la *litis* y se constituye en regla para la decisión en casos futuros.

Esta diferencia no es clara cuando entre las funciones de los tribunales está la resolución de problemas 'abstractos' y las decisiones de dichos tribunales, al mismo tiempo, tienen efecto *erga omnes*. En el derecho colombiano, por ejemplo, la Corte Constitucional y el Consejo de Estado tienen competencia para resolver asuntos concretos y abstractos por lo cual la fuerza normativa de la cosa juzgada varía según el tipo de decisión de que se trate. En el caso de las sentencias abstractas, los dispositivos establecidos en el *decisum* tienen efectos generales *erga omnes*; mientras en las sentencias concretas esos dispositivos son, por regla general, *inter partes* y excepcionalmente *inter comunis* (Corte Constitucional, sentencia SU-254 de 2013). En las sentencias cuya parte resolutive es *inter partes*, la norma allí identificada vincula en exclusiva a las partes del proceso; en las sentencias cuya parte resolutive es *erga omnes*, la norma allí identificada vincula de forma general; y en las sentencias cuya parte resolutive es *inter comunis*, la norma allí identificada vincula a quienes fueron parte del proceso y a quienes fueron parte del problema jurídico que originó la sentencia pero no hicieron parte del proceso. Los efectos *erga omnes* de algunas decisiones, por tanto, implican que la decisión establecida en el fallo tiene efectos generales (Corte Constitucional, sentencia T-583 de 2006).

Un elemento adicional que dificulta la diferenciación entre la cosa juzgada constitucional y los PJ, es la práctica de los tribunales de condicionar las sentencias abstractas (Díaz Revorio, 2001; Olano García, 2004). Por lo general, se espera

⁴ Como lo explica López (2016), es posible diferenciar dos momentos en el desarrollo de la RP en el derecho colombiano. El primero caracterizado por la introducción e implementación de la RP mediante la jurisprudencia constitucional. El segundo caracterizado por el diseño de mecanismos de monitoreo en la aplicación efectiva de los PJ y el desarrollo de políticas legislativas para consolidar la RP en la jurisdicción ordinaria y contencioso administrativa.

que el fallo de estas sentencias establezca que una norma jurídica es o no constitucional o ilegal. Sin embargo, en determinadas circunstancias, los tribunales ofrecen respuestas ‘condicionadas’; es decir si se plantea que la norma jurídica X es inconstitucional (o ilegal) por violar la norma Y, el tribunal puede responder que X es constitucional (o legal) si y solo si se entiende que debe contemplar el contenido normativo P⁵.

Como se ve, en casos de sentencias condicionadas, el contenido de los fallos excede a la declaración de la inconstitucionalidad o ilegalidad de una norma, pues define o incorpora los contenidos normativos (en muchos casos adicionales) que resultan exigibles a todos los sujetos y operadores jurídicos. En consecuencia, en esas sentencias (i.e. las que realizan condicionamientos), resulta problemático diferenciar entre cosa juzgada y precedente judicial.

Por otro lado, las altas cortes colombianas han desarrollado la práctica de proferir órdenes o reglamentos de contenido general y abstracto en las sentencias concretas (práctica que denominaremos en este trabajo como *reglamentaciones jurisprudenciales*). Es así como, por ejemplo, la Corte en la sentencia T-970 de 2014 planteó un caso en que un ciudadano solicitaba que una clínica le practicara el “procedimiento de morir dignamente”. En esa ocasión era imposible para la Corte realizar órdenes concretas, pues el ciudadano falleció antes de que se dictara sentencia. Sin embargo, en la sentencia, la Corte definió de forma general y abstracta los presupuestos para el procedimiento de muerte asistida: padecimiento de una enfermedad que produzca dolores intensos y consentimiento libre, informado e inequívoco. Además, ordenó a diferentes órganos administrativos disposiciones para la reglamentación de dichos presupuestos.

Por último, como lo ha reconocido la jurisprudencia, la *ratio decidendi* de los órganos de cierre tiene fuerza vinculante para casos posteriores: bien sea para ella misma (autoprecedente) como para el resto de jueces y tribunales de la jurisdicción a la que pertenecen (Corte Constitucional, sentencias T-292 de 2006, SU-230 de 2015, C-335 de 2008). De acuerdo con lo examinado, es posible señalar que los poderes normativos (i.e. aquellos consistentes en la creación de normas jurídicas) de los órganos de cierre (por lo menos, en lo que se refiere a la Corte Constitucional y al Consejo de Estado) son variados de forma tal que es posible diferenciar entre: (i) la cosa juzgada —*inter partes, inter comunis o erga omnes*— según sea el caso y (ii) el poder de crear contenidos normativos generales y abstractos, por medio de condicionamientos, reglamentos jurisprudenciales y el poder de crear normas generales y abstractas mediante la *ratio decidendi* de las sentencias.

⁵ Entre estas decisiones se puede diferenciar las que ‘eligen’ el significado de las reglas jurídicas, según este se ajuste a la constitución, de las que lo ‘manipulan’; es decir las decisiones que transforman el significado de las reglas jurídicas bajo el argumento de compatibilizar el contenido de la norma inferior con la norma superior (Olano García, 2004).

Tres modelos de vinculación al precedente judicial

Se acaban de presentar, de forma breve, distintas formas que tienen los tribunales de crear normas jurídicas de carácter general y abstracto (i.e. de crear precedentes). Sin embargo, la elucidación de la forma como se crean o constituyen las normas jurídicas asociadas con la noción de *ratio decidendi* es diferente de la explicación de la normativa de los precedentes y el modo particular en cómo estos se vinculan de forma autoritativa en virtud de la RP. De acuerdo con esto, en la teoría del PJ, se han identificado tres modelos que buscan explicar dicha forma: modelo natural, modelo de resultados y modelo de reglas (Alexander, 2012; Alexander and Sherwin, 2008).

El modelo natural

La teoría contemporánea de las normas jurídicas diferencia entre el contenido y existencia de las normas y las razones o principios que justifican la creación de las normas (Schauer, 2004). De acuerdo con el modelo natural, los PJ no tienen la capacidad de crear normas independientes de las razones morales que los justifican. Es decir, siguiendo con este modelo, el funcionamiento normativo de los PJ se explica exclusivamente en virtud de los principios subyacentes que justifican las providencias judiciales. Al momento de aplicar los PJ, no es posible tener en cuenta el contenido normativo definido en el PJ porque se hace necesario tener en cuenta sus razones subyacentes y ponderarlas con resto de razones normativas relevantes (Alexander, 2012).

Según esto, los PJ no tienen una función normativa independiente de aquello que los principios morales subyacentes establezcan. Es decir que los PJ vinculan si y solo si están de acuerdo con las razones que, de acuerdo a un razonamiento todas las cosas consideradas⁶, justifican los PJ (Perry, 1987). Con base en este modelo, los PJ solo pueden llegar a considerarse como una evidencia de la existencia de determinadas normas (generalmente de naturaleza moral) que en definitiva no pierden su relevancia con la existencia del PJ. En pocas palabras, de acuerdo con el modelo natural, los PJ solo son una guía o indicación de la que disponen los operadores jurídicos para conocer la existencia de determinadas normas (las cuales son anteriores y por lo tanto independientes de los PJ). Y, en definitiva, los operadores jurídicos no se encuentran vinculados a los PJ sino a tales normas.

Ahora bien, el modelo natural no logra explicar aquellas prácticas jurídicas que reconocen una RP. Como se dijo, el reconocimiento de la RP tiene como consecuencia que los PJ funcionan autoritativamente. En este contexto el modelo natural no logra dar cuenta de la forma en que los PJ son autoritativos, es decir,

⁶ Una explicación y crítica del modelo de razonamiento "todas las cosas consideradas" puede verse en Raz (1990). Este tipo de razonamiento ha sido rechazado como una explicación del razonamiento jurídico en Schauer (2004) y Finnis (2000).

definiendo como se debe actuar o decidir con independencia de lo que ellos consideren que es la mejor decisión posible.

El modelo de resultados

Este modelo puede sintetizarse en los siguientes términos: existe, primero, una decisión judicial (P1) a favor de A fundamentada en la norma N1 en un caso conformado por los hechos F1, F2 y F3. En el caso posterior de A' frente a B, los hechos son F1, F2, F3 y F4. Imagínese que de no existir el precedente, podría fallarse a favor de B en virtud del principio N2. Sin embargo al existir el precedente se genera una razón para que el juez, en el caso posterior, es decir en el caso A' frente a B, falle a favor de A' (salvo que N2 tenga más fuerza que PJ (este modelo fue célebremente defendido por Dworkin (1977))).

El modelo de resultados sostiene, en definitiva, que el seguimiento de precedentes se limita a la comparación de los hechos de la situación que se resolvió en el caso precedente con los hechos del caso actual a fin de establecer si son similares en sus aspectos relevantes desde el punto de vista normativo. Solo cuando, en efecto, los casos sean similares en los aspectos relevantes existe el deber de seguir el precedente (Levenbook, 2000).

Desde luego, esta operación no es simplemente una comparación fáctica entre los hechos de los casos. Al determinar si un caso es similar a otro en sus aspectos normativamente relevantes, el juez debe o bien identificar los principios subyacentes que justificaron la decisión precedente y decidir si resultan o no aplicables en el caso posterior o bien identificar la existencia de una regla jurídica en el precedente y decidir si resulta o no aplicable al caso actual. En el primer caso, la obligación de seguir los precedentes se limitaría a consultar los hechos y las razones subyacentes que llevaron a los jueces anteriores a proferir sus decisiones. En el segundo caso, la obligación de seguir los precedentes consiste en identificar la regla jurídica y determinar si su supuesto de hecho contempla o no el caso a resolver.

El punto clave del modelo de resultados es que para afirmar que el conjunto de hechos del caso precedente son similares al conjunto de hechos del caso actual, es necesario recurrir a un parámetro normativo para definirlo. Es decir que si afirmamos que dos casos son similares en sus hechos debemos disponer de un criterio o parámetro para establecer la similitud. Ahora bien, si ese parámetro depende de la formulación de las reglas disponibles en las providencias judiciales precedentes, entonces habrá que concluir que el modelo de resultados deviene en el modelo de reglas. Por el contrario si el parámetro se refiere a las razones morales que, después de considerar todas las cosas, justifican la solución del caso, el modelo de resultados deviene en el modelo natural.

Por lo dicho, el modelo de resultados resulta vacío y por lo tanto no tiene la capacidad explicativa para dar cuenta de la forma en que se implementa y opera la RP en un ordenamiento jurídico.

Modelo de reglas

Según este modelo, los PJ están constituidos por las reglas jurídicas formuladas en decisiones judiciales anteriores. Para este modelo es indiferente si esas reglas se crean mediante una formulación canónica (textualizada) o mediante la internalización (comprensión compartida) del significado de una regla a través de la práctica (Schauer, 2004). Según el modelo de reglas, se espera que los PJ operen como una norma jurídica que exija cómo actuar o decidir de forma autónoma a las consideraciones morales que, de acuerdo con los sujetos vinculados, justifican el PJ y la decisión que se debe tomar. En términos más simples, para el modelo de reglas, el PJ vincula con independencia de las consideraciones evaluativas de los operadores jurídicos (Schauer, 2004; Alexander, 2012).

Según el modelo de reglas los jueces al crear los PJ formulan y promulgan nuevas reglas jurídicas, las cuales en casos futuros deben ser aplicadas. Por tanto, la vinculación a los PJ no depende de las razones subyacentes (todas las cosas consideradas) ni de los hechos que conformaban el caso precedente. La vinculación depende de la existencia de una regla que define un determinado supuesto de hecho y sus consecuencias jurídicas (Alexander, 2012).

En el modelo de reglas, por ende, se espera que los jueces vinculados se abstengan del razonamiento moral sobre todas las cosas consideradas (propio del modelo natural) y que sean guiados, en consecuencia, por la función autoritativa de los precedentes establecidos. Debe resaltarse que el modelo de reglas exige que sea posible identificar el contenido normativo prescrito con independencia de la evaluación que hagan los operadores jurídicos de las razones subyacentes y de la relevancia normativa de los hechos que hacen parte del supuesto fáctico de los PJ.

El propósito de las anteriores líneas ha sido fundamentalmente explicatorio. Hasta ahora, no hemos tomado posición alguna acerca de cuál es el modelo adecuado para explicar la forma como operan los PJ en los ordenamientos jurídicos que reconocen la RP. De hecho pensamos que la respuesta a esta cuestión depende de los propósitos que pretenden cada una de las prácticas que reconocen la RP y los problemas que, en concreto, se esperan resolver con dicha regla. En el siguiente punto de este artículo se explicará la forma y el fundamento a partir de los cuales se implementó la RP en el derecho administrativo colombiano y precisar, entonces, cuál es el modelo de precedente que mejor se adecua a él.

LA REGLA DE PRECEDENTE EN EL ESQUEMA DE UNIFICACIÓN DE JURISPRUDENCIA. HACÍA UNA APLICACIÓN IDÓNEA Y EFICAZ DE LA EXTENSIÓN DE LAS DECISIONES DE UNIFICACIÓN

Como se dijo, la RP puede ser el producto de la práctica jurídica o de un acto formal de la legislación. Este es el caso del CPACA, al establecer el esquema de extensión de jurisprudencia⁷. En el artículo 10 se estableció que “las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos”. Y agregó 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”. En el artículo 102 del CPACA se definió que “[l]as autoridades deberán 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 los mismos supuestos fácticos y jurídicos”.

El esquema de extensión es de naturaleza dual en tanto exige, primero, la existencia de una sentencia de unificación de jurisprudencia (en adelante SU); y, segundo, la solicitud de extensión de esta por quien considera se encuentra bajo “los mismos supuestos fácticos y jurídicos”. En las siguientes líneas revisamos el esquema bajo dos premisas: (i) la necesidad de determinar con claridad cuáles son las sentencias de unificación producidas por el Consejo de Estado contentivas de las normas que constituyen precedente y que sirven de fuente de aplicación extensiva, para ello se releva la necesidad de que ese alto tribunal expida un amplio número de ellas para que pueda ser eficaz el esquema de extensión; (ii) la extensión de jurisprudencia supone, además de la existencia de una decisión de unificación individualizada que otorgue derechos a los ciudadanos, que sea de aplicación para casos ‘similares’ mas no idénticos; es decir que debe reconocerse la existencia de una norma general que pueda ser empleada para resolver casos futuros.

Existencia de una sentencia de unificación jurisprudencial expedida por el Consejo de Estado

El esquema exige que la sentencia objeto de extensión sea de unificación. Se entiende que una sentencia del Consejo de Estado es de unificación cuando, proferida en ejercicio de la función prevista en el numeral 3 del artículo 111 del CPACA, cuente con importancia jurídica o trascendencia económica o social o haya sido proferida por la necesidad de unificar la jurisprudencia ya sea por

⁷ Hay que tener en cuenta que la RP en el derecho administrativo existía previó al CPACA como consecuencia de las exigencias establecidas por la Corte Constitucional; las cuales, de hecho, fueron reconocidas por el propio Consejo de Estado.

la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo o las secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en relación con los asuntos que provengan de las subsecciones de la corporación o de los tribunales.

No es suficiente que aquellas sentencias hayan sido proferidas por la Sala Plena o, en su defecto, por una de las secciones del Consejo de Estado sino que es indispensable que ello se adelante de acuerdo al procedimiento previsto en el artículo 271 del CPACA. Por tanto, las sentencias que se proferieron antes de entrar en vigor el CPACA no cumplen con dicho requisito y no tienen el propósito unificador de la jurisprudencia.

Sin embargo en pronunciamientos del Consejo de Estado en los que decidió sobre la procedencia de una solicitud de extensión jurisprudencial determinó que si bien el CPACA limita la aplicación de este procedimiento a las “sentencias de unificación jurisprudencial”, en virtud de una interpretación acorde a la Constitución Política y el respeto al sistema de precedentes por parte el juez contencioso y de las autoridades que cumplen función administrativa, la figura de la extensión también aplica a “todo precedente judicial adoptado por el Consejo de Estado”. Es decir a las sentencias en las que se haya fijado “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” (Consejo de Estado, radicados 0212 de 2014, 46213 de 2013). Es preciso resaltar que debe “entenderse por precedente judicial vinculante únicamente la *ratio decidendi*”: el fundamento jurídico y la razón suficiente de la parte resolutive o en otros términos la “regla de derecho determinante” (Consejo de Estado, Rad. 0212 de 2014).

En lo que respecta a las sentencias que no pueden tenerse como de unificación en las solicitudes de extensión, se puede extraer que las solicitudes que se sustentan en sentencias que deciden acciones de nulidad no se les pueden dar trámite de extensión dado que estas no reconocen un derecho como tal sino que se ejercen en desarrollo de un control de legalidad general. Dicha limitación también aplica a los autos interlocutorios proferidos por el Consejo de Estado. Igualmente, tampoco se tienen como sentencias de unificación susceptibles de extensión las providencias expedidas por otra autoridad judicial y los fallos de tutela.

Sin embargo, se debe “observar con preferencia los precedentes de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales” aplicables a los casos en los que se hagan extensivos los efectos de una sentencia de unificación del Consejo de Estado (Corte Constitucional, sentencia C-588 de 2012).

El Consejo de Estado en su reglamento interno se ha dado normas propias para organizar su labor en el esquema (Consejo de Estado, Acuerdo 148 de 2014).

El CPACA señala que las sentencias de unificación jurisprudencial, es decir aquellas que en el marco del esquema tienen carácter vinculante para los operadores de la administración pública y los mismos jueces, serán las que emita el Consejo de Estado por (i) importancia jurídica, (ii) trascendencia económica, (iii) importancia social, (iv) por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia y (v) las proferidas al decidir los recursos extraordinarios y las de revisión. En cuanto a las sentencias de importancia jurídica, económica o social, el artículo 271 del CPACA supone la existencia de un asunto que amerite la expedición de una sentencia de unificación jurisprudencial.

El CPACA da criterios generales sobre lo que se entiende por SUJ, sin embargo el Consejo de Estado consideró necesario identificar con precisión dichas sentencias para no dejar la calificación de su importancia a criterio de los ciudadanos interesados o al de la administración pública. ¿Quién debería calificar la importancia de la decisión?, sin duda el propio juez que definió el litigio. Así lo entendió el Consejo de Estado y en julio de 2014, con fundamento en el artículo 237-6 constitucional, emite norma modificatoria de su reglamento interno para precisar esta circunstancia. En efecto, el Consejo de Estado reguló la identificación y publicidad de las SUJ así:

las 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. Dichas sentencias serán publicadas en la sede electrónica del Consejo de Estado, en un enlace especial de fácil acceso e identificación. (Artículo 43B del Acuerdo 148 de 2014)⁸

Sin lugar a dudas, es importante la expedición de sentencias de este tipo; pero también lo es su identificación, requisito que es elemental como punto de partida del esquema de extensión de jurisprudencia; por lo que se aboga por la aplicación estricta de la norma del reglamento interno, ello impedirá discusiones sobre la calificación de la sentencia. Lo siguiente será definir la regla contenida en la sentencia que reconoce derechos a los ciudadanos, que será fuente de derecho para la extensión de jurisprudencia frente a hechos similares.

La complejidad y poca eficacia del procedimiento de extensión de jurisprudencia

Al identificar las decisiones del Consejo de Estado que den aplicación a su reglamento interno sobre identificación de sus SUJ, es posible establecer cuáles son las sentencias que tienen la calidad de unificadoras y definiéndose el primer elemento del esquema de aplicación uniforme de las decisiones judiciales en el derecho administrativo: la individualización de la SUJ. No obstante, los problemas del esquema no se limitan a la identificación de las SUJ; resulta problemático,

⁸ Hoy en día, se puede ubicar por lo menos una sentencia con dicha identificación: Consejo de Estado, sentencia de unificación CE-SUJ-3-001 de 2015.

además, establecer el alcance del segundo elemento del esquema: la solicitud de la extensión por parte de quienes acrediten “los mismos supuestos fácticos y jurídicos”.

El procedimiento de extensión se divide en dos etapas: la primera se surte como un procedimiento administrativo, es decir ante la administración pública, que exige que la autoridad administrativa emplee las SUJ en casos similares. “[S]i se niega total o parcialmente la petición de extensión de la jurisprudencia, o la autoridad guarda silencio” (artículo 102 CPACA) se va a la segunda fase, que consiste en acudir dentro de los treinta días siguientes a un trámite judicial ante el Consejo de Estado.

Es imperativo, señalar que: “las autoridades deberán 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 los mismos supuestos fácticos y jurídicos” (artículo 102 del CPACA). No se trata de una facultad otorgada a la administración; en consecuencia no solo el trámite de extensión debe surtir de forma obligatoria, dársele curso so pena de aplicación del régimen disciplinario, también lo es su aplicación. Esto es, si los hechos son similares a aquellos que dieron lugar al debate judicial y la regla subyacente de la SUJ que otorga derechos cubre de forma idéntica la situación fáctica, debe ser extendida forzosamente.

La misma norma señala el deber de presentar solicitud de extensión ante la entidad que debe reconocer el derecho, donde: (i) se identifique la SUJ, (ii) se aporten o enuncien pruebas y (iii) se haga la “[j]ustificación 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”. Este requisito es, quizás, el que más problemas ocasiona. Para su análisis, los dividiremos en dos elementos: (i) la SUJ debe haber reconocido derechos en la situación de hecho puesta a consideración del juez y (ii) el peticionario debe estar “en la misma situación de hecho y de derecho”.

A diferencia de lo acaecido con la situación fáctica, la consecuencia jurídica utilizada para la extensión debe ser la misma a la expresada por la SUJ; tan solo así puede explicarse la expresión legal “los mismos supuestos fácticos y jurídicos”. Como quedó resaltado en la exposición de motivos de la ley, “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”, no podría decir aplicar a otros casos algo similar a lo resuelto en los fallos de unificación jurisprudencial; la regla extraída de la SUJ es única e invariable y el operador jurídico de la administración pública deberá ajustarse a ella, a los términos señalados por el juez.

Además, de existir una SUJ, esta debió reconocer derechos no necesariamente otorgar las pretensiones al demandante; puede existir una SUJ que no haya acogido las peticiones de los demandantes, pero que si haya expresado una regla de precedente aplicable a casos similares donde hubiere reconocido derechos (v. gr. Consejo de Estado, Sección Tercera, la sentencia de unificación del 19 de noviembre de 2012); el juez podría decir que para el caso concreto no hay razones para condenar al Estado, aunque aclarar que si se hubiere demostrado o aportado algún elemento adicional al debate fáctico la consecuencia hubiera sido el reconocimiento de derechos. En estos casos, ante la existencia de una SUJ que incluya una regla jurisprudencial que otorgue derechos, sin que sea necesario fallo adverso a la administración pública, hay lugar a la extensión.

En segundo término, y a diferencia de las disposiciones jurídicas aprobadas en el CPACA, la exposición de motivos del proyecto de ley acudía con mayor precisión a la expresión “similitud de objeto y causa” con la que reduce la carga excesiva del peticionario de demostrar que se encuentra en “la misma” situación; señala el documento suscrito por el Presidente del Consejo de Estado y el Viceministro de Justicia que:

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 [...]. 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 los resuelva en la forma ordinaria. El trámite ante la administración y el Consejo de Estado suspende el término para acudir a la jurisdicción. (Senado de la República, Proyecto de Ley 198 de 2009)

Se resalta de lo transcrito, como ya se ha dicho atrás, que los hechos que son fundamento o ‘causa’ deben ser similares de los que sirvieron de motivación a la acción judicial que contiene la regla de unificación, no idénticos. Para retratar los problemas que genera el esquema imaginemos el siguiente caso hipotético: una SUJ reconoce el pago de perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales al ciudadano AB que perdió su casa como consecuencia de una incursión armada de un grupo insurgente a la población H. El grupo armado ilegal se abrió paso hacia la estación de policía del municipio con cilindros de gas, uno de ellos impactó en la casa del demandante. Pensemos varios escenarios: (i) si se acepta que los hechos deben ser “los mismos”, entonces solo podría pedir extensión de jurisprudencia el vecino del piso superior del señor AB, que desde luego vivía en el pueblo H para la fecha de los hechos y fue impactado por el mismo cilindro de gas del caso. Esta interpretación, desde luego, hace inoperante el esquema por razones de fondo porque ninguno de sus propósitos se cumple; (ii) en el municipio CC hay una incursión guerrillera 12 años después de los hechos señalados, en el caso anterior, con efectos similares: pérdida de vivienda del señor FP por impacto desviado de arma no convencional

dirigida a la estación de policía de la población. Solo se entendería la extensión de jurisprudencia y el logro de sus objetivos para este segundo evento, un caso similar al que conoció el juez de unificación, al que se deben aplicar las reglas de reparación reconocidas en dicha SUJ.

Es en este sentido que tiene lógica las aclaraciones efectuadas con anterioridad acerca de los modelos de vinculación de los precedentes. Para definir que existen “los mismos supuestos fácticos y jurídicos” debe existir una norma jurídica general y abstracta que regule previamente las propiedades de una situación jurídica. Una interpretación contraria supone, como ocurre hoy, un obstáculo para la adecuada implementación y eficacia del esquema. Como se explicó antes, los hechos de dos casos nunca son los mismos. Una de las características de las normas jurídicas es que establecen determinadas propiedades genéricas a partir de las cuales se define si determinados hechos (o casos) hacen parte o no de su ámbito de aplicación de la norma.

Por el contrario, si lo que significa la extensión de jurisprudencia es que las autoridades deben comparar los hechos de los casos y a partir de su criterio definir si son similares, lo que está sosteniendo es que no existen RP porque no existen normas que definan previamente como se deben resolver los asuntos. No sobra advertir que esta última conclusión resulta contradictoria con los propósitos buscados en el esquema, a saber: la reducción de la litigiosidad y garantizar la seguridad jurídica y la aplicación coherente del derecho mediante la definición de unas normas jurídicas que definan de forma previa los asuntos que deben resolver las autoridades administrativas (Rojas, 2012; Vargas Rozo, 2014; López, 2016).

CONCLUSIONES

En la explicación de la implementación de la función autoritativa de los PJ, es necesario diferenciar dos tipos de reglas: la RP y los PJ. Los PJ son el conjunto de normas jurídicas generales creadas por los jueces y designadas por la RP. Para que los PJ sean autoritativos, debe existir, en el ordenamiento jurídico, una RP que establezca el deber de seguirlos con exclusión de las consideraciones acerca de su corrección. Del análisis de la forma como se ha implementado la RP en el derecho contencioso administrativo en Colombia se puede concluir que, a pesar de que previo a la expedición del CPAC existía un reconocimiento práctico-judicial de la RP, a partir de este código se estableció un reconocimiento formal o legislativo de la RP.

El esquema implementó la vinculatoriedad de los PJ no solo en relación con los jueces y tribunales sino que además reguló la forma en que las sentencias de unificación del Consejo de Estado obligan a las autoridades administrativas, quienes

deberán “extender los efectos de una sentencia de unificación jurisprudencial dictada por el Consejo de Estado”, en aquellas circunstancias en las “que se haya reconocido un derecho, a quienes lo soliciten y acrediten los mismos supuestos fácticos y jurídicos”. Como se señaló la justificación de la implementación de la RP en este aspecto se justifica en (i) la pretensión de reducir la litigiosidad y (ii) garantizar la seguridad jurídica y la aplicación coherente del derecho.

Por otra parte, en el análisis de la RP se debe diferenciar entre los efectos de la cosa juzgada y los PJ. Tomando como ejemplo el derecho constitucional colombiano, se puede diferenciar entre la cosa juzgada —*inter partes*, *inter comunis* o *erga omnes*— y el poder de crear contenidos normativos generales y abstractos por medio de condicionamientos a los fallos, reglamentos jurisprudenciales y el poder de crear normas generales y abstractas mediante la *ratio decidendi* de las sentencias. Este es lugar para observar que en la implementación del esquema de extensión jurisprudencial no se han diferenciado con claridad estas cuestiones. Ni la ley, ni la jurisprudencia del Consejo de Estado han definido si la extensión se refiere o bien a la extensión de la cosa juzgada (v. gr. la aplicación de la cosa juzgada *inter comunis*) o a la aplicación de las normas jurídicas generales y abstractas creadas en las sentencias del Consejo.

Asimismo, observamos que los PJ —esto es las normas jurídicas generales y abstractas creadas en las decisiones judiciales— pueden ser explicadas a partir de dos modelos: el modelo de principios y el modelo de reglas⁹. De acuerdo con el modelo de principios los sujetos vinculados deben involucrar en un razonamiento moral todas las cosas consideradas para establecer el alcance y fuerza del PJ. Por el contrario el modelo de reglas sostiene que los PJ tienen la capacidad de vincular con independencia de un razonamiento moral todas las cosas consideradas y exigir, en consecuencia, la realización de terminadas conductas de acuerdo con el contenido definido en los PJ. Se concluye que para concretizar los postulados que justifican el esquema (reducción de la litigiosidad, seguridad jurídica y aplicación coherente del derecho) resulta consistente la implementación del modelo de reglas. Por último, con el propósito de investigar acerca del impacto de esta conclusión en la práctica jurídica, resulta recomendable estudiar la forma en que el propio Consejo de Estado concibe sus precedentes y la manera en que jueces, tribunales y autoridades administrativas los aplican.

⁹ En la presentación, se señaló la existencia de un tercer modelo: el de resultados. Sin embargo, se observó que este modelo es vacío en tanto deviene necesariamente en alguno de los otros dos modelos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alexy, R. (1989). *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales.
- Alexander, L. (2012). Precedential Constraint, Its Scope and Strength: A Brief Survey of the Possibilities and Their Merits. En Bustamante, T. and Bernal Pulido, C. (Ed.). *On the Philosophy of Precedent* (pp. 75-82). Stuttgart, Germany: Franz Steiner Verlag.
- Alexander, L. and Sherwin, E. (2008). *Demystifying Legal Reasoning*. Cambridge, England: Cambridge University Press.
- Bankowski, Z. et al. (1997). Rationales for Precedent. En MacCommick, N., Summers, R. and Goodhart, A. (Ed.). *Interpreting Precedents* (pp. 481-501). New York, USA: Routledge.
- Bernal Pulido, C. (2008). El precedente en Colombia. *Revista Derecho del Estado*, 21, 81-94.
- Cepeda, M. (1998). *La Corte Constitucional, el año de la consolidación*. Bogotá, Colombia: Siglo del Hombre editores.
- Chiassoni, P. (2012). The Philosophy of Precedent: Conceptual Analysis and Rational Reconstruction. En Bustamante, T. and Bernal Pulido, C. (Ed.). *On the Philosophy of Precedent* (pp. 13-33). Stuttgart, Germany: Franz Steiner Verlag.
- Cross, R. y Harris, J. (2012). *El precedente en el derecho Inglés*. Madrid, España: Marcial Pons.
- Díaz Revorio, F. (2001). *Las sentencias interpretativas del tribunal constitucional*. Valladolid, España: Lex Nova.
- Dworkin, R. (1977). *Taking Rights Seriously*. Cambridge, England: Harvard University Press.
- Dworkin, R. (1986). *Law's Empire*. Massachusetts, USA: Harvard University Press.
- Finnis, J. (2000). *Ley natural y derechos naturales*. Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot.
- Gascón, M. (2012). Rationality and (Self) Precedent: Brief Considerations Concerning the Grounding and Implications of the Rule of Self Precedent. En Bustamante, T. and Bernal Pulido, C. (Ed.). *On the Philosophy of Precedent* (pp. 35-50). Stuttgart, Germany: Franz Steiner Verlag.
- Hart, H.L.A. (1994). *The concept of law*. Oxford, England: Clarendon Press.
- Levenbook, B. (2000). The Meaning of a Precedent. *Legal Theory*, 6, 185-240.
- López, D. (2000). *Eslabones del derecho*. Bogotá, Colombia: LEGIS.
- López, D. (2006). *El derecho de los jueces*. Bogotá, Colombia: LEGIS.
- MacCommick, N., Summers, R. and Goodhart, A. (Ed.). (1997). Apendix. *Interpreting Precedents* (pp. 559-561). New York, USA: Routledge.
- Merryman, J. (1989). *La tradición jurídica romano-canónica*. Ciudad de México, México: Fondo de Cultura Económica.
- Navarro, P. and Rodríguez, J. (2014). *Deontic Logic and Legal Systems*. Cambridge, England: Cambridge University Press.
- Olano García, H. (2004). Tipología de nuestras sentencias constitucionales. *Vniversitas*, 108, 571-602.
- Rojas Betancur, D. (2012). Extensión de las sentencias de unificación de jurisprudencia. En Consejo de Estado. *Instituciones del Derecho Administrativo en el nuevo Código. Una mirada a la luz de la Ley 1437 de 2011*. Bogotá, Colombia: Consejo de Estado y Banco de la República.
- Vargas Roza, O. (2014). *Las sentencias de unificación y el mecanismo de extensión de la jurisprudencia*. Bogotá, Colombia: Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado y Ministerio de Justicia y del Derecho.
- Schauer, F. (2004). *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana*. Barcelona, España: Marcial Pons.
- Troper, M. and Grezgorczyk, C. (1997). Precedent in France. En MacCommick, N., Summers, R. and Goodhart, A. (Ed.). *Interpreting Precedents*. New York, USA: Routledge.
- Raz, J. (1990). *Practical Reason and Norms*. Oxford, England: Oxford University Press.