

CONTENIDO

PRESENTACIÓN	17
INTRODUCCIÓN	19
1. Distinción tradicional entre sistemas de derecho civil y anglosajón	20
2. Necesidad de un estudio de derecho extranjero	27
2.1. El precedente en Inglaterra	29
2.2. El precedente en Estados Unidos	43
2.3. El precedente en Francia	50
2.4. El precedente en Alemania	69
2.5. Conclusiones para el caso colombiano	75
3. Breve historia legislativa de Colombia	86
3.1. La codificación federalista: negación de la fuerza vinculante de la jurisprudencia (1858-1886)	86
3.2. Los textos legales de la 'Regeneración' (1886-1892)	88
3.3. De la 'doctrina legal' a la 'doctrina probable' (1892-1896)	91
3.4. La Constitución de 1991 y las 'reglas de corrección'	93
3.5. Los intentos del legislador por definir el valor de la jurisprudencia desde 1991	96
3.6. Transformación del rol del juez contencioso administrativo en los años que precedieron la expedición del CPACA	103
4. Breve historia jurisprudencial anterior al CPACA (1991-2011)	109
5. Las sentencias de unificación jurisprudencial y su régimen	128
6. Las sentencias de unificación jurisprudencial tienen valor de 'precedente', y no constituyen mera 'jurisprudencia'	141
7. Situación jurídica poco satisfactoria, propósito y estructura de esta investigación	146

PARTE I

NECESIDAD, FUNDAMENTOS Y CONDICIONES DE UNA TEORÍA LOCAL DEL PRECEDENTE JUDICIAL

TÍTULO I: NECESIDAD DE UNA TEORÍA LOCAL DEL PRECEDENTE JUDICIAL	157
CAPÍTULO I: APROXIMACIONES SOBRE EL PAPEL DEL PRECEDENTE EN LA PRÁCTICA JUDICIAL DESDE LA TEORÍA DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA	161
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	162
1.1. Decisión judicial como acto de individualización del derecho (Schmill y Cossio; Tamayo y Salmorán)	162

1.2.	Distinción entre justificación interna y externa de la decisión judicial (Wróblewski; Chiassoni)	166
1.3.	<i>Precedente como razón excluyente de segundo orden</i> en el proceso de aplicación del derecho (Raz)	179
1.4.	Modelo de reglas del precedente, donde el tribunal del precedente actúa como órgano legislativo y judicial (Alexander)	185
1.5.	La decisión judicial debe ser amplia y basada en reglas (Iturralde, maximalismo, formalismo democrático)	188
2.	Función distintiva del precedente, disímil a la de la regla, en la producción de la decisión judicial	207
2.1.	Decisión caso a caso, centrada en la comparación de patrones fácticos (minimalismo)	207
2.2.	La jurisprudencia como forma de 'concretar' o 'realizar' el derecho en función del caso individual (Müller, Hesse)	218
2.3.	Interpretación "orientada a los hechos", como uno de los presupuestos de la aplicación de las normas (Guastini)	225
CAPÍTULO II: APROXIMACIONES SOBRE EL PAPEL DEL PRECEDENTE EN LA PRÁCTICA JUDICIAL DESDE LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA		
		229
1.	El realismo jurídico y la teoría escéptica de la interpretación	230
2.	Entre realismo y formalismo: modelo positivista de discreción judicial (Hart)	236
3.	El precedente vinculado a la operación básica de la ponderación (Bernal, Bustamante y Perrone)	241
4.	El precedente vinculado al principio de universalidad	253
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)	255
4.2.	Vertiente lógica: teoría de las transformaciones de la ley y dentro de la ley (Peczenik)	259
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 McCormick)	263
TÍTULO II: FUNDAMENTOS Y CONDICIONES DE UNA TEORÍA LOCAL DEL PRECEDENTE JUDICIAL		
		287
CAPÍTULO I: FUNDAMENTOS TEÓRICOS DE UNA TEORÍA LOCAL DEL PRECEDENTE		
		289
1.	Premisas conceptuales	289
1.1.	Concepto amplio de interpretación	289
1.2.	Concepto estricto de precedente judicial	290

1.3. Distinción entre la <i>ratio</i> aparente y la <i>ratio</i> verdadera, en términos de Chiassoni; esta última es la que debe descubrir el órgano decisor	292
2. Premisas ideológicas	294
2.1. Rechazo del positivismo legocéntrico del siglo XIX e incluso del 'positivismo suave de Hart'	294
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	296
2.3. Razonar con precedentes es distinto de razonar con textos normativos (<i>e. g.</i> , leyes, reglamentos)	297
2.4. Es posible la distinción de casos sin revocar o desconocer la fuerza vinculante del precedente	298
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"	300
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 <i>stare decisis</i> , haciendo énfasis en la universalización de los resultados y reservando la ponderación para casos límite	301
3.1. Razones justificativas de las reglas como pauta de relevancia (Alexy)	301
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	301
3.3. La ponderación procede solo en casos límite	305

CAPÍTULO II: CONDICIONES PRÁCTICAS DE UNA TEORÍA LOCAL

DEL PRECEDENTE	307
I. Consecuencias prácticas del concepto estricto de precedente judicial	307
1.1. La <i>ratio</i> verdadera no se encuentra nunca en los fundamentos (<i>rationale</i>) de la decisión con fuerza de precedente, sino en lo que el juez anterior hizo o decidió	307
1.2. Las operaciones posibles con la regla de precedente son las siguientes: aplicarlo, extenderlo o distinguirlo	308
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	309

2.	Consecuencias prácticas del rechazo del positivismo legocéntrico del siglo XIX	310
2.1	Se debe renunciar a cualquier intento de construir una “premisa mayor” a partir de la sentencia que constituye el precedente (C_1)	310
2.2	En tratándose del precedente judicial, es incorrecto pretender aplicar una “regla general” por la vía de la subsunción, para obtener de ello una decisión para el caso por resolver (C_2)	312
3.	Consecuencias prácticas del precedente como forma de razonamiento analógico	312
3.1.	“[C]ualquier aplicación del precedente judicial debe ir acompañada de una analogía entre los casos”	312
3.2.	La representación que hace Goodhart es solo el punto de partida	316

PARTE II

TEORÍA LOCAL DEL PRECEDENTE JUDICIAL

TÍTULO I: UN NUEVO CONCEPTO DE PRECEDENTE JUDICIAL	323
CAPÍTULO I: PRINCIPALES APROXIMACIONES AL PRECEDENTE JUDICIAL EN COLOMBIA	325
1. Prohibición constitucional del precedente judicial (Tamayo, Yepes y Jaramillo)	325
2. Compatibilidad entre el uso contemporáneo de la jurisprudencia constitucional y el parámetro constitucional	332
2.1. Optimismo histórico y la tradición continental del precedente (Henao)	332
2.2. Jurisprudencia “interpretativa”	335
2.3. Reconfiguración de las fuentes del derecho (López, Quinche, Santofimio)	343
CAPÍTULO II: CONSECUENCIAS DEL CONCEPTO ESTRICTO DE PRECEDENTE JUDICIAL	355
1. Sentencias con fuerza de precedente en Colombia	355
1.1. Sentencias con fuerza de precedente en la jurisdicción constitucional	361
1.2. Sentencias con fuerza de precedente en la jurisdicción ordinaria	367
1.3. Sentencias con fuerza de precedente en la jurisdicción de lo contencioso administrativo	370
1.4. Sentencias con fuerza de precedente en la jurisdicción disciplinaria	377
2. Sujeción estricta de autoridades administrativas a las sentencias de unificación jurisprudencial y autoridad relativa para jueces	380

2.1.	Instrumentos jurídicos para garantizar el poder vinculante de las sentencias de unificación jurisprudencial frente a autoridades administrativas	382
2.1.1.	La “extensión de jurisprudencia”	383
2.1.2.	Procedencia excepcional del <i>apartamiento administrativo</i> (artículo 102 CPACA) y el proceso judicial para la extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado a terceros (artículo 269 CPACA)	400
2.2.	Instrumentos jurídicos para garantizar el poder vinculante de las sentencias de unificación jurisprudencial para autoridades judiciales	405
2.2.1.	El recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia	405
2.2.2.	Procedencia excepcional del <i>apartamiento jurisprudencial</i> y el mecanismo de tutela contra providencias judiciales que desconozcan las sentencias de unificación jurisprudencial	409
2.2.3.	Responsabilidad del Estado por error jurisdiccional	422
2.3.	Instrumentos comunes para garantizar el poder vinculante de las sentencias de unificación jurisprudencial	423
2.3.1.	Configuración del delito de prevaricato por acción por separarse de lo dictado en sentencias de unificación jurisprudencial	423
2.3.2.	La técnica de distinción (<i>distinguishing</i>) como razón para no aplicar una sentencia de unificación jurisprudencial y como instrumento para garantizar su fuerza vinculante	426

TÍTULO II: ELEMENTOS ESTRUCTURALES DE LA TEORÍA LOCAL DEL PRECEDENTE
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO 431

CAPÍTULO I: PREMISAS CONTEXTUALES PARA EL CASO COLOMBIANO	433
1. Un nuevo y estricto concepto de “precedente”	433
1.1. La regla judicial se obtiene a partir de una única sentencia	433
1.2. La generalidad no es una característica esencial de la regla judicial	433
1.3. La sentencia de unificación jurisprudencial solo tiene autoridad frente al caso resuelto y con los que compartan sus características esenciales o “materiales”, dejando muchos asuntos sin decidir	434
2. El precedente es uno solo, aunque puede tener varios usos y aplicaciones	435
2.1. El precedente contencioso administrativo del CPACA fue diseñado con el parámetro del precedente constitucional, cuyas principales categorías de análisis recogió	437

- 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) 437
- 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 444
- 3. Vanguardismo para lo contencioso administrativo 446
 - 3.1. Antiformalismo y constitucionalismo 446
 - 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 447

CAPÍTULO II: MÉTODO PARA DETERMINAR Y APLICAR EL PRECEDENTE
CONTENIDO EN LAS SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL
DEL CONSEJO DE ESTADO 449

- 1. Descubrimiento de la “*ratio verdadera*” de una sentencia de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado 451
- 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 453
 - 2.1 Para el test de relevancia resultan útiles las técnicas de interpretación metatextual de la *ratio decidendi* 454
 - 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” (Alexy), pero no siempre lo tienen 456
 - 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 457
 - 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 458
 - 2.5 Debe controlarse el resultado, so pena de que la decisión quede librada al azar o se torne meramente “particularista” 459
- 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 465

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 466

CONCLUSIONES 471

BIBLIOGRAFÍA 487