

LA PRETENSIÓN DE AUTORIDAD DEL DERECHO:  
APUNTES PARA UNA TEORÍA DEL PRECEDENTE  
JUDICIAL

Autor:

Fabio Enrique Pulido Ortiz

TESIS DOCTORAL

FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS  
AIRES

DIRECTORES DE LA TESIS:

Martín Diego Farrell y Paula Gaido

ÁREA DEL DOCTORADO:

FILOSOFÍA DEL DERECHO



Facultad de Derecho  
Universidad de Buenos Aires

Dedicatoria: A Malena y a Patricia, sin dudas.

### Agradecimientos:

La decisión de realizar y finalizar un doctorado no debe tomarse a la ligera. Existen diferentes costos físicos, económicos y morales que deben considerarse. En cualquier caso, no es posible adelantar este proyecto sin la ayuda de diferentes personas e instituciones. En mi caso, agradezco en primer término a mis directores. Martín D. Farrell ha sido, sin dudas, un generoso maestro en estos años. Paula Gaido me ha acompañado en este trabajo con una paciencia, dedicación y sabiduría inigualable. Con ella he aprendido a “nadar” entre las ideas de la teoría del derecho y a asumir este reto con rigor.

Agradezco el apoyo que en diferentes momentos me dieran Edwin de J. Horta, Joaquín Millón Quintana, Gabriel Mora Restrepo, Lucas S. Grosman y Gustavo Beade. Versiones previas de los capítulos de este trabajo fueron presentadas y discutidas en el XXVII Congreso Mundial de LA IVR (Washington D.C 2015), en el XII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional (Bogotá, 2015), en el Simposio Internacional de Filosofía del Derecho “Racionalidad en el Derecho” (UBA/Universidad de San Petersburgo, 2014), en el Congreso de Filosofía del Derecho para el Mundo Latino (Alicante, 2016) y en el seminario de profesores de la Universidad de Navarra (Navarra, 2016). En estos eventos recibí los valiosos comentarios de Luis Duarte d'Almeida, Francesco Viola, Pilar Zambrano, Ricardo Guibourg, Juan Ruiz Manero, Angeles Rodenas, Isabel Trujillo y Ezequiel Monti.

En este camino recibí la ayuda de la Universidad de San Andrés, la Universidad Católica de Colombia, la Universidad de Palermo, la Universidad de Buenos Aires y la Sociedad Argentina de Análisis Filosófico. El último año recibí el apoyo de la Universidad de la Sabana, quien me ha dado un ambiente único para culminar este proyecto. Mis estudiantes y compañeros en ésta institución han soportado mis discusiones. Por ello agradezco a los profesores Juan F. Córdoba, Juana I. Acosta, Andrés Agudelo, Cristian Rojas, Diego Cediél, Vicente Benítez, José Julián Suarez e Iván Garzón Vallejo; a los estudiantes de la Maestría en Derecho Constitucional; y a los miembros del semillero “Fundamentos Filosóficos del Derecho Constitucional”, en especial J. Tatiana Rojas, M. Alejandra Mercado, Pablo Rivas, Sergio Barreto y Carolina Burgos.

Por último, a mi familia. Patricia y Malena tuvieron la valentía de acompañar a un estudiante de doctorado con los recursos económicos del que puede disponer un becario en Latinoamérica, todo un logro. Sin “títulos” agradezco a Gloria, Tiberio, Laura, Diana, Lucila, Jaime, Clema, Andrew, Camilo, Kelly, Tor, Boris, Falcor y los niños.

## **Resumen**

En los ordenamientos jurídicos que reconocen la regla de precedente, los individuos vinculados deben seguir lo que esta establezca. Sin embargo, estos ordenamientos suelen establecer dos límites a la regla de precedente: por una parte, se faculta a los individuos (en particular los jueces) para que amplíen o reduzcan el ámbito del precedente, y por otra, se autoriza a apartarse de un precedente (y en determinadas circunstancias anularlo) cuando se encuentran razones (o un conjunto de razones) que superan la fuerza normativa del precedente.

Esta investigación se propone explicar en qué sentido los precedentes pueden reclamar autoridad, al exigir que los jueces actúen conforme a ellos, aunque no estén de acuerdo, estableciendo incluso instituciones sancionatorias, y al mismo tiempo, reconocer a los jueces la facultad de apartarse de ellos, distinguiéndolos o identificando una razón (o un conjunto de razones) que los supere.

Este trabajo se divide en cuatro grandes secciones. En la primera, se explican los principales factores que afectan la implementación de la regla de precedente en los ordenamientos jurídicos, tomando como caso de estudio el desarrollo de la regla de precedente en el derecho constitucional colombiano (capítulo 1). En la segunda, se estudian los fundamentos y límites de la tesis de las razones protegidas, de la que se señalan aspectos pertinentes a fin de explicar el problema de la autoridad de los precedentes judiciales, y en particular cómo se relaciona el alcance de la exclusión con la posibilidad de que los individuos se aparten de los precedentes judiciales (capítulos 2 y 3). En la tercera, se aborda la posibilidad de conciliar la pretensión de autoridad de los precedentes judiciales y la facultad de que el ámbito de estos sea ampliado o reducido (capítulos 4 y 5). En la cuarta, se analiza la relación entre la autoridad normativa de los precedentes judiciales y la existencia de sanciones ante su incumplimiento (capítulo 6).

<b>TABLA DE CONTENIDO</b>	<b>Pág.</b>
INTRODUCCIÓN	11
<b>CAPÍTULO 1: LA REGLA DEL PRECEDENTE: CONSIDERACIONES A LA LUZ DEL DERECHO CONSTITUCIONAL COLOMBIANO</b>	<b>16</b>
1.1. ASPECTOS INSTITUCIONALES: ORGANIZACIÓN DE LA RAMA JUDICIAL Y LOS ÓRGANOS DE CIERRE	17
1.2. EL RECONOCIMIENTO DE LA REGLA DE PRECEDENTE	24
1.2.1. El fundamento de la vinculación del autoprecedente	27
1.2.2. El fundamento de la vinculación vertical del precedente	30
1.3. LA FUNCIÓN NORMATIVO-AUTORITATIVA DEL PRECEDENTE	31
1.3.1. La cosa juzgada y el precedente judicial	32
1.3.2. La <i>ratio decidendi</i> de los precedentes judiciales	36
1.3.3. Los límites de la regla de precedente	39
1.3.4. Mecanismos de disciplina jurisprudencial	45
1.4. RECAPITULACIÓN Y PLANTEAMIENTO DE ALGUNAS CUESTIONES	50
<b>CAPÍTULO 2: LA FUNCIÓN EXCLUYENTE DE LAS NORMAS JURÍDICAS</b>	<b>54</b>
2.1. LAS NORMAS JURÍDICAS COMO RAZONES PARA LA ACCIÓN	56

2.2. LA FUNCIÓN DE LAS RAZONES PROTEGIDAS EN EL RAZONAMIENTO PRÁCTICO	66
2.2.1. Actuar en cumplimiento y de conformidad	67
2.2.2. La función excluyente de las razones protegidas en el razonamiento práctico	68
2.3. LA DOCTRINA DE LA AUTORIDAD LEGÍTIMA	72
2.4. AUTONOMÍA DEL DERECHO Y TESIS DE LAS FUENTES SOCIALES	80
2.5. RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES	87
<b>CAPÍTULO 3: LÍMITES A LA AUTORIDAD PRÁCTICA DE LOS PRECEDENTES JUDICIALES: LOS PROBLEMAS DEL ALCANCE Y LA DERROTABILIDAD DE LAS REGLAS JURÍDICAS</b>	<b>91</b>
3.1. LÍMITES PRÁCTICOS DE LA AUTORIDAD DE LAS REGLAS JURÍDICAS: EL ALCANCE DE LA EXCLUSIÓN	93
3.2. RELACIONES NORMATIVAS: ANTINOMIAS Y EXCEPCIONES	97
3.2.1. Antinomias: contradicciones entre reglas sin condiciones de prevalencia	98
3.2.2. Excepciones: contradicciones entre reglas con condiciones de prevalencia	100
3.3 LA DERROTABILIDAD DE LAS REGLAS COMO CONSECUENCIA DE SU INTERACCIÓN CON LAS RAZONES SUBYACENTES	101
3.4. CONSIDERACIONES SOBRE EL ALCANCE Y LA	

DERROTABILIDAD DE LAS REGLAS EN EL MARCO DE LA REGLA DE PRECEDENTE	113
3.4.1. La fuerza del precedente	114
3.4.2. El ámbito del precedente	121
3.5. RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES	123
<b>CAPÍTULO 4: LUGAR Y LÍMITES DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA</b>	128
4.1. EL LUGAR DE LA INTERPRETACIÓN EN LA TEORÍA DE LAS NORMAS JURÍDICAS	129
4.1.1. El significado de las disposiciones jurídicas	131
4.1.2. La interpretación de las disposiciones jurídicas	136
4.1.2.1. Rasgos generales de la interpretación	137
4.1.2.2. Interpretación y el concepto de derecho	141
4.2. LA CONSTRUCCIÓN O CREACIÓN DE NORMAS JURÍDICAS	144
4.3. EL LUGAR DE LA INTERPRETACIÓN EN LAS DECISIONES JUDICIALES	147
4.4. RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES	152
<b>CAPÍTULO 5: AUTONOMÍA DEL DERECHO. ANOTACIONES A PROPÓSITO DE LA FACULTAD DE AMPLIAR O REDUCIR EL AMBITO DE LOS PRECEDENTES</b>	154
5.1. SIGNIFICADO Y AUTONOMÍA DE LAS DISPOSICIONES JURÍDICAS	156
5.2. CONSIDERACIONES SOBRE LA OBJETIVIDAD DEL	

SIGNIFICADO DE LAS DISPOSICIONES JURÍDICAS	163
5.3. EL PROBLEMA DEL SIGNIFICADO DE LOS PRECEDENTES JUDICIALES	171
5.3.1. Dos modelos acerca de la creación de precedentes judiciales	171
5.3.2. Tres modelos de vinculación de los precedentes judiciales	175
5.3.3. La identificación del contenido y la interpretación de los precedentes judiciales	183
5.3.4. Los retos de cara a la autonomía del significado de los precedentes judiciales	186
5.4. RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES	193
<b>CAPÍTULO 6: LA NORMATIVIDAD DE LAS SANCIONES JURÍDICAS Y LA RELEVANCIA DE LOS MECANISMOS DE DISCIPLINA JURISPRUDENCIAL</b>	195
6.1. MECANISMOS INSTITUCIONALES DE DISCIPLINA JURISPRUDENCIAL	196
6.2. EL PAPEL DE LAS SANCIONES EN EL RAZONAMIENTO PRÁCTICO	200
6.3. EL LUGAR DE LAS SANCIONES EN EL DERECHO	212
6.3.1. La teoría imperativista del derecho: las sanciones como condición necesaria de la normatividad jurídica	213
6.3.2. Las sanciones jurídicas como elemento contingente de la normatividad jurídica	218
6.3.3. Las sanciones jurídicas como un elemento necesario: argumentos sobre la eficacia y la exigibilidad de los deberes jurídicos	222
6.4. CONCLUSIONES: LA RELEVANCIA DE LAS SANCIONES Y	

EL USO DE LA FUERZA	226
<b>BALANCE FINAL: ACERCA DEL CARÁCTER AUTORITATIVO DE LOS PRECEDENTES JUDICIALES</b>	<b>230</b>
1. EL PROBLEMA DE LA AUTORIDAD DE LOS PRECEDENTES JUDICIALES	230
2. LA REGLA DE PRECEDENTE Y LOS PRECEDENTES JUDICIALES	232
3. LÍMITES A LA AUTORIDAD PRÁCTICA: LA FUERZA Y EL ÁMBITO DE LOS PRECEDENTES JUDICIALES	236
4. LA FUERZA COERCITIVA EN LA REGLA DE PRECEDENTE	241
<b>BIBLIOGRAFÍA</b>	<b>245</b>
1. Referencias bibliográficas	245
2. Legislación y jurisprudencia	260

## INTRODUCCIÓN

La teoría del derecho debe aportar herramientas teóricas y metodológicas para abordar los niveles fundamentales de las prácticas jurídicas que pretende explicar, así como el análisis crítico de problemas jurídicos reales. 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 dicha 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 desarrolla.

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 las normas jurídicas establecidas por la Corte Constitucional como fundamento de sus decisiones (Bernal, 2008) (López, 2006).

Esta problemática, claro está, no es exclusiva de la práctica constitucional colombiana. En diferentes ordenamientos jurídicos, y en particular aquellos que establecen un control judicial de la constitución, hay en la actualidad una preocupación por el rol de las normas jurídicas de orden 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 (Komarek, 2013).

En este contexto, han surgido las siguientes preguntas: ¿en qué sentido se puede afirmar que los jueces y la Corte Constitucional, en el caso colombiano, 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 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, el precedente judicial (PJ) es una norma jurídica de carácter general creada por los jueces, que tiene la capacidad de guiar decisiones en casos posteriores. Así, la teoría del PJ se enfoca en tres aspectos: 1) la creación judicial del derecho, es decir las características y condiciones en que los jueces, en sus providencias, crean normas jurídicas; 2) la comprensión e identificación del contenido de los PJ, y 3) la función normativa de los precedentes, es decir, la forma como pretenden guiar la conducta de los individuos.

Los precedentes 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 & Summers, 1997).

Sobre esto último, algunos autores sostienen que los precedentes judiciales, pese a sus eventuales diferencias con otras disposiciones jurídicas, 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) (Komarek, 2013). Incluso, los ordenamientos jurídicos suelen establecer 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 normativa 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).

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).

Con base en lo anterior, la cuestión abordada en esta investigación puede formularse con la pregunta siguiente: ¿en qué sentido puede afirmarse la naturaleza autoritativa de los PJ (que exige que los jueces 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?

En consecuencia, esta investigación aborda cuatro asuntos centrales: 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 al 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) de ampliar o reducir su ámbito de aplicación, e incluso de apartarse de los precedente 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.

El objetivo de esta investigación consiste, por lo tanto, en explicar el carácter normativo de los PJ, precisando los fundamentos y límites de la pretensión de autoridad normativa que se les adjudica, y dando claridad a la posibilidad de que las prácticas jurídicas que reconocen la regla de precedente (RP).

Para ello, en el capítulo 1 se explicarán diferentes factores que afectan la implementación de la autoridad práctica de los PJ. Se toma como caso de estudio la forma como la RP se ha implementado en el derecho constitucional colombiano, y se delimitan aspectos relacionados con la fuerza, el ámbito y los mecanismos sancionatorios, en el marco de una práctica de precedentes.

En el capítulo 2 se estudiarán los fundamentos conceptuales de la explicación “excluyente” de la autoridad normativa del derecho, a partir de la tesis de J. Raz, y en particular de su noción de razones protegidas. Se señalan algunos límites a esta noción, pertinentes para explicar el problema de la normatividad del PJ, tal como se precisó antes.

En los capítulos 3, 4 y 5 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 3, en concreto, se analizará 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 4 y 5 se estudiará 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. Y en el capítulo 5 se analizará la relación entre las sanciones

y la autoridad normativa del derecho, teniendo en cuenta la importancia que, al menos en el caso colombiano, han mostrado los mecanismos de disciplina jurisprudencial en el desarrollo de la RP.

Por lo demás, cabe señalar que, a lo largo de toda la investigación, 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 las explicación de la función autoritativa de los precedentes judiciales.

**CAPÍTULO I:**  
**LA REGLA DEL PRECEDENTE: CONSIDERACIONES A LA LUZ DEL**  
**DERECHO CONSTITUCIONAL COLOMBIANO**

En general, el precedente judicial (PJ) puede cumplir dos funciones normativas: por una parte, una función persuasiva, al guiar la conducta de los individuos, cuando estos están convencidos de la corrección del PJ, o en todo caso, están de acuerdo con él; y por otra, una función normativo-autoritativa, al exigir determinadas conductas, aun si los individuos no están de acuerdo<sup>1</sup>. Cuando los ordenamientos jurídicos reconocen una doctrina o regla de precedente (RP), reconocen a su vez una función normativo-autoritativa del PJ.

Existen diferentes aspectos institucionales y normativos que afectan la RP. El conocido estudio comparado de MacCormick y Summers (1997: 7) señala que, para definir la forma en que opera la RP, hay que investigar el contexto institucional en que se usan los PJ (en particular, la estructura de la rama judicial), las razones o el fundamento para reconocer la RP, el concepto de carácter vinculante de los PJ (la forma como se concibe la autoridad de estos), la identificación de los elementos jurisprudenciales a los que se reconoce autoridad, y la identificación de los fundamentos y métodos para apartarse de los PJ.

En este capítulo, según los criterios señalados por MacCormick y Summers (1997), y con base en el derecho constitucional colombiano, se señalan los diferentes factores que influyen en la implementación de la RP, haciendo énfasis en las variables que afectan la obligatoriedad de los PJ. En concreto, se trata de dar respuesta a las preguntas siguientes: ¿cómo está organizada la rama judicial en su estructura jerárquica y en las relaciones entre órganos de cierre y órganos de instancia?; ¿cuáles son las características del reconocimiento de la RP en el derecho constitucional

---

<sup>1</sup> Una revisión general de esta distinción puede verse en Lamond (2014), MacCormick y Summers (1997) y Levenbook (2000).

colombiano?; ¿cómo se comprende la función normativo-autoritativa de los PJ y en qué casos?, y ¿en qué condiciones es posible apartarse de un precedente?

### **1.1. ASPECTOS INSTITUCIONALES: ORGANIZACIÓN DE LA RAMA JUDICIAL Y LOS ÓRGANOS DE CIERRE**

La estructura de la rama judicial es uno de los aspectos institucionales de mayor impacto en la configuración de la RP. Esto es así, toda vez que esta estructura determina, entre otras cosas, qué jueces serán vinculados a los PJ<sup>2</sup>. En este contexto, suele distinguirse entre precedente horizontal, precedente vertical y autoprecedente: es horizontal cuando se deriva de un juez o tribunal de la misma jerarquía del que debe tomar la decisión actual; es vertical cuando se deriva de una decisión judicial de un superior funcional, y es autoprecedente cuando lo establece el propio juez o tribunal<sup>3</sup>. Con base en esto, el propósito de este apartado es describir la estructura de la rama judicial colombiana, precisando los casos de vinculación vertical, horizontal y de autoprecedente.

En los ordenamientos jurídicos que establecen el control judicial de la constitución, la organización judicial depende de cómo se articula esta función (jurisdicción constitucional) con la administración de la justicia ordinaria (jurisdicción ordinaria)<sup>4</sup>. Al respecto, se señalan dos modelos: centralizados (europeo) y descentralizados (americano) (Ferrerres Comella, 2011: 29-38). Los modelos descentralizados establecen una estructura dualista, por cuanto dividen el poder judicial en funciones de jurisdicción constitucional, encargada al tribunal constitucional, y de jurisdicción ordinaria, encargada de casos concretos. La estructura dualista puede ser más o menos rígida, según dos variables: la pureza y la autonomía (Ferrerres Comella, 2005: 305-326). La pureza depende de si el control constitucional abstracto es la única

---

<sup>2</sup> De acuerdo con Alexander (2012), los PJ tienen un ámbito de aplicación (*scope*) y una fuerza (*strength*). El ámbito de aplicación, según el autor, se refiere al conjunto de potenciales decisiones afectadas por la RP; y la fuerza, a las condiciones establecidas en el ordenamiento jurídico para que un PJ sea anulado. Se puede afirmar, por tanto, que el ámbito de aplicación es el conjunto de casos regulados por el PJ y los sujetos vinculados a su autoridad (ámbito subjetivo de aplicación). Como se verá, la estructura de la rama judicial afecta tanto el alcance subjetivo y objetivo de los PJ, como su fuerza.

<sup>3</sup> Véase Cross y Harris (2012), Garay (2013), Gascón (2012) y Magaloni (2001).

<sup>4</sup> Véase Ferrerres Comella (2011: 25-38) y (2005: 305-326).

competencia del tribunal constitucional, en cuyo caso se dirá que la estructura dualista es *pura*. Por su parte, la autonomía depende del grado en que el tribunal constitucional está desligado de la jurisdicción ordinaria, por lo que la estructura dualista será más pura cuanto menor sea la vinculación de dicho tribunal con esta jurisdicción. De esta manera, si mediante algún tipo de recurso o acción judicial, el tribunal constitucional tiene la capacidad de revisar las decisiones de la jurisdicción ordinaria, el sistema pierde su pureza y se convierte en un tribunal jurisdiccional de cierre (Ferrerres Comella, 2011: 29-38; y 2005: 305-326).

Ahora bien, el modelo original de la Constitución Política de Colombia planteaba un modelo dualista impuro, donde una jurisdicción ordinaria delimitada, con órganos de cierre independientes, coexistía con una jurisdicción constitucional, cuyo órgano de cierre es la Corte Constitucional. Sin embargo, la práctica jurídica colombiana ha configurado una organización judicial con un solo órgano de cierre, al aceptarse que la Corte Constitucional revise las decisiones judiciales ordinarias, mediante la admisión de la procedibilidad de la acción de tutela contra sentencias. Esta doctrina ha impactado en el diseño institucional colombiano, a través de una forma de modelo jurisdiccional monista. En efecto, mediante la acción de tutela contra sentencias de los órganos de cierre, se diluye el principio de separación entre la jurisdicción ordinaria y la constitucional (propio de los sistemas descentralizados), y se instituye la Corte Constitucional como máximo órgano judicial de ambas jurisdicciones (Pulido Ortiz, 2015: 81-105).

La jurisdicción ordinaria está conformada por la jurisdicción contencioso-administrativa, la jurisdicción disciplinaria y la jurisdicción ordinaria en estricto sentido<sup>5</sup>. La jurisdicción contencioso-administrativa está encargada del juzgamiento de las controversias y los litigios administrativos originados en entidades públicas y en personas privadas que desempeñan funciones públicas<sup>6</sup>; está conformada por el Consejo de Estado, como órgano de cierre, los tribunales administrativos y los juzgados administrativos. La jurisdicción disciplinaria está encargada del control

---

<sup>5</sup> República de Colombia, Constitución Política, artículos 228 a 245, y Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, artículo 11. Un estudio de la estructura de la Rama Judicial en Colombia puede verse en Julio (2003) y Quinche (2008: 514-530).

<sup>6</sup> República de Colombia, Constitución Política, artículos 236 y 237, y Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, artículos 34 a 42.

disciplinario de la rama judicial<sup>7</sup>; está conformada por los consejos seccionales de la judicatura y la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, como órgano de cierre<sup>8</sup>. Y la jurisdicción ordinaria en estricto sentido está encargada del juzgamiento de todos los asuntos civiles, penales, laborales y de familia; tiene una estructura piramidal, con la Corte Suprema de Justicia como órgano de cierre, tribunales superiores de segunda instancia y juzgados<sup>9</sup>.

Por su parte, la jurisdicción constitucional en Colombia ha sido encargada de dos asuntos específicos: control abstracto de constitucionalidad de normas con rango de ley, y control concreto mediante acción de tutela, para protección de los derechos fundamentales<sup>10</sup>. En cuanto a lo primero, esto corresponde de forma exclusiva a la Corte Constitucional; y en cuanto a lo último, las acciones de tutela pueden ser conocidas y resueltas por cualquier juez, y sin embargo, en este caso la Corte Constitucional es el órgano de cierre, por el poder que la Constitución le otorga de revisar sentencias de tutela que ella seleccione<sup>11</sup>.

Siendo todos los jueces competentes para conocer la acción de tutela, y siendo la Corte Constitucional su órgano de cierre, mediante la revisión de las decisiones judiciales correspondientes, se establece un vínculo entre esta Corte y los jueces de la jurisdicción ordinaria, quienes, al conocer de un proceso de tutela, conforman funcionalmente la jurisdicción constitucional en materia de derechos fundamentales. Por ello, corporaciones judiciales que en la jurisdicción ordinaria cumplen funciones de órganos de cierre, en materia de derechos fundamentales las cumplen como órganos de instancia (Botero, 2007).

Por otra parte, la doctrina sobre la acción de tutela contra sentencias desarrollada por la Corte Constitucional, se ha constituido en un mecanismo para asegurar su autoridad como órgano de cierre, con voz definitiva en las discusiones jurídicas del

---

<sup>7</sup> República de Colombia, Constitución Política, artículo 254, y Ley Estatutaria de Justicia, artículo 75.

<sup>8</sup> República de Colombia, Congreso de la República, Acto Legislativo 2 de 2015.

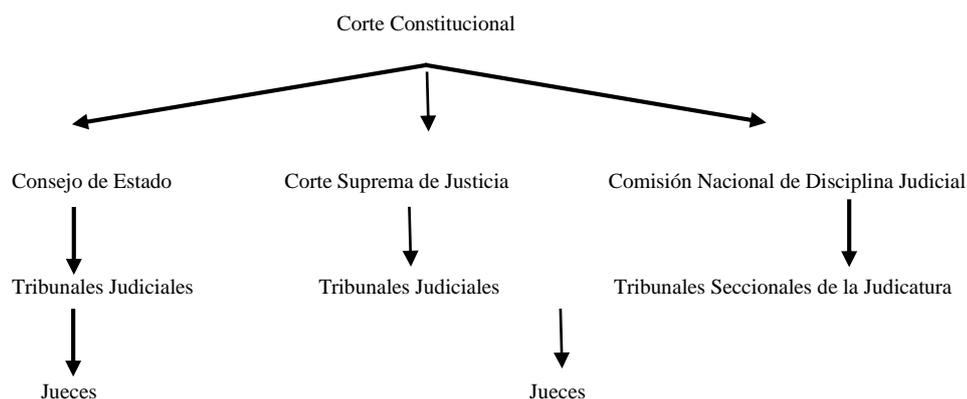
<sup>9</sup> República de Colombia, Constitución Política, artículos 234 y 235, y Ley Estatutaria de Justicia, artículos 15 a 22.

<sup>10</sup> Para estudios sobre la jurisdicción constitucional en Colombia, véase Cifuentes (2002), Quinche (2013) y Pulido Ortiz (2009).

<sup>11</sup> De acuerdo con el artículo 241 de la Constitución, a la Corte Constitucional le corresponde “Revisar, en la forma que determine la ley, las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales”.

país. La implementación de la doctrina de la acción de tutela contra sentencias, ha llevado a incorporar las decisiones de la jurisdicción ordinaria en la jurisdicción de la Corte Constitucional. De acuerdo con C. Bernal Pulido, la acción de tutela contra sentencias es una “vía de comunicación” entre la jurisdicción ordinaria y la constitucional, pues gracias a ella los jueces ordinarios, y de forma principal sus órganos de cierre, pueden proponer cambios en la jurisprudencia constitucional, lo cual después es examinado por la Corte Constitucional, entidad que cuenta con la potestad para avalarlos o rechazarlos, a fin de que la práctica constitucional se conserve o se desarrolle, según el caso (Bernal Pulido, 2005:183).

En definitiva, mediante la acción de tutela contra sentencias de los órganos de cierre, se diluye el principio de separación entre la jurisdicción ordinaria y la constitucional de los sistemas descentralizados, y en cambio, se plantea un sistema monista, donde la Corte Constitucional se instituye como órgano de cierre del sistema judicial en Colombia. En otras palabras, la estructura de la jurisdicción en Colombia plantea una organización piramidal: en el primer nivel está la Corte Constitucional; en el segundo, los órganos de cierre de la jurisdicción ordinaria (Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado y Comisión Nacional de Disciplina Judicial); en el tercero, los tribunales judiciales, y en el cuarto, los jueces<sup>12</sup>. A continuación, se presenta esta estructura piramidal:



<sup>12</sup> Una caracterización exhaustiva de la organización judicial en Colombia exige matices que exceden los propósitos de este trabajo. Por ejemplo, habría que anotar que, en cada nivel, se plantean relaciones jerárquicas. En el nivel 4 habría que diferenciar entre jueces municipales y jueces del circuito. Y en los niveles 2 y 3 habría que establecer diferencias y relaciones entre las distintas salas que conforman tanto a los tribunales como a la Corte Suprema de Justicia y al Consejo de Estado (véase, por ejemplo, el organigrama elaborado por la propia Rama Judicial: <https://www.ramajudicial.gov.co/portal/sobre-la-rama/informacion-general/organigrama>).

En consecuencia, los precedentes de la Corte Constitucional conllevan una autoridad vertical respecto de los niveles 2, 3 y 4 de la organización de la rama judicial colombiana.

Incluso, dentro de la propia Corte Constitucional se han configurado diferentes tipos de autoridad horizontal y vertical del precedente. La Corte Constitucional está integrada por nueve magistrados (artículo 44, Ley 270 de 1996), quienes conforman la Sala Plena de la corporación. A esta Sala le corresponde proferir las sentencias de constitucionalidad abstracta (sentencias tipo C, en la nomenclatura de la Corte Constitucional<sup>13</sup>), y las sentencias de unificación de decisiones de tutela (sentencias tipo SU). Por otra parte, las Salas de Revisión, conformadas por tres magistrados, se encargan de revisar decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de derechos constitucionales<sup>14</sup>. Con base en esta organización, la autoridad de los precedentes de la Sala Plena ejerce una autoridad vertical respecto de las decisiones de las Salas de Revisión<sup>15</sup>. A su vez, entre las diferentes Salas de Revisión se plantea una vinculación horizontal del precedente<sup>16</sup>. Esto significa que los PJ originados en las providencias de la Sala Plena de la Corte Constitucional, vinculan verticalmente a las Salas de Revisión de la propia Corte y al resto de órganos judiciales, según la estructura antes descrita. Además, la Sala Plena está vinculada solo por sus propios PJ (en virtud de la doctrina del autprecedente), y está desvinculada del resto de PJ originados en las providencias de las salas de decisión y de los demás jueces y órganos.

Lo anterior se refiere a la vinculación de los PJ constitucionales con los jueces y órganos de la rama judicial. Sin embargo, los PJ vinculan también a instituciones y autoridades externas a la rama judicial. La Corte Constitucional ha sostenido que sus

---

<sup>13</sup> En lo referente a la nomenclatura de las sentencias, la Corte Constitucional identifica las sentencias de constitucionalidad abstracta con la letra C, seguida del número y del año de la sentencia; por su parte, las sentencias de tutela las identifica con las letras T o SU (sentencias de unificación), seguidas por el número y el año de la sentencia.

<sup>14</sup> Artículo 50 del Acuerdo 05 de 1992, Reglamento Interno de la Corte Constitucional.

<sup>15</sup> Corte Constitucional, Autos A-074 de 2010 (M.P.: Nilson Pinilla Pinilla), A-019 de 2011 (M.P.: María Victoria Calle Correa), A-097 de 2011 (M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto), A-239 de 2012 (M.P.: Alexei Julio Estrada) y A-50 de 2013 (M.P.: Nilson Pinilla Pinilla).

<sup>16</sup> Sobre el alcance de la estructura interna de la Corte Constitucional, en la configuración horizontal y vertical del precedente, véase la Sentencia SU-230 de 2015 (M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

PJ vinculan a las autoridades administrativas<sup>17</sup> e incluso al Congreso de la República<sup>18</sup>. Por una parte, afirma la Corte, todas las autoridades administrativas deben acatar “las decisiones judiciales y del precedente judicial dictado por las Altas Cortes en la jurisdicción ordinaria, contencioso administrativa y constitucional, por cuanto son los máximos órganos encargados de interpretar y fijar el contenido y alcance de las normas constitucionales y legales”<sup>19</sup>. Es decir que, además de los jueces, las autoridades administrativas también están sujetas a la autoridad de los PJ constitucionales, o PJ originados. De hecho, la RP, respecto a los PJ de la Corte Constitucional, es más rígida cuando el sujeto vinculado es una autoridad administrativa pues en este caso los operadores jurídicos no pueden apartarse de los PJ ni ampliar o reducir su ámbito de aplicación<sup>20</sup>.

Además, los PJ tienen capacidad de vincular al Congreso de la República. El artículo 243 de la Constitución establece que “[l]os fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional”, y que “[n]inguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución”. A partir de esta disposición, la Corte Constitucional ha sostenido que la cosa juzgada constitucional incluye, además del *decisum* específico de cada sentencia, la *ratio decidendi* de las sentencias que revisan la constitucionalidad de las leyes, así como los actos reformativos de la Constitución que hacen tránsito a cosa juzgada constitucional, de manera que ninguna autoridad, ni siquiera el Congreso de la República, puede actuar o decidir en contra de ella<sup>21</sup>.

---

<sup>17</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-430 de 2014 (M.P.: Alberto Rojas Ríos).

<sup>18</sup> Corte Constitucional, Sentencias C-131 de 1993 (M.P.: Manuel José Cepeda), C-037 de 1996 (M.P.: Vladimiro Naranjo) y C-039 de 2003 (M.P.: Manuel José Cepeda).

<sup>19</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-539 de 2011 (M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva).

<sup>20</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-430 de 2014 (M.P.: Alberto Rojas Ríos).

<sup>21</sup> Corte Constitucional, Sentencias C-131 de 1993 (M.P.: Manuel José Cepeda), C-037 de 1996 (M.P.: Vladimiro Naranjo), C-039 de 2003 (M.P.: Manuel José Cepeda) y T-292 de 2006 (M.P.: Manuel José Cepeda). Debe tenerse en cuenta que la Corte Constitucional ha intentado diferenciar entre el valor de la cosa juzgada constitucional y la *ratio decidendi*. En la Sentencia C-932 de 2007 (M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra), afirma que “Mientras la *ratio decidendi* se refiere a los motivos o fundamentos jurídicos con base en los cuales un juez resuelve un asunto concreto, la cosa juzgada constitucional se predica del texto normativo o del contenido jurídico que ha sido objeto de análisis por parte de la Corte Constitucional. Luego, a pesar de que el juez se encuentra vinculado tanto por el precedente jurisprudencial como por la cosa juzgada constitucional, lo cierto es que son dos conceptos distintos

Ya desde los primeros años de vigencia de la Constitución Política de 1991, la Corte Constitucional declaró la inexecutable de una ley, no por violar directamente dicha Constitución, sino por desconocer un PJ. En la sentencia C-586 de 1995, por ejemplo, se estudió la constitucionalidad de los artículos 112 y 114 de la Ley 104 de 1993. El artículo 112 establecía que la convocatoria a nuevas elecciones de gobernadores y alcaldes, en los casos de destitución, quedaba supeditada a que no hubiese transcurrido más de la mitad del periodo del funcionario destituido, y a que las condiciones de orden público lo permitieran. El artículo 114, por otra parte, autorizaba al Presidente de la República a nombrar "libremente" el reemplazo del gobernador o alcalde, en los casos de "renuncia por amenazas o presiones, secuestro o pérdida de su vida". La Corte declaró la inexecutable de los citados artículos, por desconocer el precedente establecido en la Sentencia C-011 de 1994, según el cual "en caso de vacancia absoluta del cargo de Gobernador o Alcalde, siempre deberá convocarse a nuevas elecciones"<sup>22</sup>.

Ahora bien, este trabajo no analiza la legitimidad de la vinculación de los parlamentos a los PJ, cuestión más compleja aún, si al parlamento, como en el caso colombiano, no se le otorga la facultad de anularlos. Baste recordar aquí que este problema de la vinculación de órganos democráticos a decisiones judiciales ha sido rotulado, por tradición, como *dificultad contramayoritaria*<sup>23</sup>. Al respecto, si ya es problemático reconocer el poder de los jueces y tribunales de anular los actos del legislativo, más lo es si, además, los precedentes de aquellos limitan la actividad de este, el cual, por lo demás, no puede derogarlos<sup>24</sup>. En otras palabras, la vinculación del Congreso de la República a los PJ es un asunto problemático, a consecuencia de la legitimidad que, se supone, tienen los órganos legislativos en los sistemas democráticos. De esta forma, si el Congreso está vinculado a los PJ, los jueces podrían,

---

que resultan obligatorios en dos dimensiones diferentes". En todo caso, como se verá en el apartado siguiente, la línea divisoria entre el precedente constitucional y la cosa juzgada constitucional no es muy clara, sobre todo en decisiones condicionadas por la Corte Constitucional a determinados contenidos normativos.

<sup>22</sup> Sentencia C-586 de 1995 (M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz y José Gregorio Hernández Galindo). Este ejemplo se menciona en Bernal Pulido (2008).

<sup>23</sup> Al respecto, véase Bickel (1986), Nino (1992: 673-704), Gargarella (1996) y Waldron (2006). Para un estudio reciente aplicado al caso colombiano, véase Agudelo (2015).

<sup>24</sup> Este asunto ha sido discutido en el marco del derecho constitucional estadounidense. Sin embargo, allí existe una diferencia fundamental: el Congreso puede derogar (*overrides*) los precedentes de la Corte Suprema de Justicia. Un estudio de la cuestión puede verse en Emenaker (2013).

además de invalidar los actos del legislativo, crear contenidos normativos que limitarían la actividad de este.

## **1.2. EL RECONOCIMIENTO DE LA REGLA DE PRECEDENTE**

La forma como opera la RP en los ordenamientos jurídicos depende de diferentes factores institucionales y normativos. En el apartado anterior, se examinó un factor institucional de gran incidencia en la RP: la estructura de la organización judicial. Se dijo que en Colombia existe una jurisdicción monista con la Corte Constitucional como órgano de cierre, y se describió, de forma general, las situaciones que implican una vinculación horizontal o vertical de los precedentes constitucionales. Ahora, en este apartado, se estudiará la forma como se ha reconocido la RP en el derecho constitucional colombiano.

En los ordenamientos jurídicos donde se reconoce la RP, se debe diferenciar entre dos tipos de normas:

- a. La RP, de acuerdo con la cual se exige la aplicación de los PJ.
- b. Los PJ, o sea, las normas jurídicas originadas en decisiones judiciales, que deben ser aplicadas en virtud de aquellos.

En cuanto a la RP, se trata de una regla de aplicabilidad, es decir, una regla secundaria del ordenamiento jurídico que establece el deber de aplicar una norma o conjunto de normas (en este caso, los PJ)<sup>25</sup>. Los PJ, por su parte, son el conjunto de normas designadas por la RP como aplicables, o sea, sujetas al deber de aplicación.

Para caracterizar la RP en un ordenamiento jurídico, hay que diferenciar entre su existencia, naturaleza y fundamento, y la existencia y las funciones normativas de los PJ. Desde luego, para que un PJ tenga fuerza normativo-autoritativa, debe existir una RP que así lo reconozca. Sin embargo, se insiste, la existencia y la naturaleza de la RP es independiente de las correspondientes a los PJ. En otras palabras, la explicación de la RP es independiente de las funciones normativas de los PJ, aunque esté relacionada con ellas.

---

<sup>25</sup> Una explicación al respecto puede verse en Bulygin (1991: 195-214) y Navarro y Rodríguez (2014: 132-136).

Debe resaltarse que la RP es una regla contingente de los ordenamientos jurídicos, y así, su contenido e implementación varía en cada uno de estos. Según Hart, el funcionamiento de la RP depende de si esta se contempla, de acuerdo con la regla de reconocimiento, como una norma del sistema, y por lo tanto, de si se refiere el PJ como disposición jurídica revestida de autoridad<sup>26</sup> (Hart, 1994). En este orden de ideas, la relación entre la RP y los PJ es análoga a 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.

Ahora bien, 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<sup>27</sup> (Bankowski *et al.*, 1997b: 483-485). En el caso del reconocimiento legislativo, el ordenamiento jurídico estipula, en las fuentes formales de derecho, una formulación escrita de la RP. Por ejemplo, en Alemania, el artículo 31 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal establece que las decisiones del tribunal constitucional son vinculantes para los órganos constitucionales de la Federación, los *Länder* y todos los tribunales y autoridades (Alexy y Dreirer, 1997: 19-32). Asimismo, el Código Procesal Constitucional del Perú, en su artículo 7, establece que “las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia”. Y el Código Contencioso Administrativo de Colombia, en su artículo 10, establece que las autoridades, “al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado”.

---

<sup>26</sup> En el siguiente capítulo de este trabajo se expone la noción de aceptación de la regla de reconocimiento, y su importancia en la elucidación de la normatividad del derecho.

<sup>27</sup> Sin embargo, hay que recordar que, en cuanto a la incorporación de la RP en la regla de reconocimiento de los ordenamientos jurídicos, es irrelevante si esta se formula o no como regla escrita. Según Hart, en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, la regla de reconocimiento no es formalmente expresada, sino que depende de cómo las reglas jurídicas son identificadas por los operadores jurídicos. Incluso, así sea establecida formalmente, ello no significa que se reduzca a una ley, pues su existencia depende de una práctica efectiva (Hart, 1994).

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 escrito. En el Reino Unido, por ejemplo, no existen reglas jurídicas escritas que reconozcan la RP, pero se la considera un principio básico subyacente al *common law*, el cual se conoce como *stare decisis* (Bankowski *et al.*, 1997b: 327-328).

En general, el reconocimiento de la RP suele provenir de una combinación de decisiones legislativas y constituyentes, sumadas al reconocimiento jurídico (en especial de los jueces) de la autoridad de los PJ. La RP en Colombia, en materia constitucional, es un ejemplo de esto. Pese a que no existe ninguna regla en la Constitución que establezca la obligatoriedad de los PJ de la Corte Constitucional, la jurisprudencia constitucional desarrolló, poco a poco, su vinculatoriedad<sup>28</sup>. En efecto, en la Constitución no existe norma escrita que reconozca la RP o la excluya; en su artículo 230, se establece que “[l]os jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley”, y que “[l]a equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”. Así, son las propias decisiones de la Corte Constitucional las que han perfilado el lugar de la RP en el sistema de fuentes en Colombia<sup>29</sup>.

Ahora bien, es posible diferenciar entre el reconocimiento de la RP y el fundamento o las razones que lo justifican<sup>30</sup>. La Corte Constitucional ha justificado la aceptación de la RP en Colombia con base en la autoridad de ella misma como máximo intérprete de la Constitución, en la coherencia y predictibilidad del derecho, y en el principio de

---

<sup>28</sup> Debe recordarse que la noción del punto de vista interno (o jurídico) se basa en que el derecho es autoritativo, en cuanto así sea considerado por los aceptantes de las prácticas jurídicas, en las cuales los jueces cumplen un rol de especial importancia (véase el capítulo 3 de esta investigación). De acuerdo con esto, y en último término, la normatividad del derecho depende de las prácticas jurídicas de aceptación, más que de la formalización escrita de obligaciones.

<sup>29</sup> Sobre la evolución del reconocimiento de la RP por parte de la jurisprudencia constitucional, véase López (2006: 29-108).

<sup>30</sup> No hay que olvidar la discusión sobre si existen razones de tipo especial que justifiquen la aceptación de la regla de reconocimiento. Como se examinará en el capítulo 2 de este trabajo, este es uno de los aspectos en que difieren H. Hart y J. Raz.

la igualdad<sup>31</sup>. Sin embargo, en el análisis de los fundamentos de la RP, no se ha distinguido de forma adecuada cuándo se trata de autoprecedente, precedente horizontal o precedente vertical. Por ello, en las líneas que siguen se indican algunas de las diferencias entre el fundamento de la vinculación del autoprecedente constitucional, o sea, de la vinculación de la Corte Constitucional a sus propios precedentes, y la vinculación vertical de los precedentes, o sea, de la vinculación de los precedentes de esta Corte a los órganos judiciales inferiores<sup>32</sup>.

### **1.2.1. El fundamento de la vinculación del autoprecedente**

Según M. J. Gerhardt (2008), existen dos teorías tradicionales sobre la vinculación del autoprecedente: la teoría débil del precedente, la cual sostiene que los tribunales deben poca o ninguna deferencia a sus precedentes, y la teoría fuerte, la cual sostiene que los jueces deben seguir sus precedentes<sup>33</sup>. Para quienes comparten el punto de vista débil, los PJ cumplen una función estrictamente declarativa respecto al contenido constitucional, de manera que su función se limita a ser un indicio de lo que exige la Constitución, y por lo tanto, los tribunales pueden apartarse de ellos siempre que los consideren incorrectos. Y para quienes adhieren a la teoría fuerte, los precedentes son normas jurídicas que implementan los postulados constitucionales, y los tribunales no pueden apartarse de ellos con el simple argumento de que son incorrectos<sup>34</sup> (Gerhardt, 2008: 55).

En este sentido, hay dos argumentos centrales con que suele justificarse la vinculación del autoprecedente: uno basado en el principio de universalización, y otro basado en el principio de consistencia.

---

<sup>31</sup> Un estudio de estos argumentos, en el derecho constitucional colombiano, puede verse en Bernal Pulido (2005: 160- 163) y Lancho (2012).

<sup>32</sup> A. Magaloni observa que la literatura jurídica anglosajona, “al referirse a la doctrina del *stare decisis*, lo hace únicamente en el sentido de auto vinculación al precedente [...] y considera que la vinculación vertical al precedente no es producto de la doctrina del *stare decisis*, sino una consecuencia natural de la estructura jerárquica del poder judicial” (Magaloni, 2001: 38). En cualquier caso, lo cierto es que hay una “dramática” diferencia entre el fundamento de la regla de precedente vertical y el de la regla del autoprecedente (Gascón, 2012: 36).

<sup>33</sup> Gerhardt menciona, como ejemplos de autores de la teoría débil del precedente, a W. Blackstone y R. Bork (Gerhardt, 2008: 47-55), y como ejemplos de autores de la teoría fuerte, a B. Ackerman y D. Strauss (Gerhardt, 2008: 66-68).

<sup>34</sup> En estos términos, cuando los PJ vinculan si, y solo si, los tribunales están de acuerdo con su contenido, esto significa que solo cumplen una función persuasiva en el razonamiento jurídico.

De acuerdo con el primer argumento, el del principio de universalización, el fundamento de una decisión que se supone correcta, debe emplearse en casos futuros con situaciones fácticas y normativas similares. De tal manera, el principio de universalización constituye una interpretación de la primera formulación kantiana del imperativo categórico, según la cual los agentes deben actuar si, y solo si, la acción se puede convertir en una ley universal de la acción (Gascón, 2012: 39). Según esto, el proceso de toma de decisiones requiere del uso de una premisa universal, la cual afectaría la evaluación normativa del caso específico, y exigiría resolver del mismo modo casos semejantes, cuando dicha premisa resulte aplicable. La universalidad se presenta como garantía de la igualdad formal, por la cual todos los sujetos que se hallan en las mismas circunstancias relevantes deben ser tratados de igual manera: así, si un juez, en el caso 2, no aplica la premisa normativa que le sirvió para resolver el caso 1, trataría de forma arbitraria al caso 2, siempre que los casos 1 y 2 sean normativamente similares<sup>35</sup>.

Según esto, un juez que decide sobre un caso cuyas propiedades normativas son similares a las de otro caso por él previamente decidido, está *prima facie* obligado a resolverlo de igual forma. Esta idea, además, está relacionada con la pretensión de consistencia o integridad de los ordenamientos jurídicos, por cuanto se espera que las decisiones jurídicas sean consistentes en el tiempo y en relación con los diferentes operadores jurídicos. Sin embargo, la universalidad de las premisas no implica, de modo necesario, que deban seguirse los precedentes. En efecto, en un caso posterior al referido como precedente, el juez puede estar en desacuerdo con las premisas y apartarse de él. En otras palabras, si el juez, en el caso posterior, concluye que el precedente es equivocado, no hay restricción en el principio de universalización de las premisas que le prohíba modificar este precedente. Por lo tanto, para sostener una teoría de la vinculación del autprecedente, debe existir un argumento que, al menos, complemente el de la universalidad de las premisas.

---

<sup>35</sup> En palabras de Alexy, esto implica un compromiso por la universalidad: “Si se aplica un predicado ‘F’ a un hecho ‘A’ se debe estar dispuesto a aplicar ‘F’ a cualquier otro hecho igual a ‘A’ en todos los aspectos relevantes” (Alexy, 1989: 185). Al respecto, véase también Bernal Pulido (2005: 161).

Por otra parte, de acuerdo con el segundo argumento, el del principio de consistencia o integridad<sup>36</sup>, el desarrollo de las cláusulas constitucionales requiere la concretización posterior de los postulados constitucionales generales. La constitución trasciende su texto, al moldearse según el desarrollo de las conductas que ese texto genera<sup>37</sup>, y en este contexto, el principio de integridad es la idea rectora del desarrollo de la práctica constitucional, pues se pretende que el razonamiento práctico en la toma de decisiones se derive de un esquema coherente de principios. Por lo tanto, a medida que se desarrolla y evoluciona la práctica constitucional, se espera que se respeten las decisiones del pasado, es decir, que las decisiones posteriores estén limitadas y fundamentadas por las primeras (Dworkin, 1986: 225-275), (Farrell, 2005).

En este sentido, es esclarecedora la analogía de Nino (1992: 63-65) entre la práctica del derecho y la construcción de una catedral. Para este autor, las acciones y decisiones de la práctica constitucional forman parte de un proceso de interacción colectiva que se extiende en el tiempo, de forma similar a la construcción de una catedral gótica iniciada en el siglo XIII y concluida en el siglo XVI. El autor observa cómo el arquitecto encargado de proseguir la obra en un momento determinado, debe respetar las diferentes normas técnicas, físicas y estéticas de la catedral, aunque tenga otra opinión respecto de lo que sería mejor para continuarla. Tiene que considerar, inclusive, que a un mismo tiempo hay más arquitectos, que en el futuro llegarán otros y que debe asegurarse de respetar la obra colectiva. De modo similar, Friedman y Smith sugieren que la constitución debe ser vista como una construcción “sedimentaria”, con montañas de desarrollos históricos que han propiciado la evolución de las cláusulas constitucionales, y con profundos valles de textos no interpretados (Friedman y Smith, 1998: 1-90). De todo lo anterior se deriva una idea: aquel que participa en una tarea colectiva debe respetar la lógica interna de la obra y hacerla ver bajo su mejor luz<sup>38</sup>.

---

<sup>36</sup> El principio de integridad ha sido empleado por diferentes autores, como Dworkin (1986: 225-275) y Nino (1992: 57-76), a modo de principio de justificación de la función judicial. Para un análisis del principio de integridad en Dworkin, véase Bonorino (2003: 82-132) y (2010: 114-150, 222-251).

<sup>37</sup> Sobre el particular, véase Nino (1992: 63-66) y Friedman y Smith (1998: 1-90).

<sup>38</sup> Para una crítica a Dworkin sobre este asunto, véase Fish (1982). Y para una revisión del debate entre Dworkin y Fish, véase Schelly (1985).

### 1.2.2. El fundamento de la vinculación vertical del precedente

El argumento central de la vinculación vertical del precedente esta en función de la estructura de la organización judicial (jerarquía), y a la capacidad de los órganos de cierre de coordinar una interpretación y un desarrollo coherentes con la constitución y la ley (coordinación). Este argumento parte de la idea de que, al momento de aplicar la constitución, es común encontrar divergencias sobre la forma de interpretar las disposiciones jurídicas, por lo que se requieren diseños institucionales que garanticen el desarrollo integral de la práctica constitucional. Uno de ellos es el establecimiento de tribunales de justicia, como órganos de cierre, encargados de definir discusiones interpretativas, y a cuyas decisiones se les reconoce la autoridad de precedentes<sup>39</sup> (Bankowski *et al.*, 1997a: 481-501).

A partir de esta idea, en la organización judicial se establecen órganos de cierre con competencia para definir discusiones judiciales en materia de interpretación constitucional, pues en caso de no existir, se construirían, según el ejemplo de Nino, múltiples “catedrales” con los mismos materiales y en el mismo terreno. Por ello, se sostiene que, cuando la constitución da poder a un tribunal como máximo intérprete de ella, dicho poder implica la facultad de determinar, aun en casos difíciles, la autoridad de las reglas constitucionalmente aplicables<sup>40</sup>.

Esta idea es adoptada por la Corte Constitucional colombiana, la cual, con base en el artículo 241 de la Constitución, donde “se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución”, ha sostenido que la vinculatoriedad de los precedentes constitucionales es inherente a su deber de garantizar la aplicación uniforme de los preceptos de ella<sup>41</sup>. En sus palabras, “[l]a supremacía del precedente constitucional se cimienta en el artículo 241 de la Constitución Política, el cual asigna a la Corte Constitucional la función de salvaguardar la Carta como norma de normas –principio

---

<sup>39</sup> A este respecto, Komarek explica la importancia de la estructura jerárquica de la organización judicial, en la autoridad de los órganos de cierre para crear precedentes (2013: 149-171).

<sup>40</sup> Esta idea ya está presente en el famoso fallo del caso *Marbury vs. Madison* (5 U.S. 137 1803); sin embargo, sobre ella no hay consenso, en especial cuando se pretende imponer la autoridad interpretativa de los tribunales constitucionales a los órganos democráticos representativos. Ahora bien, se insiste, este trabajo no analiza los problemas normativos en la vinculación de dichos órganos a la RP, sino los compromisos conceptuales involucrados en esta, con el objeto de dilucidar su funcionamiento en el razonamiento práctico de los sujetos vinculados.

<sup>41</sup> Corte Constitucional, Sentencias T-468 de 2004 (M.P.: Rodrigo Escobar Gil) y T-292 de 2006 (M.P.: Manuel José Cepeda).

de supremacía constitucional—”. Según esto, si se desconocen los precedentes constitucionales, es menos factible lograr coherencia y unidad en la aplicación de la Constitución<sup>42</sup>.

En resumen, la autoridad del precedente vertical, en el caso colombiano, pretende fundamentarse en la capacidad institucional de la Corte Constitucional, como órgano de cierre, de coordinar una interpretación coherente e integral de la Constitución. No sobra aclarar que la coordinación es uno de los argumentos “estándar” para justificar la autoridad como instrumento para alcanzar propósitos u objetivos colectivos (en el caso del PJ, la interpretación y aplicación coherente del derecho)<sup>43</sup>. De acuerdo con Raz, por ejemplo, se justifica seguir las directrices de las autoridades, por cuanto así es más probable que los individuos actúen de conformidad con las razones según las cuales, en todo caso, deben actuar<sup>44</sup> (Raz, 2009d). Esto, por cierto, es lo que se afirma, en el fondo, sobre la autoridad vertical del precedente: hay razones que hacen más probable que, a consecuencia de su posición institucional, los órganos de cierre aseguren una aplicación consistente de la constitución y la ley. En suma, el diseño institucional de la rama judicial y la posición institucional privilegiada de los órganos de cierre para coordinar la interpretación y el desarrollo de las cláusulas constitucionales, es el principal fundamento de la vinculación vertical de sus precedentes<sup>45</sup>.

### **1.3. LA FUNCIÓN NORMATIVO-AUTORITATIVA DEL PRECEDENTE**

En los párrafos anteriores, se explicó cómo el ordenamiento jurídico colombiano reconoce la RP, y por tanto, cómo los PJ (en especial los precedentes constitucionales) cumplen una función normativo-autoritativa. Asimismo, se presentó la estructura de la rama judicial, y su incidencia en la definición de jueces vinculados, horizontal y

---

<sup>42</sup> Esta idea ha sido formulada por la Corte Constitucional en las Sentencias SU-168 de 1999 (M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz), T-292 de 2006 (M.P.: Manuel José Cepeda) y SU-230 de 2015 (M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

<sup>43</sup> Al respecto, véase Raz (1990b: 6-10) y (1986: 56), y Finnis (2000: 274).

<sup>44</sup> La doctrina de la autoridad en Raz se expone en el capítulo 2 de este trabajo.

<sup>45</sup> Las organizaciones judiciales se caracterizan por establecer una pluralidad de jueces y tribunales, con funciones judiciales coordinadas y paralelas. En este contexto, las Cortes con capacidad de revisar las decisiones tienen una “especial responsabilidad de asegurar la unidad del derecho”. En consecuencia, la coherencia de los ordenamientos jurídicos, junto a la uniformidad de las decisiones, es el principal argumento para sustentar la RP (Bankowski *et al.*, 1997a: 486-487).

verticalmente, por el precedente. Por último, se enfatizó en que las razones para justificar la aceptación de la RP vertical son diferentes a las que justifican la RP horizontal. Ahora, el objetivo del presente apartado es estudiar la forma en que la Corte Constitucional ha implementado la función normativo-autoritativa de los PJ.

### **1.3.1. La cosa juzgada y el precedente judicial**

En los sistemas jurídicos que reconocen la RP, las decisiones judiciales desempeñan, al menos, dos funciones: 1) resolver de forma autoritativa los problemas jurídicos que les son planteados, y 2) 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, o sea, 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.

No obstante, esta diferencia no es clara cuando, entre las funciones de los tribunales, está la resolución de problemas “abstractos”, y al mismo tiempo las decisiones de dichos tribunales tienen efectos *erga omnes*. La Corte Constitucional colombiana, por ejemplo, debe 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 efecto, la Corte Constitucional está encargada, por una parte, de definir la constitucionalidad de normas con rango de ley y actos reformativos de la Constitución (sentencias C), y por otra parte, de revisar las decisiones judiciales referidas a la acción de tutela para la protección de derechos fundamentales (sentencias T y SU).

En el caso de las sentencias tipo C, los dispositivos establecidos en el *decisum* tienen efectos generales *erga omnes*, mientras en las sentencias T y SU, esos dispositivos son, por regla general, *inter-partes*, y excepcionalmente *inter-comunis*. 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<sup>46</sup>.

El artículo 243 de la Constitución establece que “los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional”. El mismo artículo define que “ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución”. En virtud de este artículo, cuando la Corte Constitucional declara la inconstitucionalidad de una norma jurídica, se presentan dos consecuencias: la norma es expulsada del ordenamiento jurídico y ninguna autoridad puede aplicarla nuevamente<sup>47</sup>; y si la Corte Constitucional declara la constitucionalidad de la norma, eso significa que esta no podrá ser nuevamente demandada por inconstitucional, y todos los operadores jurídicos deben aplicarla. En este orden de ideas, la cosa juzgada constitucional tiene una doble dimensión: la primera, en caso de inconstitucionalidad, implica la inexecutableidad de la norma (su expulsión del ordenamiento jurídico), así como la imposibilidad de reproducir nuevamente el contenido declarado inexecutable; y la segunda, en caso de constitucionalidad, implica la executableidad de la norma (su conservación en el ordenamiento jurídico), así como la imposibilidad de que sea demandada de nuevo<sup>48</sup>. Debe observarse que los efectos de estas dos dimensiones de

---

<sup>46</sup> Véase Corte Constitucional, Sentencia T-583 de 2006 (M.P.: Marco Gerardo Monroy).

<sup>47</sup> La Corte Constitucional ha reconocido excepciones a esta regla, desde la doctrina de la inconstitucionalidad diferida. Según la Corte, “una sentencia de inconstitucionalidad diferida, o de constitucionalidad temporal, es aquella por medio de la cual el juez constitucional constata que la ley sometida a control es inconstitucional, pero decide no retirarla inmediatamente del ordenamiento, por la sencilla razón de que la expulsión automática de la disposición ocasionaría ‘una situación peor, desde el punto de vista de los principios y valores constitucionales’, por lo cual el Tribunal Constitucional establece un plazo prudencial para que el Legislador corrija la inconstitucionalidad que ha sido constatada” (Corte Constitucional, Sentencia C-737 de 2001, M.P.: Eduardo Montealegre Lynett).

<sup>48</sup> Esta idea ha sido desarrollada por la Corte Constitucional, en el marco de la doctrina de la cosa juzgada constitucional, que se refiere al “carácter inmutable de las sentencias de la Corte Constitucional”. Sin embargo, la Corte establece una diferencia entre la cosa juzgada constitucional absoluta y la relativa: la cosa juzgada es absoluta “cuando el pronunciamiento de constitucionalidad de una disposición, a través del control abstracto, no se encuentra limitado por la propia sentencia”; y es relativa “cuando el juez constitucional limita en forma expresa los efectos de la decisión, dejando abierta

la cosa juzgada constitucional tienen efectos generales, y por lo tanto, son exigibles de todos los operadores jurídicos<sup>49</sup>.

Un elemento adicional que dificulta la diferenciación entre la cosa juzgada constitucional y los PJ, es la práctica de los tribunales constitucionales de condicionar las sentencias de constitucionalidad abstracta<sup>50</sup>. Por lo general, se espera que el fallo de estas sentencias establezca que una norma jurídica es o no constitucional. Sin embargo, en determinadas circunstancias, los tribunales constitucionales ofrecen respuestas “condicionadas”, es decir, si se plantea que la norma jurídica X es inconstitucional por violar la norma constitucional Y, la Corte Constitucional, en el caso colombiano, podría responder que X es constitucional si, y solo si, se entiende que debe contemplar el contenido normativo P<sup>51</sup>. En estos casos, según la Corte Constitucional, es posible señalar diferentes resultados interpretativos de la disposición jurídica analizada, es decir que si esta “admite varias interpretaciones, de las cuales algunas violan la Carta pero otras se adecúan a ella, entonces corresponde a la Corte proferir una constitucionalidad condicionada o sentencia interpretativa que establezca cuáles sentidos de la disposición acusada se mantienen dentro del ordenamiento jurídico y cuáles no son legítimos constitucionalmente”<sup>52</sup>.

Como ejemplo de lo anterior, puede imaginarse que, ante la Corte Constitucional, se demanda el artículo de una ley, según el cual “en la posesión de sus cargos, los funcionarios públicos deberán jurar ante Dios el cabal cumplimiento de sus responsabilidades”. Supóngase que se demanda esta disposición con el argumento de que viola los principios de libertad religiosa y de separación entre estado e iglesia. La

---

la posibilidad para que en un futuro se formulen nuevos cargos de inconstitucionalidad” (Corte Constitucional, Sentencia C-332 de 2013, M.P.: Mauricio González Cuervo).

<sup>49</sup> Con base en estas nociones, la Corte Constitucional suele diferenciar entre cosa juzgada formal y cosa juzgada material. La cosa juzgada formal aparece “cuando existe una decisión previa del juez constitucional en relación con la misma norma que es objeto de una nueva demanda, o cuando una nueva norma con un texto exactamente igual a uno anteriormente examinado por la Corte es nuevamente demandado por los mismos cargos”. Por otra parte, la cosa juzgada material ocurre “cuando la disposición demandada reproduce el mismo sentido normativo de otra norma que ya fue examinada por la Corte” (Corte Constitucional, Sentencia C-393 de 2011, M.P.: María Victoria Calle).

<sup>50</sup> Sobre esta práctica, véase, para el derecho constitucional español, Revorio (2001); y para el colombiano, Olano García (2004).

<sup>51</sup> 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 ley con la constitución (Olano García, 2004).

<sup>52</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-259 de 2015 (M.P.: Gloria Stella Ortiz Delgado).

Corte Constitucional, entonces, decide declarar constitucional el artículo demandado, bajo el supuesto de que se entienda que quienes juran no lo hacen con el compromiso de cumplir sus obligaciones religiosas, y que, en todo caso, los individuos pueden enunciar formulaciones distintas de juramento, siempre que se entienda que se comprometen a cumplir de forma adecuada sus funciones.

Como se ve, en casos de sentencias condicionadas, el contenido de los fallos excede a la declaración de exequibilidad o inexecuibilidad 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 las sentencias de la Corte Constitucional que realizan condicionamientos –como la del ejemplo–, resulta problemático diferenciar entre cosa juzgada y precedente constitucional. De hecho, la Corte Constitucional ha sostenido que el precedente constitucional, en el caso de las sentencias C, lo constituyen las consideraciones o razones que justifican que determinada norma haya sido declarada exequible o inexecuible<sup>53</sup>. Pretendiendo explicar esta cuestión, la Corte Constitucional desarrolló la doctrina de la diferenciación entre cosa juzgada explícita y cosa juzgada implícita. La cosa juzgada explícita se refiere a lo comprendido en la parte resolutive de la respectiva sentencia, o sea, en la decisión precisa de declarar constitucional o inconstitucional la norma en estudio; por su parte, la cosa juzgada implícita se refiere a aquellos apartes de las consideraciones de la Corte que constituyen la razón de la decisión, y que guardan unidad de sentido con la parte resolutive de la sentencia<sup>54</sup>.

Por otro lado, la Corte Constitucional ha desarrollado la práctica de proferir órdenes o reglamentos en las sentencias de tutela (T y SU), con efectos generales y abstractos. Para efectos clasificatorios, a este tipo de normas se les denominará en este trabajo como *reglamentaciones jurisprudenciales*. A continuación, un ejemplo. En la sentencia T-970 de 2014 se planteó un caso en que un ciudadano solicitaba que una clínica le practicara el “procedimiento de morir dignamente”. En esa ocasión, era

---

<sup>53</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-028 de 2006 (M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto).

<sup>54</sup> Se puede afirmar que la diferencia entre cosa juzgada implícita y explícita es la misma que existe entre *ratio decidendi* y parte resolutive; así, lo que se denomina *contenido meramente indicativo* correspondería al *obiter dictum* (estos conceptos se precisarán más adelante). En otras palabras, la cosa juzgada implícita es la *ratio decidendi* de las sentencias de constitucionalidad. Al respecto, véase las sentencias C-037 de 1996 (M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa), C-774 de 2001 (M.P.: Rodrigo Escobar Gil) y C-028 de 2006 (M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto).

imposible para la Corte Constitucional realizar órdenes concretas, pues el ciudadano falleció antes de que se dictara sentencia. Sin embargo, en la sentencia la Corte Constitucional 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 esos presupuestos<sup>55</sup>. En este tipo de decisiones, existen, además del dispositivo o *decisum* de la sentencia, reglas de contenido general y abstracto (la reglamentación jurisprudencial), diferenciables de la *ratio decidendi* de la sentencia.

De acuerdo con lo examinado, se concluye que los poderes normativos de la Corte Constitucional (i.e aquellos consistentes en la creación de normas jurídicas) son variados. Por ello, en el análisis de dichos poderes debe diferenciar entre:

- 1) La cosa juzgada: *inter partes* o *erga omnes*, según el caso.
- 2) El poder de crear contenidos normativos generales y abstractos, por medio de 2.1) condicionamientos y 2.2) reglamentos jurisprudenciales.
- 3) El poder de crear normas generales y abstractas, mediante la *ratio decidendi* de las sentencias.

Ahora, se examinará la noción de *ratio decidendi*, resaltando su importancia para la comprensión de la RP.

### **1.3.2. La *ratio decidendi* de los precedentes judiciales**

El PJ, en sentido amplio, se refiere a las reglas jurídicas originadas en providencias judiciales, que deben ser aplicadas por los operadores jurídicos en casos posteriores. Como se acaba de ver, la Corte Constitucional cuenta, al menos, con cuatro mecanismos de creación de normas generales y abstractas: la cosa juzgada *erga omnes*, las reglamentaciones jurisprudenciales, los condicionamientos de las decisiones, y la definición de normas generales y abstractas mediante la *ratio decidendi* de sus sentencias. La noción de *ratio decidendi* presenta una complejidad especial: el

---

<sup>55</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-970 de 2014 (M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva).

problema de determinar qué parte de todo el aparato argumentativo que conforma las decisiones judiciales, es constitutivo de ella<sup>56</sup>.

En la actualidad, existe una amplia discusión en torno a la noción adecuada de *ratio decidendi*. En la sentencia T-292 de 2006, por ejemplo, la Corte Constitucional intentó precisar los criterios para identificar la *ratio decidendi* de sus sentencias. En dicha providencia, se afirma que la *ratio decidendi* es “la formulación general [...] del principio, regla o razón general que constituyen la base de la decisión judicial”, o “el fundamento normativo directo de la parte resolutoria” que sirve de “base necesaria a la decisión”; y se agrega que, para determinar la *ratio decidendi* de una decisión específica, se deben tener en cuenta los siguientes criterios:

- i) La sola *ratio* constituye en sí misma una regla con un grado de especificidad suficientemente claro, que permite resolver efectivamente si la norma juzgada se ajusta o no a la Constitución. Lo que resulte ajeno a esa identificación inmediata, no debe ser considerado como *ratio* del fallo; ii) la *ratio* es asimilable al contenido de regla que implica, en sí misma, una autorización, una prohibición o una orden derivada de la Constitución; y iii) la *ratio* generalmente responde al problema jurídico que se plantea en el caso, y se enuncia como una regla jurisprudencial que fija el sentido de la norma constitucional, en la cual se basó la Corte para abordar dicho problema jurídico<sup>57</sup>.

No obstante este intento de precisión de la noción de *ratio decidendi* por parte de la Corte Constitucional, persisten una serie de dudas: ¿cuál es la naturaleza de la *ratio decidendi*?; ¿son razones, reglas, principios?; ¿cuál es la relevancia de los términos empleados en las providencias judiciales? Estas cuestiones, entre otras, no han sido aclaradas de forma definitiva por la Corte Constitucional, y constituyen el núcleo problemático en la definición de la noción de *ratio decidendi*. No sobra advertir que la discusión sobre la conceptualización de la *ratio decidendi* continúa abierta, incluso en el derecho anglosajón (Marshall, 1997: 503-517). En cualquier caso, y de acuerdo a

---

<sup>56</sup> En los sistemas jurídicos de tradición anglosajona, surgió la diferenciación entre dos partes de las sentencias: la *ratio decidendi* y el *obiter dictum*. La *ratio decidendi*, en el derecho norteamericano, es equivalente al *holding*, propio del derecho inglés. Por su parte, la expresión *obiter* es empleada por los juristas, acompañada de las acotaciones *dicta* (plural) o *dictum* (singular).

<sup>57</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-292 de 2006 (M.P.: Manuel José Cepeda).

los propósitos de este trabajo<sup>58</sup>, la discusión sobre la *ratio decidendi* se enfoca aquí en dos aspectos: su naturaleza normativa y el modo en que se expresa o formula<sup>59</sup>.

En cuanto a su naturaleza normativa, se trata de establecer si la *ratio decidendi* puede ser adecuadamente conceptualizada como una regla jurídica que exige determinadas conductas y decisiones (modelo de reglas), o por el contrario, si se refiere simplemente a las razones que, en cualquier caso, justifican las decisiones judiciales que constituyen los precedentes (modelo de principios). De acuerdo con el modelo de reglas, los precedentes judiciales funcionan de forma “opaca” en el razonamiento práctico, de manera que excluyen la deliberación acerca de los méritos que tienen. Por el contrario, el modelo de principios sostiene que los precedentes judiciales son “transparentes”, es decir que, en el seguimiento de precedentes, los sujetos vinculados deben considerar las razones que justifican la existencia de estos<sup>60</sup>.

En cuanto al modo en que se expresa o formula la *ratio decidendi*, esto depende de las diferencias entre el modelo de reglas y el modelo de principios. De acuerdo con el modelo de reglas, la *ratio decidendi* puede ser expresada y el contenido normativo comunicado, con independencia de las razones que justifican las decisiones de los PJ. Por el contrario, según el modelo de principios, la formulación o expresión es irrelevante para la *ratio decidendi*, pues esta, en definitiva, está constituida por las razones (premisas normativas) que “objetivamente” justifican la providencia (o conjunto de providencias) del precedente (Chiassoni, 2012: 19).

Por ahora conviene resaltar tres asuntos que se tienen en cuenta a lo largo de este trabajo:

- 1) La definición del modelo de *ratio decidendi* es una cuestión contingente, al depender de cómo la RP se implementa en cada ordenamiento jurídico; incluso, algunos autores, recientemente, han observado que el modelo adoptado depende de

---

<sup>58</sup> Se dejan de lado aquí las discusiones específicas en torno a las técnicas y convenciones que los ordenamientos jurídicos, incluido el colombiano, emplean para identificar la *ratio decidendi* de los precedentes. En todo caso, en el capítulo 4 se analizarán algunos presupuestos de la interpretación, que impactan en la explicación de la identificación de la *ratio decidendi* de los precedentes.

<sup>59</sup> Una explicación de la centralidad de estos elementos en la implementación de la RP puede verse en Chiassoni (2012: 18-19)

<sup>60</sup> La formulación y explicación de estos modelos puede verse en Alexander y Sherwin (2004), y Alexander (2010) y (1989).

los compromisos normativos adquiridos en el reconocimiento y la justificación de la RP (Komarek, 2013), (Tiersma, 2013).

2) No se debe confundir la discusión sobre las formas de creación de la *ratio decidendi*, con la explicación de su normatividad y su identificación; como se verá en el capítulo 4, aunque a veces la creación de la *ratio decidendi* es una tarea compleja, esto no implica que la práctica de precedentes no pueda estar conformada por reglas y que estas no puedan identificarse.

3) Es preciso diferenciar la noción de precedente en amplio sentido, conformado por las normas jurídicas generales creadas por los jueces, de la noción de precedente en estricto sentido, conformado por la *ratio decidendi*; estos tipos o nociones de precedente se refieren a dos clases diferentes de autoridad normativa por parte de los jueces.

### **1.3.3. Los límites de la regla de precedente**

Teniendo en cuenta lo explicado hasta acá sobre la forma como se ha implementado la RP en el derecho constitucional colombiano se debe señalar que se desconoce dicha regla en los siguientes casos:

a) En relación con la cosa juzgada constitucional: i) cuando se aplican disposiciones declaradas inexequibles por sentencias de control de constitucionalidad, o ii) cuando se actúa o decide en contra de la parte resolutive de una sentencia de exequibilidad condicionada.

b) Cuando se actúa o decide en contra de una reglamentación jurisprudencial o en contra de un condicionamiento de una decisión.

c) En relación con el precedente constitucional en estricto sentido: i) cuando se actúa o decide en contra de la *ratio decidendi* de sentencias de control de constitucionalidad, o ii) cuando se actúa o decide en contra del alcance de la *ratio decidendi* de sentencias de revisión de tutela.

Sin embargo, como se ha dicho, los distintos ordenamientos jurídicos que reconocen la RP difieren al momento de implementar esta obligación, y asimismo, en los límites de la autoridad de la RP. La Corte Constitucional, por ejemplo, ha sostenido que la RP en Colombia no es absoluta, toda vez que los jueces pueden apartarse de los

PJ, siempre que expongan de forma clara “razones contundentes para distanciarse”<sup>61</sup>. Desde luego, esta afirmación deja abierta la cuestión sobre cómo los PJ vinculan en realidad: ¿en qué sentido puede afirmarse que existe un deber de seguir los PJ, si los jueces, entre otros operadores, pueden recurrir a diferentes razones para apartarse de ellos? Para poder responder este tipo de preguntas, L. Alexander asegura que, en la explicación de la función normativo-autoritativa de los precedentes, se deben estudiar dos variables: la fuerza del precedente y el ámbito del precedente (Alexander, 2010: 493).

a. La fuerza del precedente

La fuerza del precedente depende del tipo y la extensión del conjunto de razones que los individuos pueden emplear para no seguir los PJ, o lo que es lo mismo al conjunto de razones capaces de “superar” la función normativo-autoritativa de los PJ. En ese sentido, la RP puede establecer:

- a) Una vinculatoriedad estricta, según la cual los sujetos deben seguir el precedente en todos los casos, sin contemplar, por lo tanto, razones capaces de superarlo.
- b) Una vinculatoriedad limitada, es decir que se aceptan excepciones a la obligación de seguir el precedente.
- c) Una vinculatoriedad flexible, esto es, sujeta a la posibilidad de que, en virtud de determinadas razones, el precedente sea anulado total o parcialmente<sup>62</sup>.

En otros términos, en el caso de la vinculatoriedad limitada, los operadores jurídicos pueden, en virtud de las excepciones, apartarse del precedente, y por lo tanto, decidir en contra de este; por el contrario, en la vinculatoriedad estricta, la RP no contempla excepciones al deber de seguir los PJ ni, en consecuencia, mecanismos para apartarse de un PJ. En la vinculatoriedad flexible, los sujetos tienen el poder normativo de derogar o modificar los PJ.

---

<sup>61</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-292 de 2006 (M.P.: Manuel José Cepeda).

<sup>62</sup> En un sentido similar, véase Peczenik (1997: 463) e Iturralde (2012: 110).

De acuerdo con esto, la capacidad normativa de modificar o anular un precedente<sup>63</sup> debe diferenciarse de la forma como este obliga o vincula. En estricto, la anulación y modificación de precedentes es un problema del ejercicio de los poderes legislativos (esto es, de creación y modificación de normas jurídicas), mientras que la vinculación se refiere a la forma como los PJ ejercen su autoridad. Por supuesto, si todos los actores jurídicos, en toda circunstancia, tienen la capacidad de anular o modificar los PJ, es evidente que la RP no reconoce el carácter autoritativo de estos, sino cuando mucho, uno ejemplificativo o persuasivo. Por ejemplo, en lo referido a los precedentes de la Corte Constitucional, solo pueden modificarse o derogarse por ella misma, y en particular la sala que lo profirió<sup>64</sup>.

Es así como en la RP constitucional en Colombia es posible diferenciar según se trate de a) las autoridades que tienen poder normativo de modificar y anular el precedente y b) la facultad los sujetos vinculados de apartarse del precedente judicial, sin modificarlo o anularlo. Por lo tanto, una adecuada explicación de la RP exige que se dé cuenta, por una parte, de la forma y las condiciones en que los PJ pueden anularse o modificarse, y por la otra, de las condiciones en que los individuos pueden apartarse de los PJ sin modificarlos ni derogarlos.

Además, teniendo en cuenta que existen diferentes poderes normativos de la Corte Constitucional, aquellas condiciones deberían, en principio, ser diferentes de acuerdo con el tipo de norma de origen judicial del que se trate. Por ejemplo, en lo referido a la cosa juzgada constitucional (sentencias C), la Corte Constitucional ha establecido que solo puede ser modificada por ella misma (específicamente por su Sala Plena), siempre que exista una “modificación del parámetro de control aplicado, esto es, la Constitución misma”<sup>65</sup>. Esto quiere decir que si la Corte declaró constitucional o inconstitucional una norma jurídica X con fundamento en la norma constitucional Y, esa norma X no puede reproducirse de nuevo (en caso de haber sido declarada inexecutable) o no puede demandarse de nuevo (en caso de haber sido declarada executable), salvo que se modifique el contenido de Y.

---

<sup>63</sup> Este tema es tratado en el derecho anglosajón, bajo la noción de *overruling*. Al respecto, véase Peczenik (1997: 462-467).

<sup>64</sup> Corte Constitucional, Sentencia SU-230 de 2015 (M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub). Corte Constitucional, Sentencia C-335 de 2008 (M.P.: Humberto Sierra Porto).

<sup>65</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-166 de 2014 (M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva).

Por otra parte, la posibilidad de anular o modificar los precedentes constitucionales en estricto sentido (esto es, la *ratio decidendi* tanto de las sentencias C como T y SU) es más amplia. La Corte Constitucional ha definido que ese cambio debe hacerlo la Sala Plena, la cual debe argumentar suficientemente las razones que justifican dicho cambio. La Corte ha especificado un conjunto de causales que puede emplear la Sala Plena para modificar o anular los PJ:

1) Cuando exista un cambio en el material jurídico relevante que motive el cambio de jurisprudencia, es decir, una modificación en la Constitución o en las normas que integran el bloque constitucional.

2) Cuando medie un cambio en la situación social, política o económica, que tenga relación directa con la forma en que se había formulado el principio jurídico; en este caso, la modificación o anulación debe estar razonablemente justificada, conforme a una correcta ponderación de los bienes jurídicos comprometidos en el respectivo caso<sup>66</sup>.

3) Cuando la jurisprudencia sea contradictoria o imprecisa, caso en el cual los jueces deben hacer explícita la diversidad de criterios<sup>67</sup>.

4) Cuando se considere que existe una jurisprudencia errónea, aunque no medie un cambio legislativo, político, social o económico determinante, siempre que se argumente explícitamente por qué se considera que el nuevo precedente es superior jurídica y moralmente<sup>68</sup>.

En cualquier caso, sin embargo, el cambio de jurisprudencia (i.e la modificación o anulación de los PJ) debe cumplir con dos requisitos. Por una parte, debe ser realizado por el órgano judicial que la creó. Por otra, no basta con que la respectiva corporación considere que la nueva norma jurisprudencial es mejor, sino que deben aportarse

---

<sup>66</sup> Respecto de esta modalidad para apartarse del precedente, es esclarecedora la obra de Ackerman (1991). El autor explica que en los Estados democráticos se presentan dos momentos: *higher lawmaking* y *normal lawmaking*. Según él, mientras en el segundo momento a los jueces les está vedado apartarse de las reglas precedentes, en el primero pueden interpretar lo excepcional de ciertos momentos y modificar los precedentes, así estos provengan de las Altas Cortes.

<sup>67</sup> Esta doctrina es similar a la establecida por la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *Patterson vs. Malean Credit Union* (491 U.S. 164 1998). En esa oportunidad, el juez Kennedy elaboró una lista de argumentos para no seguir un precedente; justificó tal proceder, entre otros eventos, cuando los cambios en el derecho hagan el precedente anacrónico u obsoleto, cuando se muestre que el precedente afecta la coherencia o consistencia del derecho, y cuando se muestre que el precedente es inconsistente con el sentido contemporáneo de justicia o de bienestar social (Shapiro, 2008).

<sup>68</sup> Debe observarse que, según esto, la Corte Constitucional plantea una vinculación débil del autoprecedente.

razones de peso en tal sentido, de manera que estas primen sobre los criterios que sirvieron de sustento a la decisión anterior, y asimismo, sobre las consideraciones de seguridad jurídica e igualdad que sustentan el respeto por el precedente<sup>69</sup>. En estos casos, no sobra advertir que cuando, por ejemplo, la Corte Constitucional anula o modifica un PJ, ello opera del mismo modo en que funciona la derogación en la legislación<sup>70</sup>. Esto significa que el PJ deja de contar como regla jurídica válida y, por tanto, deja de tener autoridad. Se presenta aquí una diferencia radical entre la capacidad de derogar o modificar, y la de identificar razones que superen la fuerza normativa del PJ.

Como se mencionó, para dar cuenta, de forma adecuada, de la función normativa de los PJ, en un sistema de vinculación limitada, se deben explicar las condiciones en que determinadas razones pueden superarlos. A diferencia de la facultad de anular o modificar los PJ, la facultad de apartarse no está limitada al órgano judicial que sentó el precedente. Por ello, en principio, en el caso de los precedentes constitucionales, todos los jueces están facultados para apartarse de ellos si se dan las condiciones necesarias. Sin embargo, esta facultad se predica respecto del precedente constitucional en estricto sentido (es decir de la *ratio decidendi*). En relación con el valor de la cosa juzgada constitucional, no existen excepciones generales en el deber de seguirla. Tampoco se han definido excepciones en el deber de cumplir las reglamentaciones jurisprudenciales, ya sean sentencias de tutela generales (SU y T) o sentencias de constitucionalidad (C).

En todo caso, la Corte Constitucional ha admitido que los jueces pueden apartarse de la *ratio decidendi* de los PJ cuando aparezcan razones o consideraciones que lo superen. En términos de la Corte Constitucional, los jueces pueden hacerlo siempre que

1) Ofrezcan “un argumento suficiente”; de tal forma que “no debe entenderse que el deber del juez es simplemente el de ofrecer argumentos contrarios al precedente,

---

<sup>69</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-400 de 1998 (M.P.: Alejandro Martínez Caballero).

<sup>70</sup> En relación con la derogación de precedentes, aparecen problemas de técnica jurídica, respecto de los cuales este no es espacio para profundizar; por ejemplo: ¿el nuevo precedente se aplica a la situación bajo decisión?; ¿si esto es así, no se estaría vulnerando el principio de legalidad y del imperio de la ley?; ¿puede el cambio de precedentes tener efectos retroactivos o ultractivos?

sino que es su deber probar con argumentos por qué en un caso concreto el precedente puede ser aplicable y en otros no”<sup>71</sup>.

2) Las razones en que se justifica el juez para apartarse del PJ deben evidenciar: a) un cambio en el material jurídico relevante, es decir el contenido normativo a partir del cual se desarrolló un precedente o conjunto de precedentes o b) un cambio en la situación social, política o económica en el que se creó el precedente judicial <sup>72</sup>.

Por último, en relación con las autoridades administrativas, la RP es estricta. Esto significa, como ya se dijo, que no existen excepciones generales a la RP cuando el sujeto vinculado es una autoridad administrativa. De acuerdo con la Corte Constitucional, “habida cuenta que esos funcionarios carecen del grado de autonomía que sí tienen las autoridades judiciales, el acatamiento del precedente jurisprudencial es estricto, sin que resulte admisible la opción de apartarse del mismo”<sup>73</sup>.

b. El ámbito del precedente judicial.

El ámbito del precedente se refiere al conjunto de casos que el PJ controla. El PJ, en ese sentido, puede ser más o menos amplio, según el número de casos que regule. Sin embargo, el ámbito puede verse afectado, cuando la RP reconoce la facultad de los individuos de ampliar o reducir el conjunto de casos regulados por el PJ (facultad conocida, en el derecho anglosajón, como *distinguish*)<sup>74</sup>.

Para explicar la forma como el ámbito de precedente resulta fundamental en la explicación de la RP, cabe mencionar aquí un conocido PJ definido por la Corte Constitucional. Este tribunal estipuló que “a los adultos mayores que no cuenten con recursos suficientes, las empresas prestadoras de salud deberán proveerlos de pañales en aquellas situaciones en que por su situación médica se hagan exigibles”<sup>75</sup>. En virtud

---

<sup>71</sup> Corte Constitucional, Sentencias T-698 de 2004 (M.P.: Rodrigo Uprimny) y T-249 de 2014 (M.P.: Mauricio González Cuervo).

<sup>72</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-836 de 2001 (M.P.: Rodrigo Escobar Gil). La Corte menciona que la existencia de jurisprudencia contradictoria o imprecisa permite que los jueces se aparten de los precedentes. Sin embargo, cuando existen contradicciones (antinomias) e indeterminación en los precedentes, en realidad no existe obligación de apartarse de ellos, por lo que resulta impropio considerar a aquellos un factor de excepción a la RP.

<sup>73</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-634 de 2011 (M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva).

<sup>74</sup> En los capítulos IV y V se diferenciara entre el ambito del precedente y el ambito semántico del precedente. Se intentará mostrar que la modificación del ámbito semántico del precedente no significa que necesariamente se modifique el ambito del precedente.

<sup>75</sup> Véase Corte Constitucional, Sentencias T-249 de 2014 (M.P.: Mauricio González Cuervo) y T-383 de 2013 (M.P.: Maria Victoria Calle).

de este precedente, los individuos vinculados deberán suministrar pañales a las personas que reúnan los requisitos establecidos, y los jueces, eventualmente, deberán ordenar que dichos individuos cumplan con ese deber.

Así las cosas, el ámbito de los precedentes puede verse afectado por la facultad de los sujetos vinculados de consultar las razones subyacentes a los PJ, y a partir de ellas, de ampliar o reducir el contenido de estos. Piénsese ahora que un adulto mayor solicita una crema antipañalitis, para evitar las dificultades propias del uso de pañales. Sin duda, los términos lingüísticos empleados en el precedente no incluían la crema; pero como la RP autoriza a los individuos a consultar las razones subyacentes del PJ (i.e las razones en efecto tenidas en cuenta por el juez que creó el precedente), entonces se otorgará la solicitud<sup>76</sup>.

En síntesis, de acuerdo con lo explicado, existen tres cuestiones que resultan fundamentales en la explicación de la RP (por lo menos en lo relativo a la vinculatoriedad de la *ratio decidendi*): 1) la elucidación de la forma en que los PJ pueden ser modificados o anulados, 2) la explicación y definición de las razones capaces de superar los PJ, y 3) esclarecer las razones y condiciones que justifican la ampliación o reducción del ámbito de los PJ.

#### **1.3.4. Mecanismos de disciplina jurisprudencial**

La RP puede contemplar dos mecanismos para asegurar que los sujetos vinculados actúen de acuerdo a los PJ. Por una parte, se pueden establecer recursos y acciones para anular las decisiones que no sigan a los PJ, y por otra, se pueden establecer sanciones para las autoridades o individuos que tampoco los sigan (Peczenik, 1997). La RP colombiana ha recurrido a ambos mecanismos institucionales de disciplina jurisprudencial. Existe la posibilidad de anular decisiones de autoridades que desconozcan la RP, mediante la revisión de sentencias de tutela dictadas por todos los jueces del país, o mediante la doctrina de procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales que desconocen precedentes constitucionales; asimismo, se ha

---

<sup>76</sup> En este punto, es interesante resaltar que, de acuerdo con algunos autores, la facultad de consultar razones para apartarse de los precedentes y distinguirlos, demuestra que el modelo de reglas no es adecuado para explicar la función normativa de ellos. Esta cuestión se analiza en los capítulos 3 y 4 de este trabajo.

definido que los sujetos que desconozcan la RP pueden incurrir en el delito de prevaricato, y que el desconocimiento de precedente es causal de falta disciplinaria.

1) Anulación de decisiones de autoridades que desconozcan la RP:

La Corte Constitucional colombiana, como se dijo, ha sido encargada de dos asuntos específicos: a) control abstracto de constitucionalidad de normas con rango de ley, y b) control concreto mediante la revisión de decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos fundamentales.

En cuanto a lo primero, la Corte debe revisar la constitucionalidad de las leyes y los actos reformativos de la Constitución. Esta función llega a su conocimiento a través de dos vías. En primer lugar, mediante acción pública de inconstitucionalidad contra leyes y decretos con fuerza de ley dictados por el Gobierno nacional, cuestionados por su contenido material y vicios de procedimiento en su formación, y contra actos reformativos de la Constitución, también por vicios de procedimiento. Y en segundo lugar, mediante decisión, sin necesidad de acción pública, respecto de la constitucionalidad de leyes estatutarias, referendos sobre leyes, consultas populares y plebiscitos, convocatoria a asamblea nacional constituyente, tratados internacionales y leyes que los aprueben, y decretos legislativos dictados por el Gobierno en los estados de excepción; también, mediante decisión definitiva sobre la constitucionalidad de proyectos de ley objetados por el Gobierno como inconstitucionales, y mediante decisión, previa al pronunciamiento popular, sobre la convocatoria a referendo o asamblea constituyente que tenga como objeto reformar la Constitución, solo por vicios de procedimiento en su formación.

En cuanto a lo segundo, de acuerdo al artículo 86 de la Constitución, “toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento [...] la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales”. Por su parte, la Corte Constitucional, mediante la revisión de las decisiones de los jueces, funciona como órgano de cierre y unificadora de la jurisprudencia, por ejemplo, revocando las decisiones de los jueces que desconocen los precedentes constitucionales definidos por ella. Siendo todos los jueces competentes para conocer las acciones de tutela, y teniendo la Corte Constitucional competencia para

ser su órgano de cierre, mediante la revisión de decisiones judiciales referentes a ellas, la Corte ha pretendido que todos los jueces se sometan a los precedentes que ella fija. Como se dijo, en caso de que un juez o tribunal desconozca alguno de tales precedentes, la Corte puede revocar sus decisiones en la revisión de las acciones de tutela.

## 2) Acción de tutela por desconocimiento de precedente:

La Corte Constitucional ha establecido que la acción de tutela procede como mecanismo de disciplina jurisprudencial. En el apartado 2 de este capítulo se explicó que los precedentes de la Corte plantean una autoridad vertical respecto de los diferentes niveles de la organización de la rama judicial colombiana. En este panorama institucional, la acción de tutela contra decisiones judiciales de la jurisdicción ordinaria, y en particular contra sus órganos de cierre, ha sido el principal recurso para asegurar la supremacía de la Corte Constitucional.

De acuerdo a la doctrina de la Corte Constitucional, si una decisión judicial es contraria a la RP, procede la acción de tutela, de forma que la decisión demandada podrá ser anulada mediante este mecanismo procesal. Así las cosas, la doctrina de la acción de tutela contra sentencias desarrollada por la Corte, se ha constituido en el mecanismo institucional para: a) asegurar su autoridad como órgano de cierre, con voz definitiva en las discusiones jurídicas, y b) garantizar la disciplina jurisprudencial para asegurar el respeto de la RP<sup>77</sup>.

Ahora bien, es necesario hacer dos precisiones en torno a este tema. La primera es que la doctrina de la Corte Constitucional ha descartado la posibilidad de la acción de tutela contra sus decisiones. Sin embargo, ha aceptado que, en situaciones excepcionales, se pueda solicitar la nulidad de las sentencias, si se acredita de modo suficiente que “las reglas procesales aplicables a los procesos constitucionales [...] han sido quebrantadas, con notoria y flagrante vulneración del debido proceso”<sup>78</sup>. La procedibilidad de la nulidad de las sentencias constitucionales es excepcional, y así, la Corte exige que la violación al debido proceso sea evidente. Además, en tales

---

<sup>77</sup> Véase Pulido Ortiz (2015: 81-105) y Quinche (2007).

<sup>78</sup> Véase Corte Constitucional, Autos 50 de 2013 (M.P.: Nilson Pinilla Pinilla) y 033 de 1995 (M.P.: José Gregorio Hernández Galindo).

casos, la Corte ha establecido que la nulidad no puede reabrir el debate sobre lo decidido, al ser “apenas un mecanismo encaminado a preservar el derecho fundamental al debido proceso, que pudiera haber sido lesionado”. En lo que tiene que ver, en concreto, con las sentencias de revisión de tutelas, la Corte ha definido que la nulidad contra sentencias procede cuando:

- a) Una Sala de Revisión modifica o cambia los precedentes fijados por la Sala Plena<sup>79</sup>.
- b) Las decisiones no son tomadas por las mayorías legalmente establecidas.
- c) Se presenta una incongruencia entre la parte motiva y la resolutive del fallo.
- d) Se profieren, en la parte resolutive, órdenes a particulares que no fueron vinculados al proceso, y que no tuvieron la oportunidad procesal de intervenir en su defensa.
- e) La Sala de Revisión desconoce la existencia de la cosa juzgada constitucional respecto de un asunto determinado<sup>80</sup>.

La segunda precisión es que la Corte Constitucional ha definido que la acción de tutela, como mecanismo de disciplina jurisprudencial, no solo procede contra decisiones judiciales, sino contra todo tipo de decisiones de las autoridades y los operadores jurídicos. En efecto, debe recordarse que la RP es mucho más rígida respecto de las autoridades no judiciales, pues a estas les está vedada la posibilidad de separarse del precedente. Por lo tanto, la posibilidad de anular decisiones mediante la acción de tutela no se reduce a los actos jurisdiccionales, sino que se extiende a todos los actos de los operadores jurídicos.

3) Desconocimiento de la RP como casual de prevaricato y responsabilidad disciplinaria:

De acuerdo con lo anterior, los mecanismos de disciplina jurisprudencial, en el caso de precedentes constitucionales en Colombia, se refieren, en primer lugar, a la

---

<sup>79</sup> La Corte Constitucional toma sus decisiones en Sala Plena o en Salas de Revisión conformadas por tres magistrados. Las decisiones en que se revisa la constitucionalidad de las leyes y los actos reformativos de la Constitución (sentencias C), así como las sentencias de unificación de decisiones de tutela (sentencias SU), son tomadas por la Sala Plena. Por su parte, las sentencias de revisiones de decisiones de tutela (sentencias T) son tomadas por las Salas de Revisión.

<sup>80</sup> Véase Autos 162 de 2003 (M.P.: Rodrigo Escobar Gil) y 013 de 2008 (M.P.: Nilson Pinilla Pinilla).

probabilidad de que la Corte Constitucional revoque los fallos de tutela de jueces de instancia, y en segundo lugar, a que las decisiones de jueces, tribunales y cortes de la jurisdicción ordinaria sean anulados por la jurisdicción constitucional, mediante la procedibilidad de la acción de tutela contra sentencias. Sin embargo, la Corte Constitucional dio un paso más allá, y en la Sentencia C-355 de 2008, determinó que el desconocimiento de precedentes es causal de prevaricato.

El artículo 413 de la Ley 599 de 2000 define el prevaricato por acción de la siguiente forma: “El servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley, incurrirá en prisión”. Esta norma fue demandada mediante acción pública de inconstitucionalidad, porque, según el actor, no incluía como causal de prevaricato el desconocimiento de precedentes constitucionales. La Corte Constitucional declaró la constitucionalidad de la norma demandada, afirmando:

[E]l tipo penal, tal y como se encuentra descrito en el artículo 413 de la Ley 599 de 2000, comprende los supuestos que los demandantes consideran excluidos, esto es, que si en el caso concreto resulta aplicable [...] la jurisprudencia constitucional, y el operador jurídico realiza una aplicación manifiestamente contraria a ésta, en los términos y condiciones previstos en el derecho penal, puede ser sancionado por la comisión del delito de prevaricato por acción<sup>81</sup>.

La Corte Constitucional matizó esta decisión, al afirmar que el delito de prevaricato por desconocimiento de precedente ocurre solo en relación con precedentes constantes, es decir, aquellos que son reiterados en numerosas sentencias y “se limitan a reafirmar la vigencia de una subregla constitucional perfectamente consolidada”<sup>82</sup>; no obstante, lo cierto es que se estableció un mecanismo sancionatorio que busca que los jueces adecúen sus decisiones a las reglas establecidas en los precedentes constitucionales. Sin embargo, como se expone a lo largo de este trabajo, la existencia y justificación de la técnica

---

<sup>81</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-355 de 2008 (M.P.: Humberto Sierra Porto). Véase también la Sentencia T-656 de 2011 (M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub). Esta tesis ha sido admitida y aplicada por la Corte Suprema de Justicia; véase Sala de Casación Penal, Radicado 39456, Sentencia del 10 de abril de 2013 (M.P.: José Luis Barceló Camacho), y Sala de Casación Penal, Radicado 403, Sentencia del 31 de octubre de 2012 (M.P.: María del Rosario González Muñoz).

<sup>82</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-355 de 2008 (M.P.: Humberto Sierra Porto).

sancionatoria es independiente del carácter normativo de las reglas establecidas por la Corte Constitucional.

El desconocimiento de precedentes por parte de jueces y tribunales se considera un incumplimiento de su deber general de “[r]espetar, cumplir y, dentro de la órbita de su competencia, hacer cumplir la Constitución, las leyes y los reglamentos”<sup>83</sup>. Por lo tanto, los funcionarios que desconozcan los precedentes constitucionales pueden ser sometidos a sanciones disciplinarias, algo que han reconocido tanto la Corte Constitucional como la Corte Suprema de Justicia<sup>84</sup>.

#### **1.4. RECAPITULACIÓN Y PLANTEAMIENTO DE ALGUNAS CUESTIONES**

La forma como opera la RP en los ordenamientos jurídicos depende de diferentes factores institucionales y normativos. En la primera parte de este capítulo, se examinó la importancia de la estructura de la organización judicial en la configuración de la RP, y se concluyó que en Colombia existe una jurisdicción monista, con la Corte Constitucional como órgano de cierre; asimismo, se realizó una descripción general de las situaciones en que se plantea una vinculación horizontal o vertical de los precedentes constitucionales. Luego, se expuso la necesidad de que en la explicación del funcionamiento normativo-autoritativo se dé cuenta de la relación entre la RP y los PJ. En cuanto a la RP, esta establece las formas y condiciones en que se pueden introducir nuevos PJ, modificarlos o extinguirlos, y determina las formas en que se deben seguir, aplicar e interpretar. Los PJ, por su parte, determinan el contenido específico de las decisiones y acciones exigidas.

En este contexto, es posible distinguir entre el reconocimiento de la RP y el fundamento de ese reconocimiento. Así, se señaló que el reconocimiento de la RP en Colombia obedece a una combinación de decisiones legislativas o constituyentes, sumadas al reconocimiento de la RP, en especial por parte de los jueces. Por otra parte, se observó cómo, en el estudio de las razones que pretenden justificar la RP, se debe

---

<sup>83</sup> Constitución Política de Colombia, artículo 230, y Ley Estatutaria de Administración de Justicia, artículo 153, numeral 1.

<sup>84</sup> Corte Constitucional, Sentencias C-539 de 2011 (M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva), T-453 de 2011 (M.P.: Nilson Pinilla Pinilla), C-634 de 2011 (M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva) y T-656 de 2011 (M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

diferenciar según se trate del autoprecedente o del precedente vertical. Los argumentos centrales a partir de los cuales se suele justificar el autoprecedente son el principio de universalización y el de consistencia. La autoridad del precedente vertical, por su parte, basa su justificación en la capacidad de los órganos de cierre de coordinar la actividad interpretativa y adjudicativa de los órganos de instancia, en aras de una aplicación consistente de la constitución y las leyes.

A continuación de esto, se presentaron los diferentes poderes normativos de la Corte Constitucional. Por un lado, la Corte tiene la competencia de definir, con autoridad de cosa juzgada, asuntos específicos planteados en los procesos de tutela. Por otro lado, tiene un complejo poder normativo para definir asuntos de forma general y abstracta, al poder declarar, con efectos *erga omnes*, la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas jurídicas, al definir contenidos normativos generales y abstractos, cuando condiciona la interpretación de una norma jurídica, y al establecer la práctica de emitir órdenes generales y abstractas (reglamentaciones jurisprudenciales), principalmente en sentencias de tutela. Por último, tiene el poder de definir contenidos normativos asociados o identificados con la noción de *ratio decidendi*.

Se explicó cómo la RP puede contemplar dos tipos de límites, según se hable de su alcance o de su fuerza. Asimismo, se observó que, al estudiar los límites de la RP, debe diferenciarse entre la posibilidad de apartarse del precedente y la de modificarlo o anularlo. En concreto, la facultad de modificar o anular un precedente está limitada al autoprecedente. En cuanto a la RP, esta en Colombia es limitada, toda vez que se faculta a los jueces para apartarse de los PJ si encuentran razones suficientes para hacerlo. Aunque la jurisprudencia constitucional no es muy clara al respecto, se vio que dichas razones deben evidenciar un cambio en el material jurídico relevante o en la situación social, política o económica, o la existencia de jurisprudencia contradictoria o imprecisa. Por otro lado, existe la facultad de que los jueces distingan los precedentes (es decir, los amplíen o reduzcan), consultando las razones que los justificaron. Por su parte, la posibilidad de apartarse de un precedente o de distinguirlo está vedada a las autoridades no judiciales.

Los resultados y las conclusiones de este capítulo plantean diferentes cuestionamientos, unos de naturaleza normativa y otros de naturaleza conceptual o

analítica. En cuanto a los de naturaleza normativa, cabe resaltar el de la legitimidad de los tribunales constitucionales para definir reglas generales que vinculan a los poderes representativos. En efecto, aunque existan razones para que las autoridades judiciales y administrativas se vinculen a los PJ, estas resultan insuficientes para justificar la obligatoriedad de los precedentes en relación con los parlamentos y congresos. En el caso colombiano, hay que justificar la capacidad de los poderes normativos de la Corte Constitucional a la hora de vincular al Congreso de la República. Otro cuestionamiento de naturaleza normativa se refiere a la diferenciación entre precedente constitucional en amplio sentido (cosa juzgada constitucional, condicionamientos y órdenes), y precedente constitucional en estricto sentido (*ratio decidendi*). En este contexto, no es del todo claro el fundamento del poder de la Corte Constitucional de crear normas generales y abstractas, mediante condicionamientos y órdenes generales. En efecto, los argumentos expuestos sobre la justificación de los poderes normativos de la Corte justifican la cosa juzgada constitucional, y eventualmente, la fuerza normativa de la *ratio decidendi* de las decisiones; sin embargo, no fundamentan su autoridad para adicionar contenidos normativos mediante condicionamientos, ni mucho menos para dictar órdenes generales y abstractas. Incluso, cabe preguntarse si las limitaciones establecidas para la RP incluyen o no las reglas sobre los condicionamientos y órdenes generales.

Por su parte, los cuestionamientos de naturaleza conceptual apuntan a asuntos específicos. En primer lugar, existen problemas relacionados con la posibilidad de articular tanto la noción de precedente judicial obligatorio, como la facultad de los jueces de identificar razones que superen a los PJ o sirvan para ampliar o reducir su ámbito. En otras palabras, ¿cómo pueden los precedentes judiciales ser autoritativos, y al mismo tiempo admitirse la posibilidad de que los jueces identifiquen razones para superar su autoridad normativa, y de que amplíen o reduzcan el contenido de un precedente judicial al distinguirlo?

Se supone que las reglas jurídicas (en nuestro caso los PJ), además de indicar un determinado curso de acción, excluyen de su relevancia práctica a un o de otras razones para la acción, en particular aquellas razones para actuar en contra de lo exigido por la regla (idea desarrollada por Raz a partir de la tesis de las razones protegidas). Sin embargo, no queda del todo claro cómo puede funcionar una regla cuando los

individuos pueden apartarse de ella en los casos en que aparece una razón o conjunto de razones que la superan y si, además, pueden ampliar o reducir el ámbito de aplicación de la regla.

Para abordar este problema, en el capítulo siguiente se presentarán las bases conceptuales de la explicación de las reglas como razones protegidas, y sus principales limitaciones. Los capítulos 3, 4 y 5 abordarán la conciliación de la noción de reglas y la posibilidad de que estas sean superadas, tomando nota, en particular, de la posibilidad de que los PJ sean superados o distinguidos. En el capítulo 6 se analizarán las relaciones entre la autoridad práctica de los PJ, y los mecanismos de disciplina jurisprudencial, en particular las sanciones. Para ello, se estudiará la relación entre las sanciones y la autoridad normativa del derecho, teniendo en cuenta la importancia –al menos en el caso colombiano– de los mecanismos de disciplina jurisprudencial en el desarrollo de la RP.

## **CAPÍTULO 2:**

### **LA FUNCIÓN EXCLUYENTE DE LAS NORMAS JURÍDICAS**

En el capítulo anterior, se señaló cómo uno de los problemas que enfrenta la regla de precedente (RP) es la conciliación de dos tesis en tensión: por una parte, la RP implica que los precedentes judiciales (PJ) constituyen una razón autoritativa para la acción y la decisión, es decir, que los individuos vinculados deben seguir los PJ, aun cuando estén en desacuerdo con su contenido; y por otra, los jueces tienen autonomía en la identificación, interpretación y aplicación del derecho, de tal forma que no pueden desplazar de su juicio la identificación adecuada del derecho en lo decidido por otros jueces. En resumen, en la implementación y explicación de la RP, debe darse cuenta de la tensión entre la pretensión de autoridad de los PJ, y la autonomía de los jueces en la adjudicación del derecho.

Los ordenamientos jurídicos han creído encontrar una solución a esta tensión, al limitar la autoridad de los PJ en un doble sentido: en su fuerza y su ámbito. Se sostiene que la fuerza de los PJ no es absoluta, de forma que los jueces pueden identificar un conjunto de razones que justifique no seguirlos; y se afirma que su ámbito se ve afectado cuando la RP reconoce la facultad de los individuos de ampliar o reducir el conjunto de casos regulados por ellos. Sin embargo, como se observó al final del capítulo anterior, queda abierta la cuestión sobre cómo la RP pretende que los PJ sean autoritativos, y por tanto que se conviertan en reglas, cuando al mismo tiempo autoriza a los individuos vinculados a que se aparten del contenido de la regla o modifiquen su ámbito de aplicación.

El problema de la autoridad normativa o práctica del derecho es un asunto central para la teoría del derecho contemporánea, al referirse a la forma en que el derecho pretende definir cómo actuar, aunque los individuos no estén de acuerdo con lo

exigido<sup>85</sup>. Incluso, a partir de la década del 70, se ha discutido acerca de las tensiones entre la pretensión de autoridad del derecho y la autonomía de los individuos. En su conocido trabajo, R. P. Wolff (1970) argumentó una insalvable incompatibilidad entre la existencia de una autoridad práctica y la autonomía racional de los agentes: si parte fundamental de la racionalidad consiste en actuar conforme a un balance autónomo de razones, estar sujeto a las órdenes de una autoridad es algo contrario a la razón.

En este contexto, Raz desarrolla un marco teórico para abordar los problemas centrales de la autoridad del derecho y su pretensión de autoridad. De hecho, su tesis sobre la naturaleza y la función de las normas jurídicas puede concebirse como un intento de conciliar la pretensión de autoridad del derecho (por ejemplo, la RP) con la autonomía de los individuos (por ejemplo, los jueces). En términos generales, Raz sostiene que las normas jurídicas son un tipo especial de razones para la acción: razones protegidas, entendidas como aquellas que, además de determinar un curso determinado de acción (razones de primer orden), excluyen otras razones (razones de segundo orden negativas). De acuerdo con el autor, al comprenderse las normas jurídicas (en calidad de directivas de una autoridad) como razones protegidas, la tensión entre autoridad y autonomía no es más que una apariencia.

Con base en lo anterior, el propósito de este capítulo es explicar las nociones centrales de la normatividad del derecho en Raz, e identificar elementos conceptuales que permitan comprender mejor la tesis de las normas jurídicas como razones protegidas. En la primera parte, se presentan los presupuestos conceptuales y metodológicos de la explicación de la normatividad en Raz, resaltando su posición acerca del punto de vista interno o punto de vista jurídico. En la segunda parte, se estudia la posición de Raz sobre el lugar de las razones protegidas en el razonamiento práctico. Por último, se resaltan dos tesis centrales para la comprensión de la noción de razones protegidas: la doctrina de la autoridad legítima y la de las fuentes sociales<sup>86</sup>.

---

<sup>85</sup> Una cuestión decisiva para el éxito de cualquier teoría del derecho es establecer si las normas jurídicas son una fuente de deberes para los individuos y en qué sentido lo son, o sea, de qué forma obligan. Al positivismo jurídico, por ejemplo, se le ha acusado de un injustificado descuido de la dimensión práctico-normativa del derecho o, de manera contraria, de la renuncia a una de sus premisas básicas: la separación conceptual entre el derecho y la moral. Sobre este asunto, véase Redondo (1998) y Soper (1999).

<sup>86</sup> En este punto, hay que señalar una limitación metodológica en el presente trabajo. No se intenta aquí desarrollar una evaluación general de la obra de Raz, sino presentar, críticamente, presupuestos

## 2.1. LAS NORMAS JURÍDICAS COMO RAZONES PARA LA ACCIÓN

Los primeros trabajos de teoría del derecho de tradición analítica, del siglo XIX e inicios del siglo XX, buscaron desarrollar modelos teóricos que, al modo de las ciencias sociales entonces dominantes, dieran cuenta de su objeto de manera “científica”, en el sentido de que sus enunciados fueran formulados en términos empíricamente comprobables o refutables<sup>87</sup>. Austin, por ejemplo, desarrolló un modelo teórico que, a la luz de elementos susceptibles de comprobación empírica (sanción y hábito de obediencia), permitiera a la teoría del derecho ser, en ese sentido, científica. Austin afirma que la teoría del derecho debe dar cuenta de la norma jurídica como una especie de mandato, a modo de expresiones de deseo respaldadas por el poder de la autoridad de causar un daño en quienes no obedecen las conductas exigidas, las cuales deben emanar de la autoridad soberana en una sociedad determinada (Austin, 1995), (Bix, 2014), (Tamayo, 1986).

Según Austin, la teoría del derecho debe limitarse a la identificación y reconstrucción de los ordenamientos jurídicos, a partir de los conceptos de mandato, sanción y deber, fenómenos que pueden ser formulados en términos empíricamente comprobables o refutables (Austin, 1995: 27-38). Para este autor, lo característico del concepto de mandato es la probabilidad de que sus destinatarios sufran un daño (sanción), en caso de que no actúen conforme a la conducta exigida (1995: 18-38). Las normas jurídicas serían, en este sentido, mandatos del soberano, es decir, la persona o conjunto de personas habitualmente obedecidas en una sociedad, y estarían respaldadas por la amenaza de una sanción en caso de desobediencia (teoría imperativa del derecho).

En consecuencia, para Austin, el lenguaje normativo se reduce a la formulación de enunciados sobre la probabilidad de que a los individuos les sean impuestas consecuencias no deseadas: A debe hacer  $\emptyset$ , ordenado por B, si, y solo si, es probable

---

centrales para comprender la noción de reglas como razones protegidas. Más aún, en los capítulos siguientes no se pretende “seguir al pie de la letra” las ideas de este autor, sino, a partir de la tesis de las razones protegidas, aportar herramientas teóricas útiles para abordar el problema de la autoridad de los PJ.

<sup>87</sup> Véase Curzon (1995: 81-2), Green (2009) y Bix (2005).

que B sancione a A en caso de que no haga  $\emptyset$ . En este orden de ideas, el derecho es una fuente de deberes para los individuos, en la medida que existe la probabilidad de que se les impongan sanciones, en caso de no actuar conforme a lo exigido por las normas jurídicas.

Por su parte, las críticas a la teoría de Austin se enfocan, por un lado, en cuestiones metodológicas, y por otro, en el indebido reduccionismo de su teoría imperativa del derecho (Bix, 2014). En cuanto a lo metodológico, se acusa a la teoría de Austin de no definir si sus tesis son de naturaleza empírica o conceptual. Por lo demás, si son tesis de naturaleza empírica, no logran describir adecuadamente los hechos que caracterizan a los ordenamientos jurídicos. Por ejemplo, hay una imposibilidad empírica de identificar al “soberano” en los ordenamientos jurídicos reales, al menos de la forma en que Austin lo caracteriza (Bix, 2014). Además, esta teoría no explica hechos fundamentales de los ordenamientos jurídicos contemporáneos, como la continuidad del derecho cuando desaparece la persona del soberano (Hart, 1994). Por otra parte, si son tesis de naturaleza conceptual, no explican algunos elementos fundamentales del derecho. En primer término, reducir el derecho a órdenes de un soberano respaldadas por amenazas, deja por fuera diferentes tipos de reglas paradigmáticas en los ordenamientos jurídicos. Así, según Hart, la teoría de Austin no da cuenta de las reglas que determinan qué autoridades, y bajo qué procedimientos, pueden crear o modificar el derecho, lo cual, en todo caso, no puede ser explicado como mandatos habitualmente obedecidos (1994: 51-61).

Según Hart, a diferencia de la tesis reduccionista de Austin, los ordenamientos jurídicos están conformados por diversos tipos de reglas con diferentes funciones. Así, están las reglas *primarias*, aquellas que establecen o definen los deberes de los individuos. Sin embargo, si el derecho estuviese conformado exclusivamente por reglas primarias, se vería enfrentado a tres problemas fundamentales: en primer lugar, se viviría en estado de incerteza o indeterminación frente a las conductas exigidas, toda vez que no existirían criterios para individualizar las normas jurídicas y diferenciarlas de otros sistemas normativos; en segundo lugar, no habría forma de resolver jurídicamente cuestiones acerca de la adecuada aplicación de las reglas; y en tercer lugar, el derecho sería estático, pues no se evidenciaría de qué forma las reglas pueden modificarse, crearse o eliminarse. Para resolver estos problemas, los ordenamientos

jurídicos contemporáneos contemplan tres reglas *secundarias*: regla de *reconocimiento*, reglas de *cambio* y reglas de *adjudicación*. La regla de reconocimiento establece los criterios últimos de pertenencia e identificación de las normas respecto a un sistema jurídico. Las reglas de cambio definen las formas y el procedimiento para modificar las reglas del sistema. Y las reglas de adjudicación establecen quién resuelve, y cómo, los conflictos en la aplicación de las reglas jurídicas (Hart 1994: 91-99).

Por otra parte, siguiendo con Hart, el reduccionismo imperativista no logra explicar en qué sentido el derecho es fuente de deberes, es decir, en qué sentido es normativo. Hart sostiene que la explicación de la normatividad no se puede reducir, como lo pretende Austin, a la explicación de cómo el derecho define e impone sanciones. Para argumentar su idea, Hart distingue entre “estar siendo obligado” y “tener una obligación”<sup>88</sup>. En efecto, lo primero depende de los motivos que acompañan la acción de un individuo (por ejemplo, durante un asalto, el hecho de que el individuo se vea obligado a entregar el dinero, puede significar que creyó que sufriría un daño si no lo hacía). Pero el hecho de que el individuo tenga una obligación no depende, de forma necesaria, de que existan determinados motivos, por lo cual puede ocurrir que tenga una obligación, aun cuando crea que no se le impondrán determinadas consecuencias negativas (Hart, 1994: 103-104).

Así las cosas, la elucidación de la normatividad del derecho debe dar cuenta de la forma en que las normas jurídicas son fuente de deberes, es decir, en qué sentido los individuos tienen obligaciones jurídicas, y no simplemente explicar de qué manera se sienten obligados por la amenaza de una sanción.

Para Hart, lo fundamental en la explicación de cómo el derecho obliga a las personas, es dar cuenta de la existencia de reglas que establezcan el deber de realizar determinadas conductas (1994: 69-71). En otras palabras, si para Austin la existencia de sanciones es la condición necesaria para el surgimiento de deberes jurídicos, para Hart, esa condición es la existencia de reglas. Según Hart, lo que caracteriza a las reglas jurídicas (a diferencia de los hábitos o las simples conductas convergentes) es que son

---

<sup>88</sup> “There is a difference, yet to be explained, between the assertion that someone was obliged to do something and the assertion that he had an obligation to do it” (Hart, 1994: 82).

fundamento para guiar la conducta de los individuos, exigir determinadas acciones y servir de apoyo a la crítica contra los individuos que se desvían de lo exigido (1994: 82-99).

Entonces, es necesario que, en la explicación de la normatividad del derecho, se dé cuenta de la existencia de reglas que exigen a los individuos seguir determinadas conductas, pero como algo diferente a un hábito o a una acción realizada bajo la amenaza de una sanción. Por ello, la noción de deber jurídico no debe comprenderse como un fenómeno simplemente fáctico o reducido a la probabilidad de la imposición de una sanción. Para explicar la forma en que el derecho es normativo, se debe dar cuenta del punto de vista interno, es decir, la forma como los participantes de las prácticas jurídicas conciben las reglas como guía para la conducta propia y fuente para reprochar la conducta de los infractores.

Según Hart, en las reglas se puede diferenciar una dimensión externa y una interna. La dimensión externa se refiere a las regularidades observables en el cumplimiento o incumplimiento de la regla; y la interna, a la actitud práctico-crítica de quienes ven en el derecho una guía para la conducta y un fundamento para la crítica hacia otras personas. En consecuencia, pueden abordarse las reglas desde la perspectiva de un mero observador (no aceptante), o como un aceptante que las emplea a modo de guías para la conducta; en otras palabras, desde el punto de vista externo en el primer caso, o desde el interno en el segundo<sup>89</sup>. Para explicar el carácter normativo del derecho, esto es, en qué sentido es una cuestión de reglas que guían el comportamiento de los individuos, es necesario adoptar un método hermenéutico que dé cuenta de las reglas desde el punto de vista interno, es decir, que elucide la forma como los participantes de las prácticas jurídicas (individuos que aceptan el derecho como fuente de deberes) comprenden la regulación jurídica de los comportamientos<sup>90</sup> (Hart, 1983: 13).

De acuerdo con esta propuesta, lo específicamente normativo del derecho no puede comprenderse mediante simples descripciones de aquello que los individuos habitualmente hacen (por ejemplo, obedecer mandatos), sino captando, desde el punto

---

<sup>89</sup> Debe recordarse que, según Hart (1994), la dimensión interna de la regla de reconocimiento es una cuestión empíricamente comprobable. Al respecto, la cuestión es si, pese a esta pretensión de Hart, es posible desarrollar una teoría puramente descriptiva del punto de vista interno (Bix, 2006).

<sup>90</sup> Para un análisis del giro planteado por Hart, véase Bix (2006: 127-165).

de vista interno, la forma como los participantes de las prácticas jurídicas aceptan la regla secundaria de reconocimiento, en cuanto criterio para la identificación de reglas primarias de obligación. Afirmar que una norma jurídica es válida consiste, por tanto, en reconocer que satisface los requisitos definidos en la regla de reconocimiento, la cual, por su parte, no puede ser ni válida ni inválida, sino aceptada como fuente de criterios de identificación (Hart, 1994). En este sentido, para la comprensión de la regla de reconocimiento, y por tanto, para la existencia de ordenamientos jurídicos, resulta determinante la noción de aceptación, esto es, la práctica, por parte de los participantes de las practicas jurídicas, de emplear, de manera compartida, los criterios de validez jurídica incorporados en dicha regla de reconocimiento, y de criticar a quienes se aparten de ella.

Las normas jurídicas son comprendidas por los aceptantes como un criterio intersubjetivo para la crítica y justificación del comportamiento, con independencia de la motivación estratégica o prudencial de evitar las consecuencias indeseables asociadas al incumplimiento. Por ello, lo que define el punto de vista interno es la disposición a concebir las normas jurídicas como fundamento de la acción, antes o después de ser esta realizada, y no, de modo necesario, un ajuste entre disposición y motivación para la acción<sup>91</sup>. En otros términos, lo fundamental es que las reglas jurídicas puedan justificar la acción de los individuos, aunque no necesariamente constituyan una motivación. Puede ocurrir, por ejemplo, que un participante actúe, en un caso concreto, motivado por factores independientes de las normas jurídicas; pero, si es un participante, debería estar dispuesto a emplear a las normas jurídicas como criterio justificatorio de su acción<sup>92</sup>.

---

<sup>91</sup> Ahora bien, lo determinante en quienes adoptan el punto de vista interno es el ajuste entre disposición y justificación de la acción, y no el ajuste consciente entre disposición y motivación de la acción. De esta manera, puede ocurrir que un agente no actúe motivado por lo que la norma prescribe, o que actúe de acuerdo con lo que la norma prescribe, pero de manera inconsciente. Sobre esto, véase Gaido (2011).

<sup>92</sup> Imaginemos que Luis es un participante de la práctica jurídica del Estado X. Esto quiere decir, según Hart, que Juan ve en las reglas de X (aquellas creadas de acuerdo a las condiciones dadas en la regla de reconocimiento del derecho de X) una fuente de deberes. Es decir que si la regla establece hacer  $\emptyset$ , Juan tiene la obligación de hacer  $\emptyset$ , y ese deber constituye, respecto a él, una razón que justifica hacer  $\emptyset$ . Sin embargo, esto no implica que siempre que Juan actúe conforme a lo exigido por las reglas de X, lo haga motivado por esas reglas; puede ocurrir, por ejemplo, que Juan pague un impuesto conforme a una regla de X, por el débito automático de su banco, o que, en determinada ocasión, actúe conforme a una regla por motivos prudenciales.

Ahora bien, según Hart, no es necesario que todos los individuos adopten el punto de vista interno, es decir, que acepten la práctica jurídica como fuente de deberes y, en consecuencia, sean participantes de ella, ni tampoco que el punto de vista se verifique respecto de todas las reglas del sistema. Lo necesario, por una parte, es que las autoridades jurídicas (en particular los jueces) acepten las reglas del sistema, esto es, que usen de manera compartida criterios de validez jurídica, y por tanto, empleen las normas como guía de la conducta y fundamento para el reproche<sup>93</sup>; y por otra parte, que se adopte el punto de vista interno respecto de la regla de reconocimiento (Hart, 1994: 115-118). En una palabra, el carácter normativo del derecho depende de que al menos las autoridades institucionales (en particular los jueces) adopten el punto de vista interno frente a la regla de reconocimiento.

En síntesis, la explicación de la normatividad del derecho, según Hart, debe dar cuenta de cómo las reglas jurídicas guían la conducta de los individuos, y para ello se debe diferenciar la dimensión externa de las reglas (referida a la regularidad de conductas), de la dimensión interna (referida a cómo las reglas son constitutivas de deberes para los individuos). El análisis de la dimensión interna de las reglas debe explicar la forma en que los participantes aceptan la regla de reconocimiento, al ver en el derecho una guía de conducta y un fundamento de crítica de lo que no está en conformidad con las normas jurídicas. Una vez verificada la existencia de una regla de reconocimiento, al acreditarse que las autoridades jurídicas usan de manera compartida criterios de validez jurídica, se puede sostener que el derecho es normativo, al ser una fuente de deberes para los individuos.

Esta tesis de Hart, en particular lo referido al punto de vista interno, fue recibida, desarrollada y modificada en algunos puntos por Raz. Para el objeto de esta investigación, cabe resaltar dos puntos que difieren en las explicaciones de Hart y Raz: 1) la relación entre deberes y razones, y 2) la caracterización de los participantes en

---

<sup>93</sup> De tal modo, los jueces, mediante la aceptación de la regla de reconocimiento, cumplen un papel fundamental para la existencia de esta, y en consecuencia, para la definición de los criterios de pertenencia al ordenamiento jurídico. El propio Hart afirmó que la regla de reconocimiento en los ordenamientos jurídicos es, en definitiva, una forma de regla judicial de origen consuetudinario, que existe solo si es aceptada y practicada, al identificarse y aplicarse el derecho por parte de los tribunales (Hart 1994: 256).

las prácticas jurídicas. A continuación, se detallan estos dos puntos y las diferencias mencionadas:

1) Relación entre deberes y razones: Existen dos interpretaciones de la forma en que se vinculan los deberes y las razones para la acción. De acuerdo con la primera, la existencia de un deber es por completo independiente de la existencia de razones para la acción. De acuerdo con la segunda, al contrario, existe una conexión entre deberes y razones, en el sentido de que la existencia de un deber tiene su correlato en la existencia de una razón para la acción.

Hart defiende la primera interpretación. Para él no existe relación conceptual entre deberes y razones para la acción. Este autor diferencia entre la existencia de deberes jurídicos y las razones que estos deberes podrían generar en los individuos. Según él, mientras la existencia de obligaciones jurídicas es de carácter objetivo, la de razones originadas por estas obligaciones es de carácter subjetivo (Hart, 1994: 250-251). Esto significa que, aun cuando exista un deber jurídico, este puede no generar ninguna razón para la acción, pues esto depende, en rigor, de las consideraciones subjetivas de cada individuo. Las razones que las obligaciones jurídicas generan tendrían una existencia subjetiva, al depender por entero de la percepción subjetiva que de tales obligaciones tenga el destinatario<sup>94</sup>. En estos términos, no existen razones para la acción específicamente jurídicas, pues en últimas dependen de componentes subjetivos relacionados con las percepciones y motivaciones de cada individuo. En consecuencia, una norma puede ser válida, en cuanto cumpla lo establecido en la regla de reconocimiento, y generar deberes jurídicos, incluso si no tiene la capacidad de generar razones específicas para la acción<sup>95</sup>.

---

<sup>94</sup> Para Hart, el carácter normativo del derecho implica que este sea fuente de deberes jurídicos, aunque ello no dice nada del estatus de esos deberes como razones para la acción. Esto no significa que las normas jurídicas no puedan generar razones para la acción en algunos individuos, sino que esto es independiente de la existencia misma del deber. Según el autor, mientras que las obligaciones son objetivas, al no depender del conjunto motivacional del agente sino de las normas que satisfacen los criterios de validez de la regla de reconocimiento, las razones que los deberes creados por esas normas eventualmente generarían, son subjetivas, al depender de las percepciones que cada individuo tenga de esas obligaciones.

<sup>95</sup> Un análisis de esto puede verse en Gaido (2011: 92-95).

Raz, por su parte, sostiene la segunda interpretación. Este autor afirma que hay una relación conceptual entre deberes y razones para la acción, y argumenta que el estatus de esas razones es objetivo, es decir, distinto de los deseos o intereses de los agentes individualmente considerados. La explicación de la normatividad dependería, entonces, de la forma en que ciertas nociones, como reglas y deberes, funcionan en el razonamiento práctico de los individuos (Raz 1990a: 28-33). Raz argumenta una equivalencia conceptual entre los enunciados del tipo “X debe hacer Ø” y los del tipo “hay una razón para X de hacer Ø”. Según esto, afirmar que el individuo tiene la obligación de pagar una suma de dinero es equivalente a afirmar que tiene una razón justificatoria para pagar esa suma. Por lo tanto, no es posible explicar en qué sentido las disposiciones jurídicas obligan a los individuos, si no se dice en qué sentido tales reglas son constitutivas de razones para la acción. En otras palabras, la elucidación de la normatividad del derecho debe dar cuenta de cómo las normas jurídicas son razones objetivas para la acción. En suma, explicar en qué sentido el derecho es fuente de deberes, equivale a explicar cómo las normas jurídicas son razones justificatorias (de un tipo especial, como ya se verá) para la acción.

Ahora bien, la pregunta sobre qué significa que una regla sea la fuente de un deber, es decir, que constituya una obligación jurídica, solo puede responderse, según Raz, afirmando que, al exigir determinada conducta, la regla es una razón para justificar dicha conducta. Así, para comprender en qué sentido el derecho es constitutivo de razones justificatorias para la acción, resulta determinante definir de qué manera los participantes, quienes aceptan el derecho, comprenden las prácticas jurídicas como justificatorias de la imposición de deberes y adjudicación de derechos (Raz, 1990a: 170-177) y (1984: 123-131). De acuerdo con esto, los participantes emplearían el derecho en calidad de fuente de razones para la toma de decisiones de carácter moral, como imponer deberes o establecer derechos (Raz, 1984: 130).

Así las cosas, si el derecho es fuente de razones para acciones y decisiones de naturaleza moral, dichas razones deben tener la capacidad de justificar esas acciones y decisiones. El derecho, al exigir a los individuos cómo actuar o decidir (más cuando tales acciones o decisiones implican muchas veces la privación de

derechos), solo puede justificarse por razones morales, es decir que solo por estas razones se puede aceptar una práctica normativa impositiva de deberes<sup>96</sup>.

2) Caracterización de los participantes en las prácticas jurídicas: Por otra parte, dar cuenta del punto de vista interno, según Hart, es una cuestión valorativamente neutra, porque se limita a la perspectiva de quienes ven en las normas jurídicas una fuente de deberes, con independencia de la corrección moral del derecho y las creencias que cada individuo tiene para su aceptación. Para el autor, aun cuando la aceptación de la regla de reconocimiento resulta fundamental para comprender la naturaleza normativa del derecho, los individuos pueden aceptarla por diferentes consideraciones: razones morales, cálculo de interés a largo plazo, actitud irreflexiva o deseo de obrar igual que otros individuos (Hart, 1994: 256, 266-267).

Teniendo en cuenta que Hart concibe dos formas de aproximarse al derecho, esto es, el punto de vista interno (la perspectiva de quienes aceptan la regla de reconocimiento) y el punto de vista externo, cabe precisar aquí unas cuestiones. Desde este punto de vista externo, un individuo puede aproximarse con propósitos prácticos o teóricos; se aproxima con motivos prácticos aquel que pretende adecuar su conducta al derecho, pero solo por razones prudenciales, como el temor que genera la imposición de un castigo, o por la expectativa de obtener algún beneficio; y se aproxima con motivos teóricos aquel que pretende comprenderlo o analizarlo; en este caso, por ejemplo, el teórico del derecho debe dar cuenta de la perspectiva de los aceptantes, aunque él no sea uno de ellos ni comparta sus creencias.

En otras palabras, aun cuando la perspectiva del aceptante, según Hart, sea determinante en la explicación del derecho, no es preciso que el teórico adopte el punto de vista interno, sino que, desde la perspectiva externa, dé cuenta de la interna, incluso si el derecho es moralmente inadecuado. Por ello, Hart reduce la teoría jurídica en dos sentidos. En primer lugar, reduce el concepto de derecho, desde la perspectiva teórica, a un conjunto de reglas para la convivencia social, en un concepto de derecho descomprometido de valores; y en segundo lugar, reduce

---

<sup>96</sup> Como se verá más adelante, Raz explica la capacidad moral del derecho de exigir conductas, mediante la doctrina de la autoridad legítima.

la teoría del derecho a una finalidad estrictamente descriptiva, de la cual no se puede derivar ningún valor que justifique los fines del derecho.

Por el contrario, Raz sostiene que, para comprender de forma adecuada el derecho, debe explicarse por qué los aceptantes lo conciben como fuente de razones justificatorias para la acción<sup>97</sup>. En estos términos, y toda vez que el derecho es fuente de razones justificatorias para acciones y decisiones de carácter moral (como la imposición de deberes, más cuando se hace con uso o amenaza de uso de fuerza), los participantes deben basar su aceptación del derecho en creencias morales (Raz, 1984: 30). A diferencia de Hart, para quien, como se dijo, el concepto de derecho puede captarse desde el punto de vista externo, sin tener en cuenta los valores en que las prácticas jurídicas se comprometen, para Raz solo es posible comprender el derecho al privilegiar la comprensión de los participantes, y por tanto, dando cuenta de aquello que estos consideran valioso dentro de él.

Así, Raz asegura que la aceptación del derecho depende de una creencia moral, y aunque los ordenamientos jurídicos sean moralmente defectuosos y las instituciones jurídicas carezcan de autoridad moral, el derecho pretende autoridad moral, de forma que es inevitable que los individuos que aceptan dicha autoridad así lo contemplen (Raz, 1984 y 2009j). Por lo tanto, la explicación fundamental de la normatividad del derecho es que este pretende fuerza moral, en el sentido de que ningún sistema es jurídico, salvo que incluya una pretensión de autoridad moral (Raz, 1984: 131). No se sostiene así que todo derecho sea bueno o que toda

---

<sup>97</sup> Para diversos autores, la propuesta metodológica de Hart sobre el punto de vista interno implica la renuncia al principio de separación entre derecho y moral. De tal forma, la cuestión apunta a establecer si el compromiso metodológico con el punto de vista interno depende o no de la adopción de una perspectiva moral respecto de lo jurídico. De acuerdo con J. Finnis, la caracterización del punto de vista interno, y por tanto la noción hartiana de dimensión interna de las reglas, es “precaria e insatisfactoria”, pues no logra dar el paso decisivo de diferenciar el caso central del periférico en ese punto de vista interno. Para el autor, la adopción de este punto de vista debe representar a aquellos que reconozcan cuándo los ordenamientos jurídicos generan razones morales para actuar: “Si hay un punto de vista en que la obligación jurídica sea tratada [...] como obligación moral [...], un punto de vista en que el establecimiento y mantención de un orden jurídico [...] se considera un ideal moral [...] entonces tal punto de vista constituiría el caso central del punto de vista jurídico. Porque solamente desde un punto de vista tal es de primordial importancia que sea puesto en la existencia el derecho en cuanto distinto de otras formas de orden social [...] Si hay un punto de vista en el cual la institución del *Rule of Law*, y la conformidad con reglas y principios de derecho según su tenor, son consideradas como exigencias al menos presuntivas de la misma razón práctica, tal punto de vista es el punto de vista que debería ser usado como modelo de referencia por el teórico al describir las características del orden jurídico” (Finnis, 2000: 48-49).

aceptación esté basada en creencias adecuadas, sino que, para ser fuente de razones justificatorias de la acción, el derecho debe tener autoridad legítima, y no solamente pretenderlo. Entonces, pueden existir ordenamientos jurídicos que no son fuente de razones justificatorias para la acción, porque no se acredita la existencia de autoridades legítimas, sino solo la pretensión de autoridad y la creencia equivocada de que esa autoridad es legítima.

En suma, la aceptación del derecho implica la creencia moral específica de que es una estructura de autoridad legítima (Raz, 2009e). Así, desde el punto de vista interno, los individuos conciben las autoridades jurídicas como fuente de razones justificatorias para la acción, o sea que quienes aceptan el derecho creen en su autoridad para definir lo que se debe o no se debe hacer. Es más, a diferencia de Hart, Raz piensa que el punto de vista interno no depende de las creencias subjetivas de los aceptantes, sino de que el derecho, en efecto, sea fuente de razones para la acción. Según él, una posición como la de Hart, que funda el carácter normativo de las reglas jurídicas, como razones para la acción, en las consideraciones subjetivas de los individuos, debe ser rechazada, toda vez que no da cuenta de cómo el derecho es concebido por los participantes como fuente de razones justificatorias para la acción.

## **2.2. LA FUNCIÓN DE LAS RAZONES PROTEGIDAS EN EL RAZONAMIENTO PRÁCTICO**

Uno de los mayores aportes de Raz a la teoría del derecho es la importancia otorgada al análisis del razonamiento práctico, como parte fundamental de la explicación del derecho. El corolario de la aceptación del derecho en la teoría de Raz, es que este, como autoridad moral, es fuente de un tipo especial de razones para la acción: las razones protegidas. Según Raz, estas combinan de forma especial razones de primer orden para seguir determinada conducta, y razones de segundo orden que excluyen otras consideraciones normativas relevantes<sup>98</sup> (Raz, 1990: 191).

---

<sup>98</sup> Se dice hasta aquí, de manera algo ambigua, que dichas razones excluyen “otras” consideraciones, porque la definición de esas “otras” consideraciones es una cuestión central en la tesis de la exclusión, referida al alcance y al tipo de las razones que se podrían excluir. Esto se aborda con más detalle en el capítulo siguiente de este trabajo.

Para efectos de esta investigación, se deben resaltar dos aspectos: 1) la relación entre razones y motivos (y en consecuencia, la diferencia entre actuar en cumplimiento y actuar de conformidad); y 2) la función excluyente de las razones protegidas en el razonamiento práctico. A continuación, se explican estos dos aspectos.

### **2.2.1. Actuar en cumplimiento y de conformidad con las razones para la acción.**

En filosofía, se suele distinguir entre razonamiento práctico y teórico. Las concepciones contemporáneas entienden que la diferencia entre lo práctico y lo teórico radica en dos asuntos: las consecuencias de uno y otro, y el contraste respectivo entre dos referentes normativos. Sobre lo primero, la consecuencia del razonamiento teórico es la formación y modificación de las creencias de los individuos, y la del práctico, la formación y modificación de razones para actuar. Sobre lo segundo, la diferencia entre lo teórico y lo práctico implica, por un lado, la regulación de las creencias, y por otro, la regulación de la acción intencional (Wallace, 2009).

En cuanto al razonamiento práctico, se ha planteado, a su vez, una distinción entre razones justificatorias y motivadoras (o motivos), y por tanto, entre justificación y motivación<sup>99</sup>. Una razón para la acción es justificatoria si es una consideración a favor o en contra de una acción determinada (Raz, 2000: 35). Por su parte, las razones motivadoras, o motivos, hacen parte del conjunto o aparato motivacional del individuo, al ser las que este considera al momento de actuar (Farrell, 2012: 275:276).

Ahora bien, afirmar que M es un motivo para que un individuo realice la acción  $\emptyset$ , no significa que M sea una condición suficiente para la acción, pues puede ser que M forme parte del aparato motivacional del individuo, y aun así, este decida actuar en contra de  $\emptyset$  (Farrell, 2012). No existe equivalencia entre las razones justificatorias y los motivos. Para el caso, imagínese que Juan mató a Luis porque este no le pagó una deuda. Se dirá, entonces, que la deuda fue el motivo de Juan para matar a Luis. Pero no se puede afirmar que la deuda justifique la acción de Luis, es decir, que sea una

---

<sup>99</sup> Sobre la denominación de razones motivadoras y justificatorias, véase Smith (1992: 324-328). La mencionada distinción apunta a la diferencia existente, a su vez, entre razones explicatorias y justificatorias, según se trate de la inteligibilidad del comportamiento de los individuos o de lo que estos deben hacer; el primer aspecto se refiere a la dimensión explicativa de la razón práctica, y el segundo, a la justificativa. Las razones motivadoras explican el comportamiento de los individuos, y las justificatorias, desde luego, lo justifican.

razón a favor de la conducta de Juan. La deuda es un motivo, pero no una razón justificatoria. Además, las razones justificatorias pueden ser o no ser parte de la motivación del individuo. Es decir, no necesariamente las razones justificatorias constituyen motivos para la acción. Y así, puede ocurrir que un individuo actúe por diferentes motivos, y aun así exista una sola razón que justifique su acción.

Para exponer las relaciones entre las razones y los motivos, Raz distingue entre actuar en cumplimiento de una razón (*compliance*) y actuar de conformidad con una razón (*conformity*). Un individuo actúa en cumplimiento de una razón, cuando cree que  $\rho$  es una razón para  $\emptyset$ , y además, también, es motivado por  $\rho$ ; y actúa de conformidad con  $\rho$ , cuando realiza  $\emptyset$ , aunque no sea motivado por  $\rho$  (Raz, 1990a). Piénsese en la siguiente situación hipotética. Existen razones morales (razón  $m$ ) para ayudar en la colecta de dinero para una obra benéfica. El gobierno decide crear una cuenta y estipula un monto que pagarán electrónicamente los ciudadanos que lo deseen. Laura, sabiendo que el gobierno está recibiendo esas donaciones, decide pagar el monto señalado. Andrés, creyendo erróneamente que es un impuesto, también paga el monto señalado. Si Andrés hubiese entendido la naturaleza y el propósito de ese pago, seguramente no lo habría hecho. En este caso, puede verse que Laura actuó en cumplimiento de la razón  $m$ . En cambio, Andrés actuó de conformidad con  $m$ , toda vez que realizó la acción exigida por  $m$ , aun cuando no fue motivado por esta.

### **2.2.2. La función excluyente de las razones protegidas en el razonamiento práctico**

De acuerdo con Raz, existen dos modelos generales de razonamiento práctico: el modelo 1, donde la justificación de la acción del individuo depende de su balance de razones de primer orden; y el modelo 2, donde existen casos en que la justificación de la acción es suficiente con una razón excluyente<sup>100</sup>.

Según el modelo 1, los agentes deben actuar de acuerdo con el principio de razón práctica según el cual se deben considerar todas las razones relevantes (Raz, 1990a:

---

<sup>100</sup> Véase Raz (1990a: 39-40). Una presentación crítica de estos modelos puede verse en Redondo y Navarro (1991), Bayón (1991) y Redondo (1996) .

36-37). Según este principio, los conflictos de razones se resuelven por el peso relativo de estas (Raz, 1990a: 36). Este principio del modelo 1 se sintetiza así:

Los individuos deben actuar de conformidad con un balance general de razones, de manera que la razón triunfante en los eventuales conflictos que se presenten en la deliberación, es la razón concluyente para la acción (P1).

El modelo 1, para Raz, no es aplicable a situaciones prácticas diversas y habituales de conflictos de razones, es decir que no funciona en muchos ámbitos prácticos (Raz, 1990: 37-39). En otras palabras, considera que P1 no tiene la suficiente fuerza explicativa ni práctica para comprender gran parte del razonamiento práctico.

Para dar cuenta de la complejidad del razonamiento práctico, Raz distingue entre razones de primer orden y de segundo orden. Las de primer orden son razones para actuar o no actuar de determinada manera; y las de segundo orden son razones para actuar o no actuar según otras razones. De este modo, las razones de segundo orden se diferencian de las de primer orden por su rol normativo positivo o negativo. La función o el carácter normativo negativo de las razones están presentes en la idea de las razones excluyentes (Raz, 1990: 39-40). Estas razones excluyentes, por tanto, son razones de segundo orden negativas, es decir que cumplen la función normativa de excluir una razón o un conjunto de razones que de otra manera serían relevantes en el balance general de razones.

Por lo anterior, mientras que los conflictos entre razones de primer orden se resuelven por el peso relativo de las razones en competencia, los conflictos entre razones de primer orden y razones excluyentes se resuelven a favor de estas últimas, por la función que tienen en el razonamiento práctico, y no por su peso relativo. De conformidad con el modelo 2, existe un principio 2 de razón práctica, que se sintetiza así:

Los individuos no deben actuar de acuerdo a un balance general de razones, si las razones determinantes para el balance son excluidas por una razón excluyente (P2) (Raz, 1990a: 40).

A consecuencia de la implementación del modelo 2, los conflictos entre razones pueden ser de tres tipos:

- (1) Conflictos entre razones de primer orden.
- (2) Conflictos entre razones de segundo orden.
- (3) Conflictos entre razones de primer orden y segundo orden.

Los conflictos de tipo (1) y (2), según este modelo, se resuelven según la deliberación del peso relativo de las razones en conflicto; por el contrario, los de tipo 3 se resuelven a favor de las razones excluyentes, dada la función normativa de estas.

En otros términos, las razones pueden ser superadas o vencidas en las siguientes circunstancias:

- (a) Por el peso relativo de la razón que triunfa en los casos de conflictos (1) y (2).
- (b) Por la función excluyente de una razón de segundo orden.

De esta manera, en (b), las razones excluyentes superan a las de primer orden, no por su peso, sino por su función, es decir, por ser el tipo de razones que son<sup>101</sup>.

En todo caso, Raz debe explicar cómo diferenciar los casos en que una razón es derrotada por el peso superior de otra, de aquellos en que una razón es derrotada por exclusión. Para ello, recurre a dos argumentos: el fenomenológico y el funcional. Según el primero, las reglas, en particular las emitidas por una autoridad, no podrían cumplir su función normativa, si no son concebidas como razones excluyentes en el razonamiento práctico<sup>102</sup>. Este argumento sostiene que los agentes, en las decisiones prácticas, presentan sentimientos diferentes cuando hay un conflicto de razones de primer orden, respecto a cuándo hay un conflicto entre razones de primer orden y

---

<sup>101</sup> Algunos autores, contrarios a Raz, encuentran contradictorio afirmar, por un lado, que las razones excluyentes derrotan a las de primer orden a raíz de su función (no de su fuerza o peso), y por otra, que los conflictos entre razones de segundo orden se resuelven de acuerdo al peso relativo de estas. En términos de M. Soriano, “es una contradicción en la obra de Raz, quien primero no acepta que la fuerza de las razones de segundo orden pueda ser evaluada (en caso de conflicto con razones de primer orden), mientras que ahora es precisamente la fuerza de las razones de segundo orden la que aportará la solución al conflicto” (2000: 339). Sin embargo, la idea de Raz se puede reformular, y afirmar que las razones de segundo orden tienen una función excluyente, o incluyente, respecto a las de primer orden, y una relación de peso respecto a las de segundo orden. Así, Raz afirma que las razones excluyentes no compiten en peso con las razones que excluyen (1990a: 189). Incluso, como se verá más adelante, hay razones de primer orden sobre las cuales las de segundo orden no cumplen una función excluyente: las razones de primer orden no excluidas.

<sup>102</sup> De esta manera, si la autoridad se basa, por ejemplo, en la necesidad de coordinar las conductas sociales, la autoridad solo puede asegurar esto si los individuos difieren sus propios juicios y no actúan de acuerdo a su balance de razones (véase Raz, 1990a: 64, y 1986: 56).

razones excluyentes. Según Raz, los agentes, en este último caso, presentan una reacción mixta: si el agente, siguiendo una razón excluyente, descarta y no actúa de acuerdo a un balance general de razones, piensa que ha obrado de forma adecuada, pero experimenta un sentimiento de malestar, toda vez que reconoce la validez del balance general de razones. Sin embargo, si ese agente actúa descartando la razón excluyente –y aun creyendo que tiene una buena razón para hacerlo–, siente que no hizo lo que debió hacer (Raz, 1990: 41-45)<sup>103</sup>.

Ahora bien, dentro del conjunto de razones, Raz resalta un tipo de razones complejas que combinan, de forma sistemática, una razón para realizar una acción, con una razón excluyente para no actuar por otras razones: las razones protegidas (Raz, 1990: 191). De esta manera, una razón es protegida si, y solo si, es una consideración a favor de hacer  $\emptyset$ , y al mismo tiempo excluye un conjunto de razones. Según el autor, la noción de razones protegidas es necesaria para una adecuada comprensión de la normatividad y autoridad de los ordenamientos jurídicos. En efecto, cuando un individuo está sujeto a una norma jurídica, la existencia de esa norma es en sí misma una razón de primer orden para hacer  $\emptyset$ , y una razón para no actuar según el conjunto de razones excluidas (Raz, 1986: 41-42).

En estos términos, la noción de normas jurídicas como razones protegidas es consecuencia de la pretensión de autoridad del derecho y del poder normativo de las autoridades aceptadas al modificarse el universo normativo (Raz, 2011: 32-33; y 1990a: 141-146, 170-177). Esta tesis se basa en la posición del enfoque indirecto, según la cual, si los individuos siguen las normas, hay mayor posibilidad de que actúen de conformidad con las razones subyacentes, sin necesidad de que decidan actuar en cumplimiento de estas (Raz, 1990a: 194-199). En otras palabras, el enfoque indirecto apunta a asegurar que los individuos realicen las conductas exigidas por las razones subyacentes, sin que, de forma necesaria, actúen motivados por estas (Raz, 1990a: 194). Para que esto sea posible en el marco del derecho, Raz desarrolla la doctrina de la autoridad legítima, según la cual cuando los individuos siguen las directivas de la

---

<sup>103</sup> El argumento fenomenológico ha sido criticado, entre otros, por Moore (1989), para quien la descripción de Raz es aplicable a los conflictos ordinarios entre razones de primer orden. Sin embargo, esta investigación se concentra en los problemas del argumento funcional de las razones excluyentes, es decir, en las relaciones de la pretensión de autoridad del derecho con la función excluyente de las normas jurídicas, y en particular, en el problema de los límites en esta función.

autoridad (por ejemplo, las reglas jurídicas), es más probable que actúen de conformidad con las razones que justifican la acción.

### **2.3. LA DOCTRINA DE LA AUTORIDAD LEGÍTIMA**

De forma análoga a la distinción entre razonamiento práctico y teórico, se suele diferenciar entre autoridades teóricas y prácticas. Una autoridad es teórica si sus enunciados son fuente de razones para creer en el enunciado (autoridad epistémica); y es práctica, si sus enunciados son fuente de razones para actuar de la forma establecida en el enunciado (autoridad normativa). Las autoridades teóricas, por tanto, son fuente de razones para creer, y las prácticas, fuente de razones para actuar (Christiano, 2013).

La relevancia normativa de las autoridades prácticas está en su capacidad de modificar el universo normativo, mediante la creación de nuevos deberes y, por tanto, nuevas razones para la acción. Por ejemplo, un profesor es una autoridad práctica respecto de los estudiantes, pues si decide que es momento de presentar un examen, su orden se constituye en un deber, para aquellos, de realizar el examen. La autoridad práctica del profesor se evidencia porque el deber de presentar el examen surge cuando él lo dice, y ello modifica el universo normativo (conjunto de deberes y razones de acción) de los estudiantes. Ahora bien, respecto a la acción, una autoridad teórica puede, eventualmente, servir como guía para detectar la existencia de una razón para la acción. Sin embargo, la existencia de una autoridad teórica no genera, en sí misma, una nueva razón para la acción, y por tanto, no tiene poder normativo alguno, es decir que no modifica aquello que se exige de los individuos (Hurd, 1991).

Según esto, es característico de las autoridades prácticas: a) su capacidad de modificar el universo normativo de los individuos sujetos a su autoridad, y b) hacer esto mediante la definición de nuevos deberes y, por tanto, razones para la acción. Sin embargo, a partir del trabajo de Wolff (1970), se ha desarrollado un extenso debate sobre la racionalidad de la autoridad (paradoja de la irracionalidad de la autoridad), y sobre si, en realidad, las normas jurídicas tienen la capacidad de hacer una diferencia normativa en el razonamiento práctico de los agentes (paradoja de la superfluidad de la autoridad). La paradoja de la irracionalidad de la autoridad sugiere una incompatibilidad entre la existencia de una autoridad práctica y la autonomía racional

de los agentes. En este contexto, si una parte fundamental de la racionalidad consiste en actuar conforme a un balance autónomo de razones, estar sujeto a las órdenes de una autoridad sería contrario a la razón. La existencia de una autoridad, además, resultaría contraria a la autonomía moral de los agentes: mientras que la autonomía moral exige actuar de acuerdo al balance individual de razones, la existencia de una autoridad puede exigir al agente actuar en contra de dicho balance. En palabras de Raz:

[L]as paradojas de la autoridad pueden adoptar diferentes formas, pero todas ellas se refieren a la alegada incompatibilidad de la autoridad con la razón y la autonomía (moral). Estar sometido a la autoridad, se argumenta, es incompatible con la razón, puesto que esta exige que siempre se actúe en base a la balanza de razones de las que uno está consciente. Es de la naturaleza de la autoridad requerir sumisión aun cuando se piense que lo que nos es requerido es contrario a la razón; por lo tanto, el sometimiento a la autoridad es irracional. Similarmente el principio de autonomía implica que se actúe en base al propio juicio en todas las cuestiones morales. Como la autoridad algunas veces requiere que se actúe en contra del propio juicio, exige, así, el abandono de la autonomía moral (Raz, 2011: 27).

Por su parte, la paradoja de la superfluidad de la autoridad se refiere a que la legitimidad de las normas, y en general de las órdenes de las autoridades, depende, en última instancia, de su conformidad con la moral. En otras palabras, se afirma que las directivas de una autoridad solo serán normativas –o sea, razones para la acción–, si están de acuerdo con el contenido de la moral. Por ello, si es necesario recurrir a criterios morales a fin de que las normas sean razones justificatorias para la acción, y se tiene en cuenta que dichos criterios determinan por sí mismos las acciones debidas, las directivas de la autoridad son superfluas (Nino, 1989). Entonces, se concluye que las directivas de la autoridad: a) son relevantes, pero violan la autonomía moral de los individuos, o b) no violan la autonomía de los individuos, pero son irrelevantes. Asimismo, que: a) las directivas de la autoridad son redundantes con las razones morales, o b) si no son redundantes, resultan injustificadas.

La teoría de Raz sobre el razonamiento práctico y el lugar que allí ocupa la autoridad, se desarrolla en el marco de los desafíos que presentan estas paradojas<sup>104</sup>.

---

<sup>104</sup> Según Bayón (1991: 637), la noción de autoridad de Raz es el “intento más refinado de sortear las paradojas de la autoridad”, es decir, de explicar por qué resulta racional suspender el propio juicio respecto de lo que debe ser hecho, y en qué sentido las directivas de la autoridad legítima no son redundantes respecto de la moral.

Raz, como se dijo, pretende conciliar, por un lado, la existencia de autoridades prácticas con la autonomía moral de los individuos, y por otro, la autoridad con el carácter moral de las razones justificatorias para la acción. En particular, su tesis sobre las normas jurídicas como razones protegidas intenta aclarar cómo el derecho tiene relevancia práctica –y así, no es superfluo–, y cómo seguir las normas jurídicas no resulta irracional, o incluso inmoral.

La estrategia del autor consiste en demostrar que dichas paradojas solo son aparentes. Para él, los problemas de estas paradojas parten de una simplificación inadecuada del razonamiento práctico, y en especial del razonamiento de quienes actúan guiados por una autoridad práctica (como la jurídica). Según Raz, como se dijo, existen dos modelos de razón práctica: uno basado en el principio de que los individuos deben actuar de acuerdo a un balance de todas las razones consideradas (P1), y otro basado en el principio de que no deben actuar de acuerdo a un balance general de razones, si las razones determinantes para el balance son excluidas por una razón excluyente (P2). En ese sentido, si lo que debe hacerse (tras considerar todas las razones, y considerar incluso P2) fuese igual que lo que debe hacerse de acuerdo a un balance de razones de primer orden, la autoridad, en efecto, sería contraria a la racionalidad (Raz, 1990a y 2011).

Sin embargo, es común que surjan condiciones en que se justifica que las personas actúen de forma contraria a un balance de razones de primer orden, y que, por el contrario, actúen de acuerdo a razones de segundo orden excluyentes. Para Raz, no es cierto que actuar según lo que establezca una autoridad sea irracional, pues pensar así implicaría omitir la existencia de razones de segundo orden para actuar (y en el caso de la autoridad, de razones protegidas para actuar). Así, es falso que los individuos siempre estén justificados para actuar de acuerdo a lo establecido en un balance general de razones de primer orden, pues hay contextos prácticos en que la justificación de sus acciones proviene de razones de segundo orden para la acción (Raz, 1990a y 2011)<sup>105</sup>.

De acuerdo con Raz, en ausencia de autoridad práctica, los agentes solo tienen razones de primer orden para actuar; por el contrario, después de que una regla es proferida por una autoridad, los sujetos no solo tienen una nueva razón para actuar,

---

<sup>105</sup> Una crítica a esta explicación puede verse en Hurd (1991:1622).

sino además surge una razón excluyente para abstenerse de actuar por razones contrarias a la conducta exigida (Raz, 1990a y 2011). En consecuencia, las normas jurídicas funcionan, en el razonamiento práctico de los participantes, como razones protegidas, es decir, como razones que, al mismo tiempo, son de primer orden, para actuar de determinada manera, y de segundo orden, al excluir cualquier consideración adicional contra la acción requerida por la norma (Raz, 1986, 38-42; y 1990a: 55-96).

En otras palabras, para que una persona A sea (o pretenda ser) autoridad respecto de B, la reglas que cree A deben hacer diferencia práctica en B, mediante la creación de una nueva razón para la acción, modificando, por tanto, lo que debe ser hecho, y excluyendo otras consideraciones normativas relevantes. Para explicar esto, Raz recurre a la noción de poderes normativos, referidos a la capacidad de los agentes de modificar el universo normativo (2011). La consecuencia de la emisión de reglas por parte de una autoridad legítima, es la modificación de lo que es obligatorio para los sujetos. Entonces, Raz debe esclarecer qué justifica que un individuo acepte la autoridad práctica de otro individuo o institución, y que, por tanto, dicha autoridad tenga la capacidad normativa de modificar lo que debe hacer el individuo sujeto a su competencia (Raz, 2009d). Para dar respuesta a este problema, Raz recurre a la concepción de la autoridad como servicio (Raz, 1985, 1986 y 2009d).

La concepción de la autoridad como servicio le sirve de base a Raz en su explicación de la autoridad legítima, y por lo tanto, en su justificación de la racionalidad en el seguimiento de las reglas definidas por una autoridad práctica. En efecto, si se quiere mostrar que el derecho tiene autoridad práctica, se debe mostrar que, de hecho, representa los rasgos centrales de la autoridad como servicio. De acuerdo con esto, seguir las reglas emitidas por una autoridad es racional (no contrario a la autonomía moral de las personas), siempre que se acredite que los individuos que las siguen se conforman mejor con las razones correspondientes, las cuales, en todo caso, les son aplicables, que cuando deciden por ellos mismos (Raz: 2009d). Ahora bien, la efectividad de la autoridad como servicio depende de que se comprueben cuatro tesis: a) tesis de la independencia, b) tesis del remplazo, c) tesis de la

dependencia, y d) tesis de la justificación normal<sup>106</sup>. Estas tesis se detallan a continuación:

a) Tesis de la independencia o del contenido independiente: Una persona tiene autoridad práctica si, y solo si, sus enunciados son, por sí mismos, razones para la acción, con independencia de las razones que generan las acciones exigidas (Raz, 1986 y 2011). Hart expone esta tesis con la afirmación de que las directivas de las autoridades son una razón independiente de su contenido (*content-independent reasons*), o sea, que no hay conexión directa entre las razones y la acción correspondiente a ellas (Hart, 1982: 254-255). En estos términos, la tesis del contenido independiente implica que la justificación para cumplir lo que una autoridad (o específicamente una regla jurídica) establece, es independiente de la evaluación de la acción particular exigida.

Esto quiere decir que el carácter de las reglas, como razones para la acción, es independiente de las razones que las justifican (razones dependientes o subyacentes); en efecto, si las reglas, como razones para la acción, dependieran de las razones subyacentes, ni la autoridad ni la regla harían diferencia práctica alguna, y serían redundantes respecto de las razones justificatorias que, previamente, resultan aplicables a la acción respectiva (Raz, 1986: 35-37; y 2009g). Así, la fuerza normativa de las reglas es independiente de las razones que justifican (razones subyacentes) la creación de la regla.

b) Tesis del remplazo (*pre-emptive thesis*): Se refiere al modo en que las directivas de la autoridad legítima inciden en el razonamiento práctico de los destinatarios. El hecho de que una autoridad exija la realización de una conducta es una razón para realizarla, la cual no se suma a otras razones normativamente relevantes, sino que las excluye y toma su lugar (Raz, 1986: 46). En otras palabras, la exigencia, por parte de la autoridad, de realizar determinada conducta, es una razón para la acción, y esta no se agrega al resto de razones justificatorias al momento de evaluar la acción que se debe realizar, sino que las reemplaza a todas o al menos a algunas de ellas (Raz, 1986 y 1985).

---

<sup>106</sup> Una descripción crítica de estas tesis puede verse en Moore (1989), y Bayón (1991 y 2001).

Ahora bien, ¿por qué la regla debe reemplazar la relevancia normativa de las razones subyacentes o dependientes? Para responder esto, debe tenerse en cuenta que, en virtud de la tesis de la dependencia, se supone que las reglas emitidas por una autoridad reflejan el balance de las razones subyacentes relevantes. Por ello, una vez proferida la regla, las razones dependientes son reemplazadas, pues tomar en cuenta tanto a la regla como a sus razones subyacentes implicaría un doble cómputo de las mismas razones (Raz, 1986: 57-58). De esta manera, la tesis del reemplazo (y la prohibición del doble cómputo de razones) supone que la función excluyente de las reglas es aplicable, inclusive, a las razones subyacentes.

En suma, la justificación de la fuerza vinculante de las reglas depende de razones subyacentes, y sin embargo, estas razones son reemplazadas por la regla. De acuerdo con la concepción de la autoridad como servicio, las autoridades no pueden imponer deberes del todo independientes, toda vez que las reglas (y en general las directivas de la autoridad) deben reflejar las razones dependientes que justifican su fuerza normativa. Lo que ocurre es que las autoridades reemplazan la evaluación individual de las razones (todas las cosas consideradas) respecto de los méritos del caso (Raz, 1986: 59).

Obsérvese que, de acuerdo con esta formulación, la tesis del reemplazo implica superar la superfluidad de las reglas. En efecto, las reglas hacen diferencia práctica por cuanto generan razones que reemplazan las que previamente eran aplicables a los individuos, pues de no ser así, repetirían el contenido de las consideraciones normativas que justifican su creación, pero no introducirían diferencia práctica alguna<sup>107</sup>.

c) Tesis de la dependencia: Las directivas de la autoridad deben basarse en razones que se apliquen a sus destinatarios y a las circunstancias que la directiva prevé. Por ello, las reglas, en cuanto directiva de una autoridad, deben basarse en un balance previo de razones justificatorias de la acción. En ese sentido, las reglas tienen una relación de dependencia con las razones que las justifican, aunque la fuerza normativa de la regla sea independiente de esas razones. La de la

---

<sup>107</sup> Según Raz, la existencia de reglas (u otro tipo de directivas de autoridad) hace diferencia práctica, al pasar de ser conductas que se deben realizar de acuerdo a las razones de todas las cosas consideradas, a ser conductas que se deben realizar de acuerdo a una regla autoritativa (1986: 60).

dependencia es una tesis normativa sobre cómo debe ejercerse la autoridad, cuando lo que justifica a esta es el servicio a quienes la aceptan, a fin de actuar mejor según las razones que se tienen; esto implica que las directivas de la autoridad deben estar basadas en las razones subyacentes, las cuales, en ausencia de autoridades, el agente debería intentar seguir, con arreglo a su propia apreciación de ellas.

En consecuencia de lo anterior, la autoridad define lo que debe ser hecho, sobre la base de determinadas consideraciones; y por lo tanto, las razones no excluidas (el alcance de la exclusión) y los fundamentos para aceptar o discutir una autoridad, varían según el caso, y además, dichas consideraciones determinan las condiciones de legitimidad de la autoridad y los límites de su poder (Raz, 1986: 46).

d) Tesis de la justificación normal: La concepción de la autoridad como servicio pretende captar lo que, según Raz, es fundamental en dicha autoridad: el desplazamiento racional de la toma de decisiones de una persona a otra. Para que este desplazamiento sea racional, los individuos deben carecer del mismo acierto de la otra persona para determinar, por sí mismos, lo que exigen las razones en cada caso. Así, para que una autoridad sea legítima, debe demostrar que un agente cumple mejor las razones subyacentes al seguir sus directivas, que si hubiese ausencia absoluta de autoridad. Es decir, con la existencia de reglas emanadas de una autoridad, se logra que los agentes se conformen de manera más óptima con las razones subyacentes, que si ellos mismos determinaran lo que esas razones exigen y actuaran según el resultado de su deliberación (Raz, 1986: 57-62).

La concepción de la autoridad como servicio plantea que las autoridades son mediadoras entre las razones y las personas (Raz, 1986: 58). Las autoridades, luego de hacer un balance de las razones justificatorias de una acción determinada, formulan directivas con objeto de que las personas se conformen de manera más óptima con dichas razones. Una vez la autoridad formula una directiva (por ejemplo, una regla), esta se constituye en una razón independiente para la acción, que reemplaza la relevancia práctica de las razones subyacentes. El papel mediador de las autoridades no puede cumplirse si los individuos no guían sus acciones de acuerdo con lo exigido por la regla, con independencia de cómo se comporten respecto de las razones subyacentes. En todo caso, una autoridad está justificada (y

por tanto, su aceptación) si es probable que, a consecuencia del acatamiento de sus directivas, los individuos actúen conforme a las razones subyacentes que justifican las acciones exigidas por las reglas. Por lo demás, la concepción de la autoridad como servicio implica que sus enunciados son razones protegidas, es decir, razones de primer orden para actuar, y al mismo tiempo, de segundo orden, al excluir la relevancia práctica de toda otra consideración normativa adicional para, o contra, la acción exigida.

Para ejemplificar lo dicho, piénsese en el caso siguiente. Juan está en el café de la universidad, minutos antes de iniciar la clase de derecho civil, hablando con su abatido amigo Pedro, quien se encuentra en difíciles momentos personales y necesita del apoyo de Juan. Juan debe decidir si: a) entra a clase, o b) acompaña a Pedro en el café. Existen, por lo menos, las siguientes razones de primer orden: el deber de formarse como estudiante ( $q$ ), el deber de auxiliar a los amigos ( $r$ ), y el hecho de que a Juan le gusta particularmente esa clase ( $s$ ). Por otra parte, de acuerdo con el artículo 23 del reglamento de las autoridades de la universidad, está prohibido ausentarse de las clases, salvo por motivo médico debidamente acreditado, y se sabe que dicha norma se justifica por la razón  $q$ . En este contexto, el artículo 23 constituye una razón protegida para la acción ( $rp$ ), en el sentido de que Juan acepta la autoridad legítima de la universidad, lo que implica la exclusión, de la deliberación práctica de Juan, del peso relativo de  $q$ ,  $r$  y  $s$ . Con el mismo ejemplo, se puede ver que: 1)  $rp$  reemplaza a  $q$ ,  $r$  y  $s$ , en torno a lo que debe hacer Juan, y 2) la identificación del contenido de la acción exigida en  $rp$  es independiente de  $q$ .

En síntesis, si se acepta que el derecho tiene autoridad práctica sobre los individuos sometidos a su jurisdicción, debe ser porque, en efecto, se dan las condiciones definidas en la concepción de la autoridad como servicio; en otras palabras, para que las disposiciones jurídicas sean constitutivas de razones protegidas, deben acreditarse las condiciones definidas en la doctrina de la autoridad como servicio. En todo caso, y antes de terminar este apartado, cabe resaltar dos cuestiones adicionales.

En primer lugar, de acuerdo con Raz, la concepción de la autoridad como servicio no está diseñada para dar respuesta, de manera específica, a por qué una autoridad dada tiene el derecho (el poder) de mandar sobre una persona dada; ni por lo tanto, para

establecer las condiciones en que esta persona tiene el deber de obedecer las directivas de la autoridad (Raz, 2009d). La doctrina de la autoridad como servicio, en cuanto teoría general de la autoridad práctica, solo pretende elucidar las condiciones en las cuales se puede concluir que la relación entre A y B es una relación de autoridad (Raz, 2009d). En este orden de ideas, y si bien tienen que darse las condiciones de la autoridad como servicio para que una autoridad sea legítima, la tarea de establecer si, en efecto, las condiciones de esta legitimidad se dan en una práctica jurídica específica, está más allá del concepto examinado. Por ello, del estudio conceptual de la noción de autoridad solo se puede esperar la identificación abstracta de los presupuestos y consecuencias centrales de tener, o pretender tener, autoridad práctica.

En segundo lugar, Raz no pretende afirmar que las directivas de una autoridad, en cuanto razones protegidas, sean razones absolutas. Por una parte, las directivas pueden estar diseñadas para determinar qué se debe hacer desde un punto de vista específico, por ejemplo, cuando A le ordena a B que, desde el punto de vista ambiental, mantenga limpio el césped. Esto significa que la orden reemplaza las consideraciones ambientales, pero no otro tipo de consideraciones. Por lo demás, aunque no se exija la acción desde un punto de vista específico, la directiva puede ser impugnada sobre la base de ciertas razones que la autoridad no excluyó. Según esto, como se verá en el siguiente capítulo, el alcance de la exclusión (o su fuerza) varía según la práctica normativa de que se trate. Incluso, dentro de las distintas prácticas jurídicas, existen diferencias en el alcance de dicha exclusión.

#### **2.4. AUTONOMÍA DEL DERECHO Y TESIS DE LAS FUENTES SOCIALES**

Como se expuso, una característica fundamental del derecho, según Raz, es su pretensión de autoridad, y por tanto, la existencia de reglas que constituyan razones para actuar según ellas lo exigen, así como de razones excluyentes de otras consideraciones normativas. De tal manera, como se explicó, las reglas funcionan, en el razonamiento práctico de los individuos, como razones protegidas, es decir, como una razón para la acción definida en la regla, y al mismo tiempo, como razón excluyente de otras consideraciones normativas. En el apartado anterior se vio que la doctrina de la autoridad legítima puede comprenderse como una estrategia teórica de

conciliación entre la pretensión de autoridad del derecho y la autonomía de los individuos sometidos a su jurisdicción. De acuerdo con la tesis de la justificación normal de la autoridad, la imposición de las directivas de esta hace más probable que los individuos cumplan con las razones subyacentes, en comparación con lo que sucedería en ausencia absoluta de autoridad. Una vez sus directivas son establecidas, en especial como reglas, se constituyen en razones para la acción, con independencia del contenido de la acción a la que corresponden. Por tanto, si las reglas jurídicas son independientes de su contenido y remplazan a las razones subyacentes, los individuos deben ser capaces de identificar la directiva, sin recurrir a consideraciones morales sobre lo definido por la autoridad (Raz, 2009c).

De acuerdo con esto, el derecho es autónomo, al ser fuente de “nuevas” razones para la acción (en forma de reglas), las cuales se suman a las razones existentes, y tienen la capacidad de remplazar a estas dentro del dominio práctico de su jurisdicción<sup>108</sup>. Según Raz, las reglas, si son válidas, hacen una diferencia práctica, siempre que constituyan razones para la acción, las cuales no existirían si no las hubiese creado y formulado una autoridad jurídica. Las reglas, por tanto, son razones para la acción, diferentes y sustitutivas de las razones de primer orden, preexistentes a la creación de la regla (Raz, 2009g).

Por otra parte, la autonomía del derecho, según el autor, está relacionada con la tesis de las fuentes sociales. Según esta tesis, lo que es o lo que no es una norma jurídica, es una cuestión de hechos sociales, o en otros términos, la existencia de una norma jurídica depende de la existencia de una fuente social (Raz, 2011). De tal manera, solo las fuentes sociales pueden crear normas jurídicas, porque para la existencia de estas resulta necesaria la actividad de instituciones, las cuales, de modo intencional, formulan disposiciones normativas, a fin de regular el comportamiento de los individuos sujetos a su autoridad (Raz, 2009g). Además, según dicha tesis, debe ser posible que el contenido del derecho se establezca sin recurrir a consideraciones morales, al estar conformado por normas que son producto de la actividad humana, es

---

<sup>108</sup> Según la tesis del dominio práctico, el derecho define un dominio limitado de razones prácticas para que sean usadas por los individuos. En palabras de Schauer, la tesis del dominio limitado implica “*extensional divergence between the set of results indicated by a rule or set of rules, or the set of results indicated by a set of pedigreeable rules, and the set of results indicated by the full array of norms otherwise accepted by some decisionmaker*” (Schauer, 1991: 667).

decir, acciones intencionales que definen deberes, confieren derechos y establecen estándares obligatorios de conducta (Raz, 2009d). Por ello, una norma jurídica tiene una fuente si, y solo si: a) es creada o reconocida por una autoridad jurídica, y b) su contenido puede ser determinado sin emplearse argumentos morales.

En este contexto, los defensores de la tesis de las fuentes sociales afirman que la pretensión de autoridad, para que sea inteligible, debe permitir conocer lo exigido por sus directivas, de forma independiente a las razones subyacentes que justifican las normas (Green, 2009). En otros términos, la relevancia normativa de las reglas emitidas por una autoridad práctica depende de que sus destinatarios puedan identificar su contenido, sin necesidad de recurrir a consideraciones evaluativas adicionales.

En desarrollo de la tesis de las fuentes sociales, algunos autores señalan la opacidad de las reglas como factor determinante de su funcionamiento en el razonamiento práctico (Raz, 2009g), (Schauer 2004). La opacidad de las reglas se refiere a la forma en que estas funcionan en el razonamiento práctico de los individuos vinculados a la autoridad del derecho. Teniendo en cuenta que las reglas son razones para la acción, pese a que no señalen ningún bien en la acción correspondiente (Raz, 2009g), una razón es opaca cuando un enunciado completo de ella no logra mostrar lo bueno de la acción, es decir, cuando no muestra una cualidad en la acción que explique por qué existe una razón para ella. La noción de opacidad da cuenta de la tesis del contenido independiente en la racionalidad del seguimiento de las reglas, y en ese sentido, es una forma de abordar los problemas de la paradoja de la superfluidad de estas. Por ello, evidenciar que las reglas no hacen diferencia en el razonamiento práctico de los individuos sujetos a la autoridad del derecho, implica sostener que son razones opacas para la acción. En otras palabras, las reglas hacen una diferencia en el razonamiento práctico, solo cuando son consideradas razones para la acción, y no simples enunciados, referencias o indicaciones acerca de la existencia de razones independientes de las reglas (Raz, 2009g).

Entonces, una regla es opaca si su significado puede captarse sin recurrir a las consideraciones morales que la justifican. Según esto, para comprender cómo las reglas jurídicas (y reglas en general) son razones autónomas para la acción, y en consecuencia generan una diferencia práctica, es necesario explicar cómo estas reglas

son opacas, es decir, cómo son razones para la acción, a pesar de que no señalen lo que justifica la acción requerida por ellas (2009g).

En síntesis, la autonomía del derecho apunta a la idea de que las normas jurídicas son razones para la acción, independientes de otros dominios del razonamiento práctico (como la moral). La justificación de la autonomía se basa en la autoridad práctica del derecho, en el sentido de que sus disposiciones pueden constituirse en razones para la acción, las cuales desplazan y sustituyen razones que, de otra forma (esto es, sin la existencia del derecho), serían aplicables a los individuos sometidos a su jurisdicción. Ahora bien, la tesis de la autonomía del derecho está asociada a otras dos tesis: las fuentes sociales y la opacidad de las reglas. Según la tesis de las fuentes sociales, la existencia de una norma jurídica depende de la existencia de una fuente social, a saber, de una institución jurídica que formule las reglas en términos públicamente comprensibles para los individuos. Por su parte, la tesis de la opacidad sostiene que el significado de dichas reglas puede ser captado sin necesidad de recurrir a las razones que las justifican.

Cabe resaltar que la tesis de la autonomía del derecho y la tesis de la opacidad del derecho son independientes. La autonomía del derecho, consistente en su capacidad de generar razones autónomas para la acción, depende, según Raz, de la doctrina de la autoridad legítima. La opacidad, por otra parte, depende de la capacidad de las formulaciones de las reglas o las disposiciones jurídicas, para comunicar los contenidos normativos, sin que los individuos tengan que recurrir a consideraciones evaluativas adicionales. Es más, ni la tesis de la autonomía de las reglas demuestra que las reglas sean opacas, ni la opacidad de las reglas demuestra que el derecho sea autónomo. La autonomía de las reglas es una tesis normativa sobre cómo deben funcionar las directivas de una autoridad legítima, y la tesis de la opacidad se refiere a la forma como se espera que funcione el significado de las disposiciones jurídicas<sup>109</sup>.

En estos términos, existe una relación justificatoria entre la autonomía del derecho y la opacidad de las reglas. La opacidad de las reglas puede aparecer aun cuando el derecho no sea autónomo. Pero la autonomía del derecho es la razón que justifica la opacidad de las reglas. Por lo tanto, puede ocurrir que determinadas reglas sean opacas

---

<sup>109</sup> Este tema se profundizará en los capítulos 3 y 4 de este trabajo.

(que su significado se pueda comprender con independencia de consideraciones evaluativas), pero que la opacidad no esté justificada, en cuanto, por ejemplo, la autoridad no sea legítima. Por ello, el derecho se vale de la posibilidad de formular reglas opacas para asegurar su autonomía. Sin embargo, esta opacidad puede verse afectada por tres tipos de limitaciones.

La primera de estas limitaciones tiene que ver con los eventuales conflictos entre la regla y sus razones subyacentes (experiencias recalcitrantes, en palabras de Schauer). Para seguir con el ejemplo ya mencionado, el artículo 23 del reglamento estudiantil prohíbe ausentarse de las clases, salvo por motivo médico debidamente acreditado. Simplificando la cuestión, se puede asumir que la razón que justifica esta regla es el deber de formarse como estudiante. Es decir, se considera que asistir a las sesiones de clase constituye una instanciación del deber de formarse como estudiante. Ahora bien, puede haber casos en que la obligación de asistir a clase resulte contraria a la razón subyacente. Piénsese, por ejemplo, en un buen estudiante que podría aprovechar el tiempo de una clase mala y aburrida en leer un buen libro (casos de sobreinclusión); y asimismo, puede haber clases a las que debería ser obligatorio asistir, y sin embargo ello no estar contemplado en la regla: por ejemplo, a la visita de un reconocido profesor internacional que dará una charla libre (casos de infrainclusión).

Entonces, la pregunta que surge es: ¿cuál debe ser la actitud de los individuos en casos de experiencias recalcitrantes? De acuerdo con Schauer, una característica de las reglas es su ausencia de maleabilidad en los casos de estas experiencias. En otras palabras, si hubiera que reformular la regla cada vez que aparece un conflicto entre esta y sus razones subyacentes, no existiría regla en absoluto. Sin embargo, Schauer sostiene que la opacidad de la regla, en relación con sus razones subyacentes, no es absoluta, sino presuntiva. Para él, es un error pensar que la opacidad de las reglas es absoluta. A su juicio, debe diferenciarse entre la función excluyente de las reglas y la fuerza de la exclusión de estas. La fuerza de la exclusión no es absoluta, sino presunta, pues puede haber casos en que deban consultarse las razones de primer orden, cuando estas sean especialmente exigentes (Schauer, 2004a: 151).

Hay una segunda limitación por la cual la opacidad de las reglas puede ser desplazada. En el siguiente capítulo se discutirá si el alcance de la exclusión es (o

puede ser) absoluto, o si, por el contrario, es (o puede ser) relativo. Por ahora, baste decir que, si se admite que el alcance de la exclusión es relativo, habría un conjunto de razones no excluidas, las cuales, eventualmente, pueden llegar a competir con las reglas jurídicas. Si, por ejemplo, una razón no excluida entra en conflicto con una regla (no existen, además, reglas o condiciones de prioridad para resolver este conflicto), el individuo debe, de forma necesaria, definir cuál de las normas en conflicto prevalece, y para ello debe recurrir al peso de las razones subyacentes de las reglas.

La tercera limitación a la opacidad de las reglas son las indeterminaciones lingüísticas de las formulaciones construidas mediante los lenguajes naturales. Es sabido que las eventuales vaguedades o ambigüedades, en el lenguaje de las disposiciones jurídicas, puede llevar a que no sea posible identificar el contenido de la acción exigida con independencia de las razones subyacentes<sup>110</sup>. En estos casos, por lo tanto, la tesis de la opacidad de las reglas debe ceder y admitir que los individuos recurran a consideraciones evaluativas adicionales.

En síntesis, es posible señalar tres límites a la pretensión de opacidad de las reglas: 1) cuando las razones subyacentes entran en conflicto con las reglas; 2) cuando aparecen conflictos entre las reglas y las razones no excluidas, y 3) cuando las formulaciones lingüísticas de las reglas emplean términos que no logran comunicar su significado sin necesidad de que los individuos recurran a consideraciones evaluativas adicionales.

La diferencia entre los casos en que se acredita la opacidad de las reglas y los casos en que aparecen límites a esta, impacta en el desarrollo del razonamiento jurídico. Es posible distinguir el razonamiento de los individuos en los casos en que la opacidad de las reglas está a salvo, respecto de los casos en que esta opacidad es desplazada. Así, Raz sostiene que se debe diferenciar entre razonamiento *sobre* el derecho (*reasoning about the law*) y razonamiento *acorde* al derecho (*reasoning according to the law*) (Raz, 1993 y 2011). El razonamiento sobre el derecho se propone identificar los contenidos normativos que, de acuerdo a la tesis de las fuentes sociales y a la tesis de la opacidad, existen en un ordenamiento jurídico específico. Este tipo de razonamiento,

---

<sup>110</sup> El propio Raz sostiene que, al presentarse este tipo de indeterminaciones semánticas, los jueces deben recurrir a un razonamiento moral tendente a establecer la forma de decidir (Raz, 1993).

según Raz, es autónomo, al poder llevarse a cabo sin que se recurra a un razonamiento evaluativo (Raz, 1995 y 2011). Por otra parte, en los casos en que la opacidad de las reglas es desplazada, se exige un razonamiento acorde al derecho, cuya naturaleza es moral (y por tanto no autónoma), y cuyo propósito es evaluar la mejor respuesta posible, según los materiales jurídicos existentes<sup>111</sup>.

Sin embargo, algunos críticos observan que no es posible conciliar la tesis de las normas jurídicas como razones protegidas, con la diferenciación entre razonamiento sobre el derecho y razonamiento acorde al derecho<sup>112</sup>. En efecto, si la existencia del derecho implica la existencia de autoridades que, mediante la formulación de reglas, ponen fin a la cuestión de lo que debe ser hecho, tales enunciados deben ser identificados con independencia de cualquier consideración moral adicional; y en ese sentido, la noción de razonamiento acorde con el derecho socavaría la función excluyente de las normas jurídicas como razones protegidas, pues admitir dicho razonamiento, al modo en que Raz lo hace, contradice la tesis del remplazo y del contenido independiente de dichas normas. Según esta crítica, reconocer la existencia del razonamiento acorde al derecho implica reconocer también que las normas jurídicas, en el razonamiento judicial, no son más que una razón de primer orden: puede que tengan un peso especial, dado su origen en una autoridad legítima, pero no dejan de ser razones de primer orden (Moore, 1989), (Bayón 1991). En consecuencia, no sería posible sostener, al mismo tiempo, la tesis de la autonomía del derecho, y la diferenciación entre razonamiento sobre el derecho y razonamiento acorde el derecho.

Hacer una evaluación general de estas críticas y de su impacto en los postulados de Raz, es algo que desborda los límites de esta investigación. No se pretende evaluar la consistencia de la obra completa de Raz, ni sus giros de pensamiento a lo largo del tiempo. Lo que se analiza es si la concepción de las reglas según la cual estas son

---

<sup>111</sup> Según Raz (1993), el razonamiento acorde al derecho aparece en las siguientes situaciones: (a) cuando se deben superar indeterminaciones, después de que el derecho deja sin respuesta jurídica una situación dada, y (b) cuando los jueces deben resolver casos concretos, aplicando normas jurídicas de contenido general. El razonamiento acorde al derecho no es autónomo, por cuanto depende de consideraciones morales: en la situación (a), porque los jueces deben ir más allá de las normas basadas en fuentes, toda vez que la pretensión de autoridad llega hasta donde el significado de sus normas puede ser establecido; y en (b), porque en la aplicación de las normas jurídicas, después de establecer el significado de estas, se recurre, de modo necesario, a consideraciones independientes de ellas, tendentes a establecer si, en efecto, resultan aplicables, o si surgen razones capaces de desplazar a la regla.

<sup>112</sup> Sobre este tema, véase los distintos enfoques de Martin (2014), Gaido (2014) y Postema (1996 y 2011).

razones para la acción y excluyen determinadas consideraciones normativas, se puede mantener cuando se reconocen límites a su opacidad, y por tanto, sea abre la posibilidad del razonamiento acorde al derecho, el cual según Raz, es de tipo moral. En otras palabras, se pretende establecer si es posible sostener la tesis de la autonomía del derecho, cuando al mismo tiempo se afirma que la opacidad de las reglas es relativa o limitada.

## **2.5. RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES**

En la implementación de la RP se debe conciliar por una parte, la pretensión de que los PJ se constituyan en una razón autoritativa para las acciones y decisiones de los jueces (entre otros individuos vinculados), y por la otra, la autonomía de los jueces en la identificación, interpretación y aplicación del derecho. Los ordenamientos jurídicos han creído encontrar una solución a esta tensión, limitando la autoridad de los PJ en un doble sentido: en su fuerza y su ámbito. Sin embargo, no resulta claro cómo la RP puede pretender que los PJ sean autoritativos, y por tanto que se conviertan en reglas, cuando al mismo tiempo autoriza a los individuos vinculados a que se aparten del contenido de la regla o modifiquen su ámbito de aplicación.

Una de las características fundamentales del derecho es su normatividad, es decir, su pretensión (y capacidad) de ser fuente de deberes y, por tanto, de razones para actuar y decidir. Las acciones y decisiones que regula el derecho tienen una naturaleza moral, más aún cuando implican muchas veces la privación de derechos y la imposición de sanciones, incluso mediante la fuerza. Por ello, las reglas jurídicas deben lograr ser razones justificatorias de las acciones y decisiones que pretenden regular: si el derecho es fuente de razones para acciones y decisiones de naturaleza moral, dichas razones deben tener la capacidad de justificar esas acciones y decisiones.

En este orden de ideas, el derecho pretende definir autoritativamente cómo los individuos (aun cuando cuentan con autonomía para definir cómo deben o no actuar o decidir) deben actuar, con independencia de las consideraciones morales aplicables. Es decir, por un lado el derecho debe ser fuente de razones justificatorias para las acciones, y por otro, estas razones deben ser independientes de las razones morales aplicables a las acciones exigidas por las normas jurídicas. Para dar cuenta de esta

tensión, Raz recurre a la doctrina de la autoridad (el enfoque indirecto de la justificación de la autoridad). El enfoque indirecto sugiere que, cuando los individuos siguen las normas, se maximiza la posibilidad de que actúen de conformidad con las razones aplicables, sin necesidad de actuar en cumplimiento de estas. La doctrina de la autoridad legítima es, a su vez, la forma en que se implementa el enfoque indirecto, toda vez que dicha doctrina implica que cuando los individuos siguen las directivas de la autoridad (por ejemplo, las reglas jurídicas) es más probable que actúen de conformidad con las razones que, en todo caso, justifican la acción.

La concepción de la autoridad como servicio plantea que las autoridades jurídicas son mediadoras entre las razones y las personas (Raz, 1986: 58). Las autoridades, después de hacer un balance de las razones justificatorias para una acción determinada, formulan directivas con objeto de que los individuos se conformen de manera más óptima con dichas razones. Una vez la autoridad formula una directiva (por ejemplo, una regla), esta se constituye en una razón independiente para la acción, que reemplaza la relevancia práctica de las razones subyacentes. El papel mediador de las autoridades no puede cumplirse si los individuos no actúan de acuerdo con lo exigido por la regla, con independencia de cómo se comporten respecto de las razones subyacentes. En todo caso, una autoridad está justificada (y por tanto, su aceptación justificada) si es probable que, a consecuencia del acatamiento de sus directivas, los individuos actúen conforme a las razones subyacentes que justifican las acciones exigidas por las reglas.

Por lo demás, la concepción de la autoridad como servicio implica que los enunciados de la autoridad son razones protegidas, es decir, razones de primer orden para actuar, y al mismo tiempo de segundo orden, al excluir la relevancia práctica de toda consideración normativa adicional a favor o en contra de la acción exigida. Para que las autoridades cumplan su función como mediadoras entre las razones y las personas, sus directivas funcionan en el razonamiento práctico como razones protegidas, es decir, razones para actuar de la forma indicada en la regla, y como razones excluyentes para no actuar de acuerdo a otras razones normativas relevantes. La capacidad de las normas jurídicas de funcionar como razones protegidas depende, además, de que el derecho sea autónomo. El derecho es autónomo siempre que: 1) las normas jurídicas se constituyan en razones para la acción independientes de otros dominios del razonamiento práctico; y 2) la existencia y el contenido de las normas

jurídicas pueda ser identificado sin que sea necesario recurrir a consideraciones morales o valorativas independientes al contenido de dichas normas.

Sin embargo, existen tres problemas que afectan la autonomía de las reglas jurídicas (y por tanto la tesis de la normas jurídicas como razones protegidas). El primer problema tiene que ver con la respuesta a los eventuales conflictos entre las reglas y sus razones subyacentes (experiencias recalcitrantes). Si es parte de la naturaleza de las reglas que en todos los casos de dichos conflictos se dé prevalencia a las razones sobre las reglas, habrá que concluir que las normas jurídicas no son autónomas, y por tanto, que no cumplen función excluyente alguna. El segundo problema está asociado a la determinación del conjunto de razones excluidas por las normas jurídicas (alcance de la exclusión). En este aspecto, la cuestión es si resulta posible admitir el alcance relativo de la autoridad de las reglas jurídicas (esto es, que existen un conjunto de razones no excluidas, las cuales, eventualmente, pueden llegar a competir con las reglas jurídicas), y conservar al mismo tiempo la función excluyente del derecho en el razonamiento práctico. El tercer problema depende de cómo se explique la determinación del significado de las disposiciones jurídicas: si esa determinación tiene una naturaleza interpretativa y se asume que depende de consideraciones evaluativas, entonces la tesis de la autonomía del derecho debe ser abandonada, y por lo tanto, la noción de las razones protegidas no cumpliría ninguna función explicativa relevante.

No sobra resaltar que estas cuestiones están estrechamente relacionadas con el tema de los PJ. Como se explicó, existen tres factores que, según algunos críticos, harían imposible la elucidación de las prácticas de precedentes desde el modelo de reglas: 1) el hecho de que las RP suelen ser limitadas en vez de absolutas, o sea que la fuerza del precedente es relativa, toda vez que puede ser superada por un determinado conjunto de razones; 2) la facultad que las RP suelen otorgar a los jueces para que amplíen o reduzcan el ámbito de los precedentes, y 3) las dificultades en la identificación de la regla que constituye el precedente.

En los capítulos siguientes se estudiará, por una parte, la relación entre la tesis de las reglas como razones protegidas y la posibilidad de que determinadas razones superen su fuerza normativa; y por otra, la relación entre las reglas y sus razones subyacentes o dependientes, respecto al tema de la derrotabilidad de las reglas y de la

interpretación del derecho. En el capítulo 3 se examinarán las conexiones entre los problemas del alcance de la exclusión y la derrotabilidad de las normas jurídicas. Y en el capítulo 4 se abordarán las relaciones entre la interpretación y la tesis de la autonomía del derecho. Por lo demás, en cada uno de estos capítulos se tendrá presente cómo las cuestiones en estudio se relacionan con la autoridad de los PJ, en particular si se adopta el modelo de reglas.

Se debe dejar claro que el análisis y las conclusiones que se proponen a lo largo de este trabajo no pretenden ser definitivas en torno a si hace parte de la naturaleza del derecho ser un conjunto de reglas y, por tanto, de razones protegidas. Lo que se muestra es que es posible (y en parte aconsejable) concebir a los PJ como reglas y, en consecuencia, que estas normas además de definir como se debe actuar o decidir, cumplan una función excluyente en el razonamiento práctico.

**CAPÍTULO 3:**  
**LÍMITES A LA AUTORIDAD PRÁCTICA DE LOS PRECEDENTES**  
**JUDICIALES: LOS PROBLEMAS DEL ALCANCE Y LA**  
**DERROTABILIDAD DE LAS REGLAS JURÍDICAS**

En el capítulo 1 se señaló que la regla de precedente (RP) puede establecer dos tipos de límites a la autoridad de los precedentes judiciales (PJ): unos relacionados con su fuerza y otros con su ámbito. Respecto a lo primero, la fuerza del precedente se puede limitar estableciendo un conjunto de razones para que los jueces se aparten de los PJ. Respecto a lo segundo, la RP puede autorizar que los jueces amplíen o reduzcan el ámbito semántico de los PJ<sup>113</sup>. En el capítulo anterior, se señaló cómo algunos críticos sostienen que reconocer dichos límites a la autoridad práctica del derecho (y en este caso, de los precedentes), implica rechazar la función excluyente de las normas jurídicas en el razonamiento práctico.

Cabe recordar que la tesis de las reglas como razones protegidas implica que, en sí mismas, estas son razones que cuentan a favor de determinadas conductas (razones de primer orden), y al mismo tiempo excluyen otras razones relevantes (razones de segundo orden excluyentes). De acuerdo con esta explicación, por ejemplo, la regla según la cual “el límite de velocidad en las vías urbanas es de 80 kilómetros por hora”, es una razón de primer orden para que los conductores de vehículos conduzcan a la velocidad establecida, y además, una razón de segundo orden para excluir la relevancia práctica de otras razones, por ejemplo, el deber de llegar puntualmente a una cita.

Según los críticos aludidos, sostener que las reglas pueden ser superadas, tal como sucede a los PJ por razones que afectan su fuerza y su alcance, implicaría rechazar su carácter excluyente en el razonamiento práctico. Así, las normas jurídicas no cumplirían dicha función excluyente, sino que serían simplemente razones de primer

---

<sup>113</sup> Es necesario advertir que, como se discutirá en los capítulos 4 y 5, la posibilidad de que un operador jurídico amplíe el ámbito semántico de una regla (por ejemplo, un precedente judicial) no significa, de modo necesario, que esté modificando el derecho existente, toda vez que el significado de las disposiciones jurídicas no se limita a las consideraciones semánticas, sino que debe ser complementado por las consideraciones pragmáticas del lenguaje.

orden con un peso especial. De tal forma, el carácter excluyente de las reglas jurídicas se enfrenta a la cuestión de si es posible reconocer la existencia de razones (o conjunto de razones) capaces de desplazar su relevancia práctica<sup>114</sup>. Este problema ha sido tratado con ocasión de la cuestión de la derrotabilidad de las reglas jurídicas, la cual, en palabras de Á. Ródenas, intenta responder “cuándo está justificado dejar de lado como razón para la acción una regla aplicable” (Ródenas, 2012: 34).

En estos términos, la cuestión que se abordará en este capítulo consiste en establecer si admitir límites en la fuerza y en el ámbito de los PJ implica negar la función excluyente de ellos en el razonamiento práctico. Se argumenta que, para responder dicha cuestión, se deben distinguir dos aspectos: el alcance práctico de las reglas jurídicas (definición del conjunto de razones que son excluidas), y la derrotabilidad de las reglas en estricto sentido (casos en que las razones subyacentes superan la autonomía semántica de las reglas). De aquí se derivan tres tesis:

- 1) El alcance práctico de las reglas y su derrotabilidad es una cuestión contingente, por lo cual se rechaza la tesis de derrotabilidad como una propiedad necesaria de las reglas.
- 2) Las limitaciones en el alcance de la exclusión y en el ámbito semántico de las reglas es compatible con la función excluyente de las normas jurídicas.
- 3) La explicación del alcance de la exclusión es análoga a la discusión sobre la fuerza de los PJ, mientras que la discusión sobre la derrotabilidad de las reglas está asociada a la posibilidad de los jueces de ampliar o reducir el ámbito semántico de los PJ.

En la primera parte de este capítulo, se abordará de manera crítica, a partir de las ideas de Raz, la explicación sobre el alcance práctico de la exclusión de las reglas jurídicas. Luego, se explican los eventuales conflictos entre reglas y razones no excluidas; se sostiene que el marco adecuado para explicar dichos conflictos son las

---

<sup>114</sup> Como se vio en el capítulo 2, el derecho tiene relevancia práctica en la medida que sus normas constituyen razones para la acción, las cuales, en ausencia del derecho, no existirían. En todo caso, lo que aquí está en disputa es si el derecho es capaz de generar razones autónomas para la acción, o si por el contrario, las razones jurídicas se suman al conjunto de razones para la acción ya existentes. En todo caso, y sin pretender zanjar semejante cuestión, la tesis de la relevancia práctica del derecho aquí analizada es la que sostiene que las normas jurídicas pueden constituir razones autónomas para la acción. Para un análisis de los problemas de la normatividad y relevancia práctica del derecho, véase Marmor (2015), Redondo (1996), Gaido (2011) y Bix (2006).

nociones de antinomias y excepciones. Después, se reconstruye el problema de la derrotabilidad de las normas jurídicas, tal como se entiende en la teoría jurídica actual, a partir de los trabajos de Bayón, Rodríguez y Schauer. Por último, se señala el impacto de estas cuestiones en la caracterización de la RP.

### **3.1. LÍMITES PRÁCTICOS DE LA AUTORIDAD DE LAS REGLAS JURÍDICAS: EL ALCANCE DE LA EXCLUSIÓN**

Las razones de primer orden, según Raz, son consideraciones a favor o en contra de una acción determinada, y las razones de segundo orden son las que establecen el trato que se debe dar a las de primer orden (Raz, 1990: 39-48). Las razones de segundo orden pueden ser incluyentes o excluyentes. Las incluyentes definen que se debe actuar por una razón o un conjunto de razones, y las excluyentes, que no se debe actuar por una razón o un conjunto de razones. Por lo demás, según Raz, las reglas jurídicas (y en general las directivas de la autoridad) son razones protegidas, al combinar una razón de primer orden para actuar de la forma indicada en la regla, con una razón de segundo orden excluyente (1990: 191).

Esta concepción de las reglas como razones protegidas para la acción supone tres clases de conflictos:

- (1) Conflictos entre razones de primer orden.
- (2) Conflictos entre razones de segundo orden.
- (3) Conflictos entre razones de primer orden y de segundo orden excluyentes.

Los conflictos de tipo (1) y (2), según el autor, se resuelven de acuerdo al peso relativo, o resultado del balance, de las razones en conflicto. Por el contrario, los conflictos de tipo (3) se resuelven, por definición, a favor de las razones excluyentes. Sin embargo, las razones protegidas no prevalecen sobre todas las razones de primer orden, sino solo sobre aquellas que, en efecto, son excluidas. El problema del alcance de las reglas consiste, justamente, en establecer ese conjunto de razones. Es lo que se explica a continuación.

La función excluyente de las normas jurídicas se refiere, de manera trivial, a aquellas que harían diferencia práctica respecto de lo que debe ser hecho, y por lo

tanto, solo tiene sentido la noción de exclusión cuando se habla de razones relevantes. En efecto, solo en situaciones en que las razones excluidas son relevantes para definir cómo se debe actuar, es posible hablar, en estricto sentido, de relevancia o diferencia práctica de las razones excluyentes. En otras palabras, la exclusión se puede referir a: (1) una razón –o conjunto de razones– que en todo caso habría sido derrotada en un balance general de razones, o (2) una razón –o conjunto de razones– que habría inclinado el balance general de razones, es decir, que sería relevante al momento de determinar cómo actuar. Solo en el caso (2) se puede hablar, en rigor, de exclusión, o sea, de relevancia normativa de la exclusión<sup>115</sup>.

La primera delimitación del conjunto de razones que las reglas jurídicas excluyen, se refiere, por lo tanto, al conjunto de razones relevantes, aquellas que, eventualmente, harían diferencia práctica en la acción. La segunda delimitación depende de una cuestión más compleja: ¿pueden las reglas jurídicas excluir todas las razones objetivamente relevantes respecto de la acción exigida? Raz ofrece dos soluciones que resultan, en principio, contradictorias.

De acuerdo con la primera solución, el derecho se caracteriza por ser “comprehensivo” (*comprehensive*), es decir que pretende autoridad para regular cualquier tipo de comportamiento (Raz, 1990 y 2011). Esto no significa que los ordenamientos jurídicos, en efecto, regulen todos los comportamientos, ni que tengan autoridad legítima para hacerlo. Significa, simplemente, que es posible que el derecho pretenda regular todo tipo de comportamiento (1990: 151). En lo referido al alcance práctico de las reglas, el conjunto de razones excluidas depende, por tanto, de las decisiones de las autoridades jurídicas. Si el ordenamiento jurídico es comprehensivo, esto significa que las autoridades pueden pretender excluir todas las razones objetivamente relevantes, o limitar el alcance de la exclusión a un conjunto determinado de estas. Entonces, la cuestión consiste en establecer si es posible la existencia de un alcance práctico del derecho por *default*. Según Raz, las reglas jurídicas –salvo aclaración de lo contrario– excluyen todas las razones objetivamente relevantes para la acción, y en particular, “aquellas razones que cuentan en contra de

---

<sup>115</sup> En concordancia, solo en casos en que la exclusión hace diferencia práctica, se censura a quienes actúan sobre un balance general de razones, por no tener en cuenta las razones excluyentes, y se justifica a quienes actúan sobre la base de razones excluyentes (Raz, 1990: 40-45).

la acción exigida, las cuales, si prevalecen, conducirían a rechazar el requerimiento” (Raz, 2009m).

De acuerdo con la segunda solución de Raz, por el contrario, si el alcance de la exclusión de una norma jurídica fuese respecto a todas las razones objetivamente relevantes para una acción determinada, se caería en el absurdo de que toda acción sería jurídica (o antijurídica), o de que siempre habría una razón jurídica para actuar o no actuar. Si las normas jurídicas excluyen a todas las razones relevantes para actuar, sería preciso afirmar que, por ejemplo, cuando un jugador de ajedrez decide cómo mover una ficha, estaría actuando y razonando jurídicamente, por cuanto ello sería una regla jurídica o haría parte de las razones excluidas (Raz 2009m: 380).

Entonces, ¿cómo se resuelve esta tensión? ¿Es posible que el derecho pretenda una exclusión de todas las razones relevantes y que, al mismo tiempo, no caiga en el absurdo de asumir que todo comportamiento es, de una u otra manera, jurídico? Para conciliar estas dos ideas, debe recurrirse a la tesis del dominio limitado (*limited domain thesis*) (Raz, 2009m), (Schauer, 2004b). Raz enfatiza en que la autoridad tiene la facultad de emitir directivas “dentro de la esfera de su jurisdicción”, es decir, dentro del rango de acciones sobre las cuales tiene derecho a gobernar (Raz, 2009m). En otras palabras, por cuanto la autoridad legítima tiene una jurisdicción limitada, el alcance de las reglas emitidas por ella tienen un dominio limitado, al menos respecto del rango de acciones y decisiones con que esa autoridad tiene el derecho de gobernar.

Para explicar la tesis del dominio limitado, deben articularse dos ideas bien conocidas. Por una parte, que la jurisdicción de las autoridades jurídicas depende de las reglas secundarias del sistema<sup>116</sup>, y por otra, que el alcance de la autoridad del derecho depende de la aplicación de los presupuestos de la autoridad legítima<sup>117</sup>. Para comprender esto, recuérdese rápidamente la distinción entre reglas primarias y secundarias. Las reglas primarias definen cómo los individuos deben actuar o decidir, es decir, son razones de primer orden para hacer aquello que las reglas exigen; y las

---

<sup>116</sup> Las reglas secundarias determinan cómo tratar las reglas primarias (o reglas de acción). Una de las funciones de las reglas secundarias consiste, justamente, en definir la competencia de las autoridades jurídicas como fuentes de reglas (Hart, 1994: 81-91).

<sup>117</sup> La concepción de la autoridad como servicio es el presupuesto para la explicación de Raz sobre la autoridad legítima, y por tanto, para la justificación de la racionalidad en el seguimiento de las reglas definidas por una autoridad práctica. La autoridad legítima depende de que se acredite que los individuos que más probablemente seguirán la autoridad, se conforman mejor con las razones justificatorias de la acción (Raz, 2009d: 136-137; 1986: 71, y 1990: 193-194).

secundarias, por su parte, definen cómo las reglas primarias deben identificarse, modificarse o aplicarse. De acuerdo con esto, las reglas secundarias determinan la competencia de las autoridades para dictar reglas, y en esa misma línea, de ser fuente de razones de primer orden. Las reglas secundarias de competencia tienen, como resulta evidente, un contenido contingente, y así, pueden ampliar o reducir el alcance práctico de las autoridades reconocidas (Raz, 2009m: 380)<sup>118</sup>.

Por otra parte, si, de acuerdo a la tesis de Raz sobre la justificación de la autoridad del derecho, la legitimidad de las disposiciones de este se justifica por la mayor probabilidad de acierto de las autoridades, al identificar las razones que, en todo caso, justifican la acción (Raz, 2009d: 136-137), entonces la jurisdicción de la autoridad legítima depende de que regule los casos en que se dé dicho presupuesto. Un ejemplo de esto se presenta en la antes mencionada organización de la jurisdicción de las autoridades judiciales en Colombia. La autoridad de la Corte Constitucional, en relación con el precedente vertical, se justifica, entre otras cosas, según su capacidad como órgano de cierre para coordinar una interpretación consistente de las normas constitucionales<sup>119</sup>. No obstante, la organización de la rama judicial en Colombia contempla órganos de cierre para los asuntos de derecho civil, penal, laboral y administrativo. Así las cosas, se supone que el dominio de la jurisdicción de la Corte Constitucional se refiere a los asuntos constitucionales, pero no a los asuntos, por ejemplo, penales. Y en la otra cara del asunto, la jurisdicción de la Corte Suprema de Justicia, en cuanto órgano de cierre, se delimita al rango de acciones relacionadas, por ejemplo, con la aplicación de la ley penal, civil o laboral. Esto quiere decir que, si el

---

<sup>118</sup> A estas consideraciones habría que agregar a las razones auxiliares que afectan el ámbito de la exclusión (*scope-affecting reasons*), el cual puede reducir el alcance de la norma. En ese sentido, Raz distingue entre razones completas, concluyentes, operativas y auxiliares. Una razón completa para la acción está constituida por el conjunto de premisas (razones) no redundantes de un razonamiento práctico; las razones concluyentes están constituidas por una razón operativa y razones auxiliares; las razones operativas están referidas a hechos que, en caso de ser creídos por un agente, implican una actitud práctico-crítica, es decir, una actitud evaluativa frente a un curso de acción; y las razones auxiliares funcionan como premisas subsidiarias que transfieren la actitud práctica desde los enunciados de las razones operativas hacia las conclusiones prácticas (Raz, 1990: 22, 33-4). Un ejemplo de esto: los estudiantes pueden considerar que sus profesores son autoridades prácticas y que, en consecuencia, sus órdenes constituyen razones protegidas para la acción; sin embargo, la normatividad de tales órdenes puede verse afectada por razones como, por ejemplo, el contexto en que ellas se dan, o el tipo de profesor de que se trate. En efecto, el ámbito de la exclusión será distinto si la orden la da un profesor en un salón de clase mientras hace un examen, si la da en una clase magistral, si la da el profesor titular o si la da un monitor.

<sup>119</sup> Véase, por ejemplo, Corte Constitucional, Sentencias T-468 de 2004 (M.P.: Rodrigo Escobar Gil) y T-292 de 2006 (M.P.: Manuel José Cepeda).

dominio de la jurisdicción de la Corte Constitucional se limita a los asuntos constitucionales, sus reglas no tienen la capacidad legítima de excluir, por ejemplo, las “razones penales”.

Sin embargo, y con objeto de remarcar el carácter contingente y variable de esta cuestión, no es posible formular una tesis general acerca del alcance práctico de las autoridades jurídicas, toda vez que su jurisdicción depende tanto del contenido de las reglas secundarias (y razones auxiliares cuya finalidad consista, justamente, en afectar el ámbito de la exclusión), como del dominio legítimo de las autoridades. Además, asegurar que el alcance práctico de la autoridad es contingente, implica afirmar que es una cuestión de grados, al encontrarse en función de las reglas secundarias (de contenido contingente y variable), y de la jurisdicción legítima de las autoridades jurídicas, lo cual depende, a su vez, de la capacidad de estas para identificar las razones que, en todo caso, justifican la acción. Por ello, es posible plantear la existencia de prácticas que pretenden una exclusión amplia, la cual reduce el número de razones no excluidas, y otras prácticas que pretenden una exclusión reducida, la cual amplía el conjunto de razones no excluidas.

En síntesis, el alcance práctico de las normas jurídicas está conformado por el conjunto de razones excluidas. En primer término, dicho alcance se refiere a razones normativamente relevantes respecto a una acción determinada; y en segundo término, depende de: a) las reglas secundarias que delimitan la jurisdicción de las autoridades, y b) el conjunto de comportamientos y razones frente a los cuales la autoridad es legítima. En cualquier caso, y toda vez que el alcance de la exclusión es contingente, no es posible afirmar la existencia de un alcance normativo por *default*.

### **3.2. RELACIONES NORMATIVAS: ANTINOMIAS Y EXCEPCIONES**

El alcance de la exclusión, como se vio, es contingente y variable. De esta forma, existen prácticas jurídicas que pretenden mayor alcance de la exclusión (menos razones no excluidas), y otras que pretenden menor exclusión (más razones excluidas). Ahora bien, hasta ahora no se ha advertido una ambigüedad en la explicación de la exclusión de las reglas jurídicas. El alcance de la exclusión puede referirse al alcance de la práctica jurídica concebida como un todo, o al alcance de las reglas individualmente consideradas, es decir, de cada una de las reglas que conforman dicha

práctica. En realidad el alcance práctico del derecho depende, en primera medida, del alcance de la exclusión (definido en sus reglas secundarias y según el dominio de su jurisdicción), y en segunda medida, del alcance de las reglas primarias. Pero dentro de ese ámbito, además, cada regla primaria tiene su alcance, de tal forma que las reglas jurídicas, individualmente consideradas, tienen la capacidad de excluir, por ejemplo, a otras reglas jurídicas.

De acuerdo con estas precisiones, puede ocurrir que, en efecto, las reglas entren en conflicto con otras normas no excluidas. Este tipo de relaciones y conflictos normativos ha sido estudiado, por tradición, en el marco de la explicación de las antinomias (contradicciones) y las excepciones<sup>120</sup>. A continuación, se explican estos conceptos.

### **3.2.1. Antinomias: contradicciones entre reglas sin condiciones de prevalencia**

Una antinomia surge cuando, para determinado caso (es decir, un tipo de acciones y propiedades) existen consecuencias o calificaciones jurídicas incompatibles. En otras palabras, una antinomia aparece cuando un caso puede resolverse de diversas y opuestas formas (Guastini, 2014: 117 y 118).

Cabe recordar que una antinomia puede ser: a) total, cuando las dos normas regulan las mismas propiedades, de forma que no hay posibilidad de que se aplique una de ellas sin entrar en conflicto con la otra; b) total-parcial, cuando el caso regulado por una de las normas es más restringido que el de la otra; y c) parcial-parcial, cuando las normas regulan propiedades que no resultan incompatibles. Lo importante es que en las dos últimas antinomias es posible aplicar las normas sin que estas entren en conflicto<sup>121</sup> (Ross, 1963: 164-168).

---

<sup>120</sup> No es objeto de este trabajo profundizar en los problemas y las diferencias lógicas entre estas nociones, sino remarcar algunas de sus principales consecuencias en la condición de las reglas jurídicas como razones para la acción.

<sup>121</sup> Nino, siguiendo a Ross, propone los siguientes ejemplos: a) antinomia total-total: “la importación de tractores debe pagar un recargo aduanero y otra [norma establece] que los tractores importados están exentos de recargos aduaneros”; b) antinomia total-parcial: “una norma establece que la importación de vehículos sufrirá recargos aduaneros y otra exime de tales recargos a los tractores”, y c) antinomia parcial-parcial: una norma establece que “los vehículos que se importan están sujetos a recargos aduaneros”, y otra que “los instrumentos para la producción agrícola están exentos de ellos”. De esta forma, “los tractores están en el campo de conflicto de ambas normas, los autos sólo están comprendidos en la primera y los arados sólo se rigen por la segunda” (Nino, 1984: 274-275).

Los ordenamientos jurídicos suelen establecer reglas o condiciones de prevalencia para solucionar las contradicciones entre normas (por ejemplo, *lex superior*, *lex posterior* y *lex specialis*). Sin embargo, cuando existen dichas reglas o condiciones de prioridad, en realidad no existe un conflicto normativo genuino, sino aparente, que se resuelve una vez se aplican las reglas y condiciones de prevalencia. En efecto, por lo general se conciben las contradicciones como una de las fuentes de indeterminación del derecho. Pero si existen las reglas de prioridad entre normas, y resultan aplicables, el derecho no deja indeterminado el asunto. La indeterminación del derecho, en cambio, ocurre cuando no existen reglas de prioridad entre las normas, pues surge un conflicto genuino entre reglas y, por lo tanto, el asunto queda jurídicamente indeterminado.

En este caso, cuando aparece una antinomia y no existen condiciones o reglas de prioridad, el conflicto debe resolverse de acuerdo al balance del peso relativo de las razones en conflicto, y así, las reglas jurídicas (y el derecho) dejan de ser razones protegidas y de cumplir una función excluyente en el razonamiento práctico. Podría objetarse que no ocurre esto de forma necesaria, toda vez que, por ejemplo, si existe un conflicto entre dos reglas infraconstitucionales, el asunto no queda jurídicamente indeterminado, ya que el intérprete puede estar facultado para aplicar la regla que más se adecúe al contenido constitucional, o para aplicar directamente la constitución.

Sin embargo, resulta claro que, en el primer caso, lo que existe es una regla de prioridad, por lo cual el conflicto deviene en aparente; y en el segundo caso, no se plantea una regla de prioridad, sino un mecanismo distinto de solución de antinomias, consistente en aplicar una norma de mayor jerarquía. En este último caso, aunque exista una antinomia entre las normas infraconstitucionales, el asunto no queda jurídicamente indeterminado, pues justamente, para evitar esto, se debe aplicar la norma de mayor jerarquía. En cualquier caso, la hipótesis sobre aplicar directamente la constitución en caso de conflicto, es sin duda contingente, al depender de que esta tenga en efecto una respuesta para el caso. De todos modos, como se verá en seguida, la relación de dos normas contradictorias, donde sin embargo hay reglas de prioridad o preferencia, está asociada a la noción de las excepciones.

### 3.2.2. Excepciones: contradicciones entre reglas con condiciones de prevalencia

Una regla, o razón en general, constituye una excepción para otra regla, siempre que “las soluciones normativas de ambas resulten lógicamente incompatibles”, pero si además –a diferencia del caso de las antinomias– existe “una preferencia de la solución normativa de una de ellas sobre la otra”<sup>122</sup>. Para abordar este problema, resulta útil señalar tres formas en que pueden surgir las excepciones.

En primer lugar, las reglas secundarias pueden establecer excepciones *genéricas* en relación con todas las reglas primarias. Así, por ejemplo, es posible que la regla secundaria establezca que la autoridad A tiene competencia para dictar las reglas R, y que los individuos deben seguirlas, salvo que aparezcan las circunstancias *q* o *s*. Póngase por caso que A dicta la regla *r*, la cual, por supuesto, hace parte del conjunto de reglas R autorizadas por la regla de reconocimiento; así, un individuo debe seguir *r*, salvo que para el caso resulten aplicables *q* o *s*.

En virtud de lo anterior, una consideración no excluida, y que genera la excepción, puede formar parte de aquellas que están fuera de la jurisdicción, bien sea porque están fuera de la competencia dada por la regla de reconocimiento, o porque no son cubiertas de acuerdo con la tesis del dominio limitado de la autoridad. Además, las consideraciones no excluidas, y que generan la excepción, pueden ser normas del ordenamiento jurídico o de la práctica jurídica de que se trate, o pertenecer a otro ordenamiento o práctica, pero considerarse aplicables, justamente en virtud de la regla secundaria (Rodríguez y Navarro, 2014).

En segundo lugar, cada una de las reglas R puede contemplar excepciones *específicas*, y distintas a *q* o *s*. En estos términos, por ejemplo, la regla *r1* establece que se debe hacer  $\emptyset$ , salvo que se acredite *m*. Un individuo, por tanto, debe hacer  $\emptyset$ , salvo que se acredite específicamente la excepción *m*, o de forma genérica, *q* o *s*. Como se ve, una de las diferencias evidentes entre las excepciones genéricas y las específicas es que las primeras se refieren a todo el conjunto de R, mientras las segundas se circunscriben a las *r* consideradas individualmente.

En tercer lugar, pueden surgir excepciones *implícitas*, a consecuencia de la reconstrucción de las relaciones de las distintas reglas. Esta cuestión ha sido tratada

---

<sup>122</sup> Véase Navarro y Rodríguez (2000: 61-85) y Rodríguez (1997: 159).

por la teoría del derecho en el marco de la diferenciación entre normas formuladas y normas derivadas (Alchourron y Bulygin, 1974). Las normas formuladas se refieren a cada una de las normas creadas por las autoridades jurídicas, y las derivadas corresponden a las consecuencias lógicas de cada una de las normas y de sus relaciones con otras normas. Si, como se ha dicho, en el ordenamiento jurídico existen reglas de prioridad, pueden aparecer normas derivadas cuando se reconstruyen adecuadamente las relaciones entre las normas en conflicto y las condiciones de prioridad. Como se dijo también, la relación entre  $r1$  y  $r2$ , por ejemplo, puede constituir una excepción siempre que: a) las soluciones normativas de ambas reglas resulten lógicamente incompatibles, y b) exista una preferencia de una sobre la otra. Si la regla de reconocimiento establece que las reglas con la propiedad  $p$  prevalecen sobre las que no la tienen, y  $r1$  tiene la propiedad  $p$ , entonces  $r1$  se constituye en una excepción de  $r2$ .

Por último, se debe tener en cuenta que los conflictos entre reglas, en cuanto se puedan caracterizar como excepciones, no necesariamente generan una indeterminación jurídica o plantean un desafío para la explicación del seguimiento de reglas. En realidad, es común que las reglas individualmente consideradas estén expuestas a excepciones implícitas, las cuales pueden reconstruirse una vez se definen las condiciones de prioridad de sus relaciones con otras reglas (en este punto, si no existen tales condiciones de prioridad, como ya se advirtió, se genera una antinomia y el derecho deja indeterminado el asunto). El problema con las excepciones aparece cuando se admite la posibilidad de que las excepciones a las reglas no pueden ser reconstruidas de antemano. Esto es lo que algunos teóricos entienden por *derrotabilidad de las reglas*.

### **3.3 LA DERROTABILIDAD DE LAS REGLAS COMO CONSECUENCIA DE SU INTERACCIÓN CON LAS RAZONES SUBYACENTES**

Como podrá recordarse, la explicación de las reglas jurídicas como razones protegidas supone dos niveles de razones: las razones de primer orden, entendidas como consideraciones a favor o en contra de la acción, y las reglas entendidas como decisiones de las autoridades jurídicas, las cuales, luego de ponderar las diferentes razones de primer orden, definen un conjunto de propiedades (el caso) al que otorgan

determinada calificación jurídica. Para ejemplificarlo, recuérdese el caso de Juan, quien está en el café de la universidad, minutos antes de iniciar la clase de derecho civil, hablando con su abatido amigo Pedro, quien se encuentra en difíciles momentos personales y necesita su apoyo. Juan debe decidir si: a) entrar a clase, o b) acompañar a Pedro en el café. Existen, por lo menos, las siguientes razones de primer orden: el deber de formarse como estudiante ( $q$ ), el deber de auxiliar a los amigos ( $r$ ) y el hecho de que a Juan le gusta particularmente esa clase ( $s$ ). Por otra parte, de acuerdo con el reglamento de estudiantes, está prohibido ausentarse de las clases, salvo por motivo médico debidamente acreditado. Se sabe, además, que las autoridades de la universidad, luego de ponderar diferentes razones, decidieron prohibir las ausencias a clase, fundamentadas, principalmente, en la razón  $q$ .

En este contexto, si el reglamento estudiantil constituye una regla para la acción de los individuos, entonces, además de ser una razón para que Juan asista a clase, excluye la deliberación respecto del peso relativo de las razones  $q$ ,  $r$  y  $s$ . Además, debe recordarse que, según Raz, el conflicto entre la regla y las razones subyacentes (por ejemplo  $q$ ,  $r$  y  $s$ ) no puede plantearse, toda vez que, por definición, las reglas, como razones protegidas, prevalecen sobre las razones de primer orden excluidas.

Esta tesis ha sido criticada, entre otras cosas, porque, según algunos autores, las razones subyacentes pueden ser lo suficientemente imperiosas como para impedir que sean dejadas de lado. Así, de acuerdo con Schauer, Raz se equivoca al no distinguir la función excluyente de las reglas de su fuerza normativa. Para él, la fuerza de la exclusión es presuntiva, o sea que, en principio, las reglas excluyen las razones subyacentes; no obstante, estas reglas pueden ser vencidas cuando son de tal forma apremiantes que es irracional dejarlas de lado (Schauer, 2004a: 150-152, 259-256).

Para explicar lo anterior, Schauer (2004a) parte de la distinción entre la formulación de las normas (disposiciones jurídicas) y su justificación subyacente. Según él, en la formulación de la norma se eligen las propiedades que son consideradas relevantes respecto a la justificación de la regla (2004a: 84-86). Así, en la regla del ejemplo, la obligación de asistir a clase se justifica por el deber de formarse como abogado, esto sumado al deber de la universidad de formar al estudiante. Al formular la regla, la autoridad eligió “la obligación de asistir presencialmente”, por cuanto consideró que esta obligación se relaciona con el propósito o finalidad de la regla (formación y

trabajo en equipo). Schauer sostiene que la relación entre la norma y la justificación subyacente es de “causalidad probabilística”, es decir que, en este caso, mediante la formulación de la obligación de asistir a clase, es “probable” que se logre la formación de los estudiantes (Schauer, 2004a: 86-89).

Esto significa que “por más que el enunciado pueda ser verdadero para algunos o para la mayoría de los casos, no es necesariamente verdadero para todos los casos” (Schauer, 2004a: 89). En consecuencia, según este autor, las formulaciones de normas pueden ser sobreincluyentes o subincluyentes (experiencias recalcitrantes) (Schauer, 2013b: 42-43, y 2004a: 90-91): son sobreincluyentes cuando regulan propiedades que no están en relación de causalidad probabilística con la justificación subyacente (por ejemplo, un buen estudiante autodidacta); y son subincluyentes cuando no contemplan propiedades que están en relación de causalidad probabilística con la justificación subyacente (por ejemplo, las conferencias no obligatorias de profesores expertos). Para Schauer, dependiendo de la respuesta a estas “experiencias recalcitrantes”, se asume un modelo conversacional o un modelo atrincherado de toma de decisiones. En el modelo conversacional, las experiencias recalcitrantes se resuelven a favor de la justificación subyacente, y en el modelo atrincherado de toma de decisiones, se presume que el conflicto entre la regla y las razones subyacentes se resuelve a favor de la regla (Schauer, 2004a: 90-136).

Sin embargo, de acuerdo con este autor, el atrincheramiento, y por tanto la exclusión de las razones subyacentes, no es absoluto, de tal forma que la fuerza de la exclusión de las reglas puede ceder ante razones subyacentes particularmente exigentes (Schauer, 2004a: 150-152, 259-269). Así, se puede considerar el caso de un alumno particularmente virtuoso para el estudio autodidacta del derecho, el cual tiene una calamidad que le exige acompañar a un familiar en su casa de forma permanente. Tomar en consideración las razones subyacentes (excluidas) cuando resultan particularmente exigentes, implica que el individuo examine las razones de primer orden excluidas, para definir si una ocasión en particular forma parte de aquellas en que la regla puede ser desplazada. Sin embargo, podría cuestionarse si el hecho de admitir que los individuos puedan consultar las razones subyacentes no implica que la regla no excluya en absoluto. A esto, Schauer responde:

[E]s posible que una razón excluyente le indique a un agente que examine solo rápidamente, si es posible, la razón de primer orden excluida para ver si éste es uno de los casos en los cuales debería descartarse la exclusión [...] ello constituye una diferencia en el procedimiento de toma de decisiones respecto de uno en el cual se espera del agente que examine toda razón de primer orden con el mismo cuidado (Schauer, 2004a: 136).

Aun cuando la indagación exhaustiva en el problema de la fuerza de las reglas excede los límites y propósitos de este trabajo, debe tomarse en cuenta que, al admitir que las reglas pueden ser vencidas por sus razones subyacentes –como parece hacerlo Schauer–, se abre la discusión sobre si las normas son o no derrotables, y si la derrotabilidad es una propiedad necesaria de las reglas jurídicas<sup>123</sup>. En este punto, afirmar que la fuerza de las reglas es presuntiva, podría ser otra forma de admitir la tesis de la necesaria derrotabilidad (*defeasability*) de las normas. En otras palabras, la tesis del positivismo presuntivo, en cuanto tesis acerca de la naturaleza del derecho, depende del carácter necesario de la derrotabilidad de las reglas<sup>124</sup>. En cambio, si se concluye el carácter contingente de la derrotabilidad, el positivismo presuntivo deja de ser una tesis acerca de la naturaleza del derecho, para convertirse en una descripción de cómo opera, en algunos ordenamientos jurídicos, la relación entre las reglas y sus razones subyacentes.

Para analizar este asunto, debe precisarse antes en qué consiste el problema de la derrotabilidad de las normas jurídicas. Para ello es necesario, en primer término, establecer una diferencia entre este problema y otras dos cuestiones: 1) el deber moral de obedecer el derecho, y 2) la indeterminación lingüística del lenguaje jurídico. En seguida, se explican estos conceptos y su diferencia con la derrotabilidad de las normas jurídicas.

1) El deber moral de obedecer el derecho: Un problema que ha preocupado de manera constante a la filosofía del derecho es saber si existe o no un deber moral de obedecerlo o desobedecerlo<sup>125</sup>. En términos generales, se trata del problema de definir si existen razones morales para hacer o no hacer lo que las normas jurídicas

---

<sup>123</sup> La idea del positivismo presuntivo es sostenida por Schauer (2004a: 259-269). Sin embargo, en trabajos posteriores, este autor enfatiza en el carácter contingente de la derrotabilidad de las reglas jurídicas (véase Schauer, 2012: 77-88; 1998: 223-240; 2013: 197-215, y 2008: 1109-1134).

<sup>124</sup> Una crítica fundamentada en la imposibilidad del positivismo presuntivo de constituirse en teoría del derecho, puede verse en Fallon (1997: 1391-1414).

<sup>125</sup> Para una revisión de esta cuestión, véase Edmundson (1999: 1-17).

disponen. Ahora bien, esta cuestión es distinta de la explicación sobre cómo funcionan los deberes jurídicos, los cuales surgen en virtud de la existencia de normas jurídicas. No se afirma con esto que exista una separación conceptual entre los deberes jurídicos y los deberes morales. De hecho, como se explicó en el capítulo 2, para autores como Raz o Nino, los deberes jurídicos presuponen la existencia de un fundamento moral. Sin embargo, y aunque se admita la conexión justificatoria entre los deberes jurídicos y los morales, se observan diferencias entre estos, las cuales exigen herramientas explicativas diferentes. Esto ocurre toda vez que, si se admite la tesis de la diferencia práctica del derecho, es decir, su capacidad de generar nuevos deberes, entonces hay que desarrollar herramientas teóricas para explicar estos deberes. Sobre este punto, la cuestión sobre la derrotabilidad que se analiza en esta investigación es si las reglas jurídicas son derrotables (y en consecuencia, si los deberes jurídicos son o no *prima facie*<sup>126</sup>), y no si existe en el ámbito moral el deber de obedecer las normas jurídicas. Como lo resalta Bayón, la derrotabilidad de las normas jurídicas no puede confundirse con la existencia de razones morales para apartarse de ellas. De lo contrario, se estaría liando, de forma indebida, el problema de si, en determinado caso, es moralmente adecuado seguir la norma jurídica, con la cuestión de qué se debe hacer en dicho caso de acuerdo con el derecho (Bayón, 2001: 51).

En síntesis, el problema de la derrotabilidad de las reglas jurídicas no debe confundirse con el problema del deber moral de obedecer el derecho, pues teóricamente es posible la existencia de una regla jurídica inderrotable, frente a la cual no exista el deber moral de obedecerla. Para ejemplificar esto, imagine una regla que exige vendar los ojos a los verdugos, con el fin de que no reconozcan al individuo sentenciado. Cabe suponer un caso en que el verdugo pueda fallar, por

---

<sup>126</sup> Un sujeto tiene una obligación *prima facie* de hacer X, si, y solo si, existe una razón (*r1*) para el agente de hacer X, a menos que el agente identifique una razón (*r2*) para no hacer X, la cual es, al menos, tan fuerte como *r1*. En otras palabras, si un agente tiene una obligación de hacer X, en virtud de una razón (*r1*), no hacer X es incorrecto para el agente, a menos que tenga una razón *r2* para no hacer X, que sea, al menos, tan fuerte como *r1*. Asimismo, se distingue entre obligaciones *prima facie* específicas y genéricas. En las obligaciones *prima facie* específicas, S debe hacer X si, y solo si, el enunciado específico “S tiene PF de hacer X” es verdadero; un enunciado es específico cuando se refiere a una persona en particular respecto a un acto particular. Por su parte, en las obligaciones *prima facie* genéricas, “S tiene PF de hacer X”, si, y solo si, S se encuentra en alguna descripción y es verdadero el enunciado genérico “aquellos D tienen PF de hacer X” (Smith, 1973: 952-53).

problemas de puntería, en su trabajo, lo cual haría aconsejable retirar la venda de sus ojos. Sin embargo, la práctica normativa prohíbe que, incluso en estos casos, se retire la venda a los verdugos. En esta situación habría una regla inderrotable, sobre la cual (como sería presumible que se admita) no hay duda respecto a que no existe un deber moral de obedecerla.

El problema de la derrotabilidad de las reglas, por tanto, se refiere a cómo caracterizar la respuesta de las prácticas jurídicas, en situaciones (experiencias recalcitrantes, en términos de Schauer) en que los individuos, en casos concretos, se enfrentan a normas insatisfactorias en relación con sus razones subyacentes (Schauer, 2012: 77-88) (Schauer, 2008).

2) La indeterminación lingüística del lenguaje jurídico: Una propiedad de los lenguajes naturales es la existencia de expresiones vagas. Una expresión vaga tiene un significado gradual, con zonas donde claramente se aplica el término, zonas donde claramente no se aplica, y zonas de duda o penumbra. En las expresiones vagas, además, es imposible señalar el lugar exacto donde inicia la zona de penumbra.

Por otra parte, Waisman (1945) introdujo la tesis de que las expresiones de los lenguajes naturales presentan una textura abierta. Según esto, aunque el lenguaje no parezca contemplar expresiones vagas, pueden surgir hechos futuros e imprevisibles sobre los cuales no exista precisión acerca de si la expresión es aplicable o no. Así las cosas, aun cuando fuera posible formular reglas con términos precisos y ciertos, pueden aparecer casos futuros e imprevisibles donde el significado de un término resulte dudoso, dada la falibilidad del conocimiento de los hechos y la relativa indeterminación de los propósitos (Hart, 1994: 128-129), (Schauer, 2004a: 94-95).

En este orden de ideas, para comprender de forma adecuada lo que la derrotabilidad pone en juego, no hay que confundirla con el problema de la indeterminación del lenguaje jurídico. Las cuestiones sobre la vaguedad y la textura abierta del lenguaje apuntan a una explicación de la indeterminación del derecho como consecuencia de los límites de los lenguajes naturales. En otras palabras, si el lenguaje presenta indeterminaciones (a consecuencia de su vaguedad

y textura abierta), entonces el derecho, al emplear el lenguaje, puede llegar a ser indeterminado<sup>127</sup>. Por el contrario, la derrotabilidad se refiere a la cuestión de si, pese a no haber problemas lingüísticos para la comprensión del lenguaje jurídico, surgen dudas sobre si deben aplicarse o no las reglas, al entrar estas en conflicto con sus razones subyacentes. En términos simples, aunque no haya problemas de vaguedad o de textura abierta, la aplicación de la regla, en todo caso, puede estar en disputa, al surgir una experiencia recalcitrante<sup>128</sup>.

En suma, el problema de la derrotabilidad de las normas jurídicas, a diferencia de las cuestiones sobre el deber moral de obedecer el derecho y sobre la indeterminación del lenguaje jurídico, se refiere al tipo de relaciones y consecuencias posibles en casos en que las reglas entran en conflicto con sus razones subyacentes, es decir, cuando surgen experiencias recalcitrantes<sup>129</sup>.

En estos términos, existen dos posiciones sobre de la derrotabilidad de las reglas jurídicas: la tesis de la derrotabilidad como el surgimiento de excepciones implícitas, y la tesis de la derrotabilidad como la facultad de incorporar nuevas excepciones en las reglas. De acuerdo con la primera posición, la derrotabilidad de las normas jurídicas significa que estas están sujetas “a excepciones implícitas que no pueden ser enumeradas exhaustivamente de antemano”, de tal forma que “no sería posible precisar por anticipado, sino solo frente al caso individual, las circunstancias que operarían como genuinas condiciones suficientes para su aplicación” (Sánchez Brígido y Seleme, 2009). Y de acuerdo con la segunda posición, la derrotabilidad se refiere a la facultad de los individuos, en particular los jueces, de incorporar excepciones a las reglas, como consecuencia de la aparición de una experiencia recalcitrante (Schauer, 2012: 77-88).

---

<sup>127</sup> No se asume aquí que la tesis de la indeterminación del derecho sea correcta a causa de las indeterminaciones semánticas del lenguaje; solo se pretende remarcar que esta cuestión es distinta de la derrotabilidad de las reglas jurídicas.

<sup>128</sup> Un análisis similar puede verse en Schauer (2013b: 197-215), (2008: 1109-1134).

<sup>129</sup> Desde luego, es posible definir la derrotabilidad en un sentido más amplio, de forma que incluya todos los casos en que una razón es superada por otra. De hecho, esa es la manera como Schauer la entiende (2004: 178-180). Sin embargo, considerando que son muy diversas las circunstancias en que una razón (incluidas las normas jurídicas) puede ser superadas por otras razones, es necesario diferenciar, de forma adecuada, cada una de dichas circunstancias. Por ello, el problema que debe abordarse desde la noción de derrotabilidad (en estricto sentido), es el de los eventuales conflictos entre las reglas y las razones subyacentes o dependientes.

La primera tesis es defendida, por ejemplo, por Bayón. Este autor sostiene que la derrotabilidad de las normas jurídicas es una consecuencia de la interacción entre principios y reglas<sup>130</sup>. Los principios, según él, son razones de primer orden incorporadas por el derecho, que se constituyen en razones subyacentes de las reglas creadas por las autoridades jurídicas. En sus palabras, los estados constitucionales hacen explícitas, en forma de principios, “sus condiciones sustanciales de justificación” (Bayón, 2003: 61). La interacción entre reglas y principios lleva a que estos últimos generen excepciones a las reglas; sin embargo, como no es posible, según Bayón, determinar de forma anticipada el “conjunto preciso de cada caso gobernado por un principio –porque este puede concurrir en muchos de esos casos con otros principios, y no contamos con una jerarquización u ordenación estricta de los mismos”, tampoco es posible “determinar de antemano el conjunto preciso de excepciones [...], lo que es tanto como decir que no podemos determinar de antemano en qué caso la regla es aplicable” (Bayón, 2003: 63). Esta interacción entre reglas y principios, por lo tanto, hace que las normas sean derrotables, “dado que no es posible precisar de antemano en qué casos genéricos prevalecerá un principio sobre otros”, por lo cual “cualquier regla está sujeta a excepciones implícitas por razones de principio” (Bayón 2001: 53-54).

En cualquier caso, de acuerdo con Bayón, la derrotabilidad es una propiedad contingente del derecho. En efecto, resulta contingente que aparezcan excepciones a una regla por razones de principio. Según él, la posibilidad de que convivan reglas y principios, y de que los operadores jurídicos puedan consultar los principios, depende de reglas secundarias contingentes. Pero si ello ocurre, según Bayón, no será posible enumerar, de forma exhaustiva y de antemano, las excepciones a las normas.

Sin embargo, la tesis de Bayón, por una parte, es demasiado restrictiva, y por otra –como lo explica J. Rodríguez–, no logra demostrar que, necesariamente, la interacción entre reglas y principios no pueda ser reconstruida y, por tanto, anticipada. En efecto, los problemas de las interacciones de las reglas con sus razones subyacentes

---

<sup>130</sup> Bayón entiende que los principios son razones a favor o en contra de determinados “estados de cosas, en la medida en que estos encarnen la realización (o frustración) de algún valor” (Bayón, 2001: 38).

no se pueden reducir a los estados constitucionales contemporáneos<sup>131</sup>. En realidad, los ordenamientos jurídicos, a lo largo de la historia, han diseñado diferentes herramientas institucionales para tratar los problemas de las experiencias recalcitrantes, como por ejemplo, la equidad o el poder de efectuar control constitucional concreto por vía de excepción (Schauer, 2012: 77-88).

Por otro lado, Rodríguez sostiene que la tesis de Bayón sobre la derrotabilidad de las normas jurídicas es, en realidad, producto de una confusión conceptual. El autor encuentra un error en concluir que las normas son derrotables (es decir, que no es posible enumerar exhaustivamente sus excepciones), con base en el argumento de la interacción entre reglas y principios (Rodríguez, 1997: 149-167). Según él, la caracterización de la derrotabilidad por parte de Bayón se refiere o bien a la noción de excepciones, o bien a la de antinomias (Rodríguez y Sucar, 1998: 371-402). Así, afirma que cuando hay dos normas en conflicto (llámense principios o reglas), y no existen condiciones de prioridad, se está en presencia de una antinomia —como se vio antes—, de forma que el asunto queda indeterminado, pero no por la existencia de una norma derrotable (en el sentido de Bayón), sino por la existencia de soluciones lógicamente incompatibles (Rodríguez y Sucar, 1998). Por otra parte, cuando hay dos o más normas en conflicto, y existen condiciones de prioridad, se está en presencia de una excepción. Rodríguez sostiene que el derecho es el resultado de un conjunto finito de actos de creación normativa, de manera que el número de normas es necesariamente limitado y susceptible de reconstrucción o identificación racional. Además, agrega que los ordenamientos jurídicos están conformados por normas explícitas (identificadas mediante la regla de reconocimiento) e implícitas (derivadas de las relaciones lógicas entre las normas explícitas). De acuerdo con esto, las normas derrotables no existen; en cambio, lo que existen son excepciones implícitas a las normas. Es decir, si el conjunto de normas explícitas es finito, también lo es el conjunto de excepciones derivadas de las relaciones entre esas normas. Por su parte, la existencia de principios

---

<sup>131</sup> No es objeto de esta investigación la discusión sobre si, en efecto, cuando el derecho autoriza la aplicación de principios morales, los incorpora como una de sus normas. Sobre este particular ha habido un extenso debate entre positivistas incluyentes y excluyentes. Una revisión general del tema puede verse en Green (2009); la defensa del positivismo incluyente es planteada por Waluchow (1994); y una crítica a la postura de que la autorización de la aplicación de los principios morales, por parte del derecho, implica una incorporación de dichos principios como una norma jurídica, puede verse en Raz (2009f).

no modifica esta conclusión. Si los principios están incorporados por el ordenamiento jurídico, entonces, como las reglas, se pueden reconstruir racionalmente (Rodríguez, 1997: 152). En consecuencia, es posible, en teoría, reconstruir el conjunto de soluciones normativas conformado por las normas implícitas y explícitas, y las excepciones implícitas que resulten de las relaciones entre normas (implícitas y explícitas) y las condiciones de prioridad; con esto se niega la derrotabilidad, entendida como la imposibilidad de prever las excepciones de las reglas (Navarro y Rodríguez, 2000).

En términos simples, la crítica de Rodríguez a Bayón radica en que las excepciones implícitas apuntadas por este son susceptibles de ser reconstruidas. Es decir que en los ordenamientos jurídicos –como se vio en el apartado anterior– se presentan excepciones no incorporadas en las normas, que surgen de las relaciones sistemáticas con el resto de normas del ordenamiento jurídico, pero que, en todo caso, se pueden reconstruir; por el contrario, Bayón afirma que la derrotabilidad implica la imposibilidad de prever o anticipar dichas excepciones.

Es posible que Bayón esté confundiendo la eventual indeterminación semántica de los principios, a consecuencia de la vaguedad o textura abierta en que son expresados, con el problema de la derrotabilidad. En efecto, los principios, en general, son formulados mediante expresiones vagas, al menos en relación con la manera estándar en que se formulan las reglas; y si existe el deber de aplicar las mismas condiciones a las reglas y a los principios, entonces, pese a que las reglas sean semánticamente determinadas, la respuesta jurídica puede ser semánticamente indeterminada, a consecuencia de la vaguedad del principio. Pero afirmar que, por ello, las normas jurídicas son derrotables, es confundir la indeterminación semántica con el problema de la derrotabilidad.

Por otra parte, para Navarro y Rodríguez (2000), el derecho (dentro de los límites semánticos) es capaz de definir las propiedades relevantes que configuran los casos genéricos de las normas; en ese sentido, la derrotabilidad plantea la pregunta de si todas las propiedades no consideradas relevantes por el derecho son irrelevantes. En este orden de ideas, afirmar que “toda propiedad que no ha sido tomada como relevante es irrelevante” es un error. Para explicar esto, Navarro y Rodríguez argumentan que

dicho enunciado se puede entender en un sentido prescriptivo y en un sentido descriptivo.

De acuerdo con el sentido prescriptivo, “los jueces no deben introducir como relevantes otras propiedades que no sean aquellas que han sido expresamente tomadas como tales por el legislador” (Navarro y Rodríguez, 2000: 80-85). Según esto, el modelo atrincherado depende, por contingencia, de las prácticas jurídicas vigentes. Aunque es posible que en estas prácticas jurídicas, por ejemplo, se exija a los jueces que apliquen las reglas con independencia de las razones subyacentes (y por tanto, consideren irrelevantes las propiedades que no fueron consideradas relevantes por las reglas jurídicas), también lo es que dichas prácticas autoricen a los jueces para que consulten las razones subyacentes (y por tanto, consideren relevantes propiedades que habían sido consideradas irrelevantes por las reglas). Así, los autores sostienen que el modelo atrincherado, entendido como aquel en que los aplicadores no tienen competencia para introducir excepciones de conformidad con las razones subyacentes de las reglas, depende de la autorización de las reglas existentes en cada ordenamiento jurídico (Navarro y Rodríguez, 2000).

Por su parte, el sentido descriptivo de la proposición “toda propiedad que no ha sido tomada como relevante es irrelevante”, puede ser negativo o positivo. El sentido negativo sostiene que “si una propiedad no ha sido expresamente considerada como relevante, ella no ha sido considerada como irrelevante”. Esta versión es cierta, pero trivial, y por tanto, no informativa. El sentido positivo, que considera la propiedad irrelevante si no ha sido expresamente considerada relevante, depende de la existencia de un principio de clausura, como el modelo atrincherado, y por tanto, es contingente (Navarro y Rodríguez, 2000). Según esto, tanto desde el punto de vista prescriptivo como del descriptivo, la derrotabilidad de las reglas, entendida como la capacidad de los individuos de incorporar nuevas excepciones, es contingente, pues depende, en definitiva, de las prácticas vigentes en la comunidad jurídica, y de la existencia o el reconocimiento de reglas secundarias que definan un principio de clausura.

Así, queda formulada la segunda posición sobre la derrotabilidad de las normas jurídicas: en casos en que aparecen experiencias recalcitrantes, es posible preguntarse si las propiedades no expresamente tomadas como relevantes por la regla (es decir, por

el contenido semántico de la regla), deben o no considerarse relevantes en virtud de las razones subyacentes. La respuesta a esta cuestión es contingente, al depender de reglas secundarias de la práctica jurídica, que atrincheran el contenido semántico de las reglas o autorizan a los individuos a incorporar excepciones a estas. En otras palabras, lo que la derrotabilidad plantea no es si las reglas tienen excepciones implícitas imprevisibles, sino la cuestión de si los individuos pueden –según Navarro y Rodríguez– incorporar *nuevas* excepciones, tras consultar las razones subyacentes de las reglas.

Por otra parte, si el derecho autoriza que el individuo consulte las razones subyacentes, no es claro cómo esto implica, de forma necesaria, que las excepciones a las normas sean nuevas. En efecto, si las razones de primer orden reconocidas por el derecho pueden ser reconstruidas racionalmente, como lo admite Rodríguez, no es cierto que, necesariamente, la relación de las reglas con sus razones subyacentes implique la capacidad de incorporar nuevas excepciones, sino de reconstruirlas de manera adecuada. Con ello, la derrotabilidad del derecho quedaría reducida a los casos en que este autoriza a los jueces a recurrir a razones de primer orden no jurídicas (como las razones morales), las cuales no pueden ser reconstruidas racionalmente.

Cabe resaltar que, en cualquier caso, la derrotabilidad se considera una propiedad contingente de las reglas jurídicas. Según Bayón, ella depende de que, en las prácticas jurídicas e interpretativas vigentes, se plantee la interacción entre reglas y principios (estos últimos son, en definitiva, razones subyacentes de las reglas, declaradas o reconocidas, por ejemplo, por las constituciones contemporáneas). Según Rodríguez y Schauer, la derrotabilidad depende de las prácticas jurídicas vigentes y de las reglas de clausura, por las cuales se exige que no se consideren relevantes las propiedades no consideradas así por las reglas (modelo opaco o atrincherado), o que se autorice a los individuos, en cada caso, a consultar las razones subyacentes y modificar las reglas, incorporando nuevas excepciones (modelo transparente o conversacional).

Por último, existe una diferencia entre una regla modificada a consecuencia de la experiencia recalcitrante, y una regla que permanece intacta a pesar de la experiencia recalcitrante. Para dilucidar esa diferencia, Schauer propone el caso siguiente. La regla que exige a los conductores no sobrepasar los 60 kilómetros por hora, es derrotada,

por ejemplo, cuando alguien los sobrepasa para llevar a tiempo a una persona herida al hospital. En este caso, la regla, pese a ser derrotada, permanece intacta. Pero el ordenamiento jurídico puede autorizar que determinados operadores jurídicos modifiquen el contenido semántico de la regla y la ajusten a la experiencia recalcitrante (Schauer, 2012: 77-88). Es el caso de los ordenamientos jurídicos que reconocen la RP –como se verá en el capítulo 5–, y la facultad de los jueces de ampliar o reducir el contenido semántico de los PJ.

En suma, es posible diferenciar entre: 1) casos de conflictos entre las normas y las razones (y normas) no excluidas, y 2) conflictos entre las normas y sus razones subyacentes. Los conflictos del primer tipo pueden generar: i) antinomias, cuando no existen condiciones de prioridad, o ii) excepciones, cuando existen condiciones de prioridad. Por su parte, los conflictos del segundo tipo, considerados en el marco de la noción de derrotabilidad de las normas, pueden generar: i) que las razones subyacentes (o al menos un grupo de ellas) no hayan sido excluidas y se consideren parte del contenido de la norma, o que la regla se atrinchere respecto de esas razones y por tanto estas queden excluidas (en efecto, como se verá en el capítulo 5, es posible que las reglas jurídicas no “atrincheren” determinadas razones, y que, así, hagan parte de su contenido); o ii) que las razones subyacentes sean excluidas (esto es, que se atrinchere su significado), pero que el ordenamiento jurídico, eventualmente, autorice a las autoridades a corregir o modificar la regla, en los casos en que se presenten experiencias recalcitrantes.

### **3.4. CONSIDERACIONES SOBRE EL ALCANCE Y LA DERROTABILIDAD DE LAS REGLAS EN EL MARCO DE LA REGLA DE PRECEDENTE**

En el capítulo 1 de esta investigación, se dijo que la autoridad normativa o práctica de los PJ depende de dos cuestiones: la fuerza y el ámbito. La fuerza del precedente está relacionada con el conjunto de razones que pueden superarlo, y el ámbito se refiere al conjunto de casos que controla. El PJ, en este sentido, puede ser más o menos amplio, según el número de casos regulados. Se señaló, además, que las críticas a la tesis de la función excluyente de los PJ se fundamentan, principalmente, en su supuesta incapacidad de dar cuenta de la facultad de los jueces para identificar razones que

desplacen la fuerza de aquellos, y para distinguirlos de tal forma que se amplíe o reduzca su ámbito. Sin embargo, una vez se articulan las ideas de alcance práctico de las normas jurídicas (según lo visto en la primera parte de este capítulo) con la explicación de los límites de la RP, se concluye que dicha crítica no es óbice para sostener un modelo de precedentes como reglas con una función excluyente en el razonamiento práctico. A continuación, se retoman los conceptos de la fuerza y el alcance de los PJ y se relacionan con el análisis efectuado sobre el alcance práctico de las normas jurídicas.

### **3.4.1. La fuerza del precedente**

La explicación de la fuerza del precedente, en los términos hasta aquí expuestos, corresponde a la elucidación del alcance práctico de la RP y de cada uno de los PJ, es decir, al conjunto de razones excluidas y no excluidas por estos. Como se concluyó, el alcance de la exclusión de las normas jurídicas es una cuestión contingente. Por lo mismo, el alcance práctico de la RP puede variar, y en ese orden de ideas, establecer una vinculatoriedad: a) estricta, b) limitada o c) flexible<sup>132</sup>.

a) Vinculatoriedad estricta: La RP establece esta vinculatoriedad al exigir que los individuos sigan los PJ sin contemplar razones que los superen. En estos términos, la vinculatoriedad estricta implica, en principio, que el alcance de la exclusión de los PJ es absoluto. Sin embargo, como antes se concluyó, es una exageración, cuando menos, afirmar que existen reglas jurídicas con un alcance práctico absoluto. Esto es así, toda vez que el alcance práctico de la autoridad práctica de las reglas depende de a) la legitimidad de las autoridades que las crean y b) las reglas secundarias del ordenamiento jurídico respectivo. Por ello, al tener las autoridades una jurisdicción limitada, el alcance práctico de sus reglas también es limitado.

Podría plantearse, hipotéticamente, que la RP, en cuanto regla secundaria, le reconoce autoridad “absoluta” a determinados tribunales para crear PJ. Aun así, el poder normativo de las autoridades está siempre limitado por la capacidad de los tribunales de resolver, legítimamente, las cuestiones normativas que les son

---

<sup>132</sup> En un sentido similar, véase Iturralde (2012: 110) y Peczenik (1997: 463).

planteadas. Según la doctrina de la autoridad como servicio, de acuerdo con lo explicado en el capítulo anterior, la legitimidad de las autoridades se basa en la mayor probabilidad de que los individuos, al seguir sus directivas, actúen de conformidad con las razones que, en todo caso, les son aplicables. Si, por el contrario, los presupuestos de la legitimidad de la autoridad no están presentes, sus directivas no tienen la capacidad (moral) de excluir.

De esta forma, como se dijo antes, resulta extraña la idea de una institución social con la capacidad de constituirse en autoridad legítima respecto de cualquier conjunto o tipo de razones<sup>133</sup>. Con esto, no se afirma que no existan instituciones jurídicas que pretendan una autoridad absoluta (piénsese en el caso de la cosa juzgada constitucional, estudiada en el capítulo 1). Lo que se resalta es que, aun cuando las autoridades pretendan una autoridad absoluta, están limitadas, de forma necesaria, en las conductas y razones que tengan la legitimidad de controlar. En consecuencia, cuando exigen (incluso mediante el uso de la fuerza) conductas por fuera de los límites de su legitimidad (es decir, se reitera, mas allá de las razones y conductas sobre las cuales tienen la capacidad moral de controlar), esas autoridades no actúan como autoridades normativas (aun cuando lo pretendan), sino como poder fáctico, el cual no tiene capacidad de ser fuente de razones justificatorias para la acción y la decisión de los individuos, salvo las eventuales razones prudenciales que surjan como consecuencia de la amenaza de la imposición de sanciones.

Teniendo en cuenta estas limitaciones, existe una vinculatoriedad estricta cuando no se contemplan excepciones genéricas en la RP, es decir, cuando no se establecen razones a partir de las cuales los individuos vinculados pueden apartarse de la obligación de seguir los PJ. Veamos, a manera de ejemplo, como el derecho colombiano ha implementado la vinculatoriedad estricta en su RP. Como se recordará, la Corte Constitucional colombiana tiene diferentes poderes normativos de crear normas jurídicas generales y abstractas: i) la cosa juzgada constitucional, ii) los condicionamientos de las sentencias de constitucionalidad, iii) las

---

<sup>133</sup> De hecho, los ordenamientos jurídicos que reconocen la RP suelen contemplar razones capaces de superar a los PJ. Sobre este asunto, véase Summers y Eng (1997: 519-529).

reglamentaciones jurisprudenciales, y iv) la *ratio decidendi* de las sentencias<sup>134</sup>. En los casos de la cosa juzgada, los condicionamientos a las decisiones y las reglamentaciones jurisprudenciales, la RP establece una vinculatoriedad estricta toda vez que, como se ha dicho, no define excepciones genéricas a partir de las cuales los individuos vinculados se puedan apartar de los PJ. En el caso de la *ratio decidendi*, por otra parte, la RP establece una diferencia en función de los individuos vinculados. En el caso de los jueces, la RP establece una vinculatoriedad limitada, mientras que para el resto de operadores jurídicos se establece una vinculatoriedad estricta.

b) Vinculatoriedad limitada: La RP establece una vinculatoriedad limitada cuando se definen excepciones genéricas a la obligación de seguir el PJ. Es claro que esta vinculatoriedad implica una reducción del alcance de la exclusión, y por tanto, que el conjunto de razones no excluidas se amplíe, lo cual tiene como consecuencia la eventual aparición de antinomias y excepciones, en los casos en que los PJ entren en conflicto con dichas razones no excluidas<sup>135</sup>.

Para comprender, de manera adecuada, el problema de los límites a la fuerza de los PJ, recuérdese el tipo de relaciones, ya mencionadas, que pueden aparecer entre las reglas y las razones (o normas) no excluidas. Se presentan antinomias cuando el ordenamiento jurídico no establece condiciones de prioridad para los casos del conflicto; y se presentan excepciones cuando, por el contrario, el ordenamiento jurídico establece condiciones de prioridad. Se vio, además, que las excepciones pueden ser genéricas cuando son establecidas en las reglas secundarias, específicas cuando se definen en cada regla, e implícitas cuando surgen de la reconstrucción del conjunto de normas jurídicas. En lo relacionado con la fuerza de los PJ, el primer tipo de excepciones son contempladas en la RP. En efecto, las excepciones pueden estar definidas de forma general en la RP, de forma específica en cada PJ,

---

<sup>134</sup> Sobre estos tipos de normas jurídicas jurisprudenciales vease el capítulo I (subtítulo 1.3) de este Trabajo.

<sup>135</sup> No sobra advertir que la aparición de antinomias y excepciones en los PJ no es una consecuencia exclusiva del carácter limitado de la RP. De hecho, es común que las antinomias y excepciones pueden surgir de las relaciones normativas entre los distintos PJ o de los PJ con otras normas jurídicas. Lo que ocurre es que cuando se establece una vinculatoriedad limitada, la RP contempla una excepción genérica que puede llevar a que aparezcan un diferente tipo de conflicto normativo al que surge de la relación entre los PJ.

o a consecuencia de la reconstrucción de las relaciones normativas de los PJ, entre ellos mismos o entre ellos y otras normas jurídicas.

Piénsese, a manera de ejemplo, en el caso siguiente. Un hipotético PJ establece que “las prestaciones laborales se deben liquidar al valor monetario del momento en que fueron causadas, salvo que las partes hayan pactado otra cosa”. La excepción “salvo que las partes hayan pactado otra cosa” está definida por el PJ específico, y por lo tanto, ese PJ no será exigible si, en efecto, se da la condición establecida. Pero la cuestión es distinta si las excepciones provienen de la RP. Imagínese que, en el ordenamiento jurídico del caso del ejemplo, la RP establece que se deben seguir los PJ, salvo que logre establecerse que las circunstancias sociales y económicas en que se creó el PJ han cambiado drásticamente. Imagínese, además, que el PJ se creó en un contexto de décadas de estabilidad económica y baja inflación. Sin embargo, en los últimos años, la economía del país se ha visto sometida a diferentes crisis y a una fuerte inflación. En este orden de ideas, dado que la RP contempla como excepción a seguir el precedente los casos en que las circunstancias económicas “han cambiado drásticamente”, un juez podría recurrir a esta razón y, en efecto, no seguir el precedente.

De cualquier manera, la definición del alcance práctico de la RP es fundamental para el funcionamiento de los PJ como reglas jurídicas. Si el conjunto de razones no excluidas es indeterminado, las excepciones a las reglas también lo son. Este problema lo explica Schauer en los siguientes términos: una regla con un clausula “a menos que” (es decir, las excepciones), sigue siendo una regla, siempre que las excepciones estén jurídicamente determinadas y no impliquen la facultad de incorporar nuevas excepciones, a la luz de un razonamiento de todas las cosas consideradas (Schauer, 2004a: 177-178). En otras palabras, la forma de definir el alcance de la exclusión puede ser, a su vez, una fuente de indeterminación de la autoridad jurídica.

Es el caso, por ejemplo, de la RP en el derecho colombiano. En la RP en Colombia, se reitera, es necesario diferenciar entre i) la cosa juzgada constitucional, ii) los condicionamientos de las sentencias de constitucionalidad, iii) las reglamentaciones jurisprudenciales, y iv) la *ratio decidendi* de las sentencias. Salvó lo relativo a la *ratio decidendi*, la RP establece una

vinculatoriedad estricta. En el caso de la ratio decidendi la RP establece una diferenciación según se trate de los jueces o el resto de operadores jurídicos vinculados. En el caso de estos últimos la RP establece una vinculatoriedad estricta. Por el contrario, en el caso de los jueces, la RP establece una vinculatoriedad limitada. En efecto, los jueces pueden apartarse de un PJ siempre que: 1) Se acredite un a) un cambio en el material jurídico relevante, es decir el contenido normativo a partir del cual se desarrolló un precedente o conjunto de precedentes o b) un cambio en la situación social, política o económica en el que se creó el precedente judicial <sup>136</sup>; y 2) El juez ofrezca “un argumento suficiente”; de tal forma que “no debe entenderse que el deber del juez es simplemente el de ofrecer argumentos contrarios al precedente, sino que es su deber probar con argumentos por qué en un caso concreto el precedente puede ser aplicable y en otros no”<sup>137</sup>.

Como se observa, la RP en el derecho constitucional colombiano no define el ámbito de la exclusión de los PJ (es decir no define, ni determina, el conjunto de razones no excluidas). Lo que hace es mencionar dos eventualidades a partir de las cuales los PJ pierden su función normativa autoritativa y, en consecuencia, dejan de cumplir una función excluyente en el razonamiento práctico. Por ello, al no definir las razones no excluidas, pero además establecer dos eventos a partir de los cuales los precedentes pierden su fuerza normativa, la RP en Colombia ha creado un espacio de necesaria indeterminación de la autoridad práctica de los PJ.

c) Vinculatoriedad flexible: La RP, por último, puede establecer una vinculatoriedad flexible, sujeta a la posibilidad de que, a raíz de determinadas razones, el precedente sea anulado total o parcialmente. Ahora bien, sobre la idea de una vinculatoriedad flexible, cabe hacer algunas precisiones. La existencia de la RP, como se ha visto, significa que los PJ cumplen una función normativo-autoritativa, o sea, que exigen actuar y decidir de determinada manera, aunque los

---

<sup>136</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-836 de 2001 (M.P.: Rodrigo Escobar Gil). La Corte menciona que la existencia de jurisprudencia contradictoria o imprecisa permite que los jueces se aparten de los precedentes. Sin embargo, cuando existen contradicciones (antinomias) e indeterminación en los precedentes, en realidad no existe obligación de apartarse de ellos, por lo que resulta impropio considerar a aquellos un factor de excepción a la RP.

<sup>137</sup> Corte Constitucional, Sentencias T-698 de 2004 (M.P.: Rodrigo Uprimny) y T-249 de 2014 (M.P.: Mauricio González Cuervo).

sujetos estén en desacuerdo con su contenido. Pero si los sujetos pueden, de modo discrecional (es decir, sin cumplir con condiciones o requisitos específicos), anular total o parcialmente los PJ cuando estén en desacuerdo con ellos, esto significa que esos sujetos no están vinculados. Es contraintuitivo afirmar, por ejemplo, que el individuo X deba realizar la conducta Y en virtud de la regla R, salvo que X, cuando quiera y como quiera, anule total o parcialmente R, en caso de estar en desacuerdo con el contenido de R<sup>138</sup>.

Este problema se hace evidente en la explicación del autoprecedente. Como se expuso, este se refiere al deber de los órganos judiciales de respetar sus propios precedentes. El problema, en este contexto, es que el autoprecedente vincula a quien, además, tiene competencia para modificarlo o derogarlo. De tal forma, para que se pueda hablar de vinculación del autoprecedente, la RP debe contemplar unas condiciones o unos requisitos especiales que logren diferenciar, por una parte, la capacidad de los órganos judiciales de derogar o modificar el precedente, y por otra, el alcance y la fuerza del deber de seguirlo. Si no se plantea esta diferenciación, la vinculación del autoprecedente se convierte en una fórmula vacía, según la cual se debe respetar los propios precedentes, salvo que no se esté de acuerdo con ellos.

Además, la diferenciación entre precedente vertical y autoprecedente sugiere una limitación adicional a la posibilidad de anular, total o parcialmente, los PJ. El poder de anular precedentes se limita a los autoprecedentes. Si, en el caso de la vinculación vertical, el precedente pudiese ser anulado, en realidad el sistema no contemplaría RP, y además, se frustrarían las razones que justifican esta RP (autoridad interpretativa, coordinación y consistencia). En este sentido, Summers sostiene que si un ordenamiento jurídico no estableciera las condiciones y razones

---

<sup>138</sup> Sin embargo, este no es un problema exclusivo de los PJ: es el problema de la vinculación de las reglas jurídicas respecto a quién tiene competencia para derogarlas o modificarlas. Póngase por caso que un presidente dicta un decreto donde establece la obligación de nombrar ministros provenientes de diferentes zonas del país. Luego, se encuentra en una situación en que existen solo dos candidatos a ministro: el candidato A –por quien el presidente tiene preferencia–, quien es de la misma zona que el resto de ministros posesionados, y el candidato B, quien es de una zona distinta. En consecuencia, el contexto para la decisión del presidente se configura de la siguiente manera: i) debe designar como ministro a B, o ii) debe derogar el decreto y, en consecuencia, designar a A. En estas condiciones, ¿es consistente afirmar que el decreto vincula al presidente?

a partir de las cuales los individuos pueden modificar los PJ, ese ordenamiento jurídico, en realidad, no tendría una RP (Summers, 1997: 519-520).

En consecuencia, para que se pueda hablar de RP, no puede existir la posibilidad o facultad general, para todos los sujetos, de anular o modificar los PJ. Por ello, la RP depende de que se pueda diferenciar entre: a) la forma y condiciones en que el precedente vincula, y sus excepciones, y b) forma y condiciones para anular o modificar la fuerza normativa de los precedentes.

En cualquier caso, aunque existan autoridades con capacidad de modificar o anular los PJ, ello no implica que los PJ no cumplan una función normativo-autoritativa. En otras palabras, para dar cuenta, de forma adecuada, de la función normativa de los PJ, se debe explicar, por un lado, las condiciones en que ciertas razones pueden superarlos (sin anularlos), y por otro, las condiciones en que pueden ser anulados. La diferencia entre la circunstancia de que un PJ sea derrotado o la de que sea anulado, radica en que, en el primer caso, el PJ no pierde su estatus normativo (aunque no logra gobernar el caso respectivo, al ser derrotado por otra razón), mientras en el segundo caso, ese estatus es modificado o anulado.

Además, la capacidad normativa de modificar o anular un precedente<sup>139</sup> debe diferenciarse del estudio sobre cómo los PJ obligan o vinculan. La anulación de precedentes es un problema del ejercicio de poderes legislativos, al referirse a la creación y modificación de normas jurídicas, mientras que la vinculación trata de la forma como los PJ ejercen su autoridad. Desde luego, como se dijo antes, si todos los actores jurídicos, en cualquier circunstancia, tuvieran la capacidad de anular los PJ, es evidente que la RP no reconocería a estos un carácter autoritativo, sino cuando mucho, uno ejemplificativo o persuasivo. Por ello, la RP constitucional en Colombia, por ejemplo, establece una diferencia entre las autoridades con poder normativo de modificar y anular el precedente, y los sujetos vinculados. Respecto al precedente constitucional, solo puede modificarse o derogarse el autprecedente, y por ello, los precedentes de la Corte Constitucional

---

<sup>139</sup> Este tema es tratado en el derecho anglosajón bajo la noción de *overruling*; véase Peczenik (1997: 462-467).

solo pueden ser derogados o modificados por ella misma, y teniendo en cuenta la Sala que lo profirió<sup>140</sup>.

### 3.4.2. El ámbito del precedente

El ámbito del PJ se refiere al conjunto de casos que este controla. El PJ, en ese sentido, puede ser más o menos amplio, según el número de casos que regule. Recuérdese que la noción de regla implica que las autoridades jurídicas definen las propiedades (i.e tipos de casos y acciones) que consideran normativamente relevantes, las cuales, por lo tanto, hacen parte de su ámbito de aplicación. Como ya se explicó, el problema de la derrotabilidad de las reglas apunta a la cuestión de si, en los casos en que las reglas entran en conflicto con las razones subyacentes, las reglas deben o no ceder a tales razones.

En este caso, puede ocurrir que las razones subyacentes no hayan sido excluidas y se consideren parte del contenido de la norma, o que la regla se atrinchere respecto de esas razones, y por tanto estas queden excluidas; con ello, eventualmente, el derecho autorizaría a determinadas autoridades a que modifiquen la regla, y así eviten o corrijan la experiencia recalcitrante. En lo referido a los PJ, los diferentes ordenamientos jurídicos que reconocen la RP establecen, además, la facultad de los jueces de consultar un conjunto de razones subyacentes, con objeto de enfrentar los casos de experiencias recalcitrantes; esta facultad es conocida, en el derecho anglosajón, como *distinguish*, o en castellano, *facultad de distinguir* (MacCormick y Summers, 1997: 559-561). Debe tenerse en cuenta que el conjunto de dichas razones, por lo general, es el conjunto definido de razones efectivamente consideradas por la autoridad que creó el precedente. En ese sentido, los jueces, al momento de determinar el ámbito de aplicación del precedente, pueden ampliar o reducir el contenido semántico de este, pero no tienen la facultad de establecer un nuevo balance entre las razones subyacentes (MacCormick y Summers, 1997), (Raz, 2011).

Para explicar esto, recuérdese aquí el PJ de la Corte Constitucional mencionado en un capítulo primero. Este tribunal ha establecido que “a los adultos mayores que no cuenten con recursos suficientes, las empresas prestadoras de salud deberán proveerlos

---

<sup>140</sup> Corte Constitucional, Sentencia SU-230 de 2015 (M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

de pañales en aquellas situaciones en que por su situación médica se hagan exigibles”<sup>141</sup>. En virtud de este precedente, los individuos vinculados deberán suministrar pañales a las personas que reúnan los requisitos establecidos, y los jueces, eventualmente, deberán ordenar que dichos individuos cumplan ese deber. Antes de definirse este PJ, se discutieron los argumentos a favor y en contra. Por ejemplo, se habrán considerado los argumentos económicos que desaconsejarían otorgar ese derecho (razón *p*). Imagínese, además, que la autoridad judicial que sentó el precedente consideró que debería reconocerse ese derecho, por cuanto la ausencia de pañales afecta la salud de los adultos mayores (razón *q*), y que cuando estos no tienen suficientes recursos económicos, el Estado debe asistirlos (razón *s*). Sin embargo, una vez establecido el precedente, y en virtud de la RP, los sujetos vinculados no pueden, en el momento de decidir si deben o no otorgar el derecho, discutir si se justifica o no otorgar los pañales. Esto significa que, en virtud de la RP, los sujetos son excluidos de las consideraciones sobre cómo decidir tanto las razones a favor (razones *q* y *s*), como las razones en contra (razón *p*)<sup>142</sup>.

Como se ha dicho, el ámbito del precedente se refiere al conjunto de casos regulados por este. Para seguir con el mismo ejemplo, esto quiere decir que, de acuerdo con ámbito del PJ, se pueden exigir pañales (propiedad *a*) siempre que se acredite que el beneficiario es un adulto mayor (propiedad *b*) que carece de recursos suficientes para solventar el pago de los pañales (propiedad *c*), y que estos son exigidos mediante orden médica (propiedad *d*). Por lo demás, el ámbito de los precedentes puede verse afectado por la facultad de los sujetos vinculados de distinguir el PJ, y por lo tanto, de su capacidad de ampliar o reducir su contenido.

Se puede imaginar ahora el caso en que un adulto mayor solicita una crema antipañalitis para evitar las dificultades propias del uso de pañales. Sin duda, la mencionada propiedad *a* no incluye la crema, pero de acuerdo con las razones *q* y *s*, se justifica que se otorgue esa solicitud. En tal caso, si el juez está autorizado a distinguir, puede consultar las razones *q* y *s*, y en consecuencia, *ampliar* el ámbito semántico del precedente y fallar en favor del solicitante.

---

<sup>141</sup> Véase Corte Constitucional, Sentencias T-249 de 2014 y T-383 de 2013.

<sup>142</sup> No obstante, esto no quiere decir que dichas razones no puedan ser tenidas en cuenta de nuevo para modificar el PJ, por parte de aquellas autoridades que tengan competencia para anularlo o modificarlo.

Ahora bien, en un caso posterior, se solicita el suministro de pañales para un adulto mayor; pero en el curso del proceso se demuestra que, si bien este no cuenta con recursos propios, su esposa e hijos cuentan con los recursos económicos suficientes para solventar sin problemas el costo de los pañales. En este caso, de acuerdo con la definición de la propiedad *c*, el caso debería resolverse a favor del solicitante; pero si el juez tiene la facultad para distinguir, puede consultar las razones subyacentes, y en virtud de *s*, *reducir* el ámbito semántico del precedente, al precisar la propiedad *c*, la cual aclararía que este aplica cuando ni el adulto mayor ni su familia cuentan con los recursos económicos suficientes.

Para finalizar, hay que hacer tres precisiones sobre la facultad de distinguir. En primer lugar, es posible diferenciar entre la facultad de distinguir y la de modificar el precedente. En efecto, puede ser que un juez determinado distinga un PJ (al tener la facultad de distinguirlo), pero que no tenga autoridad para modificarlo, es decir que no tenga el poder normativo de modificar su estatus como razón para la acción en relación con otros individuos. En segundo lugar, el ordenamiento jurídico debe establecer las condiciones en que los individuos pueden distinguir los PJ. De lo contrario, si esta facultad se deja librada a la discrecionalidad de los individuos, la autoridad del PJ devendría en superflua, pues lo que en realidad regularía la conducta serían las razones subyacentes y no el PJ en sí mismo<sup>143</sup>. En tercer lugar, cuando el precedente se distingue, el individuo no modifica la relación entre razones subyacentes y razones excluidas contrarias a la conducta exigida; lo que ocurre es que se autoriza a los individuos a consultar las razones subyacentes (por ejemplo, las razones *q* o *s*), pero no a modificar la relación de estas con las razones excluidas contrarias a la conducta exigida (por ejemplo, la razón *p*).

### 3.5. RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES

La pretensión de autoridad del derecho depende de que sus normas tengan relevancia práctica, esto es, que constituyan razones para la acción. Para ello, las normas jurídicas deben tener la capacidad de excluir otras consideraciones normativas

---

<sup>143</sup> En el capítulo 5 se presenta el modelo natural de la normatividad de los precedentes, el cual, en términos generales, sostiene justamente que los precedentes son razones de primer orden.

relevantes. Sin embargo, como se vio a lo largo de las líneas anteriores, la pretensión de autoridad del derecho no es absoluta, al verse limitada por dos fenómenos: el alcance de la exclusión y la derrotabilidad de las normas. El problema del alcance y la derrotabilidad de las normas jurídicas se limita a la explicación de la forma como el derecho pretende guiar la conducta, y no debe confundirse con el problema de si existen razones morales concluyentes y específicas que exijan dejar de lado las normas jurídicas. En otras palabras, las nociones de alcance y derrotabilidad de las normas jurídicas apuntan a explicar qué se debe hacer jurídicamente, y no qué se debe hacer moralmente.

En relación con el alcance de la exclusión, es decir, con el conjunto de razones que no son excluidas por las normas jurídicas, se concluye que: 1) solo en situaciones en que las razones excluidas sean relevantes para definir cómo se debe actuar, es posible hablar, en estricto sentido, de relevancia o diferencia práctica de las razones excluyentes; y 2) la definición del alcance de la exclusión de las normas jurídicas es una cuestión contingente, en función de dos variables: las reglas secundarias que determinan la competencia de las autoridades jurídicas, y el dominio limitado de la jurisdicción de la autoridad legítima, esto es de acuerdo a las circunstancias en que, en efecto, se acrediten los presupuestos de considerar a una persona (o conjunto de personas) como autoridad legítima. Por ello, las prácticas jurídicas varían, dependiendo de si pretenden una exclusión amplia, mediante la reducción del número de razones no excluidas, o si pretenden una exclusión reducida, mediante la ampliación del conjunto de razones no excluidas.

Ahora bien, la relación entre las normas jurídicas y las razones (o normas) no excluidas, puede explicarse de forma adecuada a partir de las nociones de antinomias y excepciones. Tanto las antinomias como las excepciones se refieren a casos en que, entre una norma y las normas no excluidas que regulan el mismo caso (conjunto de propiedades), se plantean calificaciones jurídicas incompatibles. La diferencia fundamental entre antinomias y excepciones es que en estas últimas hay condiciones de prioridad entre las normas. De acuerdo con esto, en los casos de antinomias el asunto queda jurídicamente indeterminado, mientras que en las excepciones el asunto queda jurídicamente determinado, gracias a las condiciones de prioridad.

Se definieron tres tipos de excepciones. Las excepciones *genéricas*, que son planteadas dentro de las reglas secundarias, y las cuales, además de definir el conjunto de razones que quedan fuera del alcance de las reglas primarias, determinan las condiciones de prioridad entre las normas. Las excepciones *específicas*, que son las establecidas en cada norma individualmente considerada. Y las excepciones *implícitas*, que son las que no dependen de las normas jurídicas individualmente consideradas, sino de su relación con otras normas y razones no excluidas. Cabe resaltar aquí que las excepciones implícitas pueden ser reconstruidas exhaustivamente de antemano, esto es, previamente a la aparición de un caso individual.

Acerca del problema de la derrotabilidad, como el rol que tienen, o deberían tener, las razones subyacentes en el seguimiento de las reglas, existen dos posturas. La primera sostiene que la derrotabilidad se refiere a excepciones implícitas no enumerables de antemano. No obstante, se observó, contra esta posición, que la derrotabilidad no implica, necesariamente, el surgimiento de excepciones implícitas no enumerables de antemano. Lo que involucra el reconocimiento de dichas razones –por ejemplo, los principios– es que la vaguedad en la formulación puede hacer que el derecho sea semánticamente indeterminado. Para que la derrotabilidad, entendida como la aparición de excepciones implícitas no enumerables de antemano, pudiera tener lugar depende de la existencia de las relaciones de las normas jurídicas con las razones subyacentes no excluidas, pero cuyo contenido no se puede reconstruir racionalmente. Dejando de lado la indagación acerca de si en efecto existen este tipo de razones, lo cierto es que estas relaciones resultan contingentes y, por tanto, la derrotabilidad no puede ser una propiedad necesaria de las reglas.

La segunda posición afirma que la derrotabilidad obedece a la facultad de los individuos de incorporar nuevas excepciones en las reglas, a consecuencia de la aparición de una experiencia recalcitrante. Sin embargo, si esta experiencia aparece como fruto de la relación de la regla con otra razón jurídica, no es cierto que el individuo deba, necesariamente, incorporar nuevas excepciones. En efecto, por una parte, es posible que un determinado conjunto de razones subyacentes no sean excluidas, y en consecuencia, que hagan parte del contenido de la norma; en términos simples, si las reglas son el significado de las disposiciones jurídicas, y dentro de los criterios significativos aparecen las razones subyacentes (o un conjunto de ellas), no

es posible afirmar, sin más, que los operadores modifican la regla al consultar dichas razones. Por otra parte, si la razón subyacente se puede reconstruir racionalmente, entonces es posible identificar la excepción, sin necesidad de crearla.

La derrotabilidad, en cualquier caso, es una propiedad contingente que depende de las reglas secundarias de las prácticas jurídicas, según estas exijan que no sean consideradas relevantes las propiedades no contempladas por las reglas (modelo opaco o atrincherado), o que autoricen a los individuos a que, en casos de experiencias recalcitrantes, consulten las razones subyacentes. De acuerdo con esta conclusión, y dado el carácter contingente de la derrotabilidad, el positivismo presuntivo deja de ser una tesis acerca de la naturaleza del derecho, y se convierte en una descripción sobre cómo opera, en algunos ordenamientos jurídicos, la relación entre las reglas y sus razones subyacentes.

En síntesis, se sostuvo que debe diferenciarse entre: 1) conflictos entre normas y razones (y normas) no excluidas, y 2) conflictos entre normas y sus razones subyacentes. En los conflictos del primer tipo se puede diferenciar, además, entre: i) antinomias, cuando no existen condiciones de prioridad, y ii) excepciones, cuando existen condiciones de prioridad. El problema de la derrotabilidad de las normas jurídicas se analizó en el marco de los conflictos del segundo tipo; en este caso, puede ocurrir que: i) las razones subyacentes (o al menos un grupo de ellas) no hayan sido excluidas y se consideren parte del contenido de la norma, o la regla se atrinchiere respecto de todas esas razones y, por tanto, estas queden excluidas; o ii) las razones subyacentes sean excluidas, al atrincherarse su significado respecto de todas las razones subyacentes, pero el ordenamiento jurídico, eventualmente, autorice a las autoridades a corregir o modificar la regla, en casos de experiencias recalcitrantes.

Por último, los límites del alcance práctico de las normas jurídicas fueron analizados en el caso de los ordenamientos jurídicos que reconocen la RP. Se señaló que esta depende de cómo se resuelvan dos asuntos: la fuerza y el ámbito de los PJ. Se resaltó que, aun cuando el alcance de la RP sea limitado, ello no significa que la fuerza de los PJ sea indeterminada. La indeterminación de la fuerza de los PJ es consecuencia de la indeterminación de las razones no excluidas, como por ejemplo, cuando se deja fuera de la exclusión las razones surgidas de “un cambio político o

social relevante”. Se resaltó, además, que los ordenamientos jurídicos que reconocen la RP suelen establecer diferentes mecanismos para enfrentar las experiencias recalcitrantes. En primer lugar, suelen dejar fuera de la exclusión a un conjunto delimitado de razones subyacentes (en general, las consideradas por la autoridad judicial cuando creó el PJ), y con ello, autorizan a los jueces a ampliar o reducir el contenido semántico de los PJ. En segundo lugar, estos ordenamientos jurídicos autorizan a los jueces que crean los PJ para que los modifiquen, a fin de evitar o corregir las experiencias recalcitrantes.

En concordancia, en los capítulos siguientes se analizará el lugar y la función de la interpretación jurídica, así como la relación entre las razones subyacentes de las reglas (en particular los PJ) y su significado. En concreto, se estudiará la relevancia de las razones subyacentes en la identificación del contenido de los precedentes judiciales, y si es posible consultar dichas razones sin dejar de lado la tesis de la autonomía de las reglas.

## **CAPÍTULO 4:**

### **LUGAR Y LÍMITES DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA**

Ya se explicó cómo la configuración de la regla de precedente (RP) puede contemplar dos límites a la autoridad práctica de los precedentes judiciales (PJ): la fuerza y el ámbito. En el capítulo anterior, se señaló que el problema de la fuerza de los precedentes, relacionada con el tipo y el conjunto de razones capaces de desplazarlos, está referido al alcance de la exclusión y, eventualmente, a la derrotabilidad de los PJ. El ámbito, como se señaló, se refiere al conjunto de casos regulados por los PJ, o en otras palabras, a las propiedades consideradas relevantes por parte de ellos. De acuerdo con las conclusiones del capítulo anterior, los problemas de la fuerza y el ámbito convergen cuando, de acuerdo con la RP, los operadores jurídicos están facultados para consultar las razones subyacentes, en la tarea de determinar los casos y acciones regulados por los PJ.

Sin embargo, quedó abierta la cuestión sobre si admitir la relevancia de las razones subyacentes en la identificación del contenido del derecho (y en particular, de los PJ), implica dejar de lado la tesis de la autonomía de las reglas. Antes de abordar dicho asunto, se examinan en este capítulo los conceptos de significado e interpretación. En concreto, se explica el lugar de la interpretación, en relación con dos conceptos asociados: la norma jurídica y la decisión judicial; y se señalan las conexiones y relaciones entre ellos<sup>144</sup>. En la primera parte, se presenta la noción de norma jurídica y sus relaciones con la interpretación. En la segunda parte, se analiza la decisión judicial y se identifican (aunque no de modo exhaustivo) sus elementos centrales, precisando, a partir de este análisis, el lugar y la relevancia de la interpretación.

---

<sup>144</sup> En torno a la noción de análisis, véase Beany (2015) y Bouvier et al. (2007).

#### 4.1. EL LUGAR DE LA INTERPRETACIÓN EN LA TEORÍA DE LAS NORMAS JURÍDICAS

Los teóricos del derecho señalan la existencia de tres sentidos principales para el concepto de *norma jurídica*<sup>145</sup>: disposición jurídica, norma en estricto sentido y proposiciones normativas. Por disposición jurídica se entiende el conjunto de símbolos lingüísticos expresados por una autoridad jurídica para la formulación de una norma. Norma en estricto sentido se refiere al contenido normativo (relación deóntica) designado por las disposiciones jurídicas, es decir, la correlación entre un ‘caso’ (conjunto de propiedades que caracterizan una tipo de acción) y una ‘solución normativa’ (prohibición, obligación o facultad). Por último, las proposiciones normativas son enunciados sobre la existencia (o inexistencia) de una norma jurídica, es decir, es decir son enunciados acerca de la relación deóntica entre un caso y una solución normativa<sup>146</sup>.

A partir de estas distinciones, es clara la relación entre las disposiciones jurídicas y las normas jurídicas. Por medio de las disposiciones, las autoridades jurídicas formulan, mediante el uso del lenguaje, una norma, esto es, la correlación entre un tipo de casos y una solución normativa. Algunos autores distinguen, además, entre normas jurídicas generales (y abstractas) y normas jurídicas individuales (y concretas)<sup>147</sup>. La diferencia entre estos tipos de normas depende de la configuración de la norma específica en función de dos variables: a) los destinatarios de las normas jurídicas, y b) la configuración del caso, es decir, la caracterización de las propiedades que conforman la norma.

---

<sup>145</sup> La discusión sobre los distintos tipos de normas y sobre la explicación de las normas prescriptivas es demasiado amplia y compleja como para abordarse en esta investigación. Recuérdese que G. H. Von Wright (1979), en su clásico trabajo, distinguió entre: 1) reglas constitutivas que determinan los “movimientos” correctos dentro de una actividad; 2) reglas prescriptivas que establecen órdenes o permisos dados por un sujeto en posición de autoridad, y 3) reglas técnicas que establecen los medios para un determinado fin. Hart (1994), por su parte, distinguió entre reglas primarias y reglas secundarias. Para él, lo que identifica a un sistema jurídico desarrollado es que, además de establecer las acciones que los agentes deben o no hacer (reglas primarias), contiene normas para definir, aplicar y modificar tales deberes (reglas secundarias).

<sup>146</sup> Sobre estas distinciones, véase, entre otros, Rodríguez (2003), Navarro y Rodríguez (2014) y Alchourron y Bulygin (1974).

<sup>147</sup> Véase Kelsen (2005) y Aguiló (2000).

Las normas jurídicas son particulares en los casos en que sus destinatarios son individuos específicos, es decir, determinados e individualizados; son generales cuando su destinatario es universal, en el sentido de que se dirigen a una categoría de personas (ciudadanos colombianos, jueces etc.); son abstractas cuando el caso está conformado por hechos hipotéticos (tipos de casos), esto es, hechos futuros que se espera que ocurran; y son concretas cuando el caso está conformado por hechos reales, ocurridos (Alchourron y Bulygin, 1974), (Guastini, 1999), (Aguiló, 2000).

De acuerdo con esto, las normas jurídicas generales y abstractas (como las normas constitucionales o los PJ) correlacionan un caso hipotético con una solución genérica, y sus destinatarios son una clase de personas. Las normas individuales y concretas, por su parte, correlacionan un caso real y una solución normativa, y sus destinatarios son individuos específicos y determinados. Una norma hipotética y abstracta es la creada, por ejemplo, en un documento constitucional; siempre que regule un tipo de acción definida por un conjunto de propiedades, y la califican como prohibida, facultativa u obligatoria. Cuando la Constitución Política colombiana, por ejemplo, en su artículo 20, prohíbe la censura previa, la prohíbe para todos los casos que califiquen como tal. La parte resolutive de las providencias judiciales, por otra parte, son un ejemplo de normas jurídicas individuales; cuando, por ejemplo, un juez ordena al Comité de Clasificación de Películas de Colombia que permita la presentación de la película *La Operación E*, el *decisum* de la providencia se refiere a este caso particular, de acuerdo a los hechos que lo suscitaron.

Además de estas cuestiones estructurales, la teoría de las normas jurídicas se ha preocupado de tres asuntos centrales: 1) cuestiones sobre la autoridad, los procedimientos, las características y las formas en que las autoridades jurídicas crean normas, al formular disposiciones jurídicas (teoría de la legislación); 2) explicación de la forma como las normas jurídicas deben guiar la conducta de los individuos (teoría de la normatividad), y 3) explicación de la actividad dirigida a identificar o determinar las normas jurídicas, generales o individuales, formuladas en las disposiciones jurídicas (teoría del significado y de la interpretación de las normas jurídicas).

Como se indicó al inicio de este apartado, las proposiciones normativas son enunciados acerca de la existencia de una norma jurídica, es decir que expresan la

relación entre un caso y una solución normativa. En otras palabras, estos enunciados son resultado de las actividades de los individuos al identificar o comprender el significado de las disposiciones jurídicas. Como estas actividades son de diversa índole, existen distintos tipos de proposiciones normativas. En efecto, las proposiciones normativas pueden ser resultado de: a) la determinación del significado; b) la interpretación de las disposiciones jurídicas, y c) la construcción de normas, de forma independiente al significado de las disposiciones jurídicas.

#### **4.1.1. El significado de las disposiciones jurídicas**

Para dar cuenta de las diferencias entre el significado y la interpretación de las disposiciones jurídicas, en seguida se observará, brevemente, cómo la filosofía del lenguaje ha explicado los criterios para la determinación del significado del lenguaje: la semántica y la pragmática.

La semántica se ocupa de las relaciones entre los términos, el pensamiento y los objetos que corresponden a aquellos<sup>148</sup>. Para ello, suelen distinguirse los siguientes elementos: a) el lenguaje, esto es los símbolos lingüísticos empleados; b) la referencia o la clase de objetos a los que se refiere el lenguaje; y c) el sentido o el conjunto de criterios que deben acreditarse para que los objetos formen parte del término (contenido)<sup>149</sup>.

Las relaciones entre estos elementos se estudian alrededor de dos funciones significativas del lenguaje: la connotación y la denotación<sup>150</sup>. La denotación o extensión se refiere a la clase de objetos (la referencia) que son nombrados por el término. Por su parte, la connotación o designación está conformada por el conjunto de criterios que deben reunir los objetos para formar parte de la clase denotada; en otras palabras, la connotación está asociada al sentido de los términos, como una

---

<sup>148</sup> La semántica, entonces, se concibe como la ciencia que estudia la relación de los términos del lenguaje con la realidad, así como en qué forma se conectan, y esta relación afecta el significado o contenido del lenguaje (Orlando, 1999: 11-27).

<sup>149</sup> Véase Carrió (1990) y Nino (1980).

<sup>150</sup> Las funciones significativas de denotación y connotación parten de la famosa (y discutida) distinción de Frege (1991) entre sentido y referencia. Para una revisión general de la discusión actual sobre estos tópicos, véase Speaks (2014) y, en el campo jurídico Ramírez Ludena (2015)

entidad abstracta definatoria de las propiedades que deben poseer los objetos para poder contar como instancia del concepto (Frege, 1991).

De tal manera, el significado semántico de las disposiciones jurídicas está dado por las relaciones de significación (denotación y connotación) de las expresiones empleadas en ellas. En ese contexto, el lenguaje normativo (las disposiciones) cumple dos funciones: 1) definir el conjunto de propiedades que conforman el caso y las acciones reguladas, y 2) establecer la calificación jurídica del caso (Alchourron y Bulygin, 1971). Por lo pronto, lo que interesa resaltar en este capítulo es que, como consecuencia de las funciones semánticas del lenguaje, las disposiciones jurídicas son capaces de comunicar normas jurídicas y, por tanto, los individuos están en la posibilidad de comprenderlas<sup>151</sup>.

Véase un ejemplo. En algunos colectivos de servicio público colombiano aparece la siguiente disposición normativa: “En este vehículo está prohibido cerrar las cortinas”. En esta disposición, el conjunto de propiedades que conforman el caso prohibido está determinado por el término ‘cortina’. La comprensión de esa disposición (es decir, la identificación, por parte de los individuos, de la norma formulada) depende, por tanto, de la denotación y la connotación del término ‘cortina’.

La denotación de ‘cortina’ corresponde, entonces, al conjunto de objetos que podemos calificar como tales (referencia). La connotación, por su parte, corresponde al conjunto de criterios que empleamos para incluir o excluir los objetos de la categoría ‘cortina’.

La connotación de los términos depende del conjunto de reglas y convenciones compartidas por los individuos, mediante las cuales se forma el contenido o sentido de las expresiones, y se fija su referencia. Así, los individuos (siempre y cuando sean hablantes competentes del castellano) que se transportan en los colectivos, comprenden sin dificultad cuál es el tipo de objetos que no deben cerrar. Esto es así, toda vez que conocen (y comparten) el conjunto de reglas y convenciones que les

---

<sup>151</sup> Debe recordarse, en todo caso, que la tesis según la cual es posible comprender una regla sin interpretarla fue originalmente formulada por L. Wittgenstein. Para él, si la comprensión de una expresión fuera siempre una interpretación (cuyo resultado es, a su vez, otro enunciado), entonces esta interpretación requiere su propia interpretación, y así infinitamente (Wittgenstein, 2010: 199-203). La idea de la posibilidad de comprender el contenido de una disposición jurídica gracias a sus funciones semánticas, ha sido sostenida por autores como Marmor (2000), Raz (2012: 354) y Solum (2010).

permite formar el contenido significativo de la expresión ‘cortina’, y mediante este, determinar los objetos designados. Es decir, entre los diferentes individuos (hablantes competentes) existe un conocimiento compartido de las propiedades que deben tener los objetos para ingresar en la categoría ‘cortina’<sup>152</sup>.

Con base en lo anterior, interesa resaltar ahora el carácter convencional del lenguaje, en el sentido de que nada hay en el término ‘cortina’ que, de manera intrínseca, haga que los objetos de la referencia se puedan designar con él. Esto, sin embargo, es distinto a afirmar que la agrupación de objetos en una categoría dada sea, asimismo, del todo convencional. Existen propiedades compartidas por todos los objetos que conforman la designación del término ‘cortina’, que no dependen de las convenciones del lenguaje, sino de las características y propiedades del objeto.

Debe advertirse que el lenguaje jurídico no solamente es convencional como consecuencia de que el hecho de nombrar (por ejemplo llamar cortina a determinados objetos) sea asimismo convencional. El lenguaje jurídico es convencional porque en muchas ocasiones los conceptos jurídicos son construcciones convencionales. Conceptos como, por ejemplo el de “*ratio decidendi*”, son construidos de acuerdo a determinados propósitos que guían la respectiva práctica jurídica, es decir que existen en tanto son construidos y moldeados de acuerdo a determinados fines sociales. Esto quiere decir que, en el lenguaje jurídico no solamente los términos son convencionales sino que muchas veces la referencia también lo es. Sin embargo, como se intentará mostrar en este y el siguiente capítulo, afirmar que el lenguaje jurídico sea convencional no implica que sea arbitrario y, en ese sentido, no pueda pretender algún tipo de objetividad.

Ahora bien, el significado de las palabras y oraciones no se puede reducir a las funciones semánticas y sintácticas del lenguaje. A partir de los aportes a la teoría del significado en el último siglo (vr. gr. P. Grice, 1957), se sostiene que el significado del lenguaje depende, además de las funciones semánticas de denotación y connotación,

---

<sup>152</sup> En todo caso, debe tenerse en cuenta la extensa discusión en torno al rol de las creencias y convenciones semánticas en la determinación del significado y la referencia de los términos. En este punto, pueden señalarse dos posturas: 1) las teorías descriptivas del significado, que sostienen que el sentido y la referencia de los términos dependen, en exclusiva, del conjunto de reglas y convenciones a partir de las cuales los individuos asocian las expresiones a los objetos; y 2) las teorías externalistas del significado, que sostienen que el significado y la referencia del lenguaje no se determinan, en exclusiva, por las ideas asociadas a las palabras (véase Flanagan, 2010; Speaks, 2014, y Orlando, 1999).

de las funciones pragmáticas. En términos generales las funciones pragmáticas se refiere a los criterios que explican el lenguaje de acuerdo con sus contextos de uso. En otras palabras, el significado no depende exclusivamente de las funciones semánticas de los símbolos lingüísticos, pues en la atribución del significado resulta fundamental comprender para qué se está empujando el lenguaje (vr. gr. para describir estados de cosas, para provocar emociones, para dirigir la conducta). De acuerdo con esto, el proceso de atribución del significado no puede hacerse sin referencia a los contextos pragmáticos en los cuales el lenguaje es expresado pues, entonces, no sería posible establecer cuál es la intención en determinado discurso (Korta & Perry, 2015). En específico, en el análisis de la comprensión del significado se deben tener en cuenta el contexto de aplicación y el normativo, en los que se usa y desarrolla la práctica lingüística.

En cuanto al contexto de aplicación, este se refiere al conjunto de hechos que deben ser conjuntamente conocidos por los individuos, y gracias a los cuales el significado es comprendido por los participantes de la práctica lingüística (contexto de aplicación). De esta manera, por ejemplo, el significado del término ‘fallar’ es distinto en la afirmación de un jurista (“el juez X ‘falló’ el caso de forma incorrecta”), respecto a la afirmación de un comentarista deportivo (“Federer ‘falló’ el punto de quiebre”). Por su parte, el contexto normativo o evaluativo relevante, da cuenta del hecho de que toda interacción comunicativa está guiada por normas que regulan o gobiernan la comunicación que los individuos pretenden sostener. En estos términos, las prácticas lingüísticas están guiadas por determinados fines comunicativos que definen los criterios evaluativos de la comunicación (Korta & Perry, 2015), (Marmor, 2014).

En suma, para identificar el contenido de las disposiciones jurídicas no son suficientes las funciones semánticas del lenguaje (denotación y connotación), pues además de estas, es preciso comprender las funciones y los presupuestos pragmáticos del lenguaje jurídico (Marmor, 2014: 141-142).

Sin embargo –es importante resaltarlo–, tanto las consideraciones semánticas como las pragmáticas no exigen o implican que los individuos procedan a su evaluación para comprender el significado del lenguaje. En particular, aunque el significado pragmático del lenguaje depende del contexto normativo, entendido como las razones

o los fines que justifican la práctica lingüística, esto no significa que, necesariamente, los individuos evalúen tales razones o propósitos. En relación con las razones que justifican las prácticas lingüísticas (su contexto normativo), es posible hacer una doble distinción:

1) Comprender y evaluar las razones que justifican la práctica lingüística son actividades diferentes. Para comprender esto, piénsese en dos tesis: (a) las disposiciones jurídicas se enmarcan en el contexto de una comunicación guiada, que hace valiosas las relaciones autoritativas; y (b) la autoridad (lo que la hace valiosa) implica que la comunicación de directivas se basa en la tesis del contenido independiente; en otras palabras, que los individuos, para seguir las directivas, no deben recurrir a las razones que justifican esas directivas. Por lo anterior, es posible diferenciar entre la comprensión de (a), es decir, el contexto normativo entendido como los propósitos que justifican la práctica lingüística (relación autoritativa), y la evaluación (*pros* y *contra*) de la existencia de dicho contexto.

2) Por otra parte, es posible diferenciar entre las razones que justifican la práctica lingüística (a) y las razones (subyacentes o dependientes) que justifican cada una de las expresiones (palabras y oraciones) empleadas en dicha práctica. Así, por ejemplo, no hay mucha dificultad para diferenciar entre las razones que justifican el lenguaje jurídico (vr. gr. la doctrina de la autoridad o la pretensión de justicia) y las razones subyacentes del lenguaje empleado en las disposiciones jurídicas (por ejemplo, la prohibición de conducir a más de 80 km/h).

En definitiva, el contexto normativo, en cuanto elemento de la dimensión pragmática del lenguaje, es necesario para comprender una determinada práctica lingüística. Sin embargo, esto no implica que, para comprender todo tipo de expresión, sea necesario recurrir a las razones o consideraciones que en concreto la justifican. De hecho, es posible que, en función de lo que justifica la práctica lingüística (por ejemplo, la autoridad o las promesas), el lenguaje se independice de las razones que justificaron su uso.

#### 4.1.2. La interpretación de las disposiciones jurídicas

Aunque, en muchas circunstancias, las funciones semánticas y pragmáticas son suficientes para comprender el significado de las disposiciones jurídicas, hay situaciones en que surgen dudas (indeterminaciones relativas) respecto del significado de un término, de modo que la duda se extiende al sentido de las expresiones; en estas situaciones, las funciones semánticas y pragmáticas del lenguaje no son suficientes para establecer dicho sentido, sin necesidad de recurrir a consideraciones evaluativas adicionales.

En particular, se suelen señalar tres causas de indeterminación del significado de las disposiciones jurídicas: las ambigüedades, las vaguedades y la textura abierta del lenguaje<sup>153</sup>. La ambigüedad de las disposiciones jurídicas es consecuencia de que uno o varios de los términos empleados en ellas tengan dos o más significados (ambigüedades semánticas), o también de la forma en que las palabras están relacionadas o conectadas (ambigüedades sintácticas o anfibologías).

Por su parte, hay vaguedad cuando existen casos en que el término puede o no aplicarse. Un término vago se caracteriza por tener un significado gradual, donde existen zonas en que claramente se aplica el término, zonas en que claramente no se aplica y zonas de duda o penumbra. En los términos vagos es imposible, además, señalar el lugar exacto donde inicia la zona de penumbra. La vaguedad puede ser extensional, cuando no existe claridad respecto a la referencia del término, o intencional, cuando las dudas apuntan al conjunto de propiedades o rasgos que conforman el sentido del término.

Por último, sobre la textura abierta del lenguaje, aun en los casos en que el lenguaje de las disposiciones jurídicas no parezca contemplar términos vagos, pueden surgir hechos futuros (imprevisibles al momento de formular la disposición) sobre los cuales no pueda precisarse si están o no dentro del alcance de la designación de los términos empleados en ellas, y por tanto, en la regla. En otras palabras, aunque fuera posible formular reglas mediante términos precisos y ciertos, dada la falibilidad del

---

<sup>153</sup> Para las observaciones sobre las indeterminaciones semánticas del lenguaje, se sigue aquí a Poscher (2012) y Rodenas (2012).

conocimiento de los hechos y la relativa indeterminación de los propósitos, es posible que aparezcan casos futuros e imprevisibles en los que la aplicación de la regla resulte dudosa (Hart, 1994: 128-129), (Schauer, 2004a: 94-95)<sup>154</sup>.

En algunos casos, las funciones pragmáticas del lenguaje son suficientes para solventar las indeterminaciones semánticas. Por ejemplo, la ambigüedad de la palabra “blanco” desaparece una vez es consignada en un contrato que establece que el pago se hará mediante depósito en el “banco” donde tenga cuenta el acreedor. Sin embargo, cuando las funciones pragmáticas no logran determinar el significado de los términos empleados en las disposiciones jurídicas, es necesario recurrir a consideraciones evaluativas adicionales, a fin de elucidar el significado de las disposiciones jurídicas. Así, la interpretación que debe desarrollarse consiste, justamente, en elucidar (hacer comprensible) ese significado, recurriendo a consideraciones evaluativas independientes de las funciones semánticas y pragmáticas del lenguaje normativo<sup>155</sup>. En seguida, se examinarán algunas características de la interpretación en el marco del derecho.

#### 4.1.2.1. Rasgos generales de la interpretación

Para delimitar adecuadamente la noción de interpretación de las disposiciones jurídicas, hay que señalar dos rasgos que, siguiendo a Raz (2009h y 2009j), la caracterizan: 1) la existencia de un objeto con significado, y 2) la posibilidad de diferenciar entre buenas y malas interpretaciones.

---

<sup>154</sup> De acuerdo a las precisiones hechas en el capítulo anterior, no se debe confundir el problema de la textura abierta del lenguaje con el de la derrotabilidad de las reglas jurídicas. La textura abierta del derecho está relacionada con los límites semánticos y pragmáticos del lenguaje jurídico. Por el contrario, como se señaló, la derrotabilidad se refiere a las eventuales hipótesis en que la regla jurídica (una vez se ha asignado el significado a las disposiciones jurídicas) puede ser dejada de lado, al entrar en conflicto con sus razones subyacentes.

<sup>155</sup> Desde luego, es un problema fundamental, en los casos de indeterminación, establecer por qué se debe recurrir a consideraciones evaluativas, y en ese caso, a qué tipo de consideraciones evaluativas se debe recurrir. Sobre la primera cuestión, como se ha dicho a lo largo de este trabajo, los intérpretes del derecho deben recurrir a consideraciones evaluativas a consecuencia de la misma naturaleza de la práctica jurídica (en particular, la práctica judicial), la cual está abocada, sin duda, a dar respuestas de naturaleza moral (adjudicar derechos, privar de derechos, etc). Sobre la segunda cuestión, referida al tipo de consideraciones normativas a que se debe circunscribir el intérprete, este es un asunto que desborda los límites de esta investigación. Se puede afirmar, no obstante, que el conjunto y la delimitación de esas razones es una cuestión contingente que depende del tipo de razones que justifican la respectiva práctica jurídica.

1) La existencia de un objeto con significado: La interpretación se refiere a la elucidación del significado de un objeto (Raz, 2009k). Por ello, para que pueda darse la interpretación, se necesita: a) un objeto por interpretar, y b) que ese objeto porte un significado. En efecto, resulta por lo menos extraño afirmar que se está haciendo la interpretación de algo que no existe o que se afirme que X es la interpretación de Y, pero que Y no tiene significado alguno.

En el caso del derecho, la interpretación busca hacer comprensibles las normas jurídicas formuladas en las disposiciones, en los casos en que las funciones semánticas y pragmáticas del lenguaje no son suficientes<sup>156</sup>. De tal manera, el objeto sobre el cual recae la interpretación son las disposiciones jurídicas, cuando existen dudas de su significado semántico o pragmático. Por otra parte, para que pueda hablarse *stricto sensu* de interpretación, debe ser cierto que las disposiciones jurídicas cuenten con un significado, esto es, que –como se ha resaltado a lo largo de este trabajo– tales disposiciones formulen una norma jurídica, aunque existan dudas acerca de su contenido.

Esto significa que no hay operación interpretativa cuando no hay dudas sobre el significado del objeto, ni cuando no hay objeto al cual asignar significado (al no existir este objeto o carecer de significado). Por esta razón, la integración de lagunas y la resolución de antinomias, por ejemplo, no son casos de razonamiento interpretativo. En el primer caso, por definición, no existe objeto por interpretar; y en el segundo, no existen problemas acerca del significado o la determinación de las normas, sino contradicciones entre las consecuencias lógicas de los significados (las normas) de las disposiciones jurídicas. Endicott, incluso, pone en duda que todo razonamiento tendente a la superación de indeterminaciones pueda explicarse de forma adecuada como razonamiento interpretativo<sup>157</sup>. Según él, si el derecho es

---

<sup>156</sup> Según esta definición, existe una prioridad del significado semántico y pragmático respecto de la interpretación. En el siguiente capítulo se explicará que una de las razones de esta prioridad se deriva de la pretensión de autoridad del derecho.

<sup>157</sup> La *indeterminación del derecho* suele identificarse en las situaciones en que el derecho es insuficiente para dar una respuesta a un caso. Así, según su causa, existen diferentes tipos de indeterminación. La indeterminación lingüística del derecho se debe a cuestiones semánticas y sintácticas en las disposiciones jurídicas, que imposibilitan recuperar el significado normativo, y esto abarca: indeterminaciones lógicas relacionadas con las contradicciones entre las reglas de un sistema jurídico o con las lagunas, e indeterminaciones causadas por la derrotabilidad de las reglas jurídicas. Al respecto, véase Ródenas (2012) y Marmor (2011: 145-159).

radicalmente indeterminado, nada puede hacer la interpretación para llegar a una conclusión acerca de su contenido<sup>158</sup>. La interpretación puede llegar a ser una forma de identificar las indeterminaciones semánticas radicales, pero no de resolverlas. Es decir, en estos casos, una adecuada interpretación de las disposiciones jurídicas concluiría que el derecho es indeterminado, al no ofrecer respuestas a casos determinados, pero no lograría superar esas indeterminaciones (Endicott, 2014a).

De acuerdo con lo dicho por Endicott, es necesario distinguir entre indeterminaciones relativas y absolutas (o radicales) del significado de las disposiciones jurídicas. Las primeras aparecen en los casos en que existen dudas respecto al significado de las disposiciones jurídicas, y las funciones semánticas y pragmáticas del lenguaje no son suficientes para despejarlas. Las segundas están dadas por la inexistencia de significado del objeto o por la inexistencia del objeto. Por cuanto la interpretación solo puede aparecer en ocasiones en que existe un significado (así sea dudoso), es al menos impreciso afirmar que la interpretación puede resolver los casos de indeterminación absoluta de significado. En el derecho, por lo tanto, el objeto de la interpretación es la comprensión del significado de las disposiciones jurídicas, en casos de indeterminaciones relativas del significado. Por el contrario, no hay actividad interpretativa cuando el razonamiento se dirige, por ejemplo, a resolver los problemas de indeterminaciones absolutas, en que los jueces se ven obligados a construir nuevas normas para resolver los problemas jurídicos.

2) La posibilidad de diferenciar entre buenas y malas interpretaciones: Los enunciados interpretativos –que son resultado de la actividad de interpretar– pueden evaluarse como buenos o malos, de acuerdo a su éxito como interpretaciones, lo cual depende de que logren elucidar el significado de su objeto, como un caso de la práctica normativa a la que este pertenece (Raz, 2009h), (Raz, 2009j). Según esto, para una adecuada interpretación, es necesario comprender las razones o propósitos que justifican la práctica normativa a la que pertenece el objeto por interpretar (esto es, el contexto normativo).

---

<sup>158</sup> Una idea distinta sostiene Marmor, para quien la interpretación aparece, justamente, como un razonamiento tendente a superar las indeterminaciones en el lenguaje jurídico (Marmor, 2014: 146-150).

Así lo cree Raz, cuando afirma que una adecuada interpretación depende de las razones constitutivas, definidas como las consideraciones que determinan qué tipo de objeto se está interpretando, y en virtud de las cuales se evalúa la corrección de las respectivas interpretaciones (Raz, 2009l). En otros términos, una buena interpretación depende de su capacidad de hacer más comprensible un objeto, en función de su evaluación en relación con las razones constitutivas, las cuales hacen parte del contexto normativo (Raz, 2009h).

Por lo anterior, para comprender la interpretación jurídica es necesario, en primer término, indagar acerca de las razones constitutivas. Según Raz, las consideraciones que sirven como razones constitutivas de la interpretación jurídica se basan, sobre todo, en el principio de la autoridad legítima<sup>159</sup>. Según esto, la relación entre el derecho y la autoridad explica la importancia de la interpretación en las prácticas jurídicas: el propósito de la interpretación jurídica consiste en comprender el significado de las disposiciones jurídicas, o en otras palabras, en comprender las reglas formuladas por las autoridades, en los casos en que existan dudas al respecto.

Por ahora, basta señalar que la doctrina de la autoridad legítima, para Raz, constituye el principal argumento en el contexto normativo de la comunicación jurídica, el cual hace inteligible la comprensión del significado y, por tanto, de la interpretación jurídica (Raz, 2012h). Debe tenerse en cuenta que estas consideraciones sugieren la existencia de una objetividad en el significado de las disposiciones jurídicas, el cual así no parece ser consistente con la teoría positivista del derecho ni con los presupuestos filosóficos, por ejemplo, del propio Raz. El impacto de estas cuestiones en la objetividad del derecho será analizado en el siguiente capítulo.

---

<sup>159</sup> Sin embargo, Raz argumenta que, además de la autoridad y la continuidad, las cuales favorecen una actitud conservadora en la interpretación, existen dos factores que favorecen una actitud innovadora: la equidad y el desarrollo del derecho (Raz, 2009h); estos factores, según él, introducen una tensión en las decisiones judiciales. Todo esto justifica la tesis, ya explorada, de que la autonomía de las reglas es una cuestión de grados, que depende de la mayor o menor relevancia de los factores conservadores al momento de justificar las decisiones judiciales (Raz, 2009h).

#### 4.1.2.2. Interpretación y el concepto de derecho

Para una adecuada comprensión del lugar de la interpretación, hay que diferenciar el papel de esta, tanto en la identificación del significado de las disposiciones jurídicas, como en la elucidación del concepto de derecho.

En la teoría jurídica contemporánea, y en particular a partir de la obra de R. Dworkin, hay una conocida discusión acerca de si es posible desarrollar una teoría del derecho descriptiva, o si, por el contrario, elucidar el concepto de derecho es, necesariamente, una tarea evaluativa. Para algunos autores, como Raz, aunque comprender el derecho como práctica normativa requiere captar lo que lo hace valioso (para él, es su pretensión de autoridad moral<sup>160</sup>), ello no implica que no se pueda hacer una teoría descriptiva o analítica del derecho (Raz, 2009a y 2009b). Otros autores, por el contrario, sostienen la imposibilidad de desarrollar un concepto descriptivo del derecho, pues en todo caso el teórico debe evaluar (interpretar) el concepto de derecho de acuerdo con lo que lo hace valioso (Dworkin, 2007).

No es el interés de esta investigación entrar en esta discusión, la cual apunta a una noción de interpretación diferente a la que aquí se trata. Para entender esto, hay que tener presente la posibilidad de diferenciar entre la teoría del derecho y la teoría de la identificación e interpretación del derecho. La primera pretende elucidar ese fenómeno social denominado derecho, y en consecuencia, dar cuenta de las consideraciones que justifican y explican la existencia de las prácticas jurídicas. A la segunda le corresponde esclarecer la forma como se asigna o debe asignar el significado de las disposiciones jurídicas. En estos términos, el papel de la interpretación respecto al concepto de derecho consiste en determinar si una elucidación de este involucra o no una tarea evaluativa. En atención a esto, la noción de interpretación que está en disputa en dicha discusión se relaciona con las condiciones metodológicas para una adecuada comprensión del concepto de derecho; mientras que la noción de interpretación que le interesa a la teoría de la interpretación (la que se trata en este trabajo) se relaciona con la determinación del significado de las disposiciones jurídicas. Con esto, no se afirma que no existan conexiones entre la teoría del derecho y la teoría de la interpretación

---

<sup>160</sup> Véase el análisis del capítulo 2 del presente trabajo, sobre la importancia del punto de vista interno en la teoría de Raz.

del derecho, sino que es posible (y seguramente deseable) diferenciar entre la elucidación del concepto de derecho y la del concepto de interpretación jurídica.

Incluso, puede afirmarse que las teorías de la interpretación jurídica son depositarias de las teorías del derecho. Por lo tanto, si bien en los conceptos de significado y de interpretación no hay algo que exija la prevalencia del uno o del otro para la comprensión de un objeto, también es cierto que, al admitirse la centralidad de la autoridad en el derecho, la teoría de la identificación e interpretación jurídica da prioridad al significado semántico y pragmático por encima del interpretativo (incluso, según Schauer, una prevalencia del significado semántico sobre el pragmático).

¿Cuál es la razón que justifica esta prevalencia? De acuerdo con Raz, es la pretensión de autoridad práctica del derecho, y dentro de ella, la tesis de la autonomía. Para que la autonomía del derecho sea posible, el significado de sus disposiciones debe ser identificado con el que la autoridad se propuso establecer. Es decir, la autoridad de crear normas jurídicas supone confiar en el poder de crear derecho mediante actos que así lo intentan; de esa manera, no tiene sentido reconocer ese poder si no se admite que el derecho creado por las autoridades es el que, en efecto, estas intentan crear. Así, una autoridad crea una norma, mediante la expresión de la intención de que la norma se convierta en derecho, en virtud de la expresión manifiesta de esa intención (Raz, 2009i), (Raz, 2009j).

Es así como, de acuerdo con Raz, los propósitos o intenciones de la autoridad quedan reflejados en las disposiciones jurídicas con las que se crean las normas<sup>161</sup>. Estas intenciones están presupuestas en cualquier acto de creación normativa: el derecho es lo que las autoridades pretendieron crear mediante la disposición jurídica que aprobaron, de acuerdo a las convenciones y al funcionamiento lingüístico de las expresiones empleadas (Raz, 2009j). Según esta tesis de la intención, el contenido del derecho debe corresponder al significado que se comprende a partir de las funciones semánticas y pragmáticas del lenguaje. Cuando la autoridad formula una norma mediante una disposición jurídica, pretende depositar en ella su intención y, además, comunicarla a los destinatarios; por ello, para que esta comunicación sea efectiva, la

---

<sup>161</sup> En este contexto, la intención no se refiere a la determinación mental de las autoridades que crean las normas jurídicas, sino a lo que queda reflejado en las expresiones empleadas en las disposiciones jurídicas.

autoridad debe considerar las propiedades semánticas y pragmáticas del lenguaje empleado.

Pero, si por alguna razón aparece una indeterminación (semántica y pragmática), los individuos deben interpretar el contenido, y para ello, como ya se dijo, deben recurrir a consideraciones evaluativas. Al sostenerse que el contexto normativo de la comunicación jurídica es la relación de autoridad, el intérprete debe intentar elucidar las disposiciones jurídicas de acuerdo con lo que pretendió establecer la autoridad que creó la norma. Pero como ya no es posible confiar en el significado semántico y pragmático del lenguaje empleado en la disposición jurídica, se debe recurrir a lo que se supone que justificó tanto la creación de la norma como las expresiones empleadas en la disposición jurídica.

Ahora bien, la pregunta que surge es si la doctrina de la autoridad puede ser la razón constitutiva de la corrección de la interpretación jurídica, y la respuesta es negativa. Recurrir, sin más, a la autoridad como criterio que define el contexto normativo del significado y de la interpretación jurídica, es caer en un círculo. El contexto normativo depende de las razones constitutivas que justifican determinada práctica lingüística. De acuerdo con la doctrina de la autoridad, el contenido del derecho depende de las intenciones de las autoridades, plasmadas en las disposiciones jurídicas. Según esto, en los casos de significados dudosos, se debería recurrir, de nuevo, al contexto normativo, es decir, a la doctrina de la autoridad, la cual exige acudir a las intenciones de la autoridad (las que están, justamente, indeterminadas). La eliminación de la circularidad implica una exposición trivial de la interpretación jurídica: en caso de dudas con el significado, hay que recurrir al contexto normativo; pero este contexto normativo no se debería referir, de nuevo, a la doctrina de la autoridad. Para evitar esta circularidad, ha de concluirse que lo sugerido por la doctrina de la autoridad es que el significado de las disposiciones jurídicas sea interpretado según el contexto normativo relevante, y este contexto varía en cada práctica jurídica. En efecto, las razones varían en cada ordenamiento jurídico, e incluso, en las distintas ramas del derecho. Por ello, las razones constitutivas serán diferentes si se habla de la interpretación de contratos, de títulos valores, de constituciones o de precedentes.

Una solución plausible a esta problemática es deslindar el contexto normativo de las razones constitutivas necesarias para la corrección de la interpretación. Si el contexto normativo del significado del derecho está en relación con la autoridad (o con lo valioso de tener una autoridad práctica), los individuos deben guiarse, sobre todo, por las intenciones de la autoridad, depositadas en el lenguaje empleado en las disposiciones. Para plasmar estas intenciones, la autoridad toma en cuenta las consideraciones pragmáticas y semánticas del lenguaje, de manera que se logre comunicar la norma como ella pretende. Pero cuando hay dudas en el significado de las disposiciones jurídicas, es preciso recurrir a su evaluación a partir de las razones constitutivas, las cuales no pueden ser, como se dijo, las que hacen valiosa o justifican la autoridad, sino las que justifican la práctica jurídica específica. Así, por ejemplo, en caso de dudas en materia de interpretación de contratos, se evalúa la eventual voluntad de las partes, y en materia de precedentes (como se verá en el capítulo siguiente), se evalúan las razones que llevaron a los jueces a crearlos en función de los casos decididos.

En suma, aunque se admita que la autoridad forma parte del contexto normativo de la comunicación de las disposiciones jurídicas, la existencia y explicación de las razones constitutivas (de las cuales depende la corrección de la interpretación) pueden variar en los ordenamientos jurídicos, e incluso, en cada uno de sus componentes o prácticas específicas.

#### **4.2. LA CONSTRUCCIÓN O CREACIÓN DE NORMAS JURÍDICAS**

La norma jurídica en estricto sentido, como se ha señalado, está constituida por la correlación entre un caso (conjunto de propiedades) y una solución normativa (prohibición, obligación o facultad). Se explicó, además, que las normas pueden ser generales/abstractas o particulares/concretas. En consecuencia, respecto a la pregunta por el sentido en que los jueces construyen normas jurídicas, debe diferenciarse según se esté hablando de uno u otro tipo de normas.

Las normas particulares y concretas, como se expuso antes, son las que correlacionan un caso concreto con una solución concreta, y cuyo destinatario es un individuo determinado. De acuerdo con esto, la creación de normas jurídicas

individuales se evidencia en la parte resolutive de las providencias que definen asuntos concretos y reales, con efectos interpartes. No debe existir mayor discusión en torno al hecho de que los jueces, en su función principal, crean normas jurídicas individuales en sus sentencias, y en particular, en el *decisum* de estas. En términos simples, una providencia judicial es un acto normativo donde se consigna la respuesta a un problema sobre la adjudicación de un derecho entre las partes X y Y, en un estado de cosas determinado. La respuesta a los problemas, o *decisum*, tiene por lo general la estructura de una norma individual: la correlación de un caso concreto con una solución concreta<sup>162</sup>.

Sin embargo, lo que se precisa aquí es la posibilidad de que los jueces creen normas jurídicas generales y abstractas, en los casos en que el derecho no ofrece respuesta a un asunto específico. La creación judicial de normas generales suele asociarse a la carga de justificación de las providencias. Los jueces están obligados a articular las razones en las que se basan para formular la norma mediante la cual deciden el caso. Entonces, el proceso de toma de decisiones requiere como condición necesaria el uso de una premisa general. En palabras de Bulygin:

El fundamento normativo es una norma general que soluciona el caso genérico al que pertenece el caso individual sometido a la decisión del juez. Para que una decisión esté justificada, el juez debe subsumir el caso individual en un caso genérico y luego dictar una resolución o norma individual que corresponda a la solución que la norma general invocada en los considerandos correlaciona con el caso genérico correspondiente (Bulygin, 2003: 13).

De acuerdo con esto, cuando el derecho resulta indeterminado respecto a un asunto específico, el juez debe construir una norma general que sirva de fundamento a su decisión. Puede aceptarse, según Bulygin, que los jueces crean derecho positivo cuando las normas generales con la que justifican su decisión no son creadas por las autoridades legislativas o constituyentes del ordenamiento jurídico al que aquellas pertenecen (Bulygin, 2005). En este sentido, los jueces construyen normas jurídicas cuando el derecho está indeterminado respecto de un caso o conjunto de casos. Esto

---

<sup>162</sup> En el capítulo 1 se señaló que algunos ordenamientos jurídicos facultan a los jueces (y en particular a los tribunales constitucionales) para definir, con efectos *erga omnes* (generales y abstractos), la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas jurídicas. De tal forma, la parte resolutive de las sentencias así dictadas es general y abstracta.

ocurre, como se mencionó, cuando: a) existen lagunas jurídicas<sup>163</sup>, o b) se presentan antinomias (contradicciones sin reglas de prevalencia). En dichas situaciones, los jueces no interpretan las disposiciones jurídicas vigentes con objeto de comprender su significado, esto es, de identificar las normas jurídicas, sino que construyen normas que sirvan de fundamento para sus decisiones.

De cualquier modo, hay que hacer tres precisiones. En primer lugar, afirmar que a veces los jueces construyen o crean normas jurídicas, no significa que creen tales normas *ex nihilo*; en realidad, cuando el significado de las disposiciones jurídicas no basta para identificar la norma, es común que los jueces, para resolver los casos, recurran, por ejemplo, a principios morales que justifican una práctica jurídica específica.

En segundo lugar, en el discurso jurídico suele denominarse ‘interpretativas’ tanto a las actividades de identificación del significado de las disposiciones jurídicas, como a las de construcción de contenidos normativos adicionales; así las cosas, y para soslayar eventuales equívocos, es aconsejable denominar ‘interpretación *stricto sensu*’ a la actividad de asignar significado en los casos en que existen dudas sobre este, e ‘interpretación *lato sensu*’ a la construcción de reglas, con independencia del significado de las disposiciones jurídicas existentes, como resultado, por ejemplo, de la evaluación de las razones que justifican una práctica jurídica.

Y en tercer lugar, afirmar que los jueces construyen normas jurídicas generales y abstractas como presupuesto de la justificación de sus decisiones judiciales, no significa, necesariamente, que tales normas vinculen en casos posteriores, pues para que esto ocurra, el ordenamiento jurídico debe reconocer una RP que cuente con la exigencia de que casos posteriores se resuelvan según las normas jurídicas construidas por los jueces en casos precedentes.

---

<sup>163</sup> Debe anotarse, en todo caso, que hay un extenso debate sobre si los jueces crean o no normas jurídicas generales, y las condiciones y características en que esto ocurre. Véase la discusión sobre este asunto en Atria *et al.* (2005).

### 4.3. EL LUGAR DE LA INTERPRETACIÓN EN LAS DECISIONES JUDICIALES

En términos generales, una teoría de la aplicación judicial del derecho puede desarrollarse desde un punto de vista descriptivo, desde uno conceptual y desde uno normativo. En el ámbito del primer punto de vista, se busca describir cómo los jueces deciden los factores externos e internos que afectan sus decisiones, y el impacto de estas en la sociedad. En el ámbito del segundo, se pretende elucidar conceptualmente las nociones fundamentales en la actividad adjudicativa<sup>164</sup>. Ahora bien, este trabajo no analiza la viabilidad de la distinción entre estos puntos de vista, sino que parte de la posibilidad de examinar la decisión judicial sin necesidad de comprometerse con la tarea normativa del tercer ámbito.

De acuerdo con estas precisiones, y sin pretender establecer una lista exhaustiva, en las decisiones judiciales se pueden identificar las etapas que se expondrán a continuación: 1) identificación del problema o asunto por resolver; 2) identificación de las disposiciones jurídicas relevantes; 3) determinación del significado e interpretación de las disposiciones jurídicas relevantes; y 4) explicitación de la norma jurídica relevante para resolver el problema jurídico en aplicación de esta norma<sup>165</sup>.

1) Los ordenamientos jurídicos otorgan a los jueces la competencia de resolver problemas jurídicos de forma autoritativa, en el sentido de que la calificación jurídica que hagan de estos problemas resulta vinculante<sup>166</sup>. En estos términos, los problemas jurídicos se refieren a la determinación del estatus jurídico de los casos sometidos a decisión de ellos. Los casos, por su parte, están conformados por un elemento normativo y uno fáctico. El primer elemento se refiere a la norma (o conjunto de normas) que pretende regular el caso, y el segundo está conformado

---

<sup>164</sup> En torno a las distintas perspectivas o enfoques desde los que se puede estudiar la decisión judicial, véase Hart (1994: 241-244) y Brink (1985: 364-87). Una revisión crítica de esta distinción puede verse en Leiter (2014).

<sup>165</sup> Para una reconstrucción similar de la decisión judicial, véase Nino (1992: 81-98).

<sup>166</sup> En términos de Raz, los jueces se ocupan de la determinación autoritativa de situaciones normativas, de conformidad con normas preexistentes (Raz, 1990: 144-145). Sin embargo, cabe aclarar que el carácter autoritativo de las decisiones judiciales no implica, necesariamente, que los jueces creen las normas jurídicas que aplican, pues en la mayoría de casos solo reconocen y aplican normas creadas previamente por la legislación, la constitución, el precedente o la costumbre.

por los hechos relevantes que son objeto de la litis<sup>167</sup>. Desde luego, existe una conexión entre el elemento normativo y el fáctico. Si los jueces deben resolver los problemas jurídicos con base en las normas jurídicas, lo que determina que un hecho sea relevante es que estas así lo consideren<sup>168</sup>.

Ahora bien, los problemas jurídicos pueden ser concretos y abstractos, en función del tipo de casos que los jueces tengan competencia para resolver. Los casos, como conjunto de propiedades que describen hechos jurídicamente relevantes, pueden ser reales o hipotéticos. Los casos reales se caracterizan por referirse a hechos ya ocurridos, mientras los hipotéticos se refieren a hechos que, se supone, ocurrirán o pueden ocurrir (hechos que se espera que sucedan)<sup>169</sup>. Cuando los jueces tienen competencia para resolver casos concretos, esto quiere decir que pueden definir el estatus jurídico de hechos reales (problemas jurídicos concretos). En cambio, cuando tienen competencia de resolver casos hipotéticos, esto quiere decir que pueden definir el estatus jurídico de hechos hipotéticos (problemas jurídicos abstractos).

Por lo general, los ordenamientos jurídicos suelen reservar a los jueces la resolución de problemas jurídicos concretos, dejando por fuera de su jurisdicción la resolución de asuntos abstractos. Sin embargo, algunos ordenamientos jurídicos suelen otorgar a los jueces (en particular a los tribunales constitucionales) la competencia de resolver asuntos hipotéticos, mediante el poder de revisar, en abstracto, la constitucionalidad de las normas jurídicas del sistema<sup>170</sup>.

---

<sup>167</sup> En los elementos de la decisión judicial habría que agregar la determinación de los hechos del caso, necesarios para definir un problema jurídico en cuestión. No sobra advertir sobre el nivel teórico del presente análisis, el cual no pretende describir la forma como, necesariamente, ocurren las decisiones judiciales, ni que las etapas presentadas sean del todo independientes en la toma de decisiones reales.

<sup>168</sup> No es necesario discutir de nuevo si las propiedades no consideradas relevantes por las normas jurídicas son irrelevantes, lo cual se analizó en el capítulo anterior, al cual se remite desde acá.

<sup>169</sup> Sobre la distinción entre casos hipotéticos y reales, véase Guastini (2008) y Alchourron y Bulgryn (1974).

<sup>170</sup> Se reitera que este análisis de la cuestión no es exhaustivo. De hecho, los problemas que deben resolver los jueces son tan diversos, que cualquier descripción de ellos sería reduccionista. Además, se puede distinguir entre problemas de fondo y problemas procedimentales. Los problemas de fondo se refieren, en general, a la decisión definitiva sobre la existencia de un derecho. Por su parte, en los asuntos procedimentales los jueces estudian cuestiones necesarias para poder conocer el asunto de fondo (por ejemplo, asuntos competenciales y procesales). Un estudio de todo esto, en el marco del control constitucional en Colombia, puede verse en Pulido Ortiz (2011: 165-181).

2) Una de las características centrales de los ordenamientos jurídicos contemporáneos es la existencia de reglas secundarias, que exigen a los jueces aplicar las normas jurídicas reconocidas como tales por la regla de reconocimiento. Es el caso del *rule of law* (imperio de la ley)<sup>171</sup>. En estos términos, los jueces deben resolver los problemas jurídicos con base en las disposiciones jurídicas aplicables, es decir, en las fuentes a las que se reconoce autoridad normativa, de acuerdo con la regla de reconocimiento (Hart 1994).

Esto quiere decir que los jueces, para cumplir dicho deber, deben –en primer término– determinar cuáles son las disposiciones jurídicas (textos dotados de autoridad) relevantes para resolver los problemas jurídicos. En general, hay dos formas en que las disposiciones pueden resultar relevantes: la validez y la aplicabilidad. Una disposición jurídica es válida cuando pertenece o se incorpora al ordenamiento jurídico, de acuerdo con los criterios establecidos en la regla de reconocimiento<sup>172</sup>. Por otra parte, las disposiciones jurídicas son aplicables, aunque no estén incorporadas al ordenamiento jurídico, si son consideradas relevantes por las reglas secundarias<sup>173</sup>. Como consecuencia de la articulación de los criterios de validez y aplicabilidad, los ordenamientos jurídicos pueden ser abiertos o cerrados, según establezcan o no normas que otorgan el carácter de aplicable a disposiciones que no pertenecen a él (Raz, 1990: 152-154).

La relación entre las disposiciones jurídicas incorporadas y las disposiciones jurídicas aplicables (no incorporadas) se evidencia en el problema de la relevancia jurídica de los tratados internacionales en el derecho constitucional actual. En este contexto, además de la constitución histórica (el documento formalmente aprobado por las autoridades locales), existen otros documentos normativos (tratados

---

<sup>171</sup> Recuérdese, por ejemplo, el artículo 230 de la Constitución colombiana, según el cual “Los jueces, en sus providencias, solo están sometidos al imperio de la ley”.

<sup>172</sup> La noción de validez, como se sabe, es una noción problemática. En términos generales, la validez de una norma se puede predicar en sentido descriptivo o informativo, y en sentido prescriptivo. En sentido informativo, una norma (N) es válida si, y solo si, pertenece a un ordenamiento jurídico (OJ). Por su parte, la validez en sentido prescriptivo implica que N es una norma legítima, y que, por lo tanto, constituye una razón justificatoria para la acción. Sobre la ambigüedad de la noción de validez, véase Nino (1985) y Bulygin (1990: 29-45).

<sup>173</sup> Este problema ha sido estudiado, además, mediante la distinción entre validez y aplicabilidad (véase Navarro y Rodríguez, 2014: 132-143).

internacionales), cuya autoridad no depende directamente del derecho local, sino de su reconocimiento por parte de la constitución histórica<sup>174</sup>.

Debe tenerse en cuenta, en todo caso, que la determinación de los materiales jurídicos relevantes no es, de forma necesaria, una cuestión sencilla. En muchas situaciones no es fácil establecer los criterios para identificar los materiales jurídicos relevantes, ni tampoco si determinadas disposiciones jurídicas son o no reconocidas de acuerdo a esos criterios.

3) Una vez se han establecido cuáles son las disposiciones jurídicas relevantes, los jueces deben asignar significado (y eventualmente, interpretarlo e incluso construirlo), con el fin de establecer las normas que aplicarán para resolver el problema jurídico. Es decir, el objetivo central de esta etapa es identificar las normas jurídicas existentes, y así, formular enunciados jurídicos donde se defina la calificación jurídica de los casos (Hernández Marín, 2008: 33-78), (Guastini, 1999).

Ahora bien, aunque se logren determinar las normas jurídicas formuladas en las disposiciones jurídicas, puede ocurrir que: (i) no regulen el caso planteado en el problema jurídico (es decir, se presente una laguna), o (ii) aparezcan normas que regulan las normas de forma contradictoria. En (i), el juez debe, de modo necesario, recurrir a consideraciones normativas adicionales (distintas a las estrictamente jurídicas<sup>175</sup>) para poder determinar la norma jurídica aplicable al problema jurídico por resolver. Por otra parte, en (ii), se debe definir si se trata de excepciones implícitas, o sea, excepciones a normas que no provienen directamente de la formulación de estas, sino de reglas formuladas por otras disposiciones jurídicas, o de antinomias, cuando en ciertos casos hay consecuencias o calificaciones jurídicas

---

<sup>174</sup> En relación con esto, ha surgido el problema del bloque constitucional. Esta noción de bloque constitucional sugiere, precisamente, que existen documentos jurídicos que no forman parte de la constitución formal; no obstante, esto no resuelve si pertenecen a la constitución o si resultan aplicables. A este respecto, véase, por ejemplo, Rodríguez y Vicente (2009).

<sup>175</sup> Por ‘consideraciones jurídicas’ se entienden aquí las correspondientes a normas jurídicas positivas, esto es, las que, de acuerdo con Raz (2011), son identificables a partir de la tesis de las fuentes sociales. Según esta tesis, solo las fuentes sociales pueden crear normas jurídicas, pues para ello es necesario la actividad de instituciones, y estas las crean con el fin de regular el comportamiento de los individuos sujetos a su autoridad.

incompatibles con otras normas reconocidas por el ordenamiento jurídico, y así, el caso concreto puede resolverse de diversas y opuestas formas<sup>176</sup>.

De todo esto, lo que interesa resaltar es que los eventuales problemas causados por las excepciones implícitas, pueden ser resueltos con la adecuada reconstrucción de las normas jurídicas y de las condiciones de prioridad de los conflictos entre ellas. Así, en este caso es posible que el operador jurídico identifique de forma adecuada la norma jurídica, una vez haya logrado reconstruir las diferentes normas formuladas, las cuales, *prima facie*, parecían contradictorias. Esto implica que, cuando en el ordenamiento jurídico se plantean reglas de prioridad, no se presenta un conflicto genuino entre normas, sino un conflicto *prima facie*, que se resuelve una vez se aplica de forma adecuada la regla de prioridad. De tal manera, y para efectos de este trabajo, la diferencia fundamental entre las excepciones implícitas y las antinomias genuinas es que las primeras se pueden identificar a través de la interpretación en estricto sentido (es decir, mediante una adecuada reconstrucción del derecho), mientras que las segundas no pueden ser salvadas mediante la interpretación en estricto sentido, sino mediante la eliminación (así sea solo para el caso concreto) de una de las normas en conflicto.

No obstante, y según el apartado anterior, en esta etapa debe diferenciarse entre: a) la determinación del significado de las disposiciones jurídicas; b) la interpretación del significado de las disposiciones jurídicas, en casos de ambigüedad y vaguedad del lenguaje empleado, y c) la construcción judicial y las normas tendentes a resolver lagunas y antinomias.

4) Los jueces, al momento de resolver el problema jurídico, suelen explicitar las normas que pretenden aplicar, es decir, declaran cuál es la norma general que, después de la etapa 3 (punto anterior), aplicarán al caso concreto. En este sentido, el silogismo práctico está constituido por una norma, como premisa mayor (la norma explicitada), y por una premisa menor, constituida por los hechos relevantes del caso. La conclusión del silogismo es la decisión del caso. Por lo demás, en la

---

<sup>176</sup> Según lo señalado en el capítulo anterior, la diferencia entre una antinomia y una excepción implícita es que, en el segundo caso, el ordenamiento jurídico establece reglas o condiciones de prioridad entre las reglas en conflicto. Se dijo también que la diferencia entre las excepciones implícitas y la derrotabilidad de las normas es que la última se refiere a excepciones implícitas no enumerables de antemano, que provienen de la interacción de las reglas con sus razones subyacentes.

decisión se suelen establecer criterios normativos adicionales definidos por el juez o el tribunal, tendentes a asegurar la efectividad del fallo.

Para finalizar, cabe resaltar que no es posible asegurar, desde el punto de vista teórico ni desde el práctico, que el conjunto de normas formuladas por las disposiciones jurídicas sea el mismo conjunto de normas aplicadas por los jueces para resolver los problemas jurídicos. Por esta razón, una teoría que explique la autoridad de las normas jurídicas no puede, sin más, dilucidar la totalidad de las normas que justifican las decisiones judiciales. En este orden de ideas, resultan igualmente inadecuadas las teorías que reducen el derecho a un conjunto de normas aplicadas por los jueces, y aquellas que lo reducen a las normas formuladas por las disposiciones jurídicas. Aun cuando, en la dinámica de la toma de decisiones jurídicas, esta precisión sea ignorada en muchos casos, lo cierto es que resulta analíticamente posible y metodológicamente recomendable establecerla.

#### **4.4. RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES**

El objetivo de este capítulo fue analizar el lugar de la interpretación en la decisión judicial. Para ello, se delimitó el problema de la interpretación, primero en la teoría de la norma jurídica, y después en la estructura analítica de las decisiones judiciales.

Se señaló que la interpretación es la actividad de elucidar el significado de las disposiciones jurídicas en los casos de indeterminación (relativa) de aquel. En estos casos, es necesario interpretar el significado, es decir, recurrir a las razones constitutivas de la práctica jurídica en que se enmarca la disposición o las disposiciones jurídicas interpretadas, y evaluarlas.

Según el análisis propuesto, en la interpretación de las disposiciones jurídicas debe diferenciarse: 1) la identificación de las normas mediante la comprensión de su significado semántico o pragmático; y 2) la construcción de normas en casos de lagunas y antinomias en el derecho (interpretación *lato sensu*). En consecuencia, es posible distinguir tres tipos de proposiciones normativas o enunciados: 1) los referidos al significado de las disposiciones jurídicas; 2) los interpretativos, que se proponen elucidar el contenido de las disposiciones jurídicas cuando el significado semántico y

pragmático no es suficiente, y 3) los referidos a la construcción de normas jurídicas en casos de antinomias y lagunas.

Se explicó, además, que deben diferenciarse los enunciados interpretativos, que recurren a la evaluación de las razones constitutivas de las prácticas jurídicas, de los enunciados formulados desde la teoría del derecho, la cual pretende elucidar, o incluso evaluar, el concepto de derecho en cuanto práctica social.

En torno a la relación entre las decisiones judiciales y la interpretación, se concluyó que la toma de decisiones judiciales es un proceso complejo, en el que, sin duda, la interpretación desempeña un papel fundamental. Sin embargo, este proceso no es del todo interpretativo, así como la interpretación tampoco se desarrolla, en exclusiva, en las decisiones judiciales. En la línea del análisis presentado, la interpretación aparece en la actividad tendente a identificar las normas jurídicas formuladas en las disposiciones jurídicas. Por ello, la interpretación es distinta, por un lado, de la etapa de identificación del problema jurídico y de las disposiciones jurídicas relevantes, y de la etapa de aplicación de las normas jurídicas; y por otro lado, de la resolución de la indeterminación del derecho, la cual surge a consecuencia de las lagunas y las antinomias.

Para terminar este capítulo, se debe insistir en que la relación entre un término y un objeto es convencional, y no obstante, los objetos tienen propiedades que justifican su agrupación en determinadas clases. Desde luego, esto es aplicable, inclusive, a la comprensión de la noción de interpretación. Por esta razón, se consideró necesario distinguir entre: a) las actividades referidas a la determinación del significado semántico y pragmático, y b) la interpretación. Existen propiedades relevantes que diferencian estas actividades; en particular, la posibilidad de diferenciar entre la determinación del significado y su interpretación: la interpretación, a diferencia de la comprensión del significado semántico y pragmático de las disposiciones jurídicas, se distingue por su carácter de actividad necesariamente evaluativa en la comprensión del significado de un objeto.

**CAPÍTULO 5:**

**AUTONOMÍA DEL SIGNIFICADO DE LAS DISPOSICIONES  
JURÍDICAS. ANOTACIONES A PROPÓSITO DE LA FACULTAD DE  
AMPLIAR O REDUCIR EL AMBITO DE LOS PRECEDENTES.**

En los capítulos anteriores, se ha explicado que la regla de precedente (RP) puede contemplar dos tipos de límites que afectan la fuerza o el ámbito de los precedentes judiciales (PJ). En el capítulo 3, se expuso que la fuerza del PJ se relaciona con el alcance de su exclusión, en el sentido de que, entre mayor sea el conjunto de razones no excluidas, mayor será su fuerza. Se concluyó que, aun cuando el alcance de la RP sea limitado, esto no significa que, de forma necesaria, la fuerza de los PJ quede indeterminada, ni que los PJ no sean capaces de cumplir una función excluyente en el razonamiento práctico. La determinación o indeterminación de la fuerza de los PJ depende de la determinación o indeterminación de las razones no excluidas, y no de que el alcance de la exclusión esté limitado.

Se sostuvo también que el alcance se refiere al conjunto de casos y acciones regulados por los PJ. El ámbito de los PJ puede ser más o menos amplio, según el mayor o menor número de casos y acciones regulados, de acuerdo con el contenido semántico de las disposiciones jurídicas que los constituyen. Sin embargo, este contenido semántico de los PJ puede verse afectado en casos en que la RP reconoce la facultad de los jueces de ampliarlos o reducirlos (facultad que, en el derecho anglosajón, se conoce como *distinguish*). Se observó que la facultad de los jueces de ampliar o reducir el contenido semántico de los PJ se vincula con la relación entre las razones subyacentes y el contenido semántico de la regla. Como se expuso en su momento, una adecuada explicación de la derrotabilidad de las reglas apunta, justamente, a la explicación de la relevancia de las razones subyacentes, en relación con el contenido semántico de aquellas.

Por otra parte, se señaló que el problema abordado en la discusión sobre la derrotabilidad de las normas es si sus razones subyacentes son o no relevantes al momento de determinar el ámbito semántico de esas normas. Se sostuvo que la respuesta a esta cuestión es contingente, al depender del contenido de las reglas secundarias respectivas. Estas reglas pueden rechazar la relevancia de las razones subyacentes, o al contrario, admitirla y autorizar a los jueces a que consulten estas razones. En este último caso, puede ocurrir que la regla secundaria defina el conjunto de razones subyacentes no excluidas, que así forman parte del contenido de las normas. Es el caso, por ejemplo, de algunos ordenamientos jurídicos que reconocen la RP y también la facultad de los jueces de ampliar o reducir el contenido semántico del precedente.

Por último, en el capítulo anterior, se argumentó a favor de la distinción entre: a) la determinación del significado semántico y pragmático de las disposiciones jurídicas, y b) la interpretación del significado de esas disposiciones. Se argumentó que la diferencia fundamental entre dichas actividades es que la interpretación de las disposiciones jurídicas se caracteriza por involucrar, de modo necesario, nuevas consideraciones evaluativas, es decir, consideraciones normativas no previstas en el derecho existente.

En este capítulo, se sostendrá la tesis de que, si las reglas son el significado de las disposiciones jurídicas, y dentro de los criterios significativos, según las reglas secundarias, aparece un conjunto específico de razones subyacentes, entonces no es posible afirmar, sin más, que los operadores modifiquen el ámbito de los PJ al ejercer la facultad de ampliar o reducir el contenido semántico de los PJ. Asimismo, se sostendrá que la acción de consultar un conjunto delimitado de razones subyacentes de los PJ no implica, necesariamente, que los jueces desarrollen una actividad interpretativa.

Se mostrará, además, cómo estas cuestiones impactan en la pretensión de autonomía de las normas jurídicas. Se señalará que la pretensión de autoridad práctica del derecho depende de que su contenido sea autónomo en un doble sentido: primero, por cuanto la autonomía implica la posibilidad de identificar el derecho sin recurrir a consideraciones morales o valorativas (tesis de la autonomía del derecho); y segundo,

por cuanto el lenguaje normativo debe entrañar un significado independiente de tales consideraciones (tesis de la autonomía del significado). Se anotará que aun cuando la facultad de ampliar o reducir el contenido semántico de los PJ implique que estos no tienen autonomía semántica, no significa con ello que no tienen autonomía de significado, ni que el derecho no pueda pretender ser autónomo.

Con base en lo anterior, en la primera parte se estudiara críticamente la tesis de Raz sobre la autonomía del derecho, y se explicará que, a diferencia de lo que piensan el propio Raz y Schauer, la pretensión de autonomía del derecho no se limita a la autonomía semántica de las disposiciones jurídicas, sino que también comprende la autonomía del significado; y que, aun cuando en casos de experiencias recalcitrantes sea posible dejar de lado la autonomía semántica de las reglas, esto no significa, de forma necesaria, que el significado de las disposiciones jurídicas quede indeterminado. En la segunda parte se explorarán las relaciones entre la pretensión de autonomía del derecho y la objetividad del significado de las disposiciones jurídicas. En particular, se discutirá si existen relaciones entre la tesis de la autonomía del derecho y la objetividad del significado. En la tercera parte, por último, se examinará si el hecho de que la RP reconozca la facultad de ampliar o reducir el contenido semántico de los PJ, implica rechazar la posibilidad de que estos se constituyan en reglas.

## **5.1. SIGNIFICADO Y AUTONOMÍA DE LAS DISPOSICIONES JURÍDICAS**

Una característica fundamental del derecho, según Raz, es la pretensión de autoridad legítima. Afirmar que pretende autoridad legítima significa que, a través de sus reglas, el derecho debe ser capaz de dirigir la conducta de los individuos mediante la creación de razones para la acción distintas y excluyentes de las razones previamente existentes. Además, para este autor, la legitimidad de la autoridad del derecho (según la doctrina de la autoridad como servicio) depende de que con el seguimiento de sus normas sea más probable que los individuos hagan lo que, en todo caso, deben hacer, en comparación con lo que sucedería en ausencia absoluta de autoridad (Raz, 1986 y 2009).

De acuerdo con esto, el derecho es autónomo, al ser fuente de nuevas razones para la acción (en forma de reglas), las cuales tienen la capacidad de remplazar a otras

razones relevantes dentro del dominio práctico de su jurisdicción. En este orden de ideas, según Raz, las reglas, si son válidas, hacen una diferencia práctica, siempre que constituyan razones para la acción, las cuales no existirían si no las hubiese creado y formulado una autoridad jurídica. Las reglas, por tanto, son razones para la acción, diferentes y sustitutivas (aunque dependientes de ellas) de las razones de primer orden, preexistentes a la creación de la regla (Raz, 2009g).

Ahora bien, la posibilidad de que el derecho sea fuente de razones para la acción en las condiciones señaladas, depende de que sus normas puedan ser comunicadas y comprendidas por los individuos. De acuerdo con la tesis del contenido independiente, las directivas de la autoridad deben ser comprendidas incluso con independencia de lo que hace valiosa la conducta exigida, esto es, de sus razones subyacentes. Esta idea, según lo sostiene Raz (2009g), implica la posibilidad de identificar el contenido del derecho sin recurrir a consideraciones morales o valorativas diferentes a las incorporadas en las normas jurídicas (tesis de la autonomía del significado).

Ahora bien, alrededor de la tesis de la autonomía, se pueden diferenciar tres fenómenos: 1) la justificación de la tesis de la autonomía del derecho; 2) la autonomía del significado de las disposiciones jurídicas, y 3) la autonomía semántica de las disposiciones jurídicas.

1) Justificación de la tesis de la autonomía del derecho: La noción de las reglas como razones protegidas está relacionada con los argumentos que justifican la autoridad del derecho. De acuerdo con la justificación normal de la autoridad, seguir lo establecido por las disposiciones jurídicas hace más probable que los individuos cumplan con las razones subyacentes, en comparación con una situación de absoluta ausencia de autoridad. Una vez las directivas de la autoridad son establecidas (en especial en forma de reglas), se constituyen en razones para la acción, de forma independiente al contenido de la acción para la cual son una razón. Para que la autonomía de las reglas pueda existir, los individuos deben ser capaces de identificar la directiva sin recurrir a consideraciones morales respecto del mérito de lo definido por la autoridad. En ese orden de ideas, según Raz, existe una característica determinante para el funcionamiento de las reglas en el

razonamiento práctico: la opacidad<sup>177</sup>. Una razón es opaca siempre que un enunciado completo de ella no logre mostrar lo bueno de la acción para la cual es una razón, es decir, es una razón para la acción aun cuando no señale –al menos a primera vista– ningún valor en la acción para la cual es una razón<sup>178</sup>.

2) Autonomía del significado de las disposiciones jurídicas: Una de las características de los ordenamientos jurídicos contemporáneos es la formulación de reglas mediante documentos dotados de autoridad. Para que las reglas formuladas por las disposiciones jurídicas puedan constituirse en una razón autónoma (u opaca), el lenguaje empleado por la autoridad debe portar un significado capaz de indicar qué curso de acción debe seguirse, con independencia de consideraciones que hagan valiosa (o disvaliosa) la conducta exigida (tesis de la autonomía del significado). Así, la autonomía de las reglas depende de la capacidad de las disposiciones jurídicas de portar significado, de forma independiente a consideraciones evaluativas en relación con las conductas exigidas, e –incluso– con independencia de las razones que justifican o no la regla respectiva. La autonomía del significado, entonces, apunta a que las disposiciones jurídicas deben ser capaces de comunicar contenidos normativos, mediante las funciones lingüísticas de esas disposiciones. Es decir, mediante las disposiciones jurídicas, las autoridades, en función de determinados propósitos o intenciones (las razones que justifican las decisiones de la autoridad), formulan reglas que son comunicadas a sus destinatarios gracias a las funciones lingüísticas de las disposiciones.

3) Autonomía semántica de las disposiciones jurídicas: Una de las formas en que el lenguaje normativo puede asegurar la autonomía del significado, es mediante el “atrincheramiento” semántico (tesis de la autonomía semántica). En términos de Schauer, la autonomía semántica del lenguaje implica la “aptitud que poseen los símbolos [...] para portar significados independientes de los propósitos” (2004a: 115). Se supone que el derecho debe tener autonomía semántica cuando las funciones semánticas del lenguaje son suficientes para

---

<sup>177</sup> Sobre la noción de opacidad, véase Raz (2009g) y Schauer (2004a).

<sup>178</sup> Sin embargo, debe resaltarse que, más allá de lo ya expuesto, Raz no dice mucho acerca del funcionamiento semántico de las reglas y su interpretación. A su juicio, tanto el significado como la interpretación se relacionan con las convenciones vigentes en las prácticas jurídicas correspondientes.

comunicar la regla de modo satisfactorio (Schauer, 2004a). Sin embargo, como se explicó en el capítulo anterior, el significado de las palabras y las oraciones no se reduce a las funciones semánticas y sintácticas del lenguaje, pues depende también de las consideraciones pragmáticas de este, dadas por el contexto de aplicación y el contexto normativo.

Según lo anterior, debe precisarse que, en todo caso, la autonomía semántica es una de las formas de lograr autonomía del significado por parte de las disposiciones jurídicas. Como se sostendrá a lo largo de este capítulo, si el significado depende tanto de consideraciones semánticas como pragmáticas, entonces la autonomía depende de que el significado de las normas se pueda comprender sin recurrir a evaluaciones normativas adicionales a las consideraciones semánticas y pragmáticas.

Para explicar lo anterior, es necesario observar que las tesis a favor de la autonomía de las reglas (autonomía del derecho), de la autonomía del significado o de las disposiciones jurídicas y de la autonomía semántica de esas disposiciones, son diferentes, y por tanto, distinguibles. En efecto, por una parte, la posición a favor de la autonomía del derecho es una tesis normativa, por cuanto se propone mostrar en qué sentido se justifica que sus reglas se constituyan en razones protegidas para la acción. Por otra parte, la tesis de la autonomía del significado pretende explicar de qué manera las autoridades jurídicas pueden comunicar las reglas, a través de las funciones lingüísticas de las disposiciones jurídicas, sin que los destinatarios recurran a nuevas consideraciones evaluativas. Por último, la tesis de la autonomía semántica se propone explicar una de las formas en que las disposiciones jurídicas pueden portar significados (tener contenidos y determinar objetos) sin necesidad de recurrir a la evaluación de las consideraciones que justifican esas directivas, gracias a las funciones de connotación y denotación del lenguaje empleado por las autoridades jurídicas.

La cuestión que surge consiste en definir qué tipo de relación existe entre estas tesis. En primer término, entre la tesis de la autonomía del derecho y la autonomía del significado existe una relación condicional y justificatoria. Es condicional toda vez que la autonomía del significado se constituye en una condición para que el derecho pueda pretender autonomía. Es justificatoria porque la autonomía del significado de las disposiciones jurídicas se justifica por la autonomía del derecho y, en particular, en

la pretensión de autoridad legítima. Por otra parte, la relación entre la autonomía del derecho y la autonomía semántica depende, a su vez, de la relación existente entre la autonomía del significado y la autonomía semántica. Como se ha dicho, el significado del lenguaje depende de dos tipos de funciones: las pragmáticas y las semánticas. Por esta razón, las disposiciones jurídicas (en tanto expresiones lingüísticas) pueden lograr su autonomía de acuerdo con su capacidad, a través de esas funciones lingüísticas, de comunicar las reglas sin que los destinatarios recurran a nuevas consideraciones evaluativas. Una de las formas en las que las autoridades busquen la autonomía del significado de sus disposiciones, es pretendiendo que estas porten un significado semántico autónomo incluso respecto de las consideraciones pragmáticas del lenguaje (en particular respecto del contexto normativo). De acuerdo con esto, la relación entre la autonomía del derecho y la autonomía semántica es contingente, pues esta última depende de consideraciones contingentes acerca de la eficacia (o más precisamente de la mayor probabilidad de lograrlo) de las funciones semánticas de comunicar significados de forma autónoma.

En resumen, la relación entre las tesis de la autonomía del derecho y la autonomía del significado es condicional y justificatoria, mientras que la relación entre la autonomía del derecho y la autonomía semántica es contingente. No sobra observar que, en consecuencia, las tesis de la autonomía del derecho y la de la autonomía semántica son independientes y, por tanto, argumentar a favor de la tesis de la autonomía del derecho, no implica, sin más, argumentar a favor de la tesis de la autonomía semántica de las disposiciones jurídicas.

Por cierto que al existir una relación justificatoria (y no constitutiva) entre la autonomía del derecho y la autonomía del significado, demostrar que una directiva es capaz de portar significado de forma autónoma a su justificación, no demuestra que la autoridad que la estableció sea legítima, ni mucho menos que la norma es válida. La distinción entre las consideraciones que justifican la autonomía de las reglas y los presupuestos para la autonomía del significado de estas, explica, por ejemplo, que se pueda comprender el contenido de una directriz aunque la autoridad que la formula no sea legítima o el contenido de la regla sea claramente injustificado. Piénsese en la siguiente orden dada por un hipotético dictador: “Deberán ser quemados todos los puestos de votación en los que tenga alguna probabilidad de éxito la oposición”. No

hace falta argumentar mucho sobre el hecho de que el dictador no es una autoridad legítima (aunque pretenda serlo), ni tampoco sobre la ausencia de justificación de la orden. Sin embargo, es posible comprender la orden sin tener en cuenta las razones que llevaron al dictador a emitirla, e incluso con independencia de las razones que exigen desobedecerla. Esto quiere decir que la autonomía del significado de la orden no es una propiedad moral de las reglas, sino una propiedad lingüística. Por lo tanto, es fácil concluir que una cosa es la justificación de la autonomía (por ejemplo, la doctrina de la autoridad como servicio), y otra los presupuestos lingüísticos para que, en efecto, se pueda predicar la autonomía de una directiva.

Sin embargo, esto no se quiere decir con esto que la autonomía del significado de las disposiciones jurídicas no deba estar justificada para que las normas puedan ser consideradas como razones para la acción. Lo que se intenta resaltar es que la justificación de la autonomía, basada en la autoridad legítima, puede diferenciarse de la forma en que las reglas llegan a ser opacas, es decir con un significado autónomo (por ejemplo, y de ser el caso, mediante la autonomía semántica).

Ahora bien, el significado de una disposición jurídica es autónomo, si su contenido (la norma formulada) puede ser captado sin recurrir a consideraciones evaluativas adicionales a las contempladas en las disposiciones jurídicas. En los términos usados en el capítulo anterior, esto significa que la autonomía de las reglas llega a tal punto que se puede comprender su significado sin necesidad de interpretarlo. En este sentido, la autonomía del significado de las disposiciones jurídicas depende de que sea posible comprender las normas formuladas gracias a las funciones semánticas y pragmáticas del lenguaje. Por ello, la tesis de la autonomía semántica es diferente de la tesis de la autonomía del significado. Del mismo modo en que existen diferentes formas de captar el significado sin evaluarlo (semánticas y pragmáticas), hay diferentes formas de que este significado sea autónomo. Cosa distinta es que, en determinadas situaciones, resulte recomendable que la autonomía se asegure mediante la autonomía propiamente semántica. En efecto, como se dijo antes, la relación entre la autonomía del derecho y la autonomía del significado es contingente de tal forma que, en determinados contextos, la práctica jurídica puede decidir atrincherar el significado semántico y establecer su prevalencia sobre las consideraciones pragmáticas y en particular sobre el contexto normativo.

Al diferenciar entre la tesis de la autonomía semántica y la tesis de la autonomía del significado, es posible diferenciar, además, el impacto de cada una de ellas en la tesis de la autonomía del derecho. Del hecho de que la tesis de la autonomía semántica sea vencida no significa, de forma necesaria, que la tesis de la autonomía del significado también lo sea. De acuerdo con lo estudiado en el capítulo anterior, la autonomía del significado es “vencida”, específicamente, cuando aparecen indeterminaciones que hacen necesario recurrir a consideraciones evaluativas mediante la actividad interpretativa. En este caso, las funciones semánticas y pragmáticas no son suficientes para comunicar la norma, y por tanto, la tesis de la autonomía del significado (y del derecho) es vencida. Sin embargo, la cuestión que interesa analizar aquí es si el significado puede mantenerse autónomo aun cuando la autonomía semántica de las reglas sea “vencida”.

En el capítulo 3 se explicó que el problema de la derrotabilidad de las normas jurídicas se refiere al tipo de relaciones y a las consecuencias que pueden presentarse cuando las reglas entran en conflicto con sus razones subyacentes (experiencias recalcitrantes). En estos casos, cabe preguntarse si las propiedades no tomadas expresamente como relevantes por la regla deben o no considerarse relevantes en virtud de las razones subyacentes. La respuesta a esta pregunta es contingente, al depender de reglas secundarias de la práctica jurídica que atrincheran el contenido semántico de las reglas, o al contrario, autorizan a los individuos a consultar las razones subyacentes de estas, para ampliar o reducir su contenido semántico.

La cuestión que debe plantearse aquí es si las propiedades relevantes definidas por las disposiciones jurídicas deben reducirse a las asociadas a su significado semántico, como lo sugiere la tesis del atrincheramiento semántico de Schauer. Con base en lo explicado hasta ahora, si se acepta que la posibilidad de formular reglas mediante el lenguaje empleado por las autoridades jurídicas se da gracias a las funciones semánticas y pragmáticas del lenguaje, no existen razones para negar que las propiedades relevantes definidas por las disposiciones jurídicas se identifiquen mediante una adecuada comprensión de ambas funciones lingüísticas. Es posible que determinadas prácticas jurídicas establezcan algún tipo de prioridad del significado semántico por encima del significado pragmático (por ejemplo, las reglas civiles sobre el significado de los títulos valores, al establecer una prevalencia del significado literal

de los documentos). En otras prácticas jurídicas, por el contrario, se puede establecer que, para una comprensión adecuada del significado de las disposiciones jurídicas, se recurra tanto a las consideraciones semánticas como a las pragmáticas. En cuanto estas consideraciones semánticas y pragmáticas no implican, necesariamente, que se recurra a nuevas valoraciones, el hecho de que las prácticas jurídicas reconozcan la relevancia de ambos tipos de funciones lingüísticas no significa que se renuncie a la autonomía del significado. En síntesis, lo que resulta fundamental para la pretensión de autoridad legítima del derecho, no es la existencia de una autonomía semántica de las disposiciones, sino de una autonomía del significado tanto semántico como pragmático.

## **5.2. CONSIDERACIONES SOBRE LA OBJETIVIDAD DEL SIGNIFICADO DE LAS DISPOSICIONES JURÍDICAS**

En diferentes circunstancias, el significado lingüístico (esto es, se reitera, el que depende de las consideraciones semánticas y pragmáticas) no es suficiente para comprender el contenido de las disposiciones jurídicas, y por lo tanto, es necesario recurrir a la interpretación de estas. Sin embargo, la elucidación del significado lingüístico y la interpretación de las disposiciones jurídicas tienen un mismo propósito: la adecuada determinación de un objeto como perteneciente a una clasificación hecha por el lenguaje empleado en las disposiciones. Como se verá en seguida, la explicación de la forma como las disposiciones jurídicas logran comunicar su significado (comunicar las normas) y la forma como los individuos captan el significado de las disposiciones jurídicas (comprensión de las normas) no se puede reducir a la existencia de convenciones y creencias de los individuos sobre el significado.

No hay dudas respecto del carácter convencional del lenguaje. Por una parte, nada hay en los términos que, de manera intrínseca, haga que los objetos que conforman su referencia se puedan designar con él. Además, los lenguajes que abordan cuestiones prácticas como la moral o el derecho, son convencionales porque en muchas ocasiones las realidades a las que se refieren son construcciones convencionales. Conceptos como, por ejemplo, el de “*ratio decidendi*”, “regla de precedente”, “hipoteca” son fundamentalmente creados de acuerdo a determinados propósitos que guían la

respectiva práctica jurídica, es decir que existen en tanto son contruidos y moldeados de acuerdo a determinados fines sociales. Esto quiere decir que, en el lenguaje jurídico no solamente los términos (es decir las formas simbólicas que se emplean) son convencionales sino que muchas veces la referencia también lo es. Sin embargo, afirmar que el lenguaje jurídico sea convencional no implica que sea arbitrario y, en ese sentido, no pueda pretender algún tipo de objetividad.

En particular, aun cuando los términos que se emplean y las figuras jurídicas que nombran sean convencionales, no significa que las categorizaciones que se emplean para ello sean, por esa razón, arbitrarias. Al elaborar o construir conceptos o regular acciones, las autoridades jurídicas consideran propiedades que describan adecuadamente las acciones que pretenden regular. En esta tarea se supone que las relaciones que conforman la designación de, por ejemplo, el término ‘anciano’, no son arbitrarias sino que responden a las características y propiedades del objeto.

Además, si bien es cierto que el funcionamiento semántico y pragmático de las disposiciones jurídicas suele variar en cada práctica jurídica (e incluso en las distintas partes de los ordenamientos), esto no implica que no existan presupuestos conceptuales para que las disposiciones jurídicas logren lo que pretenden: ser vehículo de comunicación de una norma entre las autoridades y los individuos. Por lo tanto, reducir la explicación del significado de las disposiciones jurídicas a la afirmación de que sus relaciones semánticas e interpretativas son estrictamente convencionales, deja sin explicación la forma en que esas disposiciones cumplen su función.

Sobre la base de estos presupuestos, debe explicarse como puede ser posible, por una parte, que las razones –como cree, por ejemplo, Raz– sean objetivas (al existir con independencia de las creencias de los individuos), y por otra, que la relación entre las reglas y las razones subyacentes sea simplemente convencional o incluso arbitraria (y a fin de cuentas, subjetiva). Si a esto se responde de manera afirmativa, entonces no se logra explicar cómo las autoridades jurídicas, mediante la creación de reglas, son capaces de transportar el valor normativo de las razones objetivas subyacentes y ser fuente de razones justificatorias para la acción. Si, por el contrario, se rechaza el convencionalismo lingüístico radical, se pone en serias dificultades uno de los pilares

del positivismo: el carácter estrictamente convencional de las reglas y, por tanto, del derecho.

Raz, por ejemplo, no termina de aceptar ni de descartar la objetividad del significado de las disposiciones jurídicas. A su juicio, las convenciones son necesarias para que la comunicación sea efectiva; sin embargo, agrega que las convenciones no son el fundamento de la evaluación del significado de las disposiciones jurídicas. Para explicar esto, Raz propone el siguiente ejemplo: ‘hermana’ –todos están de acuerdo– significa ‘hermano hembra’. Al estar todos de acuerdo con esto, se concluye que ese es el significado correcto; pero este acuerdo, en realidad, no es razón suficiente para asegurar que ese sea el significado correcto (Raz, 2009h). Sin pretender agotar de forma exhaustiva este complejo tema, cabe anotar aquí unas consecuencias de la doctrina de la autoridad legítima en la objetividad del significado de las disposiciones jurídicas.

El problema de la objetividad es un tema recurrente en la filosofía práctica, y dentro de esta, en la jurídica. El concepto de objetividad es ambiguo, al referirse, de manera principal, a cuestiones ontológicas, epistemológicas y del significado<sup>179</sup>. En términos generales, la objetividad puede significar que:

- 1) Los objetos existen con independencia de las creencias (objetividad ontológica).
- 2) Los procesos cognitivos son confiables a la hora de generar representaciones adecuadas del mundo, al estar libres de factores distorsionadores de creencias y representaciones (objetividad epistémica).
- 3) Las proposiciones significativas son susceptibles de ser verdaderas o falsas, o al menos, que es posible distinguir el significado correcto (objetividad semántica)<sup>180</sup>.

De conformidad con lo anterior, se pueden diferenciar, entre otras, tres tipos de objetividad en el derecho:

---

<sup>179</sup> Al respecto, véase Marmor (1995: 177-201), Kramer (2007) y Leiter (2001: 1-11).

<sup>180</sup> Sobre la objetividad semántica, véase Coleman (1994) y Kramer (2007). Por otra parte, según D. Patterson, la objetividad semántica implica que: i) el significado de un enunciado se conoce cuando se conoce lo que hace verdadero o falso el enunciado; y (ii) tales condiciones son trascendentes a las capacidades epistémicas del sujeto (Patterson, 1996).

1) El derecho es ontológicamente objetivo, en la medida que existan respuestas correctas independientes de los deseos y las creencias de los individuos, y en particular de los órganos aplicadores.

2) El derecho es epistémicamente objetivo, en la medida que los mecanismos diseñados para establecerlo o adjudicarlo estén libres de factores que distorsionen las respuestas.

3) El derecho es tiene significado objetivo, siempre que se pueda identificar el significado de las disposiciones jurídicas con independencia de las creencias de los individuos, y se pueda diferenciar entre significados correctos e incorrectos (Coleman, 1994), (Kramer, 2007), (Patterson, 1996).

En lo referido a la objetividad del significado del derecho, cabe resaltar aquí una doble ambigüedad. En primer lugar, como se explicó en el capítulo anterior, el proceso de adjudicación del derecho es complejo y reúne distintas etapas analíticamente distinguibles: la identificación de un problema jurídico y de los materiales jurídicamente relevantes, la interpretación, la solución de antinomias, la integración de lagunas, la explicitación de la norma aplicable al caso y la decisión. Por ello, la objetividad semántica de las proposiciones jurídicas puede referirse, al menos, a dos actividades: por un lado, a la decisión judicial, y por otro, a los enunciados acerca del significado de las disposiciones jurídicas. En segundo lugar, la determinación del significado puede referirse a: 1) el significado semántico y pragmático del lenguaje empleado en las disposiciones jurídicas (significado lingüístico), o 2) el significado desarrollado después de determinar contenidos normativos adicionales, necesarios para superar las indeterminaciones de las disposiciones jurídicas (significado interpretativo).

Para lo que interesa a efectos de análisis que se está presentando, la objetividad de los enunciados sobre el significado lingüístico de las disposiciones jurídicas depende de las funciones semánticas de denotación y connotación; y de la existencia objetiva de los contextos de aplicación y normativo, constitutivos de las funciones pragmáticas del lenguaje. Por su parte, la objetividad de los enunciados interpretativos depende de la objetividad de los criterios (independientes de las disposiciones jurídicas y sus funciones lingüísticas) empleados para superar las indeterminaciones. La pretensión

de autoridad del derecho debe asegurar, al menos, la objetividad del primer tipo de proposiciones, lo cual supone, como mínimo, que las disposiciones jurídicas tengan un contenido semántico y pragmático independiente de las creencias y los deseos de los intérpretes<sup>181</sup>.

Por otra parte, de acuerdo con la tesis de la justificación normal de la autoridad, las disposiciones jurídicas deben ser capaces de representar, de forma adecuada, las razones que las justifican. Como se señaló, la justificación de la autoridad de las reglas está dada por la capacidad de las autoridades jurídicas de servir de puente entre las personas y las razones subyacentes. Las razones subyacentes, por lo tanto, no son creadas por las autoridades que conforman las reglas; en sentido contrario, la legitimidad de las autoridades se debe a que el seguimiento de sus reglas es un medio racional para conseguir lo exigido por esas razones. Sin embargo, para que esto sea posible, las disposiciones (es decir, el lenguaje empleado para formular la regla) deben tener la capacidad de transportar el valor normativo de las razones subyacentes, aun cuando, para comprender su significado, no resulte siempre necesario consultar las razones subyacentes que explican dicho valor.

De acuerdo con esto, el funcionamiento lingüístico del derecho no solo comporta la relación entre el lenguaje (disposiciones) y su significado (normas o reglas), sino la relación entre normas y razones o principios justificatorios. El estudio de estas relaciones no es nuevo en la filosofía del lenguaje. Como se dijo, existe una diferencia entre la clase de fenómenos nombrados por el lenguaje (denotación o extensión), y el conjunto de propiedades que deben reunir las cosas para formar parte de la clase denotada (connotación o intención). La pregunta que surge al respecto es qué tipo de relaciones hay entre la denotación y connotación del lenguaje, y las razones que justifican las reglas.

Para analizar esto, se puede retomar un ejemplo ya mencionado. Según el artículo 23 del reglamento emitido por las autoridades de la universidad, “a los estudiantes les está prohibido ausentarse de las clases, salvo por excusa médica debidamente acreditada”. Este artículo tiene su justificación, por un lado, en el deber de formarse

---

<sup>181</sup> No se está rechazando que la interpretación pueda ser objetiva. Lo que se intenta observar es que la tesis de la autoridad legítima del derecho y de la autonomía de éste depende de que, por lo menos, el significado lingüístico e sus disposiciones sea objetivo.

por parte de los estudiantes, y por otro, en el deber de las autoridades universitarias de cuidar la salud de sus estudiantes. La denotación del artículo 23 se refiere a objetos referenciados por los términos empleados en la disposición, como por ejemplo “excusa médica”, expresión que designa algo en relación con las razones subyacentes (el deber de la universidad de cuidar la salud de los estudiantes). Desde luego, el conjunto de lo designado por las expresiones de las disposiciones jurídicas no es arbitrario ni del todo convencional. Las autoridades de este ejemplo emplearon la expresión “excusa médica” para asegurarse de que, si los estudiantes se ausentan de las clases, lo hagan con el fin de cuidar su salud.

En este sentido, el conjunto de casos que conforman la extensión de las expresiones no depende, en exclusiva, de la voluntad de la autoridad ni de la voluntad del individuo que determina el significado de la disposición, sino de la capacidad de los hechos y propiedades designadas para hacer que los individuos actúen como deben actuar. De igual manera, el conjunto de propiedades que definen si un determinado objeto es o no una “excusa médica”, no son simplemente convencionales, sino que dependen de su consistencia respecto a las razones subyacentes. En estos términos, la corrección del significado depende de dos variables: 1) las convenciones lingüísticas de una comunidad de hablantes, por las cuales el fundamento para agrupar cosas o individuos en un término es lo que, convencionalmente, define esa comunidad; y 2) el fundamento en las propiedades comunes de los objetos agrupados, y en particular a las razones que justifican la creación de determinada regla (lo cual es en realidad lo que justifica la forma en que se construyó el lenguaje). Por lo tanto, y en el caso de las disposiciones jurídicas, como se expuso, el fundamento para determinar determinados cursos de acción no puede limitarse a las convenciones, sino que además se debe tener en cuenta la relación entre las reglas y las razones que las justifican.

Estas consideraciones no pretenden negar que en determinadas circunstancias se justifique, por ejemplo, la autonomía semántica de las disposiciones jurídicas. Se pretende simplemente alertar en torno a que sea cual sea la forma que empleen las autoridades jurídicas para comunicar las normas, debe mostrarse de qué manera se logra dar cuenta de la relación entre las disposiciones jurídicas y las razones subyacentes. De esta manera, para sostener una tesis a favor de la autonomía semántica se debe mostrar cómo es que a través del atrincheramiento de las razones en el

significado semántico 1) se acredita una adecuada relación entre el contenido semántico de las disposiciones jurídicas y las razones subyacentes y 2) se logra que, de esa manera, los individuos actúen como deben actuar. Esta tesis, por lo tanto, resulta más exigente en relación con los criterios de legitimidad de las autoridades jurídicas, pues exige que las autoridades no solo deben tener una capacidad epistémica y práctica especial para identificar las razones y el balance adecuado entre ellas, sino que además exige que las autoridades deben tener una capacidad semántica especial para formular las disposiciones –con independencia de las consideraciones pragmáticas- a través de la cual se logre una adecuada relación entre las disposiciones y sus razones subyacentes y se demuestre que, al seguir el contenido semántico de las disposiciones, es más probable que los individuos actúen como deben actuar.

En cualquier caso, lo que aquí se intenta demostrar es que, a fin de acreditar la justificación normal de la autoridad, los términos empleados deben ser capaces de transportar, gracias a su significado, lo que justifica la regla; y también, que la denotación y la connotación de las expresiones no dependen exclusivamente de las convenciones de la comunidad lingüística e interpretativa, sino además, y de modo fundamental, de aquello que los objetos denotados tienen en común respecto a los principios y razones que subyacen y justifican a las reglas.

De esta manera, en las situaciones en las que existen dudas frente al significado lingüístico de las disposiciones jurídicas, ello no significa que, de forma necesaria, se deba reevaluar o revisar el conjunto de razones subyacentes (en el sentido que se emplee un razonamiento todas las cosas consideradas). Es posible que, en casos en que existan dudas sobre el significado lingüístico de una regla, esta se pueda comprender sin que la interpretación implique una contradicción o revisión de las razones subyacentes todas las cosas consideradas. De hecho, si la legitimidad de la autoridad depende de su capacidad de formular disposiciones jurídicas que representen a las razones subyacentes, esto supone que existen individuos (o conjuntos de individuos) capaces de formular disposiciones que transportan el valor normativo de las razones subyacentes a las reglas. En ese orden de ideas, no hay razones para suponer que los operadores jurídicos no puedan comprender el significado de las disposiciones a la luz de las razones subyacentes, en especial si están en las condiciones epistémicas adecuadas para hacerlo. En consecuencia, si la autoridad del derecho se justifica por

su capacidad de establecer cómo actuar de acuerdo a las razones subyacentes, la legitimidad del intérprete, como autoridad jurídica, dependerá a su vez de su capacidad de comprender el significado de las disposiciones a la luz de esas razones.

En todo caso, los criterios de interpretación pueden variar y, si es preciso, exigir que los individuos recurran a consideraciones normativas distintas a las razones subyacentes de las reglas jurídicas. En el primer caso, cuando se espera que los intérpretes recurran a las razones subyacentes a fin de conservar el balance que pretendió la autoridad, la interpretación es *conservadora*. En el segundo caso, cuando los intérpretes pueden (o deben) recurrir a consideraciones distintas a las razones subyacentes o propósitos de las disposiciones jurídicas, la interpretación es *innovadora* (Raz, 2009h), (Raz, 2009i). La cuestión acerca de cuándo se exige una posición conservadora y cuando una posición innovadora no puede, por los límites propios de este trabajo, ser tratada acá. Baste decir por ahora que no es posible dar una respuesta general a este problema y que, en consecuencia, depende de los ideales y presupuestos normativos en los que se desarrolla el acto interpretativo. Es posible que, por ejemplo, en lo que tiene que ver con el precedente vertical sea aconsejable una interpretación conservadora, mientras que en la interpretación del auto precedente sea aconsejable una interpretación innovadora.

Para terminar, se hace necesario resaltar brevemente lo que se intentó resaltar en estas líneas: existe una relación entre la autonomía del derecho y la objetividad del significado de las disposiciones jurídicas. Lo dicho se puede resumir en dos puntos: 1) la autonomía del derecho está en función de la autonomía del significado, la cual no puede ser posible si el significado de las disposiciones jurídicas fuese del todo convencional y arbitrario. 2) la determinación del significado (tanto semántico como interpretativo) debe ser consistente con la tesis de que la autoridad es un vehículo entre las razones subyacentes objetivas y los individuos. Si las razones subyacentes son objetivas, debe esperarse que las consideraciones para la determinación del significado de las disposiciones de la autoridad (por ejemplo, las disposiciones jurídicas), también lo sean.

### **5.3. EL PROBLEMA DEL SIGNIFICADO DE LOS PRECEDENTES JUDICIALES**

En la primera parte de este capítulo se explicó que en torno a la autonomía del derecho se pueden diferenciar tres tesis: la tesis normativa de la autonomía del derecho, la tesis de la autonomía del significado de las disposiciones jurídicas, y la tesis de la autonomía semántica de esas disposiciones. Por otra parte, se argumentó que, aun cuando se derrote la tesis de la autonomía semántica, ello no implica, necesariamente, que se derrote la autonomía del significado. Así, la eventual necesidad de recurrir a las razones subyacentes no significa necesariamente se deban evaluar, pues es posible que se comprendan tales razones sin entrar a revisar el balance entre ellas.

Ahora bien, una de las críticas tradicionales a la posibilidad de que los precedentes sean constitutivos de reglas, ha sido que, a partir de esta idea, no se puede explicar la facultad de distinguir (*distinguish*), reconocida en la mayoría de ordenamientos jurídicos que cuentan con una RP (Duxbury, 2008: 111-116). En particular, se sostiene que la facultad de distinguir, como posibilidad de ampliar o reducir el contenido semántico de las reglas, es contrario a la pretensión de autonomía de las reglas (Postema, 1996).

No obstante, en seguida se explicará que dicha facultad no es contraria a la tesis de la autonomía del significado, ni por lo tanto, a la autonomía práctica de los precedentes judiciales. No se trata de que, por necesidad conceptual, los precedentes judiciales deban ser constitutivos de reglas, pues –como se estudió en el primer capítulo de este trabajo– la RP es contingente y su contenido variable. Lo que se sostiene es la posibilidad de que la RP conciba a los precedentes como reglas, y a su vez, reconozca la facultad de efectuar distinciones. Antes de discutir este asunto, se definirán tres cuestiones respecto a los PJ: 1) los modelos de creación, 2) los modelos de funcionamiento práctico o normativo, y 3) la determinación del significado de los PJ.

#### **5.3.1. Dos modelos acerca de la creación de precedentes judiciales**

La discusión sobre la creación judicial del derecho ha sido de particular importancia para la práctica y la teoría jurídica del último siglo, llegando a desarrollarse diferentes

líneas en torno al asunto<sup>182</sup>. Sin negar la importancia de estos debates, se puede evidenciar que el problema y sus respuestas han sido perjudicados por la falta de claridad o precisión en el punto de partida de la discusión. Para apoyar esta afirmación, es útil remitirse a las observaciones de Carrió, cuando observaba que la pregunta de si “los jueces crean derecho” está esencialmente perjudicada por su ambigüedad (Carrió, 1990). Se sabe que la noción de derecho es ambigua, de forma que puede referirse, entre otras cosas, al *derecho* de cada individuo a una determinada respuesta o decisión de las autoridades jurídicas, a la facultad o al poder sobre determinada cosa o bien, o al conjunto de normas positivas que conforman el ordenamiento jurídico. De acuerdo con estas distinciones, en los siguientes párrafos se estudiará en qué sentido los jueces crean normas jurídicas positivas.

Los teóricos del derecho, como ya se ha dicho, identifican tres sentidos principales de norma jurídica: disposición jurídica (símbolos lingüísticos expresados por una autoridad jurídica para la formulación de una norma), norma en estricto sentido (la relación deóntica, o sea, la conducta prohibida, obligada o facultada) y proposición normativa (afirmaciones acerca de la existencia de una norma jurídica, es decir, enunciados que afirman que una conducta es prohibida, obligatoria o facultativa). Según esto, lo que interesa al momento de la pregunta de la creación del derecho, es la capacidad de las autoridades (en nuestro caso los jueces) de crear normas jurídicas. Sin embargo, para el caso de la creación judicial del derecho, conviene hacer una precisión adicional sobre la noción de normas jurídicas. En efecto, la creación judicial del derecho puede referirse a normas jurídicas generales o a normas jurídicas individuales. Normas generales son aquellas que correlacionan un caso genérico con una solución genérica, y normas individuales son aquellas que correlacionan un caso concreto con una solución concreta. En concordancia, la creación de normas jurídicas individuales se evidencia en la parte resolutive de las providencias que definen asuntos concretos y reales con efectos interpartes, mientras que la creación judicial de normas generales y abstractas se asocia con el poder de crear normas para regular casos distintos a los concretos que resuelven los jueces.

---

<sup>182</sup> Una de las discusiones más conocidas sobre este asunto es el debate Hart-Dworkin; véase Dworkin (1975) y Hart (1994). Para una revisión crítica de este debate, véase Shapiro (2007).

Sin embargo, no existe una forma estándar, para los jueces, de crear normas jurídicas generales. Se pueden formular dos enfoques acerca de la creación judicial del derecho. El primero es el ideal o modelo del *common law*, que sostiene que el derecho de origen judicial es producto de una lenta y constante revisión de los hechos normativos en cada proceso y providencia (Levi, 1948), (Cueto, 1997). De acuerdo con este ideal, la existencia del derecho de origen judicial se justifica en virtud de su estrecha relación con las situaciones concretas de la vida real que son llevadas para que sean resueltas por los jueces. En este contexto, el derecho de origen judicial confía más en la capacidad de las decisiones judiciales de adecuarse a cada uno de los casos concretos, y menos en su capacidad de abstraer y generalizar decisiones normativas. Por su parte, el segundo modelo, denominado *legislativo*, sostiene que la forma como los jueces crean el derecho se diferencia mucho menos de la creación legislativa del derecho de lo que propone el ideal del *common law*. De acuerdo con este modelo, los jueces (en particular los órganos de cierre) suelen crear normas de contenido general que no se vinculan, en estricto sentido, con los hechos del caso por resolver (Komarek, 2013).

Komarek argumenta que estos modelos de creación judicial del derecho dependen, a su vez, de dos visiones distintas de la autoridad judicial. El modelo del *common law* se basa la autoridad judicial concebida como consecuencia de la experiencia compartida de las situaciones de la vida real, en la cual los precedentes son ejemplos de lo que debe hacerse ante determinados hechos (Komarek, 2013: 163-165). Así, los precedentes son comprendidos como una representación de la sabiduría acumulada en la resolución de casos de la vida real, y por lo tanto, son independientes de la autoridad institucional de las cortes. Por otro lado, el modelo legislativo corresponde a un ideal jerárquico de la autoridad judicial, de acuerdo con el cual las decisiones de las Altas Cortes no son tratadas como evidencias, del modo en que las situaciones de la vida real deben ser tratadas, sino que los precedentes son vistos como pronunciamientos autoritativos (a manera de reglas) desvinculados de los hechos del caso que llevaron a la decisión.

Pero hay otra diferencia entre estos modelos, que aquí interesa remarcar. El ideal del *common law* concibe a los precedentes como desvinculados de los términos empleados en los textos de las decisiones judiciales. Según esto, los PJ se derivan de

las decisiones judiciales reiteradas, y no de las palabras que emplean los jueces o tribunales con la intención de crear reglas. Por el contrario, para el modelo legislativo los precedentes se formulan mediante el lenguaje empleado en las decisiones judiciales (Komarek, 2013: 165), o sea que las normas jurídicas generales que constituyen el precedente pueden ser formuladas mediante un texto, lo cual no se diferencia, en esencia, del derecho legislado en estricto sentido, establecido por órganos legislativos como los parlamentos.

Sin embargo, debe resaltarse desde ya que el problema de la textualización de los precedentes es diferente a la cuestión de si estos, en cuanto reglas, pueden pretender autonomía práctica y de significado. Tiene razón Schauer cuando anota que no se debe confundir la autonomía de la reglas con la canonicidad de las formulaciones de las reglas. En otros términos, no existen formas canónicas mediante las cuales se deban formular las reglas jurídicas con autonomía semántica, por lo que la autonomía del significado no depende de formas para la formulación de reglas, sino de la fijación del significado, con independencia de los propósitos específicos de la creación judicial de la norma (por ejemplo, mediante la reiteración de la aplicación del precedente, hasta que se internalice en los participantes de la práctica de la regla, aunque esta no se formule canónicamente en un texto). En palabras de Schauer, la autonomía del significado de las reglas, más que a formulaciones predeterminadas, se debe “en última instancia a la comprensión común” del significado (Schauer, 2004a: 90)<sup>183</sup>.

No obstante, debe tenerse en cuenta que ni los modelos de precedente ni los modelos de autoridad judicial pretenden ser descriptivos de los ordenamientos jurídicos actuales, sino ideales regulativos y explicativos de la forma como se fundamenta la creación judicial del derecho mediante precedentes. Incluso, en algunos países del *common law* se han desarrollado prácticas contrarias a este ideal. Por ejemplo, en el derecho constitucional estadounidense se ha observado una paulatina “textualización” del precedente, por cuanto los jueces y abogados prestan cada vez más atención a las formulaciones normativas de los precedentes, que a la identificación

---

<sup>183</sup> Debe aclararse, sin embargo, que de acuerdo con lo que se concluyó en el apartado anterior, lo fundamental para la autonomía de las reglas no es la autonomía semántica, sino la autonomía del significado.

de principios subyacentes a través de la constante de los casos resueltos<sup>184</sup>. Incluso, dentro de una misma práctica jurídica pueden convivir diferentes formas de creación judicial del derecho. Por ejemplo –de acuerdo con lo explicado en el capítulo 1 de este trabajo–, la Corte Constitucional colombiana tiene la capacidad de crear tres tipos de normas generales: a) mediante el condicionamiento de los fallos de constitucionalidad; b) mediante la expedición de órdenes o reglamentos generales, y c) mediante la creación de precedentes en estricto sentido asociados a la idea de *ratio decidendi*.

Por lo anterior, la creación de normas generales, mediante la expedición de órdenes o reglamentos generales, puede ser adecuadamente explicada a la luz del modelo legislativo. Por su parte, en relación con la explicación de la *ratio decidendi*, no es muy claro cuál de los modelos es el más adecuado. En concordancia con esto –y sin pretender responder al asunto de forma definitiva–, la *ratio decidendi* en el derecho constitucional colombiano constituye una mezcla de los dos modelos. En la sentencia SU-230 de 2015, por ejemplo, la Corte Constitucional sostiene la existencia de dos tipos de *ratio decidendi*: de acuerdo con el primero, las reglas creadas por la Sala Plena de la Corte Constitucional, mediante las cuales justifica determinadas decisiones, son constitutivas de *ratio decidendi*; y de acuerdo con el segundo, al cual denomina *jurisprudencia en vigor*, la reiteración de decisiones en torno a un punto específico de derecho tiene la capacidad de generar una *ratio decidendi* vinculante.

### 5.3.2. Tres modelos de vinculación de los precedentes judiciales

Se acaban de presentar, de forma breve, dos modelos que pretenden explicar y justificar la creación de normas jurídicas generales. Ahora bien, la elucidación de este tipo de normas es diferente de la explicación de la normatividad de los precedentes, y en particular, de la forma como estos vinculan. Para ello, en la teoría del PJ se han

---

<sup>184</sup> Komarek hace referencia a un trabajo de Tiersma (2013), donde se sostiene que en Estados Unidos el *common law* se ha dirigido, de manera paulatina, hacia una textualización, por cuanto el derecho judicial es, cada vez más, aquello que los jueces escriben en sus providencias, antes que los hechos relevantes y los principios subyacentes. A consecuencia de esto, el razonamiento jurídico casuista y analógico ha sido remplazado por el de seguimiento de reglas escritas:

*The common law “case-law method” seems to be undermined by the process called “textualization of precedent.” [...] Peter Tiersma recently observed that “lawyers are paying much closer attention to the exact words of opinions than they did in the past”. [...] In his view, “[t]he words of an opinion are not evidence of the law, as they once were. They are the law (Komárek 2013: 155).*

identificado tres modelos: 1) modelo natural, 2) modelo de resultados y 3) modelo de reglas<sup>185</sup>.

1) Modelo natural: De acuerdo con este modelo, los PJ están constituidos por las razones morales que los justifican. Así, el funcionamiento normativo de los PJ se explica exclusivamente en virtud de los principios subyacentes que justifican las providencias judiciales y que constituyen razones para la acción; estas deben ser consideradas, junto al resto de razones normativas disponibles, en la toma de decisiones en casos posteriores, por parte de los jueces. Alexander define el modelo natural en los siguientes términos:

I labeled it “natural” to emphasize the fact that the later court –the constrained court– is merely deciding its cases as it naturally should, that is, by taking into consideration all relevant facts and then reaching a decision it deems correct in light of those facts. The precedent decision, or, more precisely, the behavior induce by it, is a fact, though it is just one fact among many that might be relevant (Alexander, 2012: 75-76).

De acuerdo con esto, los PJ no tienen un significado independiente de aquello que los principios morales subyacentes establezcan. Como se observa, este modelo rechaza la tesis de la autonomía de los precedentes, por cuanto no se considera que estos tengan, *per se*, un contenido normativo, ni que constituyan razones para la acción distintas e independientes de las razones morales. En ese sentido, lo que explica el contenido de los PJ son las razones morales que justifican las decisiones judiciales, de manera tal que el modelo natural no otorga ninguna función normativa relevante a los PJ. Estos pueden considerarse evidencia de la existencia de determinadas razones para la acción, pero no razones para la acción en sí mismos.

No obstante, este modelo no explica el funcionamiento normativo de los PJ en los ordenamientos jurídicos que reconocen la RP. Cabe recordar que, cuando se reconoce una doctrina o RP, eso significa que se reconoce la función normativo-autoritativa del precedente. Así, los sujetos vinculados deben seguir el PJ, con independencia de las razones o consideraciones que lo justifican (esto es con independencia de que los sujetos los consideren incorrectos). De esta manera, el modelo natural no logra explicar cómo los PJ tienen relevancia práctica autoritativa

---

<sup>185</sup> Para una presentación crítica de estos modelos, véase Alexander (2012: 75-82), y Alexander y Sherwin (2008: 31-63).

en el razonamiento práctico de los individuos vinculados, pues, por una parte, el precedente cuenta con el mismo sentido y la misma fuerza que el principio o la razón (o conjunto de razones) que lo justifican, y por otra, los agentes siempre deben consultar todas las razones que resulten aplicables al caso. Un PJ, en el modelo natural, puede tener, cuando mucho, una función indicativa o persuasiva, al llegar a ser una razón para creer que debe realizarse determinada conducta; sin embargo, no puede explicar aquellas situaciones en que, en efecto, los precedentes obligan.

En otras palabras, el modelo de principios puede, según su hipótesis, explicar las prácticas en que a los PJ les es otorgada una autoridad teórica o persuasiva, pero es insuficiente para explicar las prácticas que cuentan con una RP, de acuerdo a la cual los sujetos vinculados al PJ deben actuar de conformidad a este, aunque estén en desacuerdo con su contenido. En síntesis, este modelo no explica qué significa que un PJ tenga autoridad práctica, y por tanto, que obligue, salvo que por ‘obligación’ se entienda la noción trivial de que figure en el razonamiento práctico.

2) Modelo de resultados: Este es un modelo intermedio entre el modelo natural y el modelo de reglas. Según este modelo, el carácter vinculante de los precedentes se deriva de la comparación entre la decisión tomada en una decisión judicial precedente y la decisión actual. Piensese que en el precedente se decidió a favor de A, fundamentándose en la norma (N1), en un problema jurídico o conformado por los hechos F1, F2 y F3. En el caso actual, entre A' vs. B, los hechos son F1, F2, F3 y F4. De no existir el precedente, es posible que se justifique la decisión a favor de B, en virtud de la norma N2. Sin embargo, al existir el precedente judicial, se genera una razón para que el juez, en el caso posterior, falle a favor de A' (salvo que N2 tenga más fuerza que el precedente<sup>186</sup>).

Este modelo ha sido célebremente defendido por Dworkin, quien sostiene que el funcionamiento normativo de un precedente no puede ser explicado desde la noción de regla, sino desde la de *fuerza gravitacional*, esto es, la fuerza normativa que hace que los jueces decidan casos similares de forma similar. Por ello, el principio que justifica que dos casos similares se traten de la misma manera, es el que explica la

---

<sup>186</sup> La presentación de modelo de resultados puede verse, con algunas diferencias, en Alexander (2012: 78-79).

fuerza normativa de los precedentes (fuerza gravitacional), y no los términos que hayan sido empelados por un juez en la formulación de un precedente (Dworkin, 1977: 110-113).

El modelo de resultados sostiene, en definitiva, que el seguimiento de precedentes se limita a la comparación de los hechos del problema jurídico 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. Sólo cuando, en efecto, los casos sean similares en los aspectos relevantes, existe el deber de seguir el precedente. 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 identificar las normas o principios subyacentes que justificaron la decisión precedente, y decidir si resultan o no aplicables en el caso posterior. En concordancia, en la obligación de seguir los precedentes se deben consultar los hechos y las razones o normas que llevaron a los jueces anteriores a proferir sus decisiones y, a partir de esas normas, definir si los hechos del caso precedente son similares a los del caso actual. En el caso de que consideren que, en efecto, los casos son similares deben resolver de la misma manera al caso precedente<sup>187</sup>.

Más allá de esto, se debe tener en cuenta que no existen casos iguales, de manera que, si cada juez es libre de distinguir el supuesto fáctico de cada precedente, no existiría en realidad alguna forma de funcionamiento autoritativo de los precedentes. Por ello, el punto clave del modelo de resultados se puede sintetizar en la afirmación de que la normatividad de los precedentes, y el análisis de la similitud entre los hechos del problema jurídico del caso precedente y del caso actual depende, en definitiva, de una regla o un principio general. Es decir, 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. Ahora, si ese parámetro depende de la formulación de las reglas disponibles en las providencias judiciales precedentes, la explicación de la forma

---

<sup>187</sup> Para un examen de la forma como se espera que operen las distinciones en el seguimiento de precedentes, véase el clásico trabajo de Levi (1948). En el derecho colombiano, esta posición ha sido presentada por López (2006).

como operan los PJ 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 deviene en el natural. En síntesis, el modelo de resultados no puede explicar de forma autónoma el funcionamiento normativo de los PJ. Para ello, debe recurrir, o bien a la explicación del modelo natural, o bien a la explicación del modelo de reglas.

3) Modelo de reglas: Según este modelo, los PJ están constituidos por las reglas jurídicas formuladas en decisiones judiciales anteriores. Recuérdese que, de acuerdo con lo ya expuesto, 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. Según esto, se espera que los PJ operen como razón para la acción, que funcionen en el razonamiento práctico de forma autónoma, y también, que porten un significado independiente de consideraciones evaluativas distintas a las definidas en los PJ. En particular, para que los precedentes funcionen como tal, su significado debe ser autónomo respecto a las consideraciones evaluativas, no solo acerca de la justificación de la práctica de precedentes, sino también de la justificación de cada precedente considerado de manera individual.

En el modelo de reglas, por tanto, se espera que los jueces vinculados se abstengan del razonamiento moral sobre todas las cosas consideradas (propio del modelo natural), y en consecuencia, que sean guiados por la función excluyente de los precedentes establecidos. En este caso, debe ser posible que el juez identifique la regla aplicable al caso, reconozca el contenido normativo prescrito con independencia de las razones subyacentes, y decida en correspondencia.

A diferencia del modelo natural, que como vimos no explica en qué sentido los PJ pueden ser autoritativos, el modelo de reglas tiene una respuesta de la forma como los PJ operan en aquellos ordenamientos jurídicos que cuentan con una RP. Sin embargo, el modelo de reglas ha sido objeto de dos críticas fundamentales: la imposibilidad de dar cuenta del hecho que la actividad de identificación del contenido de los PJ es indeterminada y necesariamente valorativa (y por tanto, no autónoma), la incapacidad del modelo para explicar la facultad de los jueces de

ampliar o reducir el ámbito semántico de los PJ (mediante, por ejemplo, el *distinguish*) (Perry, 1987: 235-7), (Postema, 1996: 95-104) (Martin, 2014: 25-26, 36-40).

En los siguientes párrafos, se analizará el impacto de las estas críticas en el modelo de reglas y si, en definitiva, es cierto que los PJ no pueden pretender la autonomía que el modelo exige. La cuestión por resolver es, en primer lugar, si es cierto que los precedentes son radicalmente indeterminados, en el sentido de que no existe forma alguna de comprender las reglas de forma autónoma (es decir, comprender el significado de los precedentes como disposiciones normativas), por lo cual el modelo de reglas no podría dar cuenta de la normatividad de los precedentes; y en segundo lugar, si la facultad de distinguir los precedentes (esto es, de ampliar o reducir el alcance semántico de la regla) implica que, en definitiva, estos no son autónomos.

Para comprender el alcance de la discusión entre los modelos expuestos, debe hacerse énfasis en que la determinación del modelo de *ratio decidendi* es una cuestión contingente, dependiente de la forma como se implementa la RP en las reglas secundarias de cada ordenamiento jurídico<sup>188</sup>. Por ello, el modelo adoptado depende de los compromisos normativos adquiridos en el reconocimiento y la justificación de la RP<sup>189</sup>. Asimismo, tales modelos no son, de forma necesaria, excluyentes. Así, puede ocurrir que, según los contextos y en determinadas condiciones, la *ratio decidendi* sea comprendida a veces desde el modelo de reglas, y otras desde el modelo de principios. En efecto, dentro las prácticas jurídicas se pueden diferenciar los precedentes constituidos por reglas, de los precedentes en que lo fundamental no es la formulación de la regla, sino los principios subyacentes que aquellos han ido aplicando a la luz del

---

<sup>188</sup> Debe recordarse que la RP no se reduce a las normas jurídicas asociadas a la *ratio decidendi*. Como se observó en el capítulo I, en el derecho constitucional colombiano existen diferentes poderes normativos de la Corte Constitucional para crear normas jurídicas generales y abstractas. En ese orden de ideas debe tenerse en cuenta que las críticas señaladas acerca de la incapacidad explicativa del modelo de reglas se refiere a la forma en que opera la *ratio decidendi*, pero no a las otras formas de producción judicial de normas jurídicas.

<sup>189</sup> Komarek (2013) observa que buena parte de las confusiones alrededor del estudio del funcionamiento de los PJ obedece a la ideologización del modelo de *ratio decidendi* por parte del *common law*. Según el autor, en el análisis de estos problemas deben expandirse los marcos teóricos, de manera que se logre captar la riqueza de las formas en que los PJ cumplen su función normativo-autoritaria. De un modo similar, Tiersma ha demostrado cómo el precedente, a lo largo del tiempo, ha modificado su funcionamiento, naturaleza y estructura en el *common law*, de forma que los modelos teóricos para su explicación –dentro de ellos la noción de *ratio decidendi*– han tenido que adaptarse a dichos cambios (Tiersma, 2013).

segundo modelo. Es lo que ocurre con los precedentes constitucionales en Colombia: dentro de esta práctica jurídica se diferencian los precedentes surgidos de sentencias de unificación (sentencias SU) y de sentencias de constitucionalidad abstracta (sentencias T), de los surgidos en sentencias de tutela (sentencias T).

De acuerdo con la Corte Constitucional, en los casos de las sentencias C y SU, “basta una sentencia para que exista precedente debido a que las primeras unifican el alcance y la interpretación de un derecho fundamental [...] y las segundas, determinan la coherencia de una norma con la Constitución Política”<sup>190</sup>. En estos casos, la Corte ha explicado que el PJ está constituido por la *ratio decidendi* de sus providencias judiciales, es decir, aquellos apartados que constituyen en sí mismos una regla (facultad, prohibición u obligación), con un grado de especificidad lo suficientemente claro como para permitir resolver un problema jurídico, así como fijar o determinar el sentido de las disposiciones constitucionales<sup>191</sup>. Para este efecto, la Corte formula reglas con las cuales pretende regular, de forma autoritativa, una serie de casos. En seguida se verán, a modo de ejemplo, dos reglas jurisprudenciales surgidas de esta clase de decisiones.

En diferentes decisiones judiciales constitucionales en Colombia, los jueces y la propia Corte Constitucional habían reconocido una serie de garantías del derecho a la estabilidad reforzada derivada de la maternidad. Sin embargo, se presentaban contradicciones entre dichas decisiones judiciales, en particular respecto al tiempo en que la protección especial procedía, así como el tipo de relaciones jurídicas de trabajo en que ella resultaba aplicable. En este contexto, en la sentencia SU-070 de 2013, la Corte estableció la siguiente regla jurídica: “Procede la protección reforzada derivada de la maternidad [...] cuando se demuestre [...]: a) la existencia de una relación laboral o de prestación de servicio y, b) que la mujer se encuentre en estado de embarazo o dentro de los tres meses siguientes al parto, en vigencia de dicha relación laboral o de prestación”<sup>192</sup>.

---

<sup>190</sup> Corte Constitucional, Sentencia SU-230 de 2015 (M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

<sup>191</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-292 de 2006 (M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa).

<sup>192</sup> En esta sentencia, la Corte Constitucional resolvió una serie de casos relacionados con la estabilidad laboral reforzada de las mujeres. Con ello, se pretendió establecer una serie de reglas jurisprudenciales (incluida la del ejemplo), con el objeto de unificar las diferentes respuestas que venían dando los jueces y las salas de decisión de la propia Corte (véase Corte Constitucional, Sentencias T-426 de 1998, T-778 de 2000, T-206 de 2002, T-961 de 2002, T-206 de 2002, T-862 de 2003, T-848 de 2004 y T-071 de

Por otra parte, en la sentencia C-083 de 1995, la Corte Constitucional revisó la constitucionalidad del artículo 8 de la ley 153 de 1887, la cual establece que “cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulan casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales del derecho”. En la demanda de inconstitucionalidad se planteaba que el artículo 8 de la ley 153 de 1887 violaba el artículo 230 de la Constitución, al establecer que “Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”. El accionante planteó que el artículo 8 de la ley 153 de 1887 violaba el artículo 230 de la Constitución, por cuanto este solo define, como fuente de derecho, a la ley, sin contemplar, como fuentes auxiliares, la analogía, la doctrina constitucional y las reglas generales del derecho. La Corte Constitucional, en esa sentencia, definió que: 1) la ley es la fuente de derecho principal en Colombia, entendida en sentido amplio, como el conjunto de normas definidas por las autoridades jurídicas, establecidas a su vez por la Constitución colombiana, y creadas de acuerdo a las formas y los procedimientos reconocidos; y 2) que la enunciación de fuentes auxiliares, definida en el artículo 230 de la Constitución, es enunciativa y no taxativa.

Los precedentes de las sentencias SU-070 de 2013 y C-083 de 1995 son ejemplos de *ratio decidendi* formulados a la luz del modelo de reglas. En cualquier caso, existen situaciones en que los precedentes no pueden ser asociados con reglas, ni se exige a los operadores jurídicos tratarlos como tales. Esta idea ha sido recogida por la Corte Constitucional, a partir de la idea de jurisprudencia en vigor. De acuerdo con la Corte, cuando los órganos de cierre deben resolver un caso novedoso, los operadores están obligados, *prima facie*, a resolver de acuerdo al principio subyacente que justificó la decisión del caso precedente. En estas circunstancias, suele no ser posible identificar una regla general en los precedentes a la luz del primer modelo, sino en cambio, un principio o unas razones subyacentes de acuerdo al segundo modelo, donde la solución a los casos genéricos queda aún indeterminada<sup>193</sup>.

---

2007. El precedente sobre la estabilidad laboral reforzada, como ejemplo de *ratio decidendi*, según lo prescrito por primer modelo arriba estudiado, fue sugerido, para esta investigación, por la profesora Ingrid Suárez Osma.

<sup>193</sup> Corte Constitucional, Sentencia SU-230 de 2015 (M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

### 5.3.3. La identificación del contenido y la interpretación de los precedentes judiciales

Para dar cuenta de la actividad de identificación de los PJ, se debe explicar la relación entre los precedentes como fuentes o disposiciones normativas (las providencias como textos), y la norma jurídica que constituyen tales disposiciones (los precedentes judiciales como normas jurídicas). Buena parte de las discusiones sobre los PJ se han enfocado en la indagación de los criterios y métodos para identificar la regla formulada en ellos (actividad conocida en el derecho anglosajón como la ‘determinación de la *ratio decidendi*’ o “*holding*”)<sup>194</sup>.

Sin embargo, la noción de *ratio decidendi* es empleada en el discurso jurídico para hablar de diferentes cuestiones. Por una parte, se refiere a los fundamentos de las decisiones judiciales, y por otra, a los elementos conformadores de las normas jurídicas generales de origen judicial que resultan vinculantes. De acuerdo con esto, es posible señalar los siguientes significados en la noción de *ratio decidendi*<sup>195</sup>:

a) *Ratio decidendi* 1: La *ratio decidendi* es aquel aparte de las providencias judiciales que resulta necesario para la decisión, y que por tanto, guarda con esta una unidad de sentido, diferente de las expresiones generales y teóricas, consideradas *obiter dicta* (Cross y Harris, 2012), (Bernal Pulido, 2008). Según este significado, la cuestión de la identificación y la interpretación de la *ratio decidendi* consiste en la actividad tendente a determinar la norma general creada en una providencia judicial, con el fin de poder justificar sus fallos.

b) *Ratio decidendi* 2: Es la norma que, de acuerdo a los hechos relevantes del caso, el individuo X debe aplicar, y que a su vez, fue creada por otro juez (o conjunto de jueces). Según esto, la interpretación de la *ratio decidendi* consiste en comprender la norma creada por un juez (o conjunto de jueces) en casos precedentes.

Los sentidos 1 y 2 de *ratio decidendi* se diferencian en un aspecto fundamental. En estricto sentido, todas las decisiones judiciales tienen *ratio decidendi*, cuando el derecho vigente es insuficiente para arribar a una decisión. En efecto, se supone que

---

<sup>194</sup> Al respecto, véase, por ejemplo, Goodhart (1930), Magaloni (2001), Cross y Harris (2012), Garay (2013), Iturralde (1995) y López (2006).

<sup>195</sup> Sobre los distintos sentidos del término *ratio decidendi*, véase Chiassoni (2012) y Twining y Miers (1991).

las decisiones judiciales deben justificarse en normas generales de las cuales se derivan. La noción de *ratio decidendi* 1, por tanto, suele asociarse a la carga de justificación de las providencias. Los jueces, en sus providencias, están obligados a articular las razones sobre las cuales se deciden los casos. El proceso de la toma de decisiones requiere como condición necesaria, entonces, el uso de una premisa general. En palabras de Bulygin (2005: 34), el fundamento normativo de toda decisión judicial “es una norma general que soluciona el caso genérico al que pertenece el caso individual sometido a la decisión del juez”. De acuerdo con esto, cuando el derecho es insuficiente para determinar una respuesta judicial, el juez debe crear o reconocer una norma general que sirva de fundamento a su decisión. En sentido contrario, no todas las decisiones judiciales crean normas jurídicas generales, ni todas las normas generales creadas en las decisiones judiciales tienen la capacidad de vincular decisiones en el futuro, es decir que no tienen la capacidad de crear *ratio decidendi* 2. Para que los jueces puedan crear *ratio decidendi* 2, en primer lugar el ordenamiento jurídico debe reconocer la RP, y en segundo lugar dicha regla debe dar autoridad al juez para que, mediante esa *ratio decidendi*, vincule decisiones futuras.

La noción de *ratio decidendi* 2, por su parte, presenta una nueva ambigüedad. De acuerdo con el ideal del *common law*, como se observó, las normas de origen judicial no dependen de formulaciones lingüísticas o textualizadas. Según este modelo, la *ratio decidendi*, por lo tanto, se refiere a la regla correspondiente al contenido normativo interiorizado por la práctica judicial al resolver un conjunto de casos. De tal forma, la *ratio decidendi* corresponde a dicha regla. Por otra parte, a consecuencia del fenómeno de la textualización de los precedentes, como también se estudió, la *ratio decidendi* se refiere tanto a aquellos apartados de las sentencias que formulan la regla constituyente del precedente, como a esa misma regla. En este punto, conviene recordar la distinción entre disposiciones jurídicas (fuentes) y normas. En el ideal del *common law*, la fuente de la *ratio decidendi* es la práctica judicial, en concreto el conjunto de decisiones judiciales de las que se puede derivar o inferir una regla jurídica. Por su parte, en situaciones en que los precedentes se han textualizado, las disposiciones jurídicas se refieren, justamente, a la formulación lingüística del precedente, y la norma, al significado de esas formulaciones. Como se aprecia, en el caso de la textualización del precedente, la *ratio decidendi* se refiere tanto a la disposición (el texto) como a la

norma, mientras que en el ideal del *common law*, la *ratio decidendi* se refiere exclusivamente a la norma<sup>196</sup>.

En cualquier caso, bien sea desde la perspectiva del *common law* o del modelo legislativo, las prácticas que reconocen la RP pueden estar conformadas por un conjunto más o menos claro de reglas (*ratio decidendi* 2), que los jueces están obligados a aplicar. Ahora bien, en lo referido a la tarea de la comprensión de las normas generales que constituyen los precedentes, dicha actividad consiste en identificar, en primera medida, el contenido semántico de las fuentes o disposiciones que contienen la *ratio decidendi*. Aquí, lo importante de los PJ, para su funcionamiento como reglas, es que sean capaces (bien sea a través de la interiorización de la práctica o través del reconocimiento de la autoridad de las disposiciones) de portar un significado autónomo, como consecuencia de las funciones semánticas o pragmáticas del lenguaje<sup>197</sup>.

En torno al contexto normativo que, de acuerdo con lo ya visto, guía el significado pragmático de las disposiciones jurídicas, deben tenerse en cuenta, de nuevo, las razones que justifican la autoridad del precedente. En el capítulo 1 se explicó que, para comprender estas razones, se debe diferenciar entre el autprecedente y el precedente vertical. Se señaló que el autprecedente (en concreto el de las Altas Cortes) se justifica en virtud de los principios de universalización y consistencia (o integridad). Por su parte, la vinculación vertical del precedente de los órganos de cierre, se fundamenta en la autoridad otorgada a estos tribunales a fin de alcanzar una interpretación y un desarrollo coherente de la constitución y la ley. En estos términos, el precedente vertical se basa en la capacidad institucional de los órganos de cierre de coordinar una interpretación y un desarrollo coherente la constitución y la ley.

En concordancia, el contexto normativo que explica y justifica el significado pragmático de los PJ es diferente, según se trate del autprecedente o del precedente vertical. En cuanto al caso del precedente horizontal, existen razones para no vincular a los tribunales a la idea del significado autónomo de las reglas. La idea de integridad

---

<sup>196</sup> En este contexto, se consideran fuentes jurídicas, en sentido genérico, los “hechos” productores de normas, que pueden o no ser documentos, es decir, formulaciones lingüísticas de las normas. Por su parte, se consideran disposiciones jurídicas aquellas fuentes que formulan las normas, específicamente, mediante documentos.

<sup>197</sup> Véase Raz (1986: 35-7) y Hart (1982: 254-55).

y desarrollo consistente del derecho puede ser adecuadamente explicada a partir del modelo natural, el cual, como se vio, no exige que la *ratio decidendi* se comprenda como regla. Queda, sin embargo, la cuestión de definir si afirmar que la normatividad del autprecedente se explica a partir del modelo natural, implica rechazar que el autprecedente ejerza, en estricto sentido, autoridad.

La cuestión, sin embargo, es distinta en el caso del precedente vertical. Aquí, el contexto normativo se relaciona con la capacidad de la autoridad de los órganos de cierre para coordinar una aplicación consistente del derecho, lo cual, se reitera, exige que las reglas de aquellos órganos tengan un significado autónomo. Sin embargo, como consecuencia del principio de autonomía judicial, en algunos ordenamientos jurídicos (como el colombiano) se contemplan limitaciones a la autoridad del precedente. Por una parte, se deja fuera del alcance de la exclusión a un conjunto de razones contrarias a lo exigido por el precedente (véase los capítulos 1 y 3); y por otra, los jueces, autorizados por la RP, pueden consultar las razones subyacentes y, en consecuencia, modificar el alcance semántico de la *ratio decidendi*. Sin embargo, como se ha sostenido a lo largo de este trabajo, la autorización de consultar las razones subyacentes no implica, de forma necesaria, que se derrote la autonomía del significado del precedente<sup>198</sup>.

#### **5.3.4. Los retos de cara a la autonomía del significado de los precedentes judiciales**

Algunos críticos del modelo de reglas sostienen que este no es adecuado para explicar los PJ, por cuanto: 1) el contenido normativo de estos es indeterminado, y por tanto su significado no es autónomo respecto de las consideraciones evaluativas de los intérpretes, como el modelo pretende; y 2) no puede dar cuenta de la facultad de los jueces de realizar distinciones para ampliar o reducir el contenido semántico de los PJ (*distinguish*)<sup>199</sup>. En seguida, a modo de cierre de este capítulo, se retoman las respuestas a estas críticas.

---

<sup>198</sup> En todo caso, debe considerarse la posibilidad de que la RP no autorice consultar las razones subyacentes. Es el caso del precedente constitucional en Colombia en relación con las autoridades no judiciales, pues, como se vio en el capítulo 1, la facultad de distinguir se limita a los órganos judiciales.

<sup>199</sup> La formulación de estas críticas puede verse, por ejemplo, en Duxbury (2008) y Postema (1996).

1) De acuerdo con la primera crítica, dado que no es posible identificar el PJ con la formulación de una regla, se afirma que los PJ deben asociarse a los principios subyacentes que, de acuerdo con el intérprete, justifican las decisiones judiciales. Así, por ejemplo, Cross y Harris sostienen que “aunque es indudable que la *ratio decidendi* de un caso anterior necesariamente tiene que extraerse del lenguaje que el juez utilizó para decidir tal caso, es claro que, por lo menos en cuanto se refiere al significado de las palabras, el intérprete tiene casi tanto que decir como el juez que formuló la regla” (Cross y Harris, 2012: 65). En esta línea, Gerald Postema ha afirmado que la construcción del contenido de los precedentes judiciales en el *common law* depende inevitablemente de consideraciones morales (Postema, 1996: 96).

Ahora bien, hay dos argumentos que descartan esta crítica contra el modelo de reglas. En primer lugar, se ha visto que la noción de *ratio decidendi* es ambigua. En relación con la noción de determinación de la *ratio decidendi* 2 (la norma jurídica general que deben aplicar los sujetos vinculados), esta se emplea en el discurso jurídico para referirse a dos actividades distintas.

En cuanto a la primera de estas, se denomina ‘determinación de la *ratio decidendi*’ al conjunto de actividades tendentes a crear o consolidar una regla jurídica. Este sentido de la determinación de la *ratio decidendi* puede ser ejemplificado con la noción de línea jurisprudencial o línea de precedentes (López, 2006). Se afirma que las reglas jurídicas que constituyen los precedentes están constituidas por un conjunto de casos que, poco a poco, fueron determinando unos contenidos normativos específicos. De esta manera, las líneas de precedentes estarían conformadas, entre otros, por cuatro tipos de sentencias hito (*leading cases*): las sentencias fundadoras que resuelven, por primera vez, el problema jurídico en que se enmarca el PJ; las sentencias confirmadoras, que consolidan la regla en un sentido determinado; las sentencias moduladoras, que restringen o amplían el sentido de la regla (sentencias donde se manifiesta el ejercicio del *distinguish*), y las sentencias modificadoras, que cambian la regla (sentencias en las que se manifiesta el ejercicio del *overruling*).

En cuanto a la segunda actividad, esta consiste en la comprensión del significado de la regla existente. Por lo dicho en el párrafo anterior, la *ratio decidendi* se determina a lo largo de los casos que conforman la línea, hasta que la regla jurídica logra consolidarse. Y una vez la *ratio decidendi* se ha consolidado, la actividad de determinación de la *ratio decidendi* se refiere, justamente, a dicha comprensión del significado de la regla existente. De acuerdo con esto, aunque en principio, cuando la línea no se ha consolidado, existan dudas respecto del significado de la *ratio decidendi* y la actividad de cada juez sea fundamental para determinar el significado de la regla, una vez esta se ha consolidado la cuestión deja de ser tan “dudosa” como esta crítica pretende.

Debe tenerse en cuenta que la noción de línea jurisprudencial (de la forma como es explicada, por ejemplo, en López, 2006) se asocia al modelo o ideal del *common law* de la creación judicial del derecho. Según este modelo, para comprender la regla jurídica que constituye el precedente se debe reconstruir la serie de decisiones que, lenta y progresivamente, definen el contorno de la regla jurisprudencial. Sin embargo, en el caso del modelo legislativo, como se explicó, la creación de la regla jurisprudencial resulta evidentemente más sencilla, pues depende de la decisión legislativa del juez o tribunal, y por lo tanto, el intérprete solo debe identificar el texto relevante y asignarle significado (Komareck, 2013).

En segundo lugar, la crítica analizada exagera la indeterminación de las reglas jurisprudenciales. En efecto, todas las prácticas que reconocen la RP están conformadas por un conjunto de reglas lo suficientemente claras. En palabras de Schauer, aunque existan casos “grises”, es un error pensar que los precedentes “no son más que esas áreas y esos límites difusos” (Schauer, 2012: 39). En esa misma línea, Hart sostiene que, pese a que en muchos casos la determinación de los precedentes pueda ser disputada, la práctica de precedentes puede producir un cuerpo estable de reglas, que son tan determinadas como cualquiera de las contenidas en las leyes (Hart, 1994). En un sentido similar, Raz (2011) sostiene que, aun cuando las reglas para determinar la *ratio decidendi* están generalmente sometidas a discusión, la identificación de los precedentes es razonablemente sencilla.

En suma, una reconstrucción general de la forma como se identifican las reglas que constituyen los PJ, no resulta radicalmente distinta de la diferenciación tradicional entre casos fáciles y difíciles. Hay casos en que los precedentes tienen un significado autónomo, incluso gracias a su contenido semántico. En estas situaciones, la determinación del PJ consiste en la identificación de la regla jurisprudencial, de acuerdo a las funciones semánticas del lenguaje en que dichas reglas son expresadas. En otras situaciones, aunque las funciones semánticas sean insuficientes, los intérpretes pueden recurrir a las funciones pragmáticas del lenguaje y comprender el significado de los precedentes. Con todo, habrá, como es obvio, precedentes indeterminados a los que no sea posible asignar significado, ni mediante las funciones semánticas ni mediante las pragmáticas.

2) De acuerdo con la segunda crítica, el modelo de reglas no puede explicar la facultad de los jueces de realizar distinciones (*distinguish*). Se afirma que la obligación de seguir el PJ es en realidad una disyuntiva: los jueces deben o bien seguirlo o bien distinguirlo<sup>200</sup>. Según esto, la facultad de distinguir implica que los precedentes no tienen contenido normativo autónomo, toda vez que dicha facultad implica la posibilidad de la modificación de la regla. Sin embargo, de acuerdo con la conclusión del apartado anterior, es posible diferenciar entre el significado semántico y el pragmático de las disposiciones jurídicas. Así, aunque la facultad de distinguir implique, en alguna medida, la derrotabilidad de la autonomía semántica de las disposiciones jurídicas que constituyen los precedentes, ello no significa, de forma necesaria, que se derrote la autonomía del significado. Para corroborar esto, a continuación se examinará, brevemente, en qué consiste la facultad de distinguir y cuál es su impacto en la pretensión de autonomía del significado.

En diferentes ordenamientos jurídicos, la RP establece que, en principio, el contenido semántico de los precedentes debe ser respetado, a menos que pueda ser distinguido, es decir, que se encuentren razones para ampliar o reducir su alcance semántico. En palabras de Bankowski et al. (1997a: 323), los precedentes tienen fuerza vinculante siempre que deban ser seguidos, a menos que puedan ser distinguidos en algún punto significativo. En este sentido, como se mencionó antes,

---

<sup>200</sup> Véase Lamond (2014) y Raz (2011).

la RP en el derecho constitucional colombiano exige que los jueces sigan el contenido semántico de los PJ, excepto si logran demostrar que, de acuerdo con las razones subyacentes (las razones tenidas en cuenta por la Corte Constitucional), se justifica que dicho contenido semántico sea ampliado o reducido

En otras palabras, cada caso debe ser decidido de acuerdo con la regla jurisprudencial derivada del contenido semántico de los PJ, salvo que los jueces amplíen o reduzcan el contenido semántico del precedente. El contenido semántico se amplía cuando, en el ámbito de aplicación de la regla jurisprudencial, se incluye una propiedad que no hace parte de la designación de los términos empleados en el precedente. Por otra parte, el contenido semántico se reduce cuando, del ámbito de aplicación de la regla jurisprudencial, se excluye una propiedad que hace parte de la designación de los términos empleados en el precedente. Para explicarlo mejor, se retoma aquí un caso ya presentado anteriormente.

Un adulto mayor demanda para que las empresas prestadoras de salud le suministren pañales, por cuanto sufre una enfermedad que le ha provocado incontinencia urinaria. Para decidir, se discutieron los argumentos a favor y en contra de la petición. Piénsese que se consideraron los argumentos económicos que desaconsejan otorgar ese derecho (razón *p*). Se consideró, además, que se debería reconocer ese derecho, por cuanto la falta de atención a la incontinencia afecta la salud de los adultos mayores (razón *q*); y además, que cuando los adultos mayores no tienen suficientes recursos económicos, el Estado debe asistirlos (razón *s*). En consecuencia, se decidió a favor del solicitante y se definió la siguiente regla jurisprudencial: “A los adultos mayores, las empresas prestadoras de salud deberán proveerlos de pañales en aquellas situaciones en que por su situación médica se hagan exigibles”. En un caso posterior (caso 2), un anciano reclama, además de pañales, crema antipañalitis y paños húmedos. La empresa de salud autoriza los pañales, pero rechaza la solicitud de la crema y los paños. Por su parte, el juez que decide, amplía el alcance semántico de la regla e incluye tanto la crema como los paños. En efecto, aun cuando estos productos no hacen parte de la designación del término ‘pañales’, el juez decidió incluirlos, como consecuencia de las razones *q* y *s*. Después, en el caso 3, un anciano reclama pañales, crema y paños húmedos. Sin embargo, se acredita que el solicitante cuenta con recursos económicos suficientes

para sufragar el gasto de esos materiales. El caso hace parte del contenido semántico del precedente (incluida la modificación del caso 2). Sin embargo, el juez, en virtud de la razón *s*, decide excluir al anciano de la regla.

De tal manera, el caso 2 es un ejemplo de ampliación del alcance semántico del precedente, y el caso 3 lo es de su reducción. Lo que interesa resaltar es que es consistente afirmar que, pese a que en los casos 2 y 3 se modificó el alcance semántico, no se derrotó la autonomía del significado del precedente. La discusión acerca de la facultad de ampliar es análoga a la de la relación entre las reglas y las razones subyacentes. Recuérdese la diferenciación entre los casos en que la autonomía semántica de las disposiciones es superada por razones subyacentes excluidas, y los casos en que es superada por razones subyacentes no excluidas. Se vio cómo, en primera medida, esta es una cuestión contingente. En algunas prácticas normativas, se espera que las disposiciones jurídicas funcionen con exclusión de las razones subyacentes (este puede ser el caso de lo que, en derecho comercial, se conoce como ‘autonomía de los títulos valores’). En otras prácticas, por el contrario, las reglas, en cuanto razones de segundo orden, no solo no excluyen determinadas razones, sino que las incluyen.

Es posible, por lo tanto, que la RP incluya, como consideración normativa relevante, las razones que llevaron al juez a crear el precedente. Pero asimismo, la facultad de distinguir no autoriza al juez a recurrir a cualquier tipo de consideración. El juez no puede recurrir a razones que resulten contrarias al significado del precedente, y además, no puede reabrir el balance de las razones. De hecho, lo que permite la facultad de distinguir es la consulta de esas razones para comprender, de manera adecuada, el significado de la disposición. En ese sentido, cuando el juez, en el caso 2, incluyó la crema y los paños dentro del ámbito del precedente, lo que hizo fue comprender, de manera adecuada, el significado de la regla jurisprudencial. En otras palabras, esas consideraciones (las razones *q* y *s*) forman parte del contexto normativo relevante, necesario para una adecuada comprensión del significado mediante la interpretación de la regla jurisprudencial. En consecuencia, la

autonomía del significado se conserva, toda vez que, como se concluyó antes, una cosa es comprender esas razones, y otra diferente es evaluarlas<sup>201</sup>.

En todo caso, no existe un concepto de PJ que lleve a concluir, de forma general, que toda RP debe incluir la facultad de distinguir. Es posible, en efecto, que los sujetos vinculados no tengan la facultad de consultar las razones subyacentes, de forma que las reglas jurisprudenciales excluyan, incluso, las razones subyacentes. De esta forma, una facultad general de distinguir los precedentes no da cuenta de cómo funciona buena parte de las normas jurídicas de origen judicial (como los reglamentos generales examinados en el capítulo 1). Lo mismo puede decirse, en el derecho colombiano, de la vinculatoriedad del precedente constitucional para las autoridades administrativas. En efecto, la Corte Constitucional ha sostenido que las autoridades administrativas deben seguir los precedentes constitucionales de forma estricta, es decir, que no les es posible realizar distinciones a partir de los principios subyacentes de los precedentes<sup>202</sup>.

Para finalizar, cabe anotar tres precisiones sobre la posibilidad que tienen los individuos de ejercer el *distinguish*. En primer lugar, es posible diferenciar entre la facultad de distinguir y la de modificar el precedente. En efecto, puede darse que el juez A distinga un PJ –al tener la facultad de distinguirlo–, pero que no tenga la autoridad para modificarlo, es decir, que no tenga el poder normativo de modificar su estatus como razón para la acción respecto a otros individuos. En segundo lugar, los ordenamientos jurídicos que reconocen la RP definen las condiciones en que los individuos pueden distinguir; esto debido a que, si esta facultad se libra a la

---

<sup>201</sup> En estos casos, de acuerdo con Raz, la facultad de distinguir es una facultad moderada o tenue. Allí, las distinciones deben someterse a dos condiciones fundamentales: 1) la regla distinguida debe ser la misma que la creada en el precedente, a la que se le suma o resta una condición adicional para su aplicación; y 2) la regla resultante debe ser tal que se justifique el orden de razones establecido en el PJ modificado. Como se aprecia, la facultad de distinguir, de acuerdo con Raz, no implica la anulación o modificación de las razones subyacentes del PJ, sino la modificación de las condiciones semánticas (consistente con tales razones) que modifican las condiciones de aplicación de la regla (Raz, 2011).

<sup>202</sup> Véase Corte Constitucional, Sentencias C-634 de 2011 (M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva), C-539 de 2011 (M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva) y C-335 de 2008 (Humberto Sierra Porto). Este tribunal, en distintas ocasiones, ha sostenido el modelo de reglas. Así, ha afirmado que, para verificar si una *ratio decidendi* se ha identificado de forma correcta, debe considerarse: 1) si la sola *ratio* constituye una regla específica que resuelve el problema jurídico planteado ante la jurisdicción; (2) si en cuanto regla, debe implicar una autorización, una prohibición o una orden, o (3) si debe fijar el sentido de la norma constitucional o legal en la cual se basó el juez para resolver el problema jurídico (véase Sentencias C-039 de 2003 y T-292 de 2006; M.P.: Manuel José Cepeda).

discrecionalidad de los individuos, la autoridad del PJ devendría en superflua, pues lo que regularía la conducta, en realidad, serían las razones subyacentes y no el PJ en sí mismo. En tercer lugar, cuando se distingue, el individuo no modifica la relación entre las razones subyacentes y las excluidas contrarias a la conducta exigida. En efecto, en los casos de distinción se autoriza a los individuos a consultar las razones subyacentes (por ejemplo, las razones *q* y *s*), no a modificar la relación de estas con las razones excluidas contrarias a la conducta exigida (por ejemplo, la razón *p*).

#### **5.4. RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES**

La posibilidad de que el derecho sea autónomo está asociada a la autonomía del significado de sus disposiciones. Sin embargo, la autonomía del significado de las disposiciones jurídicas no se reduce a su autonomía semántica. Si el significado depende tanto de consideraciones semánticas como pragmáticas, la autonomía del significado de las normas puede alcanzarse en función de estas consideraciones en el lenguaje jurídico. Por ello, en los casos en que las reglas secundarias del ordenamiento jurídico autorizan, principalmente a los jueces, para que consulten las razones que en específico justifican determinado contenido semántico, no significa que, de forma necesaria, el significado de las disposiciones jurídicas no sea autónomo. La autonomía del significado sería vencida solamente en aquellos casos en los que, o bien cuando no sea posible reconstruir esas razones sin recurrir a consideraciones valorativas adicionales, o bien cuando las reglas secundarias autorizan a los jueces para que reabran el balance de las consideraciones normativas en juego.

Así las cosas, la tesis de la autonomía de las reglas (como tesis normativa de la autoridad) es independiente de la tesis de la autonomía del significado de las disposiciones jurídicas (como tesis lingüística). Por tanto, el solo hecho de demostrar que una disposición jurídica es capaz de portar significado de forma autónoma, no demuestra que la autoridad que la estableció sea legítima. Asimismo, como se explicó, es posible diferenciar la tesis de la autonomía del significado de la tesis de la autonomía semántica. La autonomía semántica es, en suma, una de las formas que pueden emplear los ordenamientos jurídicos para alcanzar la autonomía de significado.

Por otra parte, existen relaciones entre la pretensión de autonomía del derecho y la objetividad del significado de las disposiciones jurídicas. La justificación de la autoridad sugiere que las directivas de esta deben ser capaces de transportar, mediante su significado, las razones subyacentes y objetivas de las reglas que crean. Así, la determinación del significado, tanto lingüístico como interpretativo, de las disposiciones jurídicas, debe ser consistente con la tesis de que la autoridad es un vehículo entre las razones subyacentes objetivas y los individuos. Si las razones son objetivas, es de esperar que las consideraciones para la determinación del significado de las disposiciones de la autoridad (por ejemplo, las disposiciones jurídicas), también lo sean.

A partir de estas consideraciones, se concluyó que la posibilidad de ampliar o reducir el ámbito semántico de los PJ no implica, de forma necesaria, que estos no puedan ser constitutivos de reglas o que su significado no pueda pretender autonomía. No es que, de forma necesaria, los PJ deban ser constitutivos de reglas autónomas, pues la RP es contingente y su contenido es variable, por lo cual es posible que implemente una práctica de precedentes con pretensión de autonomía y, asimismo, sin pretensión de autonomía. En oposición a algunos críticos del modelo de reglas, se sostuvo que: a) una reconstrucción de la forma como se identifican las reglas que constituyen los PJ, no resulta radicalmente distinta de la diferenciación tradicional entre casos fáciles y difíciles; y b) es posible que la RP reconozca la facultad de ampliar o reducir el contenido semántico de los PJ, en función de un conjunto delimitado de razones subyacentes no excluidas, y que además, se conserve la autonomía del PJ, siempre que dicha facultad se limite a comprender esas razones y no a reevaluarlas. Por último, se dijo que no es acertado concluir que la RP, de modo necesario, deba reconocer la facultad de ampliar o reducir el ámbito semántico de los PJ. La posibilidad de incluir o excluir determinadas razones subyacentes en el contenido de los PJ depende de la implementación de la RP en cada ordenamiento jurídico.

**CAPÍTULO 6:**  
**LA NORMATIVIDAD DE LAS SANCIONES JURÍDICAS Y LA**  
**RELEVANCIA DE LOS MECANISMOS DE DISCIPLINA**  
**JURISPRUDENCIAL**

En los capítulos anteriores se explicó que la función excluyente de los precedentes judiciales (PJ) no es incompatible con las limitaciones establecidas en la regla de precedente (RP) respecto a su fuerza y ámbito. Se diferenció entre el alcance de la exclusión y la derrotabilidad de las reglas; y se señaló el impacto de esta diferenciación en la posibilidad de que la fuerza de los PJ sea superada en virtud de un conjunto de razones (las que no hacen parte del alcance de la exclusión), así como en la facultad otorgada a los jueces para ampliar o reducir el ámbito semántico de los PJ, a consecuencia de la aparición de conflictos entre las razones subyacentes y las formulaciones de las reglas que los constituyen a aquellos.

Por otra parte, se explicó que la elucidación de la normatividad del derecho debe aclarar cómo sus normas son constitutivas de razones para la acción. Se señaló cómo, sobre todo a partir de la obra de Hart, la explicación de la naturaleza del derecho (y en particular de su autoridad práctica) se ha desligado de la elucidación de la forma como los ordenamientos jurídicos emplean sanciones. Sin embargo, en el capítulo 1 se señaló cómo los ordenamientos que reconocen la RP suelen emplear diferentes tipos de mecanismos de disciplina jurisprudencial, para asegurar que, principalmente a través de sanciones, los sujetos vinculados actúen de acuerdo a lo definido por los PJ. En el derecho constitucional colombiano, por ejemplo, se establece que los individuos pueden ser sancionados, penal y disciplinariamente, cuando desconozcan el deber de seguir los PJ. En este contexto, recientemente, Schauer ha planteado un cuestionamiento: ¿cómo puede ser que, a pesar de la importancia que las prácticas jurídicas reales le asignan a las sanciones, estas no formen parte de la explicación de la naturaleza del derecho? (Schauer, 2015).

Con base en lo anterior, en este capítulo se estudiarán las relaciones entre las sanciones jurídicas y el carácter normativo del derecho, o en otras palabras, cómo ellas se constituyen en fuente de razones para la acción. No sobra advertir que las conclusiones sobre las relaciones entre el derecho y las sanciones son aplicables, desde luego, a las relaciones entre la autoridad práctica de los precedentes y la existencia de sanciones. De acuerdo con esto, en la primera parte del capítulo se presentan brevemente los mecanismos sancionatorios establecidos en la RP en Colombia; y en la segunda parte, se hacen algunas precisiones sobre el concepto de sanción y la forma como este opera en el razonamiento práctico. Por último, se explican las relaciones que se pueden presentar entre el derecho y la existencia de sanciones. La propuesta presentada a continuación se puede resumir en tres tesis:

1) Para comprender adecuadamente la naturaleza de las sanciones, se debe diferenciar entre sanción, coerción y coacción; con base en esto, se sostiene que lo característico de las sanciones es ser fuente de motivos para la acción a través de la coerción, y que, a diferencia de los vínculos conceptuales entre sanción y coerción, las relaciones entre sanción y coacción son contingentes.

2) No existen conexiones necesarias entre la naturaleza normativa del derecho y el establecimiento de las sanciones; cuando las autoridades jurídicas deciden establecer sanciones, la naturaleza normativa de las disposiciones jurídicas no depende, conceptual ni constitutivamente, de la existencia de sanciones, sino que, en un sentido contrario, el establecimiento de sanciones se justifica en la existencia de un deber jurídico.

3) Es posible distinguir entre la fuerza normativa del derecho, entendida como su capacidad de ser fuente de razones justificatorias para la acción, y su fuerza coercitiva, entendida como su capacidad de ser fuente de motivos basados en el autointerés, para actuar conforme a las normas jurídicas.

## **6.1. MECANISMOS INSTITUCIONALES DE DISCIPLINA JURISPRUDENCIAL**

Los ordenamientos jurídicos que reconocen la RP pueden emplear dos mecanismos para asegurar que los sujetos vinculados actúen de acuerdo a los PJ. Por una parte, se

pueden establecer recursos y acciones para anular las decisiones que no sigan los PJ; y por otra, se pueden establecer sanciones para las autoridades o individuos que tampoco los sigan (Peczenik, 1997). La Corte Constitucional colombiana ha recurrido a ambos mecanismos: 1) existe la posibilidad de anular las decisiones de las autoridades que desconozcan la RP, mediante la revisión de las sentencias de tutela que dictan todos los jueces del país, y mediante la doctrina de la procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales que desconocen precedentes constitucionales; 2) la RP en Colombia ha definido que los sujetos que desconozcan el deber de seguir los PJ, pueden ser sometidos a sanciones disciplinarias y penales. A continuación, se estudian estos dos mecanismos en el contexto colombiano.

1) La Corte Constitucional ha sido encargada de dos asuntos específicos: el control abstracto de constitucionalidad de normas con rango de ley, y el control concreto mediante la revisión de decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de derechos constitucionales fundamentales. En cuanto a lo primero, la Corte está encargada de revisar la constitucionalidad de las leyes y los actos reformativos de la Constitución. Por otra parte, mediante la revisión de las decisiones de los jueces, la Corte funciona como órgano de cierre, para lo cual, entre otras cosas, revoca las decisiones de los jueces que desconocen los precedentes constitucionales definidos por ella.

Al ser todos los jueces competentes para conocer las acciones de tutela, y al tener la Corte Constitucional competencia para ser su órgano de cierre mediante la revisión de decisiones judiciales referentes a ellas, esta Corte ha pretendido que todos los jueces se sometan a los precedentes fijados por ella. Como se ha dicho, en caso de que algún juez o tribunal desconozca alguno de tales precedentes, la Corte puede revocar esas decisiones en la revisión de las acciones de tutela.

Además, la Corte Constitucional ha establecido que procede la acción de tutela como mecanismo de disciplina jurisprudencial, y ha definido que los jueces que desconozcan los precedentes podrán incurrir en el delito de prevaricato. En el capítulo 1, se explicó que los precedentes de la Corte plantean una autoridad vertical respecto de los diferentes niveles de la organización de la rama judicial colombiana. En este panorama institucional, la acción de tutela contra las decisiones judiciales

de la jurisdicción ordinaria, y en particular contra sus órganos de cierre, ha sido el principal recurso para asegurar la supremacía de la Corte Constitucional.

De acuerdo con la doctrina de la acción de tutela contra sentencias, si una decisión judicial es contraria a la RP, procede la acción de tutela, de tal forma que la decisión demandada podrá ser anulada mediante este mecanismo procesal. En este orden de ideas, la doctrina de la acción de tutela contra sentencias desarrollada por la Corte Constitucional se ha constituido en el mecanismo para: i) asegurar su autoridad como órgano de cierre, con voz definitiva en las discusiones jurídicas; y ii) garantizar la disciplina jurisprudencial para asegurar el respeto de la RP<sup>203</sup>.

2) Según lo dicho hasta acá, los mecanismos de disciplina jurisprudencial, en el caso de los precedentes constitucionales en Colombia, se refieren, en primer lugar, a la probabilidad de que la Corte Constitucional revoque los fallos de tutela de los jueces de instancia, y en segundo lugar, a la anulación de las decisiones de los jueces, tribunales y cortes de la jurisdicción ordinaria, por parte de jurisdicción constitucional, mediante la procedibilidad de la acción de tutela contra sentencias. Además de esto, la RP en Colombia contempla dos mecanismos sancionatorios específicos: a) sanciones disciplinarias por desconocimiento de precedentes, y b) sanciones penales por prevaricato. En palabras de la Corte Constitucional:

[E]l desconocimiento [del precedente] [...] puede acarrear responsabilidad administrativa, disciplinaria o incluso penal del funcionario público. Esto último por cuanto, de conformidad con el artículo 413 de la ley 599 de 2000 o Código Penal, todo servidor público [...] puede incurrir en el delito de prevaricato por acción, cuando contraría de manera manifiesta la ley, la cual incluye la jurisprudencia judicial de las Altas Cortes<sup>204</sup>.

De acuerdo con esto, la Corte Constitucional entiende que el seguimiento de precedentes se considera parte del deber general de “Respetar, cumplir y, dentro de la órbita de su competencia, hacer cumplir la Constitución, las leyes y los reglamentos”<sup>205</sup>. En consecuencia, los funcionarios que desconozcan los

---

<sup>203</sup> Para un estudio de la relación entre la RP y la acción de tutela contra sentencias como mecanismo de disciplina jurisprudencial, véase Pulido Ortiz (2009 y 2015).

<sup>204</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-539 de 2011 (M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva).

<sup>205</sup> Constitución Política de Colombia, artículo 230, y Ley Estatutaria de Administración de Justicia, artículo 153, numeral 1.

precedentes, y de esa forma incumplan dicho deber, pueden ser sometidos a sanciones disciplinarias, tal como lo han establecido, en diferentes ocasiones, tanto la Corte Constitucional como la Corte Suprema de Justicia<sup>206</sup>.

Por otra parte, se ha establecido que, además de verse expuestos a sanciones disciplinarias, los individuos pueden acarrear sanciones penales por desconocimiento del precedente. La Sentencia C-355 de 2008 determinó que el desconocimiento de precedentes constituye causal de prevaricato. El artículo 413 de la Ley 599 de 2000 define el prevaricato por acción en los siguientes términos: “El servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley, incurrirá en prisión”. Esta norma fue demandada mediante acción pública de inconstitucionalidad, porque según el actor, no incluía como causal de prevaricato el desconocimiento de los precedentes constitucionales. Pero la Corte Constitucional declaró la constitucionalidad de la norma demandada, afirmando:

[E]l tipo penal, tal y como se encuentra descrito en el artículo 413 de la Ley 599 de 2000, comprende los supuestos que los demandantes consideran excluidos, esto es, que si en el caso concreto resulta aplicable [...] la jurisprudencia constitucional, y el operador jurídico realiza una aplicación manifiestamente contraria a ésta, en los términos y condiciones previstos en el derecho penal, puede ser sancionado por la comisión del delito de prevaricato por acción<sup>207</sup>.

Aunque la Corte Constitucional matizó su decisión, al asegurar que el delito de prevaricato por desconocimiento de precedente ocurre solo en relación con aquellos precedentes constantes, es decir, los que son reiterados en numerosas sentencias, y que “se limitan a reafirmar la vigencia de una subregla constitucional perfectamente consolidada”, lo cierto es que estableció un mecanismo sancionatorio mediante el cual pretende generar motivos para que los jueces adecúen sus decisiones a las reglas establecidas en los precedentes constitucionales. Sin embargo, como se estudia a lo largo de este trabajo, la existencia y justificación de la técnica

---

<sup>206</sup> Corte Constitucional, Sentencias C-539 de 2011 (M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva), T-453 de 2011 (M.P.: Nilson Pinilla Pinilla), C-634 de 2011 (M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva), C-083 de 1995 (Carlos Gaviria Díaz) y T-656 de 2011 (Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

<sup>207</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-355 de 2008 (M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto). Véase también la Sentencia T-656 de 2011 (M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub). Esta tesis ha sido admitida y aplicada por la Corte Suprema de Justicia (véase Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado 39456 de 2013, y Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado 403 de 2012).

sancionatoria es independiente del carácter normativo de las reglas establecidas por la Corte Constitucional.

En suma, los mecanismos de disciplina jurisprudencial establecidos en la RP en Colombia, combinan la posibilidad de que todas las decisiones y los actos jurídicos sean anulados, con la posibilidad de que las autoridades que actúen o decidan en contra de la RP sean sancionadas, incluso penalmente. Con base en esto, en lo que resta de este capítulo se estudiará la relación entre la normatividad del derecho (cómo los deberes jurídicos se constituyen en razones para la acción) y la existencia de sanciones. En definitiva, no hay duda de que el seguimiento de los precedentes en Colombia está respaldado por la existencia de sanciones jurídicas. Ahora, se debe analizar la relación entre la existencia de sanciones y la pretensión de autoridad práctica de las normas jurídicas. Para ello, en el apartado siguiente se estudiará la naturaleza de las sanciones, explicando cómo estas operan en el razonamiento práctico de los individuos.

## **6.2. EL PAPEL DE LAS SANCIONES EN EL RAZONAMIENTO PRÁCTICO**

Existen diferentes aspectos que dificultan la comprensión de la noción de sanción y su relación con el derecho. Por una parte, no es del todo claro el tipo de conexiones existentes entre el derecho y las sanciones. En efecto, ¿la existencia de sanciones es un elemento de la esencia del derecho?; ¿es posible explicar la naturaleza vinculante del derecho sin recurrir a la noción de sanciones?; ¿una regla que no contempla sanciones puede considerarse una regla jurídica? Estos cuestionamientos apuntan a establecer si la explicación de la noción de sanciones jurídicas forma parte de la elucidación de la naturaleza del derecho. Por otra parte, existen problemas acerca de la naturaleza misma de la noción de sanciones: ¿cuáles son las propiedades definitorias de las sanciones jurídicas?; ¿cuáles son las consecuencias del establecimiento de sanciones en la toma de decisiones?; ¿qué relación existe entre la noción de sanciones y el uso de la fuerza? En realidad, las respuestas a los anteriores cuestionamientos dependen, en primera medida, de cómo se dé cuenta de la noción de sanción. Con base

en esto, el objetivo de este apartado es elucidar el concepto de sanción jurídica, y en particular, cómo este pretende operar en el razonamiento práctico de los individuos<sup>208</sup>.

Se puede iniciar este análisis con un ejemplo sencillo. En una ley para la protección a la salud de las personas, por los efectos del consumo de tabaco, se establece que “el que fume en lugares públicos no autorizados podrá ser arrestado por las autoridades de policía y multado hasta con 60 días de salarios mínimos legales”. En la disposición normativa del ejemplo se pueden diferenciar dos cuestiones: 1) la creación de un deber jurídico, y 2) la sanción ante el incumplimiento del deber jurídico. En efecto, esta ley crea el deber de no fumar en sitios públicos no autorizados, y además, establece una sanción (arresto y multa) como consecuencia aplicable a quienes incumplan ese deber<sup>209</sup>. Así, las sanciones jurídicas son una penalidad imponible a los individuos que no cumplen con lo exigido en las reglas jurídicas (Kelsen, 2005), (Yankah, 2008).

En ese sentido, mediante la creación de sanciones se pretende que los individuos cumplan los deberes creados o reconocidos por las reglas jurídicas. Por esto, las sanciones se definen como mecanismo o técnica de motivación de comportamientos, pues a través de ellas se induce, de forma indirecta, el comportamiento de los individuos, a fin de que se ajuste a los deberes jurídicos (Kelsen, 1995: 17-22); se dice que lo hacen “de forma indirecta”, porque no definen qué conductas se deben realizar, pero amenazan con castigar las conductas contrarias a nuestros deberes (Oberdiek, 1976), (Kelsen, 2005). En palabras de Nino, las sanciones tienen la capacidad de afectar el razonamiento práctico de los individuos, “al prescribir una consecuencia desagradable para el comportamiento indeseable”<sup>210</sup> (Nino, 1985: 202).

---

<sup>208</sup> Para comprender la naturaleza de la relación entre las sanciones y el derecho, es necesario esclarecer la función de las sanciones en el razonamiento práctico de los individuos. En efecto, una vez se comprende que el derecho tiene, en esencia, una finalidad práctica, al pretender establecer cómo deben actuar los individuos sujetos a su autoridad, se concluye que los diferentes elementos del derecho deben analizarse en relación con esa finalidad. La clave para comprender la naturaleza normativa del derecho es establecer el tipo de razones para la acción que lo identifican como objeto práctico.

<sup>209</sup> Kelsen diferencia entre normas primarias y secundarias. Por normas primarias entiende aquellas que establecen la sanción (el que fume será multado); y por normas secundarias, el deber derivado de la sanción (no fumar) (Kelsen, 2005).

<sup>210</sup> En todo caso, debe tenerse en cuenta que las sanciones pueden ser positivas o negativas (Kelsen, 2005). Son positivas cuando la consecuencia establecida se refiere a algún bien que, se presume, es deseado por los individuos (premio); y son negativas cuando se refiere a la privación de un bien del individuo (castigo). Sin embargo, las nociones de premio y castigo no son exhaustivas respecto de las sanciones jurídicas. Por ello, los ordenamientos jurídicos suelen recurrir a otros mecanismos para asegurar que los individuos adecúen su comportamiento al exigido por las normas (por ejemplo, la declaración de nulidad e invalidez de determinados actos). En este trabajo, se ha dejado por fuera la

Para comprender en qué sentido se puede afirmar que las sanciones motivan la conducta de los individuos, recuérdese la distinción entre razones justificatorias y motivadoras (y por tanto, entre justificación y motivación)<sup>211</sup>. Una razón para la acción es justificatoria cuando se constituye como una consideración a favor o en contra de una acción determinada (Raz, 1990a y 2000). Por su parte, las razones motivadoras (o motivos) son las consideraciones que hacen parte del conjunto o aparato motivacional del individuo, es decir, las razones que este tiene en cuenta respecto de cómo debe actuar (Farrell, 2012). En consecuencia, afirmar que las sanciones son una técnica de motivación es asegurar que el propósito de las sanciones es constituirse en motivos para la acción, es decir, formar parte del aparato motivacional de los individuos a los cuales se dirigen las normas jurídicas.

Ahora bien, sostener, por ejemplo, que  $q$  es un motivo para que un individuo realice la acción  $\emptyset$ , no significa que  $q$  sea una condición suficiente para la acción, pues puede ser que  $q$  forme parte del aparato motivacional del individuo, pero aun así este decida actuar en contra de  $q$  (Farrell, 2012). Si la norma  $N$  exige la conducta  $\emptyset$  y contempla la sanción  $S$ , el propósito de  $S$  es constituir un motivo para que los individuos realicen  $\emptyset$ . Sin embargo, esto no significa que si  $S$  constituye un motivo para que el individuo  $A$  realice  $\emptyset$ , de forma necesaria  $A$  va a realizar  $\emptyset$ . En resumen, aunque las sanciones logren constituirse en motivos, no son condición suficiente para la acción.

Por otra parte, no hay equivalencia entre las razones justificatorias y los motivos. Piénsese en este otro ejemplo. Juan mató a Luis porque este no le pagó una deuda. Se dirá, entonces, que la deuda fue el motivo de Juan para matar a Luis. Pero no se puede afirmar que la deuda justifique la acción de Luis, es decir, que sea una razón a favor de la conducta de Luis. La deuda, en este caso, es un motivo, pero no una razón

---

cuestión de si las sanciones positivas se explican del mismo modo que las negativas, en función de la noción de coerción. En cualquier caso, se denomine o no coerción a la presión que genera en el razonamiento práctico la probabilidad de obtener un beneficio, lo cierto es que tanto la probabilidad de la imposición de un castigo como la probabilidad de obtener un premio, generan en las personas razones prudenciales basadas en el autointerés.

<sup>211</sup> La distinción entre razones motivadoras y justificatorias puede verse en Smith (1992: 324-328). Esta distinción apunta a la diferencia entre razones justificatorias y explicatorias, según se trate de cuestiones referidas a la inteligibilidad del comportamiento de los individuos, o de cuestiones sobre lo que estos deben hacer. Lo relacionado con el primer aspecto entra en la dimensión explicativa de la razón práctica, mientras lo relacionado con el segundo entra en la dimensión justificativa de la razón práctica. Se supone que las razones motivadoras explican el comportamiento de los individuos, y las justificatorias, desde luego, lo justifican.

justificatoria. Además, las razones justificatorias pueden formar o no parte de la motivación del individuo. Es decir, no hay necesidad alguna que exija que las razones justificatorias se constituyan en motivos para la acción. En efecto, puede ocurrir que un individuo actúe por motivos contrarios a lo exigido por una razón justificatoria, como sucede en el caso de Luis.

Ahora, también puede ocurrir que un individuo actúe según lo exigido por una razón justificatoria, aunque no haya sido motivado por ella. Una ley de impuestos es una razón que justifica que Pedro pague  $x$  suma de dinero. Sin embargo, puede ser que esta razón no forme parte de las consideraciones de Pedro sobre lo que debe hacer con su dinero. Pedro, al creer que solo estaba pagando un recibo del agua, pagó el impuesto que estaba incluido en ese recibo. En este caso, Pedro actuó según una razón justificatoria, aunque esta no motivó su deliberación práctica. Recuérdese que, para dar cuenta de este tipo de situaciones, Raz propone la diferenciación entre actuar en cumplimiento (*compliance*) y actuar de conformidad (*conformity*) con las razones. Un individuo actúa en cumplimiento de una razón  $\rho$ , cuando la identifica como una razón para realizar  $\emptyset$  (es decir,  $\rho$  se internaliza y se constituye en un motivo para hacer  $\emptyset$ ), y en consecuencia, actúa. Por otra parte, un individuo actúa de conformidad con  $\rho$ , cuando realiza  $\emptyset$  sin haber sido motivado por  $\rho$  (Raz, 1990a: 178-182). En otras palabras, cuando un individuo actúa en cumplimiento de una razón justificatoria, esto significa que fue motivado por ella; por otro lado, si actúa de conformidad con una razón, realiza la acción justificada por esa razón, aunque esté motivado por otras consideraciones.

Por cuanto el propósito de las sanciones es motivar la conducta de los individuos, estas son independientes de si la conducta motivada se justifica o no. El propósito de las sanciones es que los individuos actúen de conformidad a los deberes jurídicos, que actúen de conformidad a lo exigido por las normas jurídicas, aun cuando no estén motivados por ellas. De esta manera, el funcionamiento de las sanciones en el razonamiento práctico depende de su capacidad para que los individuos actúen motivados por ellas, es decir, que constituyan un motivo para la acción de los individuos. En efecto, no tiene sentido afirmar que un individuo actuó por la multa establecida en la ley antitabaco, aunque no estuvo motivado por esta. En este caso, el

individuo, seguramente, actuó en cumplimiento de la regla, motivado por ella o por otro motivo, pero no por la multa.

En estos términos, la pregunta sobre la naturaleza de las sanciones apunta a establecer cómo estas cumplen su función en la dirección de la conducta de los individuos, motivándolos a que actúen de conformidad a las exigencias de las normas jurídicas. Se trata de definir cómo las sanciones logran formar parte del conjunto o aparato motivacional de los individuos. Para abordar esta cuestión, a continuación se examinará la diferencia y las relaciones entre la noción de sanción jurídica y las nociones de coerción y coacción.

#### 1) Sanciones jurídicas y coerción:

Las sanciones, como se expuso, se refieren a la creación, por parte del legislador, de consecuencias contrarias a los intereses o derechos de los individuos, con el objeto de motivar el cumplimiento de los deberes creados o reconocidos por las normas jurídicas. Lo característico de las sanciones es que pretenden motivar la conducta mediante la presión o amenaza que genera en los individuos la probabilidad de que la consecuencia desagradable les sea impuesta. Desde este punto de vista, la coerción es la amenaza o presión generada efectivamente en los individuos, a consecuencia de la probabilidad de la imposición de la sanción en caso de incumplimiento de los deberes jurídicos. En otras palabras, cuando la amenaza de la imposición de las consecuencias negativas definidas en la sanción es internalizada por los individuos, se dice que estos son coercionados.

La explicación de cómo la coerción opera en el razonamiento práctico, vía amenaza o presión generada por la probabilidad de la imposición de la consecuencia negativa establecida en la sanción, fue iniciada por Nozick (1969: 440-472). Según este autor, la coerción surge si, y solo si:

- (i) A pretende evitar que B elija el curso de acción  $\emptyset$ .
- (ii) A comunica esa pretensión a B.
- (iii) La pretensión de A indica que si B realiza  $\emptyset$ , entonces A causará alguna consecuencia para que la acción  $\emptyset$  sea menos deseable para B, que si B no hace  $\emptyset$ .
- (iv) La pretensión de A es creíble para B.

(v) B no hace  $\emptyset$ .

(vi) Parte de las razones para que B no realice  $\emptyset$ , es disminuir la probabilidad de que A cause la consecuencia anunciada en (iii).

En estos términos, la coerción se refiere, como se ha dicho, a las razones que motivan a los individuos a actuar conforme al derecho, por temor de que se causen las consecuencias anunciadas en la sanción, y por lo tanto, para disminuir la probabilidad de que esas consecuencias sean aplicadas. En concordancia, las sanciones, por medio de la coerción, se proponen influenciar la deliberación práctica de los individuos, alterando su conjunto motivacional (Anderson, 2015). Stavropoulos desarrolla esta idea, al afirmar que el legislador interfiere en las decisiones mediante las sanciones jurídicas, modificando, gracias a la coerción, la deliberación práctica de los individuos (Stavropoulos, 2009).

Imagínese ahora que Pedro invita a su amiga María a fumar un cigarrillo en el pasillo de la universidad (asúmase que el pasillo hace parte de los lugares donde está prohibido fumar). En circunstancias normales, María acompañaría a Pedro a fumar, pues es una actividad que disfruta, y además entiende que uno de los deberes de una relación de amistad es acompañar a los amigos. Es más, María cree que la regla es arbitraria y que las autoridades no tienen jurisdicción sobre asuntos privados como la decisión de fumar o no fumar. No obstante, ella responde de forma negativa a la invitación de Pedro, explicándole que es posible que alguien los sorprenda y los obligue a pagar la multa o, incluso, los arreste. En este ejemplo, la existencia de la sanción se constituye en una razón motivadora para la acción, por la cual María decide no acompañar a Pedro a fumar. Puede afirmarse, por tanto, que lo que lleva a María a negarse a acompañar a Pedro a fumar, pese a que en otras circunstancias lo habría hecho, es la coerción generada por la sanción creada en la ley.

En este orden de ideas, los ordenamientos jurídicos, mediante las sanciones, pretenden que la coerción motive a los individuos a que actúen conforme a las conductas exigidas por las reglas jurídicas, aunque no sean motivados por esas reglas. Lo que motivó a María en su decisión de no acompañar a Pedro, no fue el deber de no fumar creado por la ley, sino su temor a que la sanción establecida le

fuese impuesta. De esa forma, se espera que las sanciones motiven (coercionen) a los individuos a adecuar su comportamiento al exigido por las reglas jurídicas. Por eso, la función de las sanciones jurídicas en el razonamiento práctico depende de que, en efecto, ellas sean capaces, mediante la coerción que generan, de motivar a los individuos para acatar las normas jurídicas.

La teoría jurídica ha considerado que las sanciones son fuente de razones prudenciales para la acción basadas en el autointerés de los individuos; es decir, son razones que “justifican” determinada conducta, a consecuencia de un cálculo de los intereses del agente<sup>212</sup>. Tener una razón prudencial para hacer  $\emptyset$ , implica una alta probabilidad de que hacer  $\emptyset$  incremente los intereses individuales del agente. Es decir que las sanciones no solo son constitutivas de motivos para la acción, sino además, razones prudenciales para la acción. La idea es que los individuos actúen conforme a las reglas jurídicas como resultado de la coerción que genera la eventual imposición de una consecuencia negativa, la cual debería ser capaz de generar una razón prudencial para actuar conforme a la regla jurídica.

Lo que se resalta aquí es que, aun cuando pueda ser cierto que las sanciones pretenden ser fuente de razones prudenciales para la acción, lo fundamental en su funcionamiento práctico es su capacidad de constituirse en motivos para la acción. En otras palabras, la noción de razones prudenciales no es suficiente para explicar cómo las sanciones jurídicas pretenden operar en el razonamiento práctico de los individuos, pues aunque es cierto que las sanciones jurídicas buscan generar razones prudenciales para que el individuo actúe conforme a las reglas jurídicas, lo característico de estas sanciones es que pretenden motivar a los individuos, mediante la coerción, a actuar conforme a dichas reglas. Por lo tanto, se reitera, las sanciones pretenden interferir en la deliberación práctica de los individuos, mediante la amenaza que genera en ellos la eventual imposición de una consecuencia negativa, de forma que lo fundamental en el análisis de las sanciones,

---

<sup>212</sup> Este no es lugar para ocuparse de la compleja cuestión sobre si las razones prudenciales pueden constituir razones justificatorias o si solo las razones morales pueden justificar las acciones. En todo caso, suele ocurrir que estas razones pueden justificar la acción, en la medida que su contenido sea moral, por ejemplo, cuando los bienes o el interés que resguardan tienen un valor intrínseco, como el de proteger la vida.

a diferencia de lo que ocurre con las razones prudenciales en general, es la forma como la coerción se constituye en un motivo para la acción de los individuos.

De acuerdo con esto, las sanciones jurídicas interfieren en el razonamiento práctico de los individuos, reduciendo las alternativas de acción a través de la coerción generada por la probabilidad (o creencia en la probabilidad) de la materialización del acto coactivo, y cambiando así las circunstancias normales de la definición de cómo deben actuar los individuos. En consecuencia, hay una conexión entre las nociones de sanción y coerción: mediante la creación de sanciones, las autoridades se proponen crear un tipo especial de razones prudenciales para la acción basadas en el autointerés de los individuos. Una vez estas razones son internalizadas por los individuos, se constituyen en motivos para que actúen de determinada manera, si es que no desean que sus intereses se vean afectados.

Debe observarse que la relación entre sanciones y coerción es una instanciación de la relación entre razones para la acción (a secas) y motivos para la acción. En efecto, cuando el legislador establece la multa para los fumadores infractores, crea con ello una razón prudencial cuyo propósito es coaccionar a los individuos. En otras palabras, sanciones y coerción son dos caras de una misma moneda: las sanciones son las razones para la acción y la coerción son los motivos. En consecuencia, las amenazas que generan las sanciones deben ser conocidas e internalizadas por los individuos, pues de lo contrario no sería posible que se diera la coerción en ellos<sup>213</sup>. A su vez, aun cuando las sanciones no se internalicen (es decir, no coaccionen), ello no significa que dejen de ser razones para la acción.

En este orden de ideas, en relación con las sanciones como razones prudenciales para la acción, no puede trazarse una distinción entre actuar en cumplimiento y actuar de acuerdo con una razón. Recuérdese que un individuo actúa en cumplimiento de una razón cuando la internaliza y realiza la conducta exigida por ella. Por su parte, actúa de acuerdo con una razón cuando realiza la conducta

---

<sup>213</sup> Para ilustrar esto, Oberdiek propone un ejemplo. Un dictador adopta castigos secretos ante determinadas conductas. Incluso define, también secretamente, la forma y los procedimientos mediante los cuales impondrá el castigo. Con todo, la medida del dictador, a pesar de regular el uso de la fuerza (coacción), no es una sanción, pues no genera coerción (Oberdiek, 1976: 75).

exigida, aunque no esté motivado por esa razón. En lo que tiene que ver con las sanciones, por ejemplo en el caso de la regla que prohíbe fumar y sanciona con multa y arresto a quien lo haga, lo que puede ocurrir es que:

(a) El individuo actúe motivado por la sanción, o sea, por la coerción que esta genera (cuando María se niega a fumar por temor al arresto).

(b) El individuo no internaliza la sanción, es decir, no es coaccionado, pero actúa según la conducta exigida por la regla.

En el evento (a), el individuo es motivado, por la coerción que genera la sanción, a actuar de acuerdo con la regla. En el evento (b), el individuo no es motivado por la coerción y actúa en cumplimiento de la regla. En efecto, si la sanción se explica por cuanto genera motivos (mediante la coerción) para actuar conforme a los deberes jurídicos, no puede darse que un individuo actúe conforme a la sanción (es decir, no es posible que actúe según la sanción pero no motivado por esta). En tal caso, actuaría en cumplimiento del deber creado por la regla (no fumar), pero no en cumplimiento de la sanción (la multa o el arresto).

## 2) Sanciones jurídicas y coacción:

La noción de coacción es ambigua<sup>214</sup>. Por una parte, puede referirse a todo acto de uso de la fuerza. En este sentido, hay coacción, por ejemplo, cuando en un operativo de la policía se impide el tránsito de un grupo de ciudadanos que desean llegar cuanto antes a sus lugares de destino. La coacción, en este caso, puede ser definida como todo acto realizado por un individuo para forzar a otro a hacer o no hacer una conducta determinada (coacción A).

Por otra parte, la coacción puede referirse a la imposición efectiva de las sanciones, es decir, a los actos concretos mediante los cuales se impone la sanción a un individuo. En este sentido, debe tenerse en cuenta que la coacción no implica necesariamente el uso de la fuerza. Imagínese aquí, por ejemplo, que la sanción ante el incumplimiento de contratos con el Estado es la inhabilidad para participar en contratos futuros. Así, X, quien previamente incumplió un contrato con el Estado,

---

<sup>214</sup> Un análisis de las distintas formas en que el derecho puede emplear medidas coactivas puede verse en Schauer (2015: 124-139)

no puede, a consecuencia de la sanción establecida, participar en un proceso contractual, y por tanto su propuesta no es recibida por las autoridades competentes<sup>215</sup> (coacción B).

Por último, la coacción puede referirse al acto mediante el cual una autoridad hace que se cumpla un deber jurídico específico. Así, A tiene un deber respecto de B en virtud de la norma jurídica N. Es decir, con fundamento en N, B debe hacer  $\emptyset$  a favor de A. Puede que N no haya contemplado sanción jurídica alguna, es decir que no haya establecido consecuencias negativas específicas en caso de que B no realice  $\emptyset$ . Sin embargo, si B no realiza  $\emptyset$ , A puede exigir –típicamente ante un juez– que se ordene a B, incluso por la fuerza, realizar  $\emptyset$  (coacción C).

Sin lugar a dudas, las tres modalidades de actos coactivos tienen lugar en los ordenamientos jurídicos. Sin embargo, lo que se analiza en este trabajo es la naturaleza de las sanciones, y por tanto, el tipo de relaciones existentes entre estas y la coacción. Como se dijo, la coacción tipo A es independiente de las sanciones, pues de hecho gran parte de ese tipo de actos coactivos no son sancionatorios (como el caso del operativo policial del ejemplo). Además, no todo acto de imposición de sanciones, como también se dijo, es efectuado mediante el uso de la fuerza (como en el caso de la sanción por incumplimiento de contratos con el Estado). En este orden de ideas, no existe relación o conexión conceptual necesaria entre las sanciones jurídicas y la coacción tipo A, ni tampoco, en consecuencia, entre sanción y uso de la fuerza.

Cabe hacer una observación adicional sobre la contingencia de la coacción A, en la elucidación del funcionamiento de las sanciones jurídicas en el razonamiento práctico. Hay una conocida distinción entre las acciones humanas voluntarias y las involuntarias, y una de sus características es la presencia de la razón práctica en la primera, y su ausencia en la segunda. El propósito de la razón práctica es llevar a cabo actos intencionales, esto es, actos humanos voluntarios. En este sentido, se supone que todo acto intencional debe estar precedido por motivos. Por el contrario,

---

<sup>215</sup> De acuerdo con lo dicho, se equivoca Raz al afirmar que una sanción es coercitiva siempre que permita el uso de la fuerza (Raz, 1980: 79). En primer lugar, como ya se dijo, las sanciones son, por naturaleza, coercitivas. Es decir que una sanción no coercitiva es una sanción “fallida”. Por otra parte, la coerción no depende, de forma exclusiva, de la amenaza del uso de la fuerza.

las acciones involuntarias son acciones no intencionales, y por lo tanto, no están precedidas de motivos. De acuerdo con esto, los motivos generados por las sanciones jurídicas a través de la coerción, tienen la capacidad de formar actos humanos intencionales o motivados. Por el contrario, la ejecución de actos coactivos no lleva, de forma necesaria, a que los individuos actúen intencionalmente. En efecto, si un policía sorprende a un individuo fumando, y por la fuerza apaga su cigarrillo, no puede decirse que el individuo dejó de fumar intencionalmente, a diferencia de lo ocurrido en el caso de María y Pedro, quienes intencionalmente decidieron no fumar.

La relación entre las sanciones y la coacción B es evidente. La coacción, en este caso, se refiere a la posibilidad de que los individuos autorizados impongan la consecuencia establecida en la sanción. Sin embargo, la existencia de sanciones y su funcionamiento en el razonamiento práctico, es independiente de la coacción B, es decir que las sanciones no dependen de que en cada caso de incumplimiento de las normas se apliquen actos coactivos. En efecto, es común que los actos coactivos, en relación con una conducta determinada, sean estadísticamente bajos, y aun así la coerción tenga capacidad suficiente para motivar la acción. En estas situaciones, lo importante para la capacidad motivadora de las sanciones jurídicas es que se genere en los individuos la creencia de que se impondrán las consecuencias establecidas en las sanciones jurídicas. Schauer menciona un caso que ejemplifica esta cuestión. Las agencias de impuestos llevan a cabo exhaustivas auditorías para revisar el pago de impuestos de un grupo reducido de contribuyentes, y persigue el pago efectivo de estos en un número aún menor de casos. Estas agencias desarrollan agresivas estrategias de publicidad para dar a conocer las auditorías y los casos de investigaciones penales por fraude tributario. Claramente, lo que pretenden las agencias es generar en los contribuyentes una creencia en la probabilidad de la ejecución de actos coactivos, pese a que, en realidad, el número de estos sea estadísticamente bajo (Schauer, 2015: 8-10).

Lo importante a resaltar del caso mencionado por Schauer es que, a diferencia de la conexión existente entre las sanciones jurídicas y coerción, la relación entre sanciones y coacción (incluso la coacción tipo “B”) es contingente y depende de cuestiones empíricas respecto a la aplicación efectiva de sanciones.

La relación existente entre la sanción y la coerción se observa además en el hecho de que, tanto a partir de la sanción como de la coerción de las normas jurídicas generales, es posible predicar la generalidad. La regla del ejemplo donde se prohíbe fumar, es general (regula todos los casos de fumar en sitios públicos); asimismo, la sanción establecida (multa y arresto) y la coerción que genera la probabilidad de aplicación de la sanción, son generales. La generalidad de la coerción es independiente de que el cálculo autointeresado, en el que se basan las razones prudenciales, varíe de individuo a individuo. Las razones motivadoras que, eventualmente, generen las sanciones a través de la coerción, al igual que todo otro motivo, no es condición suficiente para la acción, pues pueden verse superadas, en la deliberación del agente, por motivos con mayor fuerza. Por el contrario, los actos coactivos son, por necesidad conceptual, particulares. En todos los casos en que los individuos fumen en los lugares prohibidos por la regla, resulta aplicable la sanción; pero solo en los casos en que, en efecto, los agentes competentes impongan la multa o arresten a los infractores, aparece el acto coactivo. No sobra agregar que no todo acto coactivo depende de la existencia de una sanción. Esto se evidencia en los casos de medidas cautelares o preventivas. Si a Juan lo detienen de forma preventiva en el marco de una investigación penal (siendo Juan inocente), no se puede afirmar que la detención (un acto coactivo) opere, en este caso, como la imposición de una consecuencia negativa ante la inobservancia de una exigencia normativa.

Queda por indagar la relación entre las sanciones jurídicas y la coacción C. Este tipo de coacción apunta a la idea de que los deberes jurídicos se caracterizan porque su incumplimiento puede ser exigido, por ejemplo, mediante un mandato judicial, incluso por medio de la fuerza. Según esto, un deber jurídico se diferencia de los deberes morales, entre otras razones, porque existen instituciones y personas con el poder de exigir su cumplimiento. Sin pretender entrar a definir el alcance general de esta tesis, es posible diferenciar entre:

- (a) La existencia de los deberes jurídicos,
- (b) La posibilidad de hacer exigibles tales deberes jurídicos, y
- (c) Las sanciones jurídicas.

Tanto (b) como (c) son formas o mecanismos para lograr que los individuos cumplan con los deberes (a); sin embargo, (b) es, por necesidad conceptual, posterior al incumplimiento de (a), además de restaurativo (es decir, su propósito es restaurar o hacer cumplir el deber). Así las cosas, la finalidad de (b) no es motivar a los individuos a que actúen conforme a los deberes jurídicos, sino asegurar (*ex post facto*), en los casos de incumplimiento, que se realice lo exigido por el deber jurídico.

Por otra parte, (c) funciona, como ya se ha explicado, generando motivos para que los individuos actúen conforme a sus deberes. En ese sentido, (c), a diferencia de (b), es, por necesidad conceptual, previo a la acción, pues como se dijo, su propósito es motivar a realizar esta, y no reparar o restaurar el eventual incumplimiento de deberes. Por lo tanto, toda vez que las sanciones pueden existir con independencia de la eventual exigencia (incluso por la fuerza) de los deberes jurídicos, no existe una conexión necesaria entre las sanciones y la coacción C.

En resumen, no hay conexiones necesarias entre la existencia de sanciones y la coacción (de ninguno de los tipos diferenciados). Es decir, a diferencia de la relación entre sanción y coerción, que es conceptual y por tanto necesaria, la relación entre sanción y coacción es contingente. Por ello, es un error pretender explicar cómo funcionan las sanciones jurídicas a través de una teoría de la coacción en general o del uso de la fuerza en particular. Esta conclusión delimita la pregunta que se abordará en el apartado siguiente, sobre las relaciones entre la naturaleza normativa del derecho y las sanciones. Si la naturaleza de las sanciones no es coactiva, como se concluyó, entonces la pregunta sobre las relaciones entre derecho y sanciones jurídicas es independiente de la pregunta sobre las relaciones entre derecho y coacción (en cualquiera de sus tipos).

### **6.3. EL LUGAR DE LAS SANCIONES EN EL DERECHO**

De acuerdo con lo explicado en el apartado anterior, lo fundamental para comprender el funcionamiento de las sanciones jurídicas en el razonamiento práctico de los individuos, es dar cuenta de su capacidad de generar motivos –basados en el autointerés – para actuar conforme a las reglas jurídicas. En estos términos, las

sanciones son una fuente de razones prudenciales para la acción, las cuales, una vez internalizadas por los individuos, generan motivos (coercionan) para que estos adecúen su conducta a lo exigido por las normas jurídicas. Dicho esto, en las siguientes líneas se analizará la relación entre el carácter normativo del derecho (el sentido y la forma en que el derecho es constitutivo de deberes) y la existencia de sanciones jurídicas<sup>216</sup>. El problema, en síntesis, es establecer si las sanciones son un elemento necesario para explicar el carácter normativo del derecho positivo, o en otras palabras, si las sanciones son necesarias para la existencia de los deberes jurídicos.

### **6.3.1. La teoría imperativista del derecho: las sanciones como condición necesaria de la normatividad jurídica**

Una de las tesis que caracterizan a las teorías positivistas del derecho es la distinción entre las normas jurídicas y su valor, es decir, la posición según la cual la identificación de lo que es o no es una norma jurídica, es una cuestión de hechos sociales, independiente de su mérito moral (Green, 2009), (Bix, 2005). De acuerdo con la teoría imperativista del derecho (*command theory of law*) desarrollada por Austin, el derecho se caracteriza –y se diferencia de otros tipos de mandatos– por su generalidad y superioridad. El derecho manda de forma general, al emitir órdenes que exigen la ejecución o no ejecución de determinada clase de actos, lo cual no se agota en un momento determinado, sino que permanece en el tiempo. Por otra parte, los mandatos jurídicos son dados por el soberano (persona o conjunto de personas habitualmente obedecidas en una sociedad determinada) que tiene el poder de forzar a los individuos sujetos a su autoridad, para que adecúen su conducta a sus exigencias. Las tesis imperativistas pretenden reducir el objeto de la teoría del derecho a la identificación y reconstrucción de los ordenamientos jurídicos a partir de los conceptos de mandato, sanción y deber, fenómenos que resultan formulables en términos empíricamente comprobables o refutables (Austin, 1995: 27-38).

---

<sup>216</sup> En el estudio de la relación entre el derecho y las sanciones, suelen señalarse dos aspectos principales: la eficacia y la normatividad. De acuerdo con el primero, las sanciones son necesarias para asegurar la eficacia de las normas jurídicas; y de acuerdo con el segundo, son necesarias para explicar la existencia de los deberes jurídicos (Lamond, 2008). Por su parte, este trabajo está limitado al análisis de la relación entre las sanciones y la normatividad del derecho.

Según esta teoría, la naturaleza de la normatividad del derecho se caracteriza por su capacidad de reducir las opciones de comportamiento humano, es decir, convertir ciertas conductas en obligatorias, mediante la expedición de mandatos respaldados por la amenaza de una sanción. Con base en esto, las normas jurídicas son una especie de mandato (*commands*), esto es, expresiones de deseo emanadas de la autoridad soberana en una sociedad determinada, respaldadas por el poder de causar un daño en caso de que las conductas exigidas no sean obedecidas (Austin, 1995). De acuerdo con Austin, la sanción constituye un requisito de existencia de los mandatos, es decir que solo cuando existe la probabilidad de una sanción en caso de que el destinatario no cumpla la conducta exigida, se puede afirmar que existe un mandato (1995: 18-38)<sup>217</sup>. En una palabra, existe un deber jurídico si, y solo si, existe una sanción en caso de que los destinatarios no cumplan lo exigido por las normas jurídicas, entendidas como mandatos.

El concepto de deber jurídico, por lo tanto, solo se comprende como correlativo a la existencia, y probable imposición, de una sanción. En estos términos, el sujeto A tiene el deber de hacer  $\emptyset$ , ordenado por un mandato M, si y solo si es probable que B sancione a A en caso de que no realice  $\emptyset$ <sup>218</sup>. En definitiva, lo que sostiene esta tesis es que la existencia de un deber jurídico depende, conceptualmente, de la existencia de una sanción<sup>219</sup>. Lo característico de la autoridad del derecho, en términos de Austin, es su poder o capacidad de obligar, a raíz del temor de los individuos a la imposición de una sanción (Austin, 1995: 22). El autor, en otras palabras, reduce el problema de la normatividad del derecho a la existencia de una sanción para los comportamientos que no se atengan al contenido del mandato. De forma similar, de acuerdo con

---

<sup>217</sup> Con todo, la noción de sanción, para Austin, no se reduce al castigo, sino que incluye cualquier tipo de consecuencia no deseada por el individuo; aunque, por otro lado, excluye la existencia de recompensas como elemento del mandato. Según esta concepción, una norma jurídica es una orden respaldada por una amenaza, de forma que solo existe mandato si existe la sanción, y por eso se entiende por sanción, justamente, la orden respaldada por la amenaza.

<sup>218</sup> La noción de sanción es entendida por Austin como la probabilidad de aplicar un “mal” (*evil*) para asegurar el cumplimiento u obediencia de un mandato (*enforcement of obedience*) (Austin, 1995: 7). En consecuencia, un mandato implica el deber de A de conformar su conducta a lo manifestado por B, siempre que exista una sanción en caso de que A no adecúe su conducta a lo ordenado en M.

<sup>219</sup> Cabe recordar que se ha acusado a Austin de una indebida ambigüedad sobre si sus tesis son de naturaleza empírica o conceptual (Bix, 2010). En todo caso, la importancia de Austin para la teoría del derecho de tradición positivista analítica es aún hoy indudable, siendo la base de conocidas propuestas teóricas y metodológicas, como las de algunas versiones del análisis económico del derecho (Bix, 2005).

Bentham (1970), no es posible concebir una norma jurídica a menos que esta obligue, por la amenaza de una sanción, a los individuos. Solo en la medida que el derecho sea coercitivo, puede afectar el razonamiento práctico de los individuos. En consecuencia, la teoría imperativista sostiene que la sanción no es simplemente una característica contingente del derecho para asegurar su normatividad, sino que convierte al derecho en normativo, es decir, en fuente de deberes. La coerción generada por las sanciones establecidas por el legislador no es simplemente una herramienta o técnica de motivación, sino justamente lo que hace que un conjunto de reglas sean jurídicas. Austin pretende reducir el problema de la normatividad al estudio de los enunciados sobre la probabilidad de que un daño sea causado al individuo cuando no realiza la conducta exigida por la norma jurídica: A debe hacer Ø, ordenado por B, si y solo si es probable que B sancione a A en caso de que no haga Ø. En términos simples, según la tesis imperativista de Austin, la noción de deber jurídico solo puede explicarse en términos de la existencia de una sanción, o lo que es igual, la noción de normatividad jurídica depende de la existencia de sanciones, de manera que donde no hay sanciones, no hay normatividad.

En suma, de acuerdo con las concepciones imperativistas, el carácter normativo del derecho, entendido como la forma en que las normas jurídicas son fuente de deberes, depende de que se acrediten los siguientes elementos: a) la manifestación o expresión de un deseo, por parte de quien tiene el poder, sobre un curso de acción determinado<sup>220</sup>; y b) la coerción que genera la amenaza de la imposición de sanciones.

Al enfocar la elucidación de la normatividad en el fenómeno de la sanción, Austin pretende ofrecer una explicación sencilla de la diferencia entre las normas jurídicas y las morales. Sin embargo, la reducción de la normatividad del derecho a la existencia de sanciones jurídicas no logra explicar la forma en que el derecho es fuente de deberes. El indebido reduccionismo de la tesis imperativista es evidente, al observarse

---

<sup>220</sup> A la teoría imperativista de Austin se le ha criticado la dificultad empírica de identificar un “soberano” (al menos de la forma como Austin lo define) y de explicar la permanencia de las normas jurídicas: en efecto, como consecuencia de esta tesis, si desaparece quien dictó el mandato, también desaparecería la obligación de obedecerlo, pues quien lo remplace no heredaría el hábito de obediencia que es determinante para este modelo (véase Hart, 1994). Sin embargo, este trabajo no se detiene a analizar el alcance de las críticas mencionadas. El problema de la teoría imperativista que aquí interesa es el de su indebido reduccionismo, y en particular, su imposibilidad de explicar el carácter normativo del derecho (Bix, 2014).

diferentes normas jurídicas que no responden al modelo de mandato respaldado por amenaza (como las normas que confieren poderes a autoridades normativas, las que confieren permisos, las reglas de interpretación, etc.). Por otra parte, esta teoría imperativista no da cuenta de la distinción entre el poder de hecho que tiene un sujeto sobre otro y el poder normativo de una autoridad sobre los individuos. Esta distinción se evidencia al observarse que un sujeto que ejerce poder de hecho no pretende autoridad sobre los individuos (por ejemplo, cuando un ladrón hurta el bien de un individuo, no necesita creer que está justificado para hacerlo, y que por consiguiente, el individuo debe entregar su pertenencia). Por el contrario, cuando una autoridad jurídica ordena determinada conducta, no solo espera que los sujetos realicen la conducta exigida, sino además pretende tener un derecho a ordenar, y que con base en este derecho, los sujetos obedezcan (Ripstein, A. (2004). En estos términos, las sanciones jurídicas no son una condición suficiente y necesaria para la normatividad del derecho, pues el simple poder de hecho, capaz de forzar a otros para que realicen determinada acción, no es suficiente ni para explicar la existencia de autoridades jurídicas, ni para explicar en qué sentido estas son fuente de deberes (Yankah, 2008).

De acuerdo con esto, como lo afirma Goodhart (1953), no es que el derecho sea obligatorio porque se contemplen sanciones jurídicas, sino que se contemplan sanciones en los casos en que el derecho es obligatorio. En la misma línea, Hart argumenta que el reduccionismo mencionado no logra captar, de forma adecuada, uno de los aspectos centrales de lo jurídico, esto es, en qué sentido el derecho es fuente de deberes para aquellos que lo practican, y por tanto deja sin respuesta la pregunta fundamental acerca del carácter normativo del derecho. Para este autor, lo que caracteriza a las reglas (entre ellas las jurídicas), a diferencia de lo que sucede con los hábitos o las simples conductas convergentes, es que sirven como fundamento para guiar la conducta de los individuos, exigir determinadas acciones y servir de apoyo para criticar las acciones que se desvíen de las exigidas (Hart, 1994 y 1983). De acuerdo con Hart, el problema de las teorías reduccionistas es asumir que los individuos solo actúan motivados por razones prudenciales generadas por la existencia de sanciones, y olvidar que las reglas jurídicas pueden, por sí mismas, ser fuente de obligaciones, y por lo tanto, servir de guía para la acción de los individuos que adoptan el punto de vista interno, al aceptar la regla de reconocimiento. Según él, en la

explicación reduccionista de cómo las sanciones operan, se suprime el aspecto normativo del derecho (cómo las reglas son razones para la acción), y no se logra explicar la distinción crucial entre meras regularidades del comportamiento humano y comportamientos regulados o guiados por reglas (Hart, 1994).

Sin embargo, cabe anotar que no es cierto que las sanciones jurídicas no constituyan razones para la acción. Como ya se explicó, el objeto de las sanciones jurídicas es ser fuente de razones prudenciales para la acción, y por ello, es posible trazar en ellas una distinción entre sus dimensiones interna y externa. La dimensión interna de las sanciones se refiere a la explicación de cómo ellas, a través de la coerción, motivan la conducta de los individuos; y la externa da cuenta de las regularidades de conducta que corresponden a la pretensión motivadora de las sanciones. Por ello, lo determinante no es que, mediante la elucidación de las sanciones jurídicas, solo se dé cuenta de un elemento fáctico (pues como se dijo, las sanciones también tienen la capacidad de guiar la conducta), sino que las razones que proporcionan las sanciones no son determinantes para explicar el funcionamiento normativo del derecho. Respecto a este cambio de perspectiva, se debe explicar, desde luego, qué significan y cuál es el fundamento de los deberes jurídicos, con independencia de la existencia de las sanciones. En todo caso, la explicación del carácter normativo del derecho debe aclarar la forma en que este exige determinadas conductas de manera obligatoria, lo cual es diferente a aclarar cómo pretende motivar conductas generando razones prudenciales a través de la coerción.

En suma, la noción de sanciones jurídicas, y específicamente la de coerción, no puede explicar en qué sentido el derecho tiene fuerza normativa, más allá de pretender explicar en qué casos los individuos actúan motivados por la coerción. Según la concepción imperativista, la existencia de deberes jurídicos depende de que haya motivos (basados en el temor a la imposición de sanciones) para actuar conforme a las reglas jurídicas, esto es en virtud de la coerción generada por la existencia de una sanción jurídica. Entonces, siguiendo a Austin, los individuos que tienen el deber jurídico de no fumar son los que están motivados por la coerción a actuar conforme a la regla, es decir, solo respecto de quienes contemplan la probabilidad de pagar una multa o ser arrestados a consecuencia de fumar tienen el deber de no fumar. En estos

términos, resulta a todas luces contraintuitivo afirmar que los deberes jurídicos sólo recaigan respecto de quienes pueden calcular la eventual imposición de una sanción.

Para evitar este problema, debe diferenciarse entre la fuerza normativa del derecho (su capacidad de ser fuente de razones justificatorias para la acción, que excedan el autointerés de los individuos) y su fuerza coercitiva (su capacidad de ser fuente de motivos basados en el autointerés, para actuar conforme a las normas jurídicas). El derecho tiene fuerza normativa siempre que los deberes jurídicos sean fuente de razones justificatorias para la acción, con independencia de si motivan o no a los individuos. Por otro lado, tiene fuerza coercitiva en la medida que las sanciones logren motivar a los individuos a actuar conforme a las reglas jurídicas. Entonces, el deber de no fumar es una razón que justifica la decisión de no fumar, con independencia de si la multa o el arresto motiva a los individuos a cumplir ese deber. Por lo tanto, si la noción de deber jurídico es independiente de la existencia y del funcionamiento de las sanciones, la explicación de la normatividad del derecho no puede depender de la motivación de la conducta de los individuos mediante la coerción, sino del fundamento y la forma en que las reglas jurídicas son razones justificatorias para la acción.

### **6.3.2. Las sanciones jurídicas como elemento contingente de la normatividad jurídica**

El rechazo de la tesis imperativista implica que la normatividad del derecho no se puede explicar ni comprender reduciéndola a las sanciones que establecen los ordenamientos jurídicos como técnica de motivación. Ahora bien, aun rechazando la reducción de la normatividad del derecho a la existencia de sanciones, se puede sostener una de dos conclusiones: a) que las sanciones forman parte de la naturaleza del derecho, aunque no sean un elemento suficiente; o b) que las sanciones no forman parte de la naturaleza normativa del derecho, al ser un elemento contingente de la normatividad jurídica. Desde luego, quienes defienden la primera tesis sostienen que existe una relación conceptual entre sanciones y normatividad jurídica, y quienes defienden la segunda tesis rechazan esa conexión.

Hart, por ejemplo, no niega que los ordenamientos jurídicos empleen la sanción de forma característica. Lo que rechaza es que se reduzca la noción de normatividad a la

elucidación de las sanciones jurídicas, y que en todo caso, sea este elemento la base de la explicación de cómo el derecho obliga a actuar de determinada manera<sup>221</sup>. En otras palabras, para Hart, la sanción cumple una importante función para asegurar la eficacia de determinadas normas; pero elucidar el concepto de sanción no implica elucidar el carácter normativo del derecho (Hart, 1994). En esta línea, Raz afirma que, en la comprensión de la naturaleza normativa del derecho, es necesario explicar cómo las reglas jurídicas (y por tanto los deberes jurídicos) son constitutivos de razones justificatorias para la acción<sup>222</sup>. Como se vio en el capítulo 2, el autor sostiene que el concepto de aceptación, es decir, el reconocimiento (basado en una creencia moral) de la autoridad legítima del derecho, es lo que hace moralmente inteligible que las normas jurídicas sean tomadas por los individuos como razones operativas para la acción, y en consecuencia, como fuente para la imposición de deberes jurídicos (Raz, 1990a, 2011 y 2009d). De acuerdo con esto, según Raz, lo fundamental en la elucidación de la normatividad jurídica consiste en establecer la forma y el fundamento en que el derecho tiene autoridad práctica, y así, cómo sus reglas son razones justificatorias para la acción. Y en esta tarea, la noción de sanciones, al ser un elemento contingente en el funcionamiento y el fundamento de las autoridades prácticas, no cumple ningún rol relevante.

Raz sostiene que las tesis imperativas se basan en una “generalización motivacional” apoyada en dos presupuestos: a) que el derecho provee sanciones contra todas las violaciones, y b) que las normas jurídicas son suficientemente eficaces y sus sanciones son generalmente aplicadas (Raz, 1990a: 156). Estos presupuestos justifican la afirmación de que, por lo general, los individuos obedecen las normas jurídicas por razones prudenciales, para evitar la sanción, es decir que suelen adecuar su comportamiento a lo exigido por el derecho, porque creen que, probablemente, una sanción será impuesta si desobedecen. La generalización motivacional tiene el problema de que, en cuanto enunciado probabilístico, depende de bases empíricas y,

---

<sup>221</sup> De forma similar, Schauer sostiene que la coerción es una característica generalizada (*ubiquitous*) en los ordenamientos jurídicos, de tal forma que, aun cuando se sostenga que las sanciones no explican la existencia de los deberes jurídicos, la ubiquidad de la coerción en los ordenamientos jurídicos contemporáneos implica que las teorías que no dan cuenta de ella dejan sin explicación una parte fundamental de aquellos (Schauer, 2015: 154-167).

<sup>222</sup> Debe anotarse que, a diferencia de Raz, Hart no cree en una relación conceptual entre los deberes jurídicos y las razones justificatorias para la acción.

por tanto, contingentes (1990a: 157). Además, de acuerdo con el autor, es evidente que los ordenamientos jurídicos contienen normas jurídicas que no contemplan sanciones a consecuencia de su violación (1990a: 158). Así, se rechaza la noción de Kelsen (1995), según la cual toda disposición que no estipule una sanción es, o bien parte de las condiciones para la aplicación de sanciones, o bien no jurídica en absoluto. En todo caso, la tesis más importante al respecto que formula Raz, es que no hay relación conceptual entre el carácter normativo del derecho y la sanción, y por ello, es conceptualmente posible la existencia de un sistema jurídico que no prevea sanciones.

Lo que defiende Raz es que: 1) el elemento sancionatorio no es necesario para explicar la naturaleza normativa del derecho, y 2) podría imaginarse un mundo en que existiese un sistema jurídico sin sanciones. No niega que, en el mundo actual (habitado por hombres y mujeres reales), la sanción cumpla un papel en la motivación de las conductas exigidas por el derecho. Lo que niega es que la sanción pueda explicar en qué sentido las disposiciones jurídicas se consideran normativas. Para explicar la normatividad del derecho, según él, no importa si este contempla o no sanciones. De tal manera, si bien es cierto que las sanciones son razones para la acción, lo son en un sentido incorrecto. Una norma respaldada por amenaza de imposición de una sanción es, cuando mucho, una razón auxiliar, cuya razón completa debe incluir el deseo o el interés del individuo de evitar la sanción. Raz agrega que, a pesar de la importancia de las sanciones para asegurar, por ejemplo, la coordinación social y la actuación de los individuos en correspondencia con el derecho, este elemento no explica en qué sentido el derecho es normativo, al no dar cuenta de cómo constituye razones para la acción, es decir, razones con capacidad de guiar la conducta de los individuos, de exigir determinadas acciones o de servir de apoyo para la crítica de lo contrario a lo exigido.

En definitiva, explicar en qué consisten las sanciones ante el incumplimiento de una norma, no significa explicar en qué sentido el derecho es normativo. Explicar la normatividad del derecho consiste en definir de qué manera el derecho tiene y es una autoridad práctica. La explicación de la sanción, por el contrario, solo da cuenta de la forma como las autoridades jurídicas pretenden motivar a los individuos para que realicen o no realicen determinadas acciones. En este orden de ideas, la explicación de la normatividad incluye dar cuenta de las razones que justifican la imposición de sanciones. Esto no implica negar la existencia de la importancia práctica de las

sanciones como técnica de motivación indirecta, sino solo afirmar que estas no son el concepto clave para comprender en qué sentido las normas obligan<sup>223</sup>. Con base en esto, se reconoce que el carácter normativo del derecho es independiente de las sanciones que eventualmente contemplen las normas jurídicas como técnica para exigir su cumplimiento. En definitiva, una cosa es el carácter normativo del derecho (ser fuente de razones justificatorias para la acción), y otra distinta los recursos o mecanismos que emplea para lograr la eficacia de las disposiciones.

Por ello, las sanciones jurídicas y el eventual carácter coercitivo de las normas jurídicas, no pueden ser conceptualizados como un elemento necesario de la naturaleza vinculante de las normas jurídicas. En realidad, son las sanciones las que dependen de la existencia de un deber, es decir que toda sanción jurídica depende de que exista un deber cuya inobservancia justifique la imposición de la sanción (Ripstein, 2004). Por lo mismo, los deberes no dependen de que se establezcan sanciones para los casos en que sean desconocidos. En consecuencia, siguiendo a Lamond (2008), la relación deberes-sanciones no es conceptual ni constitutiva, sino justificatoria: el incumplimiento de un deber puede ser una razón que justifique la imposición de una sanción; por esto, en los casos en que el derecho establezca sanciones, la imposición de deberes jurídicos adquiere una indudable relevancia moral, mucho más si la sanción implica restricciones a los derechos de las personas (Stavropoulos, 2009). La relación justificatoria entre el derecho y las sanciones se observa en el reconocimiento, por parte de los ordenamientos jurídicos contemporáneos, de que las sanciones, y en especial las que implican restricciones de derechos, deben ser previamente establecidas por las normas del sistema. En términos un poco bruscos, esto significa que no existen sanciones jurídicas por *default*, sino que estas dependen de la existencia y el contenido particular de cada ordenamiento jurídico, de forma contingente, en los casos en que las normas jurídicas las establezcan. Las sanciones, en definitiva, tienen lugar en el derecho de dos maneras: 1) son elementos auxiliares para la existencia y

---

<sup>223</sup>Algunos autores, sin embargo, niegan que la sanción tenga un rol auxiliar o secundario en la explicación de la normatividad, y en particular, de la autoridad de las instrucciones estatales. Se afirma que la pregunta por la autoridad del Estado es inseparable de la pregunta por el uso justificado de la fuerza. Se argumenta, por ejemplo, que para dar cuenta de lo que las personas deben hacer —y que por tanto las autoridades pueden forzar a hacer—, se debe establecer cuándo el uso de la fuerza es legítimo. En este sentido, tanto el uso de la fuerza como la pretensión de autoridad normativa se justifican porque, en ausencia de esta última, la fuerza arbitraria de algunos individuos prevalecería (véase Ripstein, 2004).

adjudicación de deberes jurídicos, diseñados para generar razones prudenciales que faciliten la conformidad de los comportamientos de los individuos con lo exigido por el derecho; y 2) pueden ser empleadas y reguladas, por parte de las autoridades jurídicas, para exigir el cumplimiento de deberes jurídicos. En otras palabras, las autoridades jurídicas pretenden establecer qué es lo que se debe hacer (para lo cual pueden emplear sanciones de forma auxiliar), y además, en los casos en que los individuos no realicen las conductas exigidas, pretenden tener el derecho de imponer sanciones. De acuerdo con esto, y dada la relación justificatoria entre derecho y sanciones, resulta fundamental comprender en qué sentido el derecho tiene autoridad legítima para determinar qué es lo que deben hacer y no hacer los individuos.

### **6.3.3. Las sanciones jurídicas como un elemento necesario: argumentos sobre la eficacia y la exigibilidad de los deberes jurídicos**

Según lo dicho, la elucidación de las sanciones jurídicas no da cuenta de cómo el derecho pretende constituirse en fuente de razones justificatorias para la acción. Sin embargo, no parecen existir dudas en torno a que las sanciones juegan un importante papel en las prácticas jurídicas reales. Y si, en definitiva, la sanción cumple un papel auxiliar o contingente en el derecho, queda la seria duda de si, al no darse cuenta de la forma como la coerción opera en el derecho, se está dejando por fuera algo importante. En otras palabras, resulta extraño afirmar que, a pesar de que las sanciones forman parte de las prácticas jurídicas reales, no cumplen ningún rol importante en la elucidación del funcionamiento normativo del derecho (Schauer, 2015) (Schauer, 2010).

De acuerdo con Finnis, y de forma similar a lo sostenido por Raz, la normatividad del derecho depende de su autoridad práctica, o sea, de su capacidad de ser fuente de razones para la acción (Finnis, 2000: 261-283). Sin embargo, el autor agrega que la pretensión de autoridad del derecho no es posible, a menos que los individuos “tengan razón para pensar que la obediencia al derecho y a las órdenes de sus funcionarios no les dejará sometidos a las embestidas y ataques de sus enemigos” (2000: 289). Por ello, según Finnis, resulta necesario, por una parte, dar motivos reales a los infractores reales o potenciales para que actúen conformen al derecho, y por otra, proporcionar a

los individuos algún grado de seguridad de que no estarán expuestos a la violación de sus derechos. Sin embargo, lo que más resalta Finnis es que la aplicación de sanciones es necesaria para asegurar la restitución del orden que los infractores pueden llegar a dañar: “El castigo [...] busca de modo característico restaurar el equilibrio de ventajas distributivamente justo entre el criminal y el que observa la ley” (2000: 292). Por tanto, concluye que las sanciones son necesarias en la tarea de la autoridad jurídica de ordenar las conductas. En estos términos, de acuerdo con Finnis:

(a) Las sanciones son necesarias para motivar a los eventuales desobedientes a que actúen conforme a las normas jurídicas.

(b) Las sanciones son necesarias para restituir el orden que es afectado por la conducta desobediente de los infractores.

Como se explicó antes, la tesis (a) no es suficiente para demostrar que las sanciones son una condición necesaria de la normatividad jurídica. Las sanciones, cuando mucho, son capaces de generar (mediante la coerción) razones prudenciales para la acción, pero a partir de ellas no es posible explicar la forma en que el derecho es fuente de razones justificatorias (razones que, al menos, excedan el autointerés del agente). Así las cosas, las sanciones no son una condición suficiente para dar cuenta de la normatividad del derecho. Pero esto no es lo que defiende Finnis. Para él, las sanciones no son una condición suficiente de la normatividad del derecho, sino una condición necesaria para motivar a los eventuales infractores. En efecto, no hay duda de que las sanciones pretenden asegurar, de alguna manera, la conformidad de la conducta de los individuos con lo exigido por los ordenamientos jurídicos. La tesis de Finnis es que existe una relación conceptual de la pretensión de autoridad práctica del derecho con el hecho de que las reglas jurídicas (y en consecuencia los deberes jurídicos) sean eficaces. En ese sentido, la idea de Finnis se aleja de la cuestión que se está tratando en este trabajo (la explicación de los deberes jurídicos), y se dirige a la pregunta de si existe una conexión necesaria entre la normatividad del derecho y la pretensión de eficacia.

Sin embargo, la tesis de la conexión entre derecho y sanciones, en función de los criterios de eficacia de los ordenamientos jurídicos, ha sido fuertemente criticada<sup>224</sup>. El argumento estándar para apoyar la idea de que la eficacia de los ordenamientos jurídicos depende de la existencia de sanciones jurídicas, consiste en afirmar, como sugiere Finnis, que estas son motivacionalmente necesarias para asegurar un grado suficiente de conformidad con el ordenamiento jurídico. Sin embargo, es conceptualmente posible aceptar este argumento, sin comprometerse con la idea de que todas y cada una de las normas jurídicas deban contemplar sanciones, y por tanto, ser de naturaleza sancionatoria, ni con la idea de que la coerción sea el único medio para motivar a los individuos a cumplir el derecho. De hecho, existen medios más eficaces para lograr que las reglas jurídicas motiven la acción de los individuos, como por ejemplo, la educación o la socialización (Lamond, 2008: 37-48). Por lo tanto, si existen diferentes formas a través de las cuales se puede asegurar que los deberes jurídicos se cumplan, no puede sostenerse que exista una relación conceptual entre la normatividad del derecho y las sanciones.

De acuerdo con estas consideraciones, Lamond asegura que la importancia de la sanción para los ordenamientos jurídicos proviene de una generalización sociológica (y por tanto no conceptual), de cuya demostración depende la tesis de la vinculación empírica entre derecho y sanción. Por otra parte, aunque la generalización sociológica fuera confirmada, lo que se argumentaría es que los ordenamientos jurídicos requieren el apoyo de las medidas coercitivas para ser eficaces, pero no que la coerción haga parte de la naturaleza del derecho. En efecto, con ello se estaría confundiendo la norma jurídica con los medios diseñados para hacerla cumplir; así, no resultaría extraño, incluso, que tales medios –la fuente de la coerción– sean extrajurídicos (por ejemplo, podría pensarse en un caso en que la coerción esté respaldada por la probabilidad de un castigo impartido por particulares). Esto no significa que la sanción no sirva como medio para asegurar la eficacia del derecho, pues –como se ha dicho– la coerción que las sanciones generan es fuente de razones prudenciales para evitar su imposición. Lo que se afirma, en cambio, es que no existen relaciones conceptuales entre el carácter normativo del derecho y la existencia de sanciones. Incluso, aunque se admita que las

---

<sup>224</sup> Una síntesis de las distintas críticas acerca de la relación entre las sanciones jurídicas y el argumento de la eficacia puede verse en Lamond (2008).

sanciones son un elemento necesario para sostener la eficacia del derecho, no se puede concluir, sin más, que la sanción sea parte de la naturaleza del derecho, pues entonces habría que demostrar que su eficacia también es un elemento de la naturaleza del derecho (Lamond, 2008: 245-246).

Ahora bien, la tesis (b), según la cual las sanciones jurídicas son necesarias para restituir el orden jurídico violado por los infractores, incurre en el error de confundir la función práctica de las sanciones (la forma como, mediante las sanciones, se pretende constituir a la coerción en motivos para actuar de determinadas maneras) con el ejercicio del poder coactivo por parte de algunas autoridades (coacción tipo C, según la diferenciación hecha en el apartado anterior). Como se explicó, la coacción (aplicación efectiva de la sanción, incluso mediante el uso de la fuerza) es independiente de la forma como las sanciones, mediante la coerción, son capaces de motivar la conducta de los individuos. Ya se vio que es la coerción, y no la coacción, la que motiva a los individuos a actuar conforme al derecho. Incluso, la fuente del temor que caracteriza a la coerción no necesariamente tiene que ser un acto coactivo, como ocurre, por ejemplo, con la declaración de invalidez o nulidad de un acto jurídico. No quiere decirse con esto que el problema del uso efectivo de la fuerza no sea una cuestión de importancia para el derecho. Simplemente, se quiere sostener que no es una cuestión que esté, de forma necesaria, conectada con el problema de las relaciones entre derecho y sanciones jurídicas, ni con el problema de la normatividad jurídica.

Por otra parte, Finnis sostiene que la coacción es necesaria para restituir el orden, en los casos en que se desconocen deberes y se violan derechos. Es decir, para este autor, el uso de la fuerza es necesario en los casos en que las autoridades efectúan actos de adjudicación de derechos y deberes, cuando los eventuales infractores no restituyen o no reparan la violación por su propia voluntad. Este es un problema demasiado complejo como para ser tratado en este trabajo. Lo cierto es que, del mismo modo en que se debe distinguir entre la teoría de la normatividad y la teoría de la adjudicación (al tratarse de problemas distintos que merecen enfoques metodológicos y conceptuales diferentes)<sup>225</sup>, afirmar que la coacción es necesaria en los casos

---

<sup>225</sup> La teoría de la adjudicación pretende responder cuestiones como: ¿cuáles son los deberes morales de las autoridades jurídicas? o ¿cómo deben decidir los jueces los casos concretos?; por su parte, la

adjudicativos no implica que sea necesaria para el carácter normativo del derecho. En todo caso, lo que se propone explicar la teoría de la normatividad del derecho es cómo las reglas son constitutivas de deberes (y en consecuencia, razones justificatorias para la acción), y no cómo cada ordenamiento jurídico contempla mecanismos para reparar el incumplimiento de esos deberes. En ese sentido, el carácter normativo del derecho justifica o da razones para la imposición de medidas coactivas, así como para cualquier otro tipo de medidas de reparación. En otras palabras, la imposición de un acto coactivo, sin la justificación de una regla jurídica, es simple imposición injustificada de fuerza.

#### **6.4. CONCLUSIONES: LA RELEVANCIA DE LAS SANCIONES Y EL USO DE LA FUERZA**

Este trabajo finaliza con una breve recapitulación y algunas conclusiones finales. En concreto, las sanciones jurídicas son, por naturaleza, una técnica de motivación empleada por los ordenamientos jurídicos para que los individuos actúen conforme a las normas jurídicas, mediante la amenaza de la eventual imposición de consecuencias negativas para ellos. En consecuencia, la coerción es el elemento esencial en el funcionamiento de las sanciones jurídicas, al entenderse como la presión que genera, en el comportamiento de los individuos, la probabilidad de que las autoridades apliquen una consecuencia negativa al inobservante. Por ello, la función normativa de las sanciones depende de que la coerción se constituya en un motivo para actuar conforme al derecho. En estos términos, las sanciones son fuente de un tipo especial de razones para la acción: las razones prudenciales, basadas en el autointerés de los individuos para que adecúen su comportamiento al exigido por las normas jurídicas; estas, por su parte, se constituyen en motivos, una vez coercionan al individuo para que actúe conforme a las reglas, aunque no actúe de conformidad. En estos términos, hay una conexión lógica entre las nociones de sanción y coerción: las sanciones crean un tipo especial de razones prudenciales para la acción, basadas en el autointerés de los individuos. Una vez estas razones son interiorizadas por los individuos, exigen la

---

teoría de la normatividad se propone explicar cómo las reglas jurídicas se constituyen en razones justificatorias para la acción. A pesar de que existen puntos de contacto, estas cuestiones apuntan a aspectos distintos del complejo fenómeno jurídico.

conducta correspondiente, por medio de la presión para que ellos actúen conforme a las reglas jurídicas, si es que no desean que sus intereses se vean afectados.

La normatividad del derecho no puede reducirse a la existencia y funcionamiento de las sanciones jurídicas. Reducir la normatividad a la sanción deja sin explicar en qué sentido el derecho tiene una naturaleza normativa, más allá de pretender explicar en qué casos los individuos actúan motivados por la coerción. El derecho tiene fuerza normativa en la medida que los deberes jurídicos sean fuente de razones justificatorias para la acción, con independencia de si motivan o no a los individuos. Y por otro lado, tiene fuerza coercitiva en la medida que las sanciones logren motivar a los individuos a actuar conforme a las reglas jurídicas. Además, sin importar si los deberes están o no respaldados por una sanción, las normas jurídicas tienen un rol característico en el razonamiento práctico de los individuos, quienes las empelan para justificar acciones y decisiones. En estos términos, se distingue entre la fuerza normativa del derecho, o su capacidad de ser fuente de razones justificatorias para la acción, y su fuerza coercitiva, o su capacidad de ser fuente de motivos, basados en el autointerés, para actuar conforme a las normas jurídicas. Por tanto, se concluye que, si la noción de deber jurídico es independiente de la existencia y del funcionamiento de las sanciones, la explicación de la normatividad del derecho no puede depender de la motivación de la conducta de los individuos mediante la coerción, sino del fundamento y de la forma en que las reglas jurídicas son razones justificatorias para la acción.

En consecuencia, la relación entre deberes y sanciones (y por tanto, entre normatividad del derecho y sanciones) es contingente y justificatoria. Es contingente, por cuanto no existe relación conceptual alguna entre la existencia de un deber y el establecimiento de sanciones. Es decir, a diferencia de lo que ocurre con los deberes (cuya existencia es un elemento de la esencia de la normatividad del derecho, y por tanto, de su naturaleza práctica), la creación de sanciones es una herramienta o técnica cuyo uso depende de las decisiones contingentes de las autoridades legislativas. Por ello, la existencia de deberes jurídicos son una condición necesaria para la constitución de las sanciones, pero la existencia de sanciones no constituye deber jurídico alguno. Y así, la relación planteada entre reglas jurídicas y sanciones también es justificatoria, en el sentido de que son las reglas las que justifican la creación de las sanciones jurídicas, aunque no las sanciones jurídicas las que justifican la regla.

Por otro lado, la elucidación de la naturaleza de las sanciones es autónoma respecto de la forma como los ordenamientos jurídicos regulan la coacción, pues lo determinante para dar cuenta del funcionamiento de las sanciones en el razonamiento práctico, es la coerción, con independencia de cómo se lleven a cabo los actos coactivos. En consecuencia, el estudio de las relaciones entre las sanciones y la naturaleza normativa del derecho debe independizarse de las relaciones entre el derecho y el uso de la fuerza. De hecho, si las conexiones entre derecho y sanciones son contingentes y justificatorias –según lo que aquí se concluye–, puede no ocurrir lo mismo con las conexiones entre derecho y coacción. La definición de esta cuestión dependerá de un estudio ulterior que logre diferenciar entre los diferentes tipos de coacción y sus relaciones con la naturaleza del derecho. Sin embargo, la explicación de la forma como operan este tipo de relaciones, y dada la naturaleza distinta de las sanciones y los diferentes tipos de actos coactivos, debe abordarse a partir de aparatos conceptuales y metodológicos distintos, que aquí no alcanzan a ser ofrecidos.

En esta discusión hay un punto adicional que debe destacarse. Si los deberes jurídicos son constitutivos de razones justificatorias para la acción, lo son con independencia de que sean motivos en la deliberación de los individuos. De esta manera, por ejemplo, un juez tiene una razón justificatoria para decidir un caso de acuerdo con un PJ, y además, tiene razones prudenciales para cumplir esa obligación y así evitar posibles sanciones (disciplinarias y penales) en contra de sus intereses. El fundamento del deber es la regla jurídica que crea el PJ. El fundamento de las razones prudenciales es la sanción establecida. Por ello, puede afirmarse que el juez tiene una razón justificatoria para resolver un caso de acuerdo con un PJ, aunque, por ejemplo, la RP hubiese decidido (u olvidado) establecer sanciones. Por el contrario, no puede ocurrir que el juez deba resolver de determinada manera, sin que exista una norma (en este caso el PJ) que determine la forma como debe decidir. Esto se explica por cuanto, toda vez que la coerción (por ejemplo, el temor al arresto) es motivo para actuar conforme a un deber jurídico (por ejemplo, decidir de acuerdo con el PJ), no tiene sentido afirmar que existe coerción cuando no existe un deber jurídico.

Los deberes jurídicos pueden existir, sin dificultad conceptual alguna, aunque no haya estrategias o técnicas para motivar a los individuos a actuar conforme a ellos. De esta manera, como ya se dijo, la relación entre deberes y sanciones (y por tanto, entre

normatividad del derecho y sanciones) es contingente y justificatoria. Es contingente al no existir relación conceptual alguna entre la existencia de un deber y el establecimiento de sanciones, y es justificatoria por cuanto son las reglas las que justifican la creación de las sanciones jurídicas, pero no las sanciones jurídicas las que justifican la regla.

De cualquier manera, el hecho de reconocer que en los ordenamientos jurídicos conocidos se emplean sanciones y se hace uso de la fuerza, no responde a la cuestión que subyace a las relaciones entre derecho y sanción: no toda propiedad que pueda predicarse de un objeto es, de forma necesaria, un elemento de su naturaleza (así, todos los profesores de teoría del derecho tienen un nombre; pero tener un nombre no es una propiedad definitoria de ser profesor de teoría del derecho). Entonces, la pregunta sobre la relación entre derecho y sanciones no se puede responder mediante una generalización empírica, sino determinando si las sanciones, como propiedad del derecho, también forman parte de su naturaleza o resultan determinantes para dar cuenta de él. Sin embargo, aun cuando la relación entre deberes y sanciones es contingente y justificatoria, no se debe desconocer que, como afirma Schauer, al examinarse la relación entre el derecho y la coerción se puede mejorar en la comprensión del derecho (Schauer, 2015: 167).

De acuerdo con esto, es posible formular una última consideración. Los argumentos expuestos en este trabajo no pretenden ser concluyentes en cuanto a las relaciones entre el derecho y la coacción. El argumento se circunscribe a defender que las sanciones no son un elemento de la naturaleza normativa del derecho, es decir, no forman parte de su normatividad jurídica. Por otro lado, queda abierta la cuestión de si los elementos sancionatorios y coactivos pueden ser parte de la naturaleza del derecho, e incluso de su naturaleza normativa; sin embargo, esta conexión depende del análisis de la naturaleza de la coacción y de sus distintas modalidades.

## **BALANCE FINAL ACERCA DEL CARÁCTER AUTORITATIVO DE LOS PRECEDENTES JUDICIALES**

### **1. EL PROBLEMA DE LA AUTORIDAD DE LOS PRECEDENTES JUDICIALES**

Una teoría del precedente judicial (PJ) debe abordar tres cuestiones centrales: la creación de los PJ, la determinación e interpretación de su significado, y su función normativa. En cuanto a lo último, los PJ pueden cumplir dos tipos de funciones normativas: a) una función persuasiva, en el sentido de que guían la conducta si, y solo si, los individuos son convencidos de la corrección del precedente; o b) una función normativo-autoritativa, en el sentido de que los individuos deben realizar la conducta definida en el PJ, aunque no estén de acuerdo con lo establecido.

La función autoritativa de los PJ depende de la existencia de la doctrina o regla de precedente (RP). Esta regla, además, suele establecer diferentes mecanismos sancionatorios para asegurar que los sujetos vinculados actúen de acuerdo con lo exigido por los PJ. Como consecuencia del reconocimiento de la RP, los PJ cumplen una función excluyente en el razonamiento práctico de los individuos, por cuanto, además de indicar cómo se debe actuar o decidir, excluyen ciertas consideraciones normativas relevantes, lo que puede complementarse con la creación de sanciones, a fin de que los individuos los sigan.

Sin embargo, la explicación de la función excluyente de los PJ en el razonamiento práctico de los individuos ha sido objeto de dos críticas fundamentales. De acuerdo con la primera, la explicación excluyente del funcionamiento normativo de los PJ no puede dar cuenta de: (a) la capacidad de los jueces de apartarse de los PJ cuando encuentren razones suficientes para hacerlo, y (b) la facultad de ampliar o reducir su ámbito de aplicación. Según esta crítica, las variables (a) y (b) demuestran que los precedentes no excluyen en absoluto, sino que al contrario, indican una manera de actuar o decidir que debe sopesarse con el resto de consideraciones normativas relevantes, a partir de las cuales se puede, justamente, superar un PJ o modificar su

ámbito de aplicación. De acuerdo con la segunda crítica, los PJ no pueden cumplir una función excluyente en el razonamiento práctico, toda vez que su formulación lingüística es de tal forma indeterminada, que no es posible identificar su contenido sin recurrir a consideraciones evaluativas adicionales por parte de los individuos vinculados. Y si es necesario recurrir a tales consideraciones para identificar el contenido de los PJ y definir la conducta exigida, entonces estos no excluyen en absoluto.

De acuerdo con esto, hay que determinar si es posible, por una parte, pretender que los PJ cumplan una función excluyente en el razonamiento práctico de los individuos (exigiendo que sean seguidos, incluso mediante amenaza de sanciones), y por otra, reconocer: a) la existencia de razones que autorizan a los jueces a apartarse del precedente, y b) la facultad de ampliar o reducir el ámbito de aplicación de los precedentes. En torno a este problema, se a lo largo de éste trabajo se sostuvieron las siguientes tesis centrales:

1) La existencia de las variables (a) y (b) son contingentes y dependen de cómo se implementa la RP en cada uno de los ordenamientos jurídicos. Así, la posibilidad de que la RP contemple un conjunto de razones que autoricen a los individuos para apartarse del precedente y ampliar o reducir su ámbito de aplicación (por ejemplo, mediante la facultad del *distinguish*), no es una propiedad necesaria de dichos ordenamientos. De tal manera, es incluso posible que la RP no contemple dichas variables.

2) Una vez delimitadas adecuadamente las cuestiones acerca del alcance de la exclusión y el problema de la derrotabilidad de las reglas, se puede sostener que una disposición jurídica cumple una función excluyente en el razonamiento práctico, aunque su autoridad no sea absoluta. En el caso de la RP, la variable (a) está asociada a la posibilidad de que las reglas secundarias de los ordenamientos jurídicos establezcan un conjunto de razones no excluidas. De esta forma, las RP pueden ser más o menos autoritativas, según sea mayor o menor el conjunto de las razones no excluidas. Por otra parte, la variable (b) es una de las formas en que las reglas secundarias de los ordenamientos jurídicos pueden regular los casos en que las reglas entran en conflicto con sus razones subyacentes (experiencias

recalcitrantes). En este contexto, la función excluyente de los PJ depende de que el conjunto de razones subyacentes no excluidas pueda ser identificado de antemano.

En todo caso, la existencia de las variables (a) y (b) es contingente (y se reitera que no son una propiedad necesaria de los PJ), al variar en cada práctica jurídica. De hecho, existen prácticas de precedente donde se establece una vinculatoriedad estricta de este, es decir que no se establece en la RP el conjunto de razones capaces de superar su fuerza normativa ni la posibilidad de que los jueces afecten su ámbito semántico.

3) La relación entre la RP y la existencia de sanciones es contingente y justificatoria. Es contingente, toda vez que el funcionamiento autoritativo de los PJ es independiente de que se contemplen sanciones para los casos de incumplimiento de la RP. Así, la existencia (o inexistencia) de sanciones no afecta la explicación de la autoridad de los PJ en el modelo de reglas, ni dentro de este, la tesis de la función excluyente de los PJ en el razonamiento práctico. Y es justificatoria, toda vez que la existencia de sanciones se justifica si, y solo si, la autoridad de los precedentes está a su vez justificada. En otras palabras, la justificación de sanciones para el incumplimiento de los PJ (como en el caso del delito de prevaricato o las sanciones disciplinarias por desconocimiento de los PJ) depende de la justificación de la RP, y por tanto, de la autoridad de aquellos.

## **2. LA REGLA DE PRECEDENTE Y LOS PRECEDENTES JUDICIALES**

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. La RP es una regla secundaria y contingente que establece el deber de aplicar los PJ. Los PJ son el conjunto de normas jurídicas generales creadas por los jueces y designadas por la RP. De esta manera, para que los PJ sean autoritativos, debe existir, en el ordenamiento jurídico respectivo, una RP que establezca el deber de seguirlos, con exclusión de las consideraciones acerca de su corrección.

Ahora bien, es necesario diferenciar, además, dos asuntos en relación con la RP. El primero se refiere a su reconocimiento, que puede ser producto de un acto formal de legislación o resultado de la misma práctica jurídica. En el caso del reconocimiento

legislativo (o formal), el ordenamiento jurídico establece, en las fuentes formales de derecho, una formulación explícita de la RP. En el reconocimiento práctico-judicial, es en las propias prácticas judiciales donde se reconoce la RP, pese a que no haya normas jurídicas escritas específicas que la contemplen. De cualquier manera, debe tenerse en cuenta que la existencia de la RP depende de que, en cuanto regla secundaria, forme parte de los criterios de validez o aplicabilidad establecidos en la regla de reconocimiento del ordenamiento jurídico respectivo. De esta manera, por cuanto la regla de reconocimiento está constituida (al menos en parte) por las prácticas (en especial las judiciales) de reconocimiento de autoridad jurídica a determinadas fuentes, todas las reglas jurídicas (incluida la RP) dependen, al final, de que los criterios a partir de los cuales son identificadas formen parte de la regla de reconocimiento.

El segundo asunto se refiere a las razones que justifican la existencia de la RP, es decir, las consideraciones que justifican reconocer la autoridad de los PJ. Para explicar estas razones, es necesario diferenciar entre vinculación vertical y autovinculación del precedente. En este orden de ideas, los argumentos centrales con que se suele justificar el autoprecedente son el principio de la universalización y el de la consistencia. La autoridad del precedente vertical, por su parte, se pretende justificar por la capacidad de los órganos de cierre de coordinar la actividad interpretativa y adjudicativa, en aras de una aplicación consistente de la constitución y las leyes.

Aunque el reconocimiento de la RP y las razones que la justifican pueden ser conceptualmente diferenciados, lo interesante es establecer las conexiones. Al respecto, pueden señalarse dos posiciones. De acuerdo a la primera (por ejemplo, la de Hart), no existe conexión alguna necesaria entre el hecho de reconocer la RP y las razones para hacerlo. De acuerdo con la segunda (por ejemplo, la de Raz o Finnis), el reconocimiento de la RP depende de la aparición de razones para hacerlo. Según Hart, los individuos pueden aceptar la regla de reconocimiento (y eventualmente la RP) por diferentes razones morales, prudenciales, etc. En cambio, para Raz o Finnis, hay razones que justifican la aceptación de la regla de reconocimiento relacionadas con los presupuestos de la existencia de la autoridad moral del derecho.

En el ámbito de esta cuestión, es necesario diferenciar entre la fuerza normativa de la RP, esto es, la capacidad de los PJ de constituirse en razones justificatorias para la acción, y su fuerza coercitiva, es decir, la capacidad de los PJ de constituirse en motivos para la acción basados en el temor que genera en los individuos la eventual imposición de una sanción. Según esto, para que los PJ tengan la capacidad de constituirse en razones justificatorias para la acción, deben existir, en efecto, razones para aceptar la RP (por ejemplo, que se acredite la capacidad de los órganos de cierre para coordinar una interpretación y aplicación consistente de la ley y la constitución). Se puede sumar a esto la existencia de razones prudenciales para aceptar la RP, relacionadas con el temor a que se impongan sanciones. De cualquier forma, en caso de que no existan las condiciones necesarias para la legitimidad de la autoridad de los jueces o tribunales que crean los PJ, entonces no existirán razones para aceptar la RP, y por tanto, los PJ no pueden constituirse en razones autoritativas para la acción. En tal caso, la RP queda reducida a la producción de razones prudenciales para la acción, en caso de que establezca sanciones para motivar a los individuos a seguir los PJ. En cualquier caso, como la relación entre reglas y sanciones es justificatoria, si las reglas no están justificadas (cuando no se dan las condiciones de aceptación de su autoridad), la fuerza coercitiva de la RP también sería injustificada.

En los sistemas jurídicos del *common law*, la teoría del PJ se ha desarrollado alrededor de la noción de *ratio decidendi*. Sin embargo, en la actualidad, el funcionamiento de los PJ es mucho más amplio que dicha noción. En efecto, si por PJ se entienden las normas generales y abstractas que surgen de la actividad judicial (y que, en virtud de la RP, vinculan a los operadores jurídicos), se trata de una noción mucho más amplia que la de *ratio decidendi*. En este contexto, por ejemplo en el derecho colombiano, la Corte Constitucional es fuente de cuatro tipos de normas generales y abstractas: a) tiene la capacidad de declarar, con efectos *erga omnes*, la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas jurídicas; b) define contenidos normativos generales y abstractos cuando condiciona la interpretación de una norma jurídica; c) emite órdenes generales y abstractas mediante lo que se denominó en éste trabajo reglamentaciones jurisprudenciales; y d) tiene el poder normativo de definir contenidos normativos asociados o identificados a partir de la noción de *ratio decidendi*.

Ahora bien, la RP puede establecer una vinculatoriedad estricta, limitada o flexible. La vinculatoriedad flexible surge cuando la RP reconoce que algunos de los sujetos vinculados tienen la facultad de modificar o derogar los PJ. Sin embargo, en este caso es necesario diferenciar entre dos niveles de reglas. El primero se relaciona con el deber de aplicar o seguir los PJ, y el segundo con la competencia para modificarlos. Solo es posible hablar de vinculatoriedad cuando están adecuadamente diferenciados dichos niveles de reglas (y deberes), así como definidas las condiciones que autorizan a los operadores a modificar o derogar los PJ. Es el caso, por ejemplo, del autoprecedente, el cual vincula siempre y cuando se pueda diferenciar entre los niveles de reglas mencionados.

La RP establece una vinculación limitada, siempre que contemple que los sujetos vinculados se pueden apartar de los PJ, señalando para ello un conjunto de razones. En concreto, los límites establecidos en la RP pueden ser de dos tipos: los que afectan la fuerza de los PJ –relacionados con la variable (a) de limitación de la autoridad de la RP– y los que afectan el ámbito de las reglas que constituyen los PJ –relacionados con la variable (b) de limitación de la autoridad de la RP–. La fuerza del precedente se refiere al tipo o conjunto de razones que los individuos pueden emplear para no seguir los PJ, es decir, el conjunto de razones capaces de “superar” su función normativo-autoritativa. El ámbito, por su parte, puede verse afectado cuando la RP reconoce la facultad de los individuos de ampliar o reducir el conjunto de casos regulados por el PJ (facultad que en el derecho anglosajón se conoce como *distinguish*). Sin embargo, en este caso es necesario precisar si el poder de modificar el ámbito del precedente se refiere a la posibilidad de ampliar o reducir el ámbito semántico de la regla que constituye el PJ, aunque sin modificar el balance de las razones subyacentes, o a la de ampliar o reducir el ámbito del PJ modificando el balance de razones subyacentes.

Estas consideraciones dan pie a diferentes cuestionamientos normativos y conceptuales. Respecto a los normativos, está el de la legitimidad de los tribunales judiciales para definir reglas generales que vinculan, incluso, a los poderes representativos. En el caso colombiano, específicamente, habría que justificar la capacidad de los poderes normativos de la Corte Constitucional para vincular al Congreso de la República. El segundo cuestionamiento de naturaleza normativa se

relaciona con la diferenciación entre precedente constitucional en amplio sentido (cosa juzgada constitucional, condicionamientos y reglamentos jurisprudenciales), y precedente constitucional en estricto sentido (*ratio decidendi*). En este contexto, no es del todo claro el fundamento del poder de la Corte Constitucional para crear normas generales y abstractas, mediante condicionamientos y órdenes generales. En efecto, los argumentos expuestos sobre la justificación de los poderes normativos de la Corte Constitucional pueden llegar a justificar la cosa juzgada constitucional, y eventualmente, la fuerza normativa de la *ratio decidendi* de las decisiones; sin embargo, de esos argumentos no se deriva la autoridad de la Corte para adicionar contenidos normativos mediante condicionamientos, ni mucho menos para dictar órdenes generales y abstractas. Incluso, es posible preguntarse si las limitaciones establecidas para la RP incluyen o no las reglas referidas a los condicionamientos y las órdenes generales. Y en cuanto a los cuestionamientos conceptuales, estos apuntan a dos asuntos específicos: en primer lugar, al problema de articular la función excluyente de los PJ y a la posibilidad de que la fuerza y el ámbito de estos sean limitados; y en segundo lugar, al problema de las relaciones entre la función normativa de los PJ y la existencia de sanciones.

### **3. LÍMITES A LA AUTORIDAD PRÁCTICA: LA FUERZA Y EL ÁMBITO DE LOS PRECEDENTES JUDICIALES**

La pretensión de autoridad del derecho depende de que sus normas tengan relevancia práctica, es decir, que constituyan razones para la acción distintas a las que los individuos tendrían sin la existencia del derecho. En este sentido, según el modelo de reglas, los PJ deben tener la capacidad de ser una razón de primer orden para la acción, y además, excluir otras consideraciones normativas relevantes. Sin embargo, esta pretensión no es absoluta, y puede ser limitada por dos fenómenos: el alcance de la exclusión y la derrotabilidad de las normas. Estos fenómenos, además, están asociados a las variables (a) y (b) antes mencionadas de la RP. En efecto, el conjunto de razones no excluidas por la RP, que autorizan eventualmente a los individuos a apartarse de los PJ, ejemplifica la forma como las reglas secundarias de los ordenamientos jurídicos pueden hacer variar el alcance de la exclusión de sus normas. La facultad de que los individuos (en particular los jueces) amplíen o reduzcan el

ámbito semántico de los PJ, cuando estos entran en conflicto con sus razones subyacentes, es a su vez una de las formas en que una regla secundaria (en este caso la RP) establece mecanismos para solucionar las experiencias recalcitrantes, lo que puede llevar (pero no necesariamente) a que las reglas (los PJ) sean derrotables.

Ahora bien, para precisar de forma adecuada el problema de los límites prácticos de la RP, debe tenerse en cuenta que las nociones de alcance y de derrotabilidad de las normas jurídicas se limitan a la explicación de la forma como el derecho pretende guiar la conducta; por lo tanto, no deben confundirse, por un lado, con el problema de si existen razones morales concluyentes y específicas que exijan dejar de lado las normas jurídicas, y por otro, con la cuestión de las eventuales indeterminaciones lingüísticas que se presenten en las disposiciones jurídicas. Por esta razón, resulta aconsejable diferenciar dos tipos de limitaciones (y posibles indeterminaciones) a la pretensión de autoridad del derecho. La primera es consecuencia de los eventuales conflictos (antinomias) de las normas jurídicas con las razones (o normas) no excluidas. La segunda es consecuencia de la insuficiencia de las funciones lingüísticas de las disposiciones jurídicas para comunicar las reglas jurídicas. En términos simples, las nociones de alcance y de derrotabilidad de las normas jurídicas apuntan a explicar qué se debe hacer jurídicamente, y no a definir qué se debe hacer moralmente ni cómo las disposiciones jurídicas comunican la forma como se debe (jurídicamente) actuar.

El alcance de la exclusión (la determinación del conjunto de razones relevantes excluidas por las normas jurídicas) es una cuestión contingente que está en función de dos variables: 1) las reglas secundarias que determinan la competencia de las autoridades jurídicas, o sea, las personas, razones y circunstancias que pueden regular; y 2) la jurisdicción de la autoridad legítima, en el sentido de que las autoridades jurídicas solo pueden excluir en relación con personas, razones y circunstancias sobre las cuales, en efecto, son autoridades. Las prácticas jurídicas, por tanto, varían según pretendan una exclusión amplia (reduciendo el conjunto de razones no excluidas) o una exclusión reducida (ampliando el conjunto de razones no excluidas).

Para abordar de forma adecuada la relación entre las normas jurídicas y las razones (o normas) no excluidas, se deben analizar las nociones de antinomias y excepciones. Tanto las antinomias como las excepciones se refieren a las circunstancias en que dos

o más normas que regulan el mismo caso (conjunto de propiedades) plantean calificaciones jurídicas incompatibles. La diferencia fundamental entre antinomias y excepciones es que, en las segundas, el ordenamiento jurídico establece condiciones de prioridad entre las normas; por el contrario, en las antinomias no existen condiciones jurídicas para resolver el conflicto, de forma que el asunto queda jurídicamente indeterminado.

A consecuencia de las diferentes relaciones normativas, se pueden señalar tres tipos de excepciones: 1) las excepciones *genéricas*, planteadas en las reglas secundarias, las cuales, además de definir el conjunto de razones que quedan por fuera del alcance de las reglas primarias, definen las condiciones de prioridad entre las normas; 2) las excepciones *específicas*, establecidas en cada norma individualmente considerada; y 3) las excepciones *implícitas*, que no dependen de las normas jurídicas individualmente consideradas, sino de la relación con otras normas y razones no excluidas.

Por otra parte, acerca del problema de la derrotabilidad (el rol que tienen, o deben tener, las razones subyacentes en el seguimiento de las reglas) existen dos posturas. Según la primera, la derrotabilidad se refiere a la existencia de excepciones implícitas no enumerables de antemano, a consecuencia de la interacción de las reglas con los principios. Sin embargo, en contra de esta posición, debe tenerse en cuenta que no son del todo claras las razones por las cuales se afirma que los principios son normas no reconstruibles de antemano. Es posible que con ello se esté confundiendo el problema de la derrotabilidad con el de la dificultad de identificar el contenido de los principios, a consecuencia de la vaguedad en su formulación. Según esto, la derrotabilidad (entendida como la aparición de excepciones implícitas no enumerables de antemano) tendría lugar, en exclusiva, cuando las reglas secundarias del ordenamiento jurídico autorizan a que se consideren relevantes determinadas razones, las cuales, además, no pueden reconstruirse racionalmente.

Por su parte, la segunda postura afirma que la derrotabilidad se refiere a la facultad de los individuos de incorporar nuevas excepciones en las reglas, a consecuencia de la aparición de una experiencia recalcitrante (esto es, cuando la regla entra en conflicto con sus razones subyacentes). Si esta experiencia aparece a consecuencia de la

relación de la regla con otra razón jurídica, no es cierto que el individuo deba, necesariamente, incorporar nuevas excepciones. En efecto, es posible que un determinado conjunto de razones subyacentes no sean excluidas, y en consecuencia, que hagan parte del contenido de la norma. En términos simples, si las reglas son el significado de las disposiciones jurídicas, y dentro de los criterios significativos aparecen las razones subyacentes (o un conjunto de ellas), no se puede afirmar, sin más, que los operadores modifican la regla al consultar dichas razones. Por otra parte, si la razón subyacente se puede reconstruir racionalmente, es posible identificar la excepción sin necesidad de crearla.

La derrotabilidad, en todo caso, es una propiedad contingente que depende de las reglas secundarias de las prácticas jurídicas, de acuerdo con las cuales o bien se exige que no sean consideradas relevantes las propiedades no consideradas por las reglas, o bien se autoriza a los individuos a que, en casos de experiencias recalcitrantes, consulten las razones subyacentes.

Se ha insistido en que la explicación de la RP depende de cómo se resuelven dos cuestiones: la fuerza y el ámbito de los PJ. La fuerza del PJ corresponde al alcance de la exclusión de la RP y de cada uno de los PJ. En este contexto, aunque el alcance de la RP sea limitado, eso no significa que la fuerza de los PJ quede indeterminada. La indeterminación de la fuerza de los PJ depende, a su vez, de la indeterminación de las razones no excluidas (por ejemplo, cuando se deja por fuera de la exclusión aquellas razones que surgen de “un cambio político o social relevante”). Pero asimismo, es posible que la RP determine, con suficiente precisión, el conjunto de razones no excluidas, y que tales razones se puedan reconstruir racionalmente de antemano. En este caso, no hay razones para afirmar que el reconocimiento de límites en la exclusión lleva a que, de modo necesario, el derecho quede indeterminado.

Por otra parte, los ordenamientos jurídicos que reconocen la RP suelen establecer diferentes mecanismos para enfrentar las experiencias recalcitrantes. En particular, es común que la RP deje por fuera de la exclusión a un conjunto delimitado de razones subyacentes (en general, las consideradas por la autoridad judicial que creó el PJ), y a partir de ello, faculte a los jueces a que amplíen o reduzcan el contenido semántico de los PJ (por ejemplo, mediante la facultad de distinguir). Así, la cuestión que surge es

si el hecho de admitir la relevancia de las razones subyacentes en la identificación del contenido del derecho (y en particular de los PJ) implica dejar de lado el modelo de reglas, y más en concreto la tesis de la autonomía de las reglas, la cual es fundamental para explicar la función excluyente de las normas en el razonamiento práctico. En efecto, para algunos autores, la facultad de distinguir implica que los precedentes no tienen contenido normativo autónomo, toda vez que dicha facultad implica la posibilidad de la modificación de la regla.

Sin embargo, una vez se diferencia adecuadamente entre el significado semántico y el pragmático de las disposiciones jurídicas, se puede concluir que, aun cuando la facultad de distinguir implica de algún modo la derrotabilidad de la autonomía semántica de las disposiciones jurídicas que constituyen los precedentes, ello no significa, necesariamente, que se derrote así la autonomía del significado. La RP, por ejemplo, puede considerar relevantes las razones que llevaron al juez a crear el precedente, pero no autorizar a que el juez recurra a cualquier tipo de consideración. La RP suele exigir que los jueces no recurran a razones que resulten contrarias al significado del precedente, y no los autoriza a reabrir el balance de las razones. De hecho, en muchos casos lo que permite la facultad de distinguir es la consulta de esas razones, a fin de comprender adecuadamente el significado de la disposición. En este sentido, la autonomía del significado se conserva, toda vez que, como se concluyó antes, una cosa es comprender esas razones y otra es evaluarlas. Así —no sobra advertirlo—, cuando se distingue un PJ, el individuo no modifica la relación entre las razones subyacentes y las razones excluidas contrarias a la conducta exigida; se autoriza a los individuos a consultar las razones subyacentes, pero no a modificar la relación de estas con las razones excluidas contrarias a la conducta exigida. Por último, es preciso diferenciar entre la facultad de distinguir y la de modificar los PJ. En efecto, puede darse que el juez A distinga un PJ (al tener la facultad de distinguirlo), pero que no tenga la autoridad para modificarlo, es decir, que no tenga el poder normativo de modificar su estatus como razón para la acción, en relación con otros casos e individuos.

De todos modos, teniendo en cuenta que el contenido de la RP es contingente, la facultad de distinguir no es una propiedad necesaria de los PJ. Es posible, en efecto, que los sujetos vinculados no tengan la facultad de consultar las razones subyacentes,

de forma que las reglas jurisprudenciales excluyan, incluso, a las razones subyacentes (y por tanto, se plantee un modelo opaco de precedentes). Por ello, una facultad general de distinguir los precedentes no da cuenta de cómo funcionan buena parte de las normas jurídicas de origen judicial (por ejemplo, los reglamentos generales estudiados en el capítulo 1). Lo mismo habría que decir, en el caso del derecho colombiano, de la vinculatoriedad del precedente constitucional para las autoridades administrativas, pues como se vio, la Corte Constitucional ha sostenido que las autoridades administrativas deben seguir los precedentes constitucionales de forma estricta, es decir que no pueden realizar distinciones a partir de los principios subyacentes de los precedentes.

#### **4. LA FUERZA COERCITIVA EN LA REGLA DE PRECEDENTE**

Las sanciones jurídicas son una técnica de motivación para que los individuos actúen conforme a las normas jurídicas, mediante la amenaza de la imposición de consecuencias negativas. La coerción, entendida como la presión que genera sobre los individuos la probabilidad de que les sean impuestas consecuencias negativas, es el elemento esencial en el funcionamiento de las sanciones en el razonamiento práctico de los individuos. Las sanciones, en este orden de ideas, son fuente de razones prudenciales basadas en el autointerés de los individuos, para que estos adecúen su comportamiento al exigido por las normas jurídicas. Así las cosas, existe una conexión entre las nociones de sanción y coerción: las sanciones crean un tipo especial de razones prudenciales para la acción basadas en el autointerés de los individuos, y una vez estos interiorizan dichas razones, son coercionados para que actúen conforme a las reglas jurídicas.

La fuerza normativa de la autoridad del derecho depende de que los deberes jurídicos (los creados en las reglas jurídicas) sean fuente de razones justificatorias para la acción, con independencia de si logran o no motivar a los individuos. El derecho tiene fuerza coercitiva, por el contrario, en la medida que las sanciones logren motivar a los individuos a actuar conforme a las reglas jurídicas. Por lo tanto, si la noción de deber jurídico es independiente de la existencia y del funcionamiento de las sanciones, la explicación de la autoridad normativa del derecho no puede depender de la

motivación de la conducta de los individuos mediante la coerción, sino del fundamento y la forma en que las reglas jurídicas son razones justificatorias para la acción.

La relación entre deberes y sanciones (y por tanto, entre la fuerza de la autoridad del derecho y la fuerza coercitiva del derecho) es contingente y justificatoria. Es contingente, por cuanto no existe relación conceptual entre la existencia de un deber y el establecimiento de sanciones. Es decir, a diferencia de lo que ocurre con los deberes (cuya existencia es un elemento de la esencia de la normatividad del derecho, y por tanto, de la naturaleza práctica del derecho), la creación de sanciones es una herramienta o técnica cuyo uso depende de las decisiones contingentes de las autoridades legislativas. Así, la existencia de deberes jurídicos es una condición necesaria para la justificación de las sanciones. Por otra parte, la relación planteada entre reglas jurídicas y sanciones es justificatoria, en el sentido de que son las reglas las que justifican la creación de las sanciones jurídicas, y no las sanciones jurídicas las que justifican las reglas.

Admitir que los ordenamientos jurídicos conocidos emplean de forma característica las sanciones para motivar a los individuos, no responde a la cuestión que subyace a las relaciones entre derecho y sanción: no toda propiedad que, de forma general, pueda predicarse de un objeto, es necesariamente un elemento de su naturaleza. Afirmar que los ordenamientos jurídicos emplean sanciones, además de ser una generalización, no logra explicar la naturaleza normativa del derecho. En otras palabras, la pregunta sobre la relación entre el derecho y las sanciones no se puede responder con una generalización empírica, sino definiendo si las sanciones están entre las propiedades que forman parte de la naturaleza del derecho o si resultan determinantes para dar cuenta de este.

Por otra parte, la noción de coacción es ambigua. Puede referirse a todo acto realizado por un individuo para forzar a otro a hacer o no hacer determinada acción (coacción A), o a la imposición efectiva de las sanciones, es decir, los actos concretos mediante los cuales se impone la sanción a un individuo (coacción B), o asimismo al acto mediante el cual una autoridad hace que se cumpla un deber jurídico específico (coacción C). Cabe resaltar que no existe una relación de equivalencia entre las nociones de sanción y coacción.

En cuanto a la coacción de tipo A, esta es independiente de las sanciones, pues de hecho muchos de estos actos coactivos no son sancionatorios. Además, no todo acto de imposición de sanciones es efectuado mediante el uso de la fuerza.

Por otra parte, la coacción B implica la posibilidad de que los individuos autorizados impongan la consecuencia establecida en la sanción. Pero la existencia de las sanciones y su funcionamiento en el razonamiento práctico son independientes de la coacción B, es decir que el funcionamiento de las sanciones no depende de que, en cada caso de incumplimiento de las normas, se apliquen actos coactivos. Así, es común que estos actos coactivos, en relación con una conducta determinada, sean estadísticamente bajos, y aun así la coerción tenga la capacidad suficiente de motivar la acción.

Por último, en el contexto de la coacción C, los deberes jurídicos se caracterizan porque su cumplimiento puede ser exigido, por ejemplo, mediante un mandato judicial, incluso con el uso de la fuerza. Según esto, un deber jurídico se diferencia de los deberes morales, entre otras razones, porque en su contexto existen instituciones y personas con el poder de exigir su cumplimiento.

Es posible diferenciar entre: (i) la existencia de los deberes jurídicos; (ii) la posibilidad de hacer exigibles tales deberes jurídicos, y (iii) las sanciones jurídicas. Tanto (ii) como (iii) son formas o mecanismos para lograr que los individuos cumplan con los deberes de (i); sin embargo, (ii) es, por necesidad conceptual, posterior al incumplimiento de (i), y restaurativo (porque su propósito es restaurar o hacer cumplir el deber). En este orden de ideas, la finalidad de (ii) no es motivar a los individuos a actuar conforme a los deberes jurídicos, sino asegurar (*ex post facto*), en los casos de incumplimiento, que se realice lo exigido por el deber jurídico. Además, (ii) funciona generando motivos para que los individuos actúen conforme a sus deberes. En ese sentido, (iii), a diferencia de (ii), es, por necesidad conceptual, previo a la acción, pues como se dijo, su propósito es motivar esta, y no reparar o restaurar el eventual incumplimiento de deberes. Por lo tanto, toda vez que las sanciones pueden existir con independencia de la eventual exigencia (incluso por la fuerza) de los deberes jurídicos, no existe una conexión necesaria entre las sanciones y la coacción C.

Por consiguiente, la elucidación de la naturaleza de las sanciones es autónoma respecto de la forma como los ordenamientos jurídicos regulan la coacción, pues lo determinante para dar cuenta del funcionamiento de las sanciones en el razonamiento práctico, es la coerción (el temor que genera la eventual imposición de consecuencias negativas), con independencia de cómo se lleven a cabo los actos coactivos. El estudio de las relaciones entre las sanciones y la autoridad práctica del derecho debe entonces independizarse de las relaciones entre el derecho y el uso de la fuerza. De hecho, es necesario indagar, en investigaciones posteriores, sobre el tipo de conexiones existentes entre la autoridad del derecho y la coacción. Para ello es necesario un estudio que distinga entre los diferentes tipos de coacción y sus relaciones con la naturaleza del derecho. En todo caso, la explicación de estas relaciones (dada la naturaleza distinta de las sanciones y los diferentes tipos de actos coactivos) debe abordarse a partir de aparatos conceptuales y metodológicos diferentes a los aquí presentados.

Según lo anterior, si los deberes jurídicos son constitutivos de razones justificatorias para la acción, lo son con independencia de que también sean motivos para la acción de los individuos. En consecuencia, si en la RP se contemplan sanciones (disciplinarias y penales, como en el derecho colombiano), es posible que los operadores jurídicos tengan una razón justificatoria para decidir un caso de acuerdo con un PJ, y además, razones prudenciales para cumplir esa obligación. El fundamento del deber es la regla jurídica que creó el PJ, y el fundamento de las razones prudenciales es la sanción establecida. Por lo tanto, es posible que la RP tenga fuerza coercitiva (en la medida que contemple sanciones), aunque carezca de autoridad normativa, al no tener la legitimidad para ser fuente de razones justificatorias para la acción.

## BIBLIOGRAFÍA

### 1. Referencias bibliográficas

- Ackerman, B. (1991). *We the people* (Vol. 1). Cambridge: Harvard University.
- Agudelo, C. A. (2015). *La democracia de los jueces: La 'rama menos peligrosa' como poder democrático en la práctica constitucional*. Bogotá: Leyer.
- Aguiló Regla, J. (2000). *Teoría general de las fuentes del Derecho*. Barcelona: Ariel.
- Alchourron, C. y Bulygin, E. (1974). *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires: Astrea.
- Alexander, L. (1989). "Constrained by Precedent". *Southern California Law Review* 63, 1-64.
- Alexander, L. (2010). "Precedent". En: D. Patterson, ed., *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory* (2a. ed.). Oxford: Blackwell Publishing, 493-503.
- Alexander, L. (2012). "Precedential Constraint, Its Scope and Strength: A Brief Survey of the Possibilities and Their Merits". En: C. Bernal Pulido y T. Bustamante, eds., *On the Philosophy of Precedent*. Stuttgart: Nomos, 75-82.
- Alexander, L. y Sherwin, E. (2004). "Judges as Rulemakers". *University of San Diego Public Law and Legal Theory Research Paper Series* 15. Consultado el 16 de marzo de 2015. [http://digital.sandiego.edu/lwps\\_public/art15](http://digital.sandiego.edu/lwps_public/art15)
- Alexander, L. y Sherwin, E. (2008). *Demystifying Legal Reasoning*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Alexy, R. (1989). *Teoría de la argumentación jurídica* (M. Atienza e I. Espejo, trad.). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Alexy, R. y Dreirer, R. (1997). "Precedent in the Federal Republic of Germany". En: N. MacCormick y R. Summers, eds., *Interpreting Precedents*. Aldershot: Ashgate/Dartmouth.

Anderson, S. (2015). "Coercion". En: E. Zalta, ed., *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Consultado el 16 de marzo de 2016.

<http://plato.stanford.edu/archives/sum2015/entries/coercion/>

Atria, F., Bulygin, E., Moreso, J., Navarro, P., Rodríguez, J. y Ruiz Manero, J. (2005). *Lagunas en el Derecho*. Madrid: Marcial Pons.

Austin, J. (1995). *The province of jurisprudence determined*. UK: Cambridge University Press.

Bankowski, Z., MacCormick, N. y Marshall, G. (1997a). "Precedent in the United Kingdom". En: N. MacCormick y R. Summers, eds. *Interpreting Precedents*. Aldershot: Ashgate/Dartmouth, 315-354.

Bankowski, Z., MacCormick, N. Morawski, L. y Ruiz, A. (1997b). "Rationales for Precedent". En: N. Mac Cormick y R. Summers, eds., *Intepreting Precedents*. Aldershot: Ashgate/Dartmouth, 481-501.

Bayón, J. (1991). *La normatividad del derecho: deber jurídico y razones para la acción*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Bayón, J. (2001). "¿Por qué es derrotable el razonamiento jurídico?". *Doxa* 24, 35-62.

Bayón, J. (2003). "Proposiciones normativas e indeterminación del derecho". En: H. Seleme, R. Sánchez y P. Gaido, eds., *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales: el debate Bayón-Rodríguez sobre la derrotabilidad de las normas jurídicas*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 27-66.

Beaney, M. (2015). "Analysis". En: E. Zalta, ed., *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Consultado el 16 de marzo de 2016.

<http://plato.stanford.edu/entries/analysis/#4>

Bentham, J. (1970). *Of Laws in General* (H. Hart, ed.). London: University of London, The Athlone Press.

Bernal Pulido, C. (2005). *El Derecho de los Derechos*. Bogotá: Universidad Externado.

Bernal Pulido, C. (2008). "El precedente en Colombia". *Revista Derecho del Estado* 21. Consultado el 16 de marzo de 2016.

<http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/download/493/471>

Bickel, A. (1986). *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the bar of politics*. New Haven: Yale University Press.

Bix, B. (2005). *Legal Positivism. Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory* (M. Golding y W. Edmundson, eds.). Oxford: Blackwell. Consultado el 16 de marzo de 2016. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.369782>

Bix, B. (2006). "H. L. A. Hart y el giro hermenéutico en la teoría del derecho" (P. Navarro y H. Seleme, trad.). En: B. Bix, *Teoría del Derecho: ambiciones y límites*. Madrid: Marcial Pons, 127-165.

Bix, B. (2010). "John Austin and Constructing Theories of Law". *Minnesota Legal Studies Research Paper* 10(7). Consultado el 16 de marzo de 2016.

<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1535386>

Bix, B. (2014). "John Austin". En: E. Zalta, ed., *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Consultado el 16 de marzo de 2016.

<http://plato.stanford.edu/archives/spr2014/entries/austin-john/>

Bonorino, P. (2003). *Integridad, Derecho y Justicia. Una crítica a la teoría jurídica de Ronald Dworkin*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.

Bonorino, P. (2010). *Dworkin*. Lima: Ara Editores.

Botero, C. (2007). La acción de tutela contra providencias judiciales. En Cepeda, M. y Montealegre, E. (Ed.). *Teoría constitucional y políticas públicas: Bases críticas para una discusión* (p. 199-291). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

- Bouvier, H., Gaido, P. y Sánchez Brígido, R. (2007). “Teoría del derecho y análisis conceptual”. En: J. Raz, R. Alexy y E. Bulygin, *Una discusión sobre la teoría del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 9-45.
- Brink, D. (1985). “Legal Positivism and Natural Law Reconsidered”. *The Monist* 68, 364-387.
- Bulygin, E. (1990). “An Antinomy in Kelsen’s Pure Theory of Law”. *Ratio Juris* 3, 29-45.
- Bulygin, E. (1991). “Tiempo y validez”. En: C. Alchourron y E. Bulygin, *Análisis lógico y Derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 195-214.
- Bulygin, E. (2003). “Los jueces ¿crean derecho?”. *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho* 18, 13.
- Bulygin E. (2005). “Creación y aplicación del derecho”. En: F. Atria, E. Bulygin, J. Moreso, P. Navarro, J. Rodríguez y J. Ruiz Manero, *Lagunas en el derecho*. Madrid: Marcial Pons, 29-44.
- Carrió, G. (1990). *Notas sobre derecho y lenguaje* (4a. ed.). Buenos Aires: Lexis Nexis, Abeledo-Perrot.
- Chiassoni, P. (2012) “The Philosophy of Precedent: Conceptual Analysis and Rational Reconstruction”. En: C. Bernal Pulido y T. Bustamante, eds., *On the Philosophy of Precedent*. Stuttgart: Nomos, 13-33.
- Christiano, T. (2013). "Authority". En: E. Zalta, ed., *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Consultado el 16 de marzo de 2016.
- <http://plato.stanford.edu/archives/spr2013/entries/authority/>
- Cifuentes, E. (2002). “Jurisdicción constitucional en Colombia”. *Ius et Praxis* 8(1), 283-317.
- Coleman, J., Leiter, B. (1994). *Determinacy, Objectivity, and Authority in Law and Interpretation: Essays in Legal Philosophy*. Oxford: Oxford University Press.
- Cross, R. y Harris, J. (2012). *El precedente en el derecho inglés*. Madrid: Marcial Pons.
- Cueto Rúa, J. (1997). *El Common Law*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

- Curzon, L. (1995). *Jurisprudence* (2a. ed.). London: Cavendish Publishing Limited.
- Díaz Revorio, F. (2001). *Las sentencias interpretativas del tribunal constitucional*. Valladolid: Lex Nova.
- Duxbury, N. (2008). *The Nature and Authority of Precedent*. New York: Cambridge University Press.
- Dworkin, R. (1975) "Hard Cases". *Harvard Law Review* 88, 1057-1109.
- Dworkin, R. (1977). *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press.
- Dworkin, R. (1986). *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press.
- Dworkin, R. (2007). *La justicia con toga*. (M. Iglesias Villa, trad.). Madrid: Marcial Pons.
- Edmundson, W. (ed.). (1999). *The Duty to Obey the Law. Selected Philosophical Readings*. New York: Rowman & Littlefield Publishers.
- Emenaker, R. (2013). *Constitutional Interpretation and Congressional Overrides: Changing Trends in Court-Congress Relations* 201. Consultado el 16 de marzo de 2016. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2243912>
- Endicott, T. (2014a). "Interpretation and Indeterminacy: Comments on Andrei Marmor's Philosophy of Law". *Jerusalem Review of Legal Studies* 10, 46-56.
- Fallon, Jr., R. (1997). "Ruminations on the Work of Frederick Schauer". *Notre Dame L. Rev.* 72, 1391-1414.
- Farell, M. (2003). *Ética en las relaciones internas e internacionales*. Barcelona: Gedisa.
- Farrell, M. (2005). *El papel de la integridad en la decisión judicial*. México: Serie Ética Judicial, Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Farrell, M. (2012). *Entre el Derecho y la Moral*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

- Ferrerres Comella, V. (2011). *Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad*. Madrid: Marcial Pons.
- Ferrerres Comella, V. (2005). "Las consecuencias de centralizar el control de constitucionalidad de la ley en un tribunal especial". En: R. Saba, ed., *Los límites a la democracia*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 305-326.
- Finnis, J. (2000). *Ley natural y derechos naturales*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Fish, S. (1982). "Working on the Chain Gang: Interpretation in the Law and in Literary Criticism". *Critical Inquiry* 9(1), 201-216.
- Flanagan, B. (2010). "Revisiting the Contribution of Literal Meaning to Legal Meaning". *Oxford Journal of Legal Studies* 30(2), 255-271.
- Frege, G. (1991). "Sobre sentido y referencia". En: L. Valdés Villanueva, ed., *La búsqueda del significado*. Madrid: Tecnos, 24-45.
- Friedman, B. y Smith, S. (1998). "The sedimentary constitution". *University of Pennsylvania Law Review* 147(1), 1-90.
- Gaido, P. (2011). *Las pretensiones normativas del derecho. Un análisis de las concepciones de Robert Alexy y Joseph Raz*. Madrid: Marcial Pons.
- Gaido, P. (2014). "The Exclusionary Role of Law. Revisiting Joseph Raz's Account". En: UCL Legal Philosophy Forum 2014. Ponencia presentada en el Foro. Londres.
- Garay, A. (2013). *La doctrina del precedente en la Corte Suprema*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Gargarella, R. (1996). *La justicia frente al gobierno*. Barcelona: Ariel.
- Gascón, M. (2012). "Rationality and (Self) Precedent: Brief Considerations Concerning the Grounding and Implications of the Rule of Self Precedent". En: C. Bernal Pulido y T. Bustamante, eds., *On the Philosophy of Precedent*. Stuttgart: Nomos, 35-50.
- Gerhardt, M. (2008). *The Power of Precedent*. Oxford: Oxford University Press.

Goodhart, A. (1930). "Determining the Ratio Decidendi of a Case". *The Yale Law Journal* 40(2), 161-183.

Goodhart, A. (1953). *English Law and Moral Law*. London: Stevens & Sons.

Green, L. (2009). "Legal Positivism". En: E. Zalta, ed., *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Consultado el 16 de marzo de 2016.

<http://plato.stanford.edu/archives/fall2009/entries/legal-positivism/>

Grice, P. (1957), "Meaning". *The Philosophical Review* 66, 377-388.

Guastini, R. (1999). *Estudios sobre la interpretación jurídica*. México: UNAM.

Guastini, R. (2008). *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*. Madrid: Trotta.

Guastini, R. (2014). *Interpretar y argumentar* (2a. ed.) (S. Álvarez Medina, trad.). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Hart, H. L. A. (1982). *Essays on Bentham Jurisprudence and political theory*. Oxford: Oxford University Press.

Hart, H. L. A. (1983). *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford: Oxford University Press.

Hart, H. L. A. (1994). *The concept of law* (2a. ed.) (P. Bulloch y J. Raz, ed.). Oxford: Clarendon Press.

Hernández Marín, R. (2008). "Sobre ontología jurídica e interpretación del derecho". *Isonomía* 29, 33-78.

Hurd, H. (1991). "Challenging Authority". *Yale Law Journal* 100(6), 1611-1677.

Iturralde, V. (1995). *El precedente en el common law*. Madrid: Civitas.

Iturralde, V. (2012). "Precedent as subject of interpretation (a civil law perspective)". En: C. Bernal Pulido y T. Bustamante, eds., *On the Philosophy of Precedent*. Stuttgart: Nomos, 105-118.

Julio, A. (2003). *Las ramas ejecutiva y judicial del poder público en la Constitución colombiana de 1991*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

- Kelsen, H. (1995). *Teoría General del Derecho y del Estado* (5a. reimpression de la 2a. ed. de 1958). México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Kelsen, H. (2005). *Teoría Pura del Derecho* (14a. ed.) (R. Vernengo, trad.). México: Editorial Porrúa.
- Komarek, J. (2013). "Reasoning with previous decisions: beyond the doctrine of precedent". *American Journal of Comparative Law* 61(1), 149-171.
- Korta, K. & Perry, J. (2015) "Pragmatics", En: E. Zalta, ed., *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. <http://plato.stanford.edu/entries/pragmatics/#Aca> Consultado el 16 de marzo de 2016.
- Kramer, M. (2007). *Objectivity and the Rule of Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Lamond, G. (2001). "Coercion and the Nature of Law". *Legal Theory* 7, 35-57.
- Lamond, G. (2014). "Precedent and Analogy in Legal Reasoning". En: E. Zalta, ed., *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Consultado el 16 de marzo de 2016. <http://plato.stanford.edu/archives/spr2014/entries/legal-reas-prec/>
- Lancheros, J. (2012). "El precedente constitucional en Colombia y su estructura argumentativa. Síntesis de las experiencias de un sistema de control mixto de constitucionalidad a la luz de la sentencia T-292 de 2006 de la Corte Constitucional". *Dikaion* 21(1), 159-186.
- Leiter, B. (2001). "Introduction". En: B. Leiter, ed., *Objectivity in Law and Morals*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Leiter, B. (2014). "Naturalism in Legal Philosophy". En: E. Zalta, ed., *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Consultado el 16 de marzo de 2016. <http://plato.stanford.edu/archives/fall2014/entries/lawphil-naturalism/>
- Levenbook, B. (2000) "The Meaning of a Precedent". *Legal Theory* 6, 185-240.
- Levi, E. (1948). "An Introduction to Legal Reasoning". *University of Chicago Law Review* 15, 501-574.
- López, D. (2006). *El derecho de los jueces*. Bogotá: Legis.

- MacCormick, N. y Summers, R. (1997). "Apendix". En: N. MacCormick y R. Summers, *Interpreting Precedents*. Aldershot: Ashgate/Dartmouth, 559-561.
- Magaloni, A. (2001). *El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano*. Madrid: McGraw-Hill Interamericana de España.
- Marmor, A. (2000). *Interpretación y Teoría del Derecho*. Barcelona: Gedisa.
- Marmor, A. (1995). "Three Concepts of Objectivity". En: A. Marmor, ed., *Law and Interpretation*. Oxford: Clarendon Press, 177-201.
- Marmor, A. (2011). *Philosophy of Law*. Princeton: Princeton University Press.
- Marmor, A. (2014). *The Language of Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Marmor, A. y Sarch, A. (2015). "The Nature of Law". En: E. Zalta, ed. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Consultado el 16 de marzo de 2016.  
<http://plato.stanford.edu/entries/lawphil-nature/#NorLaw>
- Martin, M. (2014). *Judging positivism*. Oxford: Hart Publishing.
- Moore, M. (1989). "Authority, Law, and Razian Reasons". *S. CAL. L. REV* 62, 827-896.
- Moral Soriano, L. (2000). "¿Es el derecho tan normativo?". *Anuario de filosofía del derecho* 17, 337-357.
- Navarro, P. y Rodríguez, J. (2000). "Derrotabilidad y sistematización de normas". *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho* 13, 61-85.
- Navarro, P. y Rodríguez, J. (2014). *Deontic Logic and Legal Systems*. New York: Cambridge University Press.
- Nino, C. S. (1984). *Introducción al análisis del derecho* (2a. ed.). Buenos Aires: Astrea.
- Nino, C. S. (1985). *La validez del Derecho*. Buenos Aires: Astrea.
- Nino, C. S. (1989). "La paradoja de la irrelevancia moral del gobierno y el valor epistemológico de la democracia". En: C. S. Nino, *El constructivismo ético*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 113-133.

- Nino, C. S. (1992). *Fundamentos de derecho constitucional: análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*. Buenos Aires: Astrea.
- Nozick, R. (1969). "Coercion". En: S. Morgenbesser, P. Suppes y M. White, eds., *Philosophy, Science, and Method: Essays in Honor of Ernest Nagel*. New York: St. Martin's Press, 440-472.
- Oberdiek, H. (1976). "The Role of Sanctions and Coercion in Understanding Law and Legal Systems". *American Journal of Jurisprudence* 21(1), 75.
- Olano García, H. (2004). "Tipología de nuestras sentencias Constitucionales". *Vniversitas* 108, 571-602.
- Orlando, E. (1999). *Concepciones de la referencia*. Buenos Aires: Eudeba.
- Patterson, D. (1996). *Law and Truth*. Oxford: Oxford University Press.
- Peczenik, A. (1997). "The Binding force of precedent". En: N. MacCormick y R. Summers, *Interpreting Precedents*. Aldershot: Ashgate/Dartmouth, 461-479.
- Perry, S (1987). "Judicial Obligation, Precedent and the Common Law". *Oxford Journal of Legal Studies* 7, 215-257.
- Poscher, R. (2012). "Ambiguity and Vagueness in Legal Interpretation". En: L. Solan y P. Tiersma, eds, *The Oxford Handbook of Language and Law*. Oxford: Oxford University Press, 128-144.
- Postema, G. (1996). "Law's autonomy and public practical reason". En: R. George, ed., *The Autonomy of law. Essays on legal positivism*. Oxford: Oxford University Press, 57-78.
- Postema G. (2011). *Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence, Volume 11: Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Common Law World*. London: Springer.
- Pulido Ortiz, F. (2009). *La coherencia en la aplicación del derecho. Un estudio de las relaciones entre la Corte Constitucional y la Corte Suprema en Colombia*. Tesis de Maestría no publicada de Derecho. Universidad de Palermo. Facultad de Derecho. Programa académico de Maestría en Derecho Constitucional. Buenos Aires, Argentina.

- Pulido Ortiz, F. (2011). "Control constitucional abstracto, concreto, maximalista y minimalista". *Prolegómenos - Derechos y Valores* 14(27), 165-181.
- Pulido Ortiz, F. (2015). "Jurisdicción constitucional en Colombia: ¿Un modelo monista?". En: L. Castillo Córdova, ed., *¿Son anulables las sentencias del tribunal constitucional?* Perú: Palestra Editores, 81-105.
- Quinche Ramírez, M. (2007). *Vías de hecho: Acción de tutela contra providencias*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Quinche, M. (2008). *Derecho Constitucional Colombiano. De la Carta de 1991 y sus reformas*. Bogotá: Ibáñez.
- Quinche, M. (2013). *El control de constitucionalidad*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2013.
- Ramírez Ludena, L. (2015). "Verdad y corrección en la interpretación jurídica". *Rev. derecho* 28(1), 9-31.
- Raz, J. (1980). *The Concept of a Legal System: An Introduction to the Theory of a Legal System*. Oxford: Clarendon Press.
- Raz, J. (1984) "Hart on moral rights and legal duties". *Oxford J Legal Studies* 4(1), 123-131.
- Raz, J. (1985). "Authority, Law and Morality". *The Monist* 68(3), 295-324.
- Raz, J. (1986). *The Morality of Freedom*. Oxford: Clarendon Press.
- Raz, J. (1990a). *Practical Reason and Norms*. Oxford: Oxford University Press.
- Raz, J. (1990b). "Introduction". En: J. Raz, *Authority*. New York, NYU University Press, 6-10.
- Raz, J. (1993). "On the Autonomy of Legal Reasoning". *Ratio Juris* 6(1), 1-15.
- Raz, J. (1995). *Ethic in the public domain: Essays in the Morality of Law and Politics*. Oxford: Clarendon Press.
- Raz, J. (2000). "Explaining normativity: on rationality and the justification of reason". En: J. Dancy, ed., *Normativity*. Oxford: Blackwell Publishers, 34-59.

- Raz, J. (2009a). "Can There be a Theory of Law?". En: J. Raz, *Between Authority and Interpretation: on the Theory of Law and Practical Reason*. Oxford: Oxford University Press, 17-46.
- Raz, J. (2009b). "Two Views of the Nature of the Theory of Law: A Partial Comparison". En J. Raz, *Between Authority and Interpretation: on the Theory of Law and Practical Reason*. Oxford: Oxford University Press, 17-47.
- Raz, J. (2009c). "On the Nature of Law". En J. Raz, *Between Authority and Interpretation: on the Theory of Law and Practical Reason*. Oxford: Oxford University Press, 91-125.
- Raz, J. (2009d). "The Problem of Authority: Revisiting the Service Conception". En: J. Raz, *Between Authority and Interpretation: on the Theory of Law and Practical Reason*. Oxford: Oxford University Press, 126-165.
- Raz, J. (2009e). "About Morality and the Nature of Law". En J. Raz, *Between Authority and Interpretation: on the Theory of Law and Practical Reason*. Oxford: Oxford University Press, 166-181.
- Raz, J. (2009f). "Incorporation by Law". En J. Raz, *Between Authority and Interpretation: on the Theory of Law and Practical Reason*. Oxford: Oxford University Press, 182-202.
- Raz, J. (2009g). "Reasoning with Rules". En J. Raz, *Between Authority and Interpretation: on the Theory of Law and Practical Reason*. Oxford: Oxford University Press, 203-222.
- Raz, J. (2009h). "Why Interpret?". En J. Raz, *Between Authority and Interpretation: on the Theory of Law and Practical Reason*. Oxford: Oxford University Press, 223-240.
- Raz, J. (2009i). "Interpretation without Retrieval". En J. Raz, *Between Authority and Interpretation: on the Theory of Law and Practical Reason*. Oxford: Oxford University Press, 241-264.
- Raz, J. (2009j). "Intention in Interpretation". En J. Raz, *Between Authority and Interpretation: on the Theory of Law and Practical Reason*. Oxford: Oxford University Press, 265-298.

- Raz, J. (2009k). "Interpretation: Pluralism and Innovation". En J. Raz, *Between Authority and Interpretation: on the Theory of Law and Practical Reason*. Oxford: Oxford University Press, 299-322.
- Raz, J. (2009l). "On the Authority and Interpretation of Constitutions: Some Preliminaries". En J. Raz, *Between Authority and Interpretation: on the Theory of Law and Practical Reason*. Oxford: Oxford University Press, 323-372.
- Raz, J. (2009m). "Postema on Law's Autonomy and Public Practical Reasons: A Critical Comment". En J. Raz, *Between Authority and Interpretation: on the Theory of Law and Practical Reason*. Oxford: Oxford University Press, 373-395.
- Raz, J. (2011). *La autoridad del derecho. Ensayo sobre derecho y moral* (R. Tamayo Salmorán, trad. de la edición original en inglés, *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, 1979). México: Ediciones Coyoacán.
- Redondo, M. (1996). *La noción de razón para la acción en el análisis jurídico*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Redondo, M. (1998). "El carácter práctico de los deberes jurídicos". *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho* 2(21), 355-370.
- Redondo, M. y Navarro, P. (1991). "Normas y razonamiento práctico. Una crítica a Joseph Raz". *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho* 10, 91-100.
- Ripstein, A. (2004). "Authority and Coercion". *Philosophy and Public Affairs* 32(1), 2-35.
- Ródenas, Á. (2012). *Los intersticios del derecho. Indeterminación, validez y positivismo jurídico*. Madrid: Marcial Pons.
- Rodríguez, J. (1997). "La derrotabilidad de las normas jurídicas". *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho* 6, 149-167.
- Rodríguez, J. (2003). "Naturaleza y lógica de las proposiciones normativas: contribución en homenaje a G.H. von Wright". *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho* 26, 87-109.

- Rodríguez, J. y Sucar, G. (1998). "Las trampas de la derrotabilidad. Niveles de análisis de la indeterminación del Derecho". *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho* 2(21), 371-402.
- Rodríguez, J. y Vicente, D. (2009). "Aplicabilidad y validez de las normas del Derecho internacional". *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho* 32, 177-204.
- Ross, A. (1963). *Sobre el derecho y la justicia* (G. Carrió, trad.). Buenos Aires: Eudeba.
- Sánchez Brígido, R. y Seleme, H. (2009). "Derrotabilidad de normas jurídicas". En: S. Ortega Gómero, ed., *Interpretación y Razonamiento Jurídico*. Lima: Ara Editores, 110-118.
- Schauer, F. (1991). "Rules and the Rule of Law". *Harvard Journal of Law Public Policy* 14(3), 645-694.
- Schauer, F. (1998). "On the Supposed Defeasibility of Legal Rules". *Current Legal Problems* 48, 223-240.
- Schauer, F. (2004a). *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana*. Barcelona: Marcial Pons.
- Schauer, F. (2004b). "The limited domain of the law". *Virginia Law Review* 90, 1909-1956.
- Schauer, F. (2008). "A Critical Guide to Vehicles in the Park". *N. Y. U. L. Rev* 83, 1109-1134.
- Schauer, F. (2010). "Was Austin Right After All?". *Ratio Juris* 23, 1-21.
- Schauer, F. (2012). "Is defeasibility an essential property of law?" En: J. Ferrer Beltrán y G. Battista Ratti, eds., *The Logic of Legal Requirements: Essays on Defeasibility*. Oxford: Oxford University Press, 77-88.
- Schauer, F. (2013a). "On the Open Texture of Law". *Grazer Philosophische Studien* 87, 197-215.
- Schauer, F. (2013b). *Pensar como un abogado. Una nueva introducción al razonamiento jurídico*. (T. Schleider, trad.). Madrid: Marcial Pons.

- Schauer, F. (2015). *The Force of the Law*. Cambridge: Harvard University Press.
- Schelly, J. (1985). "Interpretation in Law: The Dworkin-Fish Debate (or, Soccer amongst the Gahuku-Gama)". *California Law Review* 73(1), 158-180.
- Shapiro, D. (2008). "The role of precedent in constitutional adjudication: an introspection". *Texas Review* 86(5), 929-956.
- Shapiro, S. J. (2007) "The "Hart-Dworkin" Debate: A Short Guide for the Perplexed". *University of Michigan Public Law Working Paper* 77. Consultado el 16 de marzo de 2016. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.968657>
- Smith, M. (1973). "Is there a prima facie obligation to obey the law". *Yale Law Journal* 82, 952-53.
- Smith, M. (1992). "Valuing: desiring or believing". En: D. Charles y K. Lennon, eds., *Reduction, Explanation and Realism*. Oxford: Oxford University Press, 323-360.
- Solum, L. (2010). "The interpretation-construction distinction". *Constitutional Commentary* 27(1), 95-118.
- Soper, P. (1999). "Legal Theory and the Claim of Authority" En: W. Edmundson, ed., *The Duty to Obey the Law: Selected Philosophical Readings*. Maryland: Rowman & Littlefield Publishers, 213-242.
- Speaks, J. (2014). "Theories of Meaning". En: E. Zalta, ed., *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Consultado el 16 de marzo de 2016. <http://plato.stanford.edu/archives/fall2014/entries/meaning>)
- Stavropoulos, N. (2009). "The Relevance of Coercion: Some Preliminaries". *Ratio Juris* 22(3), 339-358.
- Summers, R. y Eng, S. (1997). "Departures from Precedent". En: N. MacCormick y R. Summers, eds., *Interpreting Precedents*. Aldershot: Ashgate/Dartmouth, 519-529.
- Strauss, D. (2010). *The living constitution*. Oxford: Oxford University Press.
- Tamayo, R. (1986). "La teoría del derecho de Jhon Austin". En: R. Tamayo, *El derecho y la ciencia del Derecho*. México: UNAM, 37-59.

Tiersma, P. (2013). "The Textualization of Precedent". *Notre Dame L. Rev.* 82(3), 1187-1278. Consultado el 16 de marzo de 2016.

<http://scholarship.law.nd.edu/ndlr/vol82/iss3/6>

Twining, W. y Miers D. (1991). *How to do Things with Rules*. Londres: Weidenfeld and Nicolson.

Waismann, F. (1945). "Verifiability". *Proceedings of the Aristotelian Society* 19, 119-47.

Waldron, J. (2006). "The Core of the Case Against Judicial Review". *YALE L. J.* 115, 1346-1360.

Wallace, R. J. (2009). "Practical Reason". En: E. Zalta, ed., *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Consultado el 16 de marzo de 2016.

<http://plato.stanford.edu/archives/sum2009/entries/practical-reason>

Waluchow, W. (1994). *Inclusive Legal Positivism*. Oxford: Clarendon Press.

Williams, B. (1981). "Internal and External Reasons". En: B. Williams, *Moral Luck*. Cambridge: Cambridge University Press, 101-113.

Wittgenstein, L. (2010) *Investigaciones Filosóficas* (3a. ed.) (A. García Suárez y U. Moulines, trad.). Barcelona: Editorial Crítica.

Wolff, R. (1970). *In Defense of Anarchism*. New York: Harper Torchbooks.

Wright, G. H. von. (1979). *Norma y Acción. Una investigación lógica*. Madrid: Tecnos.

Yankah, E. (2008) "The Force of Law: The Role of Coercion in Legal Norms". *University of Richmond Law Review* 42, 1195-1256.

## **2. Legislación y jurisprudencia**

### Sentencias de la Corte Constitucional de Colombia:

C-131 de 1993, M.P.: Manuel José Cepeda.

C-011 de 1994, M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

C-083 de 1995, M.P.: Carlos Gaviria Díaz.  
C-586 de 1995, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz y José Gregorio Hernández Galindo.  
C-037 de 1996, M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa.

C-400 de 1998, M.P.: Alejandro Martínez Caballero.  
SU-168 de 1999, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.  
C-774 de 2001, M.P.: Rodrigo Escobar Gil.  
C-737 de 2001, M.P.: Eduardo Montealegre Lynett  
C-836 de 2001, M.P.: Rodrigo Escobar Gil.  
C-039 de 2003, M.P.: Manuel José Cepeda.  
T-698 de 2004, M.P.: Rodrigo Uprimny  
T-468 de 2004, M.P.: Rodrigo Escobar Gil.  
T-583 de 2006, M.P.: Marco Gerardo Monroy.  
T-292 de 2006, M.P.: Manuel José Cepeda.  
C-028 de 2006, M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto.  
C-932 de 2007, M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.  
C-355 de 2008, M.P.: Humberto Sierra Porto.  
T-453 de 2011, M.P.: Nilson Pinilla Pinilla.  
T-656 de 2011, M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.  
C-539 de 2011, M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva.  
C-393 de 2011, M.P.: María Victoria Calle.  
C-634 de 2011, M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva.  
T-383 de 2013, M.P.: María Victoria Calle.  
C-332 de 2013, M.P.: Mauricio González Cuervo.  
SU-070 de 2013, M.P.: Alexei Julio Estrada.  
C-166 de 2014, M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva.  
T-970 de 2014, M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva.  
T-430 de 2014, M.P.: Alberto Rojas Ríos.  
T-249 de 2014, M.P.: Mauricio González Cuervo.  
C-259 de 2015, M.P.: Gloria Stella Ortiz Delgado.  
SU-230 de 2015, M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Autos de la Corte Constitucional de Colombia:

A-033 de 1995, M.P.: José Gregorio Hernández Galindo.

A-162 de 2003, M.P.: Rodrigo Escobar Gil.

A-013 de 2008, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

Auto A-074 de 2010, M.P.: Nilson Pinilla Pinilla.

A-019 de 2011, M.P.: María Victoria Calle Correa.

A-097 de 2011, M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto.

A-239 de 2012, M.P.: Alexei Julio Estrada.

A-50 de 2013, M.P.: Nilson Pinilla Pinilla.

Sentencias de la Corte Suprema de Justicia de Colombia:

Sala de Casación Penal, Radicado 403, Sentencia del 31 de octubre de 2012, M.P.:  
María del Rosario González Muñoz.

Sala de Casación Penal, Radicado 39456, Sentencia del 10 de abril de 2013, M.P.: José  
Luis Barceló Camacho.

Otras fuentes legales colombianas:

Constitución Política de Colombia, artículos 20, 86, 228-245, 254.

Congreso de la República de Colombia, Acto Legislativo 2 de 2015.

Corte Constitucional, Reglamento Interno, Acuerdo 05 de 1992, artículo 50.

Ley Estatutaria de Administración de Justicia, artículos 11, 15-22, 34-42, 75, 153.

Ley 153 de 1887, artículo 8.

Ley 104 de 1993, artículos 112 y 114.

Ley 270 de 1996, artículo 44.

Ley 599 de 2000, artículo 413.

Código Contencioso Administrativo de Colombia, artículo 10.

Otras fuentes legales:

Código Procesal Constitucional del Perú, artículo 7.

Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, Fallo Marbury vs. Madison 5 (1803).

Ley del Tribunal Constitucional Federal de Alemania, artículo 31.