

Abdón Mauricio Rojas*

Universidad Icesi (Cali, Colombia)

amrojas@icesi.edu.co

**Teorización sobre el uso de precedentes
jurisprudenciales en Colombia****

*Theorisation about the use of jurisprudential
precedents in Colombia*

*Teorização sobre o uso de precedentes
jurisprudenciais na Colômbia*

Artículo de reflexión: recibido 13/07/2015 y aprobado 29/11/2015

* Doctor en Derecho y Magíster de la Universidad de los Andes; Especialista en Derecho Probatorio de la Universidad Sergio Arboleda y Abogado de la Universidad Libre. Realizó su pasantía de Doctorado en Columbia University, School of Law, New York, EE.UU. Actualmente es profesor de tiempo completo de la Universidad Icesi y tiene a su cargo los cursos de Argumentación Jurídica, Derecho Constitucional e Introducción al Derecho.

** Este artículo es un producto del proyecto de investigación *El Coherentismo como alternativa a la Teoría de la Verdad como Correspondencia en la Fundamentación del Derecho Probatorio*, adscrito al Grupo Precedente de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Icesi. Línea de investigación: Estado, constitución y democracia.

Resumen

Dando por descontado que los jueces y abogados colombianos usan cada vez con mayor disciplina y regularidad las sentencias judiciales, en el marco de sus litigios y en la resolución de casos nuevos, este artículo intenta presentar algunas sugerencias para reformular teóricamente algunos de los puntos de partida en el examen del precedente, tanto en la versión del análisis estático como en la del análisis dinámico. El objetivo de este trabajo es ayudar en la labor constante e inevitable que soportamos algunos abogados, en el sentido de teorizar sobre el tipo de cosas que hacemos en la práctica diaria. El artículo empieza con la enunciación de las 3 más importantes explicaciones disponibles en nuestro contexto –y dos variaciones intermedias–, que justifican el creciente uso de las sentencias judiciales como parte del quehacer profesional. Posteriormente, presenta las tres partes de la estructura básica del argumento analógico, en el que se ubica el análisis estático de las sentencias, introduciendo en ese punto algunas sugerencias de reformulación analítica, especialmente aquellas que den cabida a la analogía a fortiori; todo ello, de la mano de algunas contribuciones, bastantes conocidas por cierto, que la filosofía del lenguaje ha realizado en relación con los distintos actos de habla y las metodologías para su interpretación. Termino con dos ejemplos que intentan mostrar cómo esta metodología –guiada fundamentalmente por las distinciones entre la fuerza ilocutiva y los efectos perlocutivos de los actos de habla, así como por la diferencia entre un problema de significado y un problema de seguimiento–, podrían funcionar en casos concretos. Cierro con algunos interrogantes sobre la manera en que se construyen los análisis relacionales de sentencias.

Palabras claves: Valor del precedente judicial en Colombia. Precedente constitucional.

Abstract

Taking for granted that Colombian judges and lawyers are increasingly using with more discipline and regularity the court judgments, as part of their litigation and resolution of new cases, this article attempts to present some suggestions to reformulate theoretically some starting points in the examination of precedent, both in the version of the static analysis as well in the dynamic analysis. The aim of this work is to help in the constant and inevitable which endure some lawyers, in the sense of theorizing about the kind of things we do in daily practice. The article begins with the enunciation of the 3 most important explanations in our context, –and two intermedias variations–, which justify the increasing use of judicial sentences as part of the professional work. Subsequently, the three parts of the basic structure of the analogical argument are presented, in which the static analysis of sentences is located, entering at that point some suggestions analytical reformulation, especially those that allows the analogy a fortiori; all this from the hand of

some contributions, indeed known by many, that the philosophy of language has made in relation to the different speech acts and methodologies for its interpretation. I conclude with two examples that attempt to show how this methodology –guided primarily by the distinctions between illocutionary force and perlocutionary effects of speech acts, as well as the difference between a problem of meaning and a tracking problem– could work in some specific cases. I conclude with some questions about the way that is construct the relational analysis of sentences.

Keywords: Value of judicial precedents in Colombia. Constitucional precedent.

Resumo

Tomando como certo que os juízes colombianos e advogados estão usando cada vez mais com disciplina e regularidade das decisões judiciais, como parte de sua litígios e resolução de novos casos, este artigo tenta apresentar algumas sugestões para reformular teoricamente alguns pontos partida na revisão do precedente judicial, tanto na versão da análise estática, como na análise dinâmica. O objetivo deste trabalho é ajudar no trabalho constante e inevitável, que alguns advogados suportar, no sentido de teorizar sobre o tipo de coisas que fazemos na prática diária. O artigo começa com a enunciação dos 3 explicações mais importantes no nosso contexto, –e dois intermedias variations–, que justificam o aumento do uso de sentenças judiciais como parte do trabalho profissional. Posteriormente, apresenta as três partes da estrutura de base do argumento analógico, em que a análise estática de frases está localizado, inserindo nesse ponto algumas sugestões de reformulação analítica, especialmente aqueles que permite a analogia a fortiori; tudo isto lado da mão de algumas contribuições, muitos conhecidos com certeza, que a filosofia da linguagem tem feito em relação aos diferentes atos de fala e metodologias para a sua interpretação. Concluo com dois exemplos que tenta mostrar como esta metodologia –guiada principalmente pelas distinções entre força ilocucionária e os efeitos perlocucionários de atos de fala, bem como a diferença entre um problema de significado e um de problemas de seguimiento–, poderia funcionar em alguns casos específicos. Termino com algumas perguntas sobre como a análise relacional de frases são construídas.

Palavras-chave: Valor do precedente judicial na Colômbia, precedente Constitucional.

¿Por qué usamos la jurisprudencia? 3 explicaciones

Ciertamente, el estudio de las decisiones judiciales no es algo teóricamente novedoso. Esa ha sido, por ejemplo, una constante inalterable para las tradiciones del derecho anglosajón, y lo ha sido cada vez con mayor intensidad para el resto de las tradiciones jurídicas, especialmente para la de la *civil law*. De ordinario se ha pensado que, en lo que a la primera de dichas familias respecta, la fuerza del estudio de las decisiones judiciales estribaba en el carácter prioritariamente judicial de su Derecho, al menos en sus inicios, por cuenta de su separación tanto del derecho romano, así como, fundamentalmente, de la práctica del derecho continental de contar con cuerpos de reglas racionalmente organizados en códigos. Se decía que en estos últimos sistemas, la agrupación legislativa de doctrinas, principios e instituciones, tenía que ser registrada como tal vez la única manera legítima de producir Derecho. En el derecho anglosajón, en cambio, se contaba con que la construcción del Derecho descansara sobre los hombros de los jueces, quienes a falta de códigos y a fuerza de resolución de casos concretos, terminaban por moldear los confines de la disciplina jurídica. Por consiguiente, el examen de lo que los jueces habían decidido en el pasado aparecía como una labor insustituible para todos los abogados y jueces.

Esa era, al menos, la imagen estándar que sobre el tema solía reproducirse en los textos de clase. No obstante, varias décadas han transcurrido desde que empezó a ponerse de presente, con bastante razón por demás, que esta diferenciación ya no resulta lo suficientemente nítida.¹ En el derecho norteamericano, por ejemplo, desde hace al menos un siglo con mayor naturalidad los jueces y abogados tienen que vérselas con grandes cúmulos de leyes estatales y federales, de modo que no resulta sorprendente hoy día encontrar en los sistemas del *common law* códigos generales adoptados. Sin embargo, del hecho de que los sistemas de derecho anglosajón tengan con mayor regularidad fuentes legisladas de Derecho, no ha significado en absoluto que el derecho judicial haya perdido fuerza explicativa.

Al mismo tiempo, países que a menudo son encasillados como de herencia continental, están exponencialmente más expuestos a la influencia de sistemas jurídicos y de literatura de corte anglosajona, haciendo del precedente judicial un objeto de gran valor. Por la misma razón, la actividad judicial ha tomado

1 Véase, como ejemplo, Lawrence (2007).

un lugar privilegiado como fuente de derecho, de modo tal que con grandes dificultades podría ofrecerse una imagen de la práctica jurídica de estos sistemas sin remitir casi que automáticamente al uso y estudio que los abogados y jueces hacen de las sentencias expedidas en el pasado. El estudio de las sentencias judiciales, entonces, ni se ha perdido por la actividad legislativa de los sistemas del *common law*, ni ha dejado de aumentar significativamente, en valor y número, en los sistemas del *civil law*. De la misma manera, del hecho de que los sistemas de derecho continental tengan con mayor regularidad fuentes judiciales de Derecho, no se desprende que el derecho legislado haya perdido totalmente su fuerza explicativa.

Naturalmente, son muchas las explicaciones que, a granel y al por mayor, se han ofrecido para comprender la importancia, alta o baja, que reviste la actividad judicial para cada momento histórico de una determinada comunidad jurídica. Desde luego, no es del caso reproducir en este escrito cada una de ellas con el detalle que merecen. Además porque al interior de dichas discusiones se debaten, implícita y explícitamente, temas de mayor envergadura como son el sistema de fuentes del Derecho, el concepto de Derecho, y el lugar del juez dentro del sistema jurídico. Basta con decir, en línea gruesa, que en nuestro medio han funcionado básicamente tres tesis para justificar la idea de por qué los abogados y jueces colombianos con mayor sistematicidad están usando las sentencias en sus respectivas actividades diarias.² Pero haré de ellas una presentación muy breve y resumida, que ocupará sólo algunas páginas.

1.- La primera, que puede denominarse la explicación “contextual”, justifica el incremento de la importancia del uso del argumento jurisprudencial, como una consecuencia directa de las variaciones en las expectativas que en un momento determinado una sociedad posee, especialmente a propósito de la manera en la que se distribuyen y protegen ciertos intereses jurídicos y económicos; y particularmente atendiendo al lugar que al poder judicial se le atribuye en el

2 Como puede advertirse, estoy usando indistintamente las expresiones “explicación” y “justificación” como sinónimas, es decir, como expresiones que implican un grado de argumentación u ofrecimiento de tesis sobre un enunciado o una idea, o sobre aquello que los causa, tal cual lo hace la RAE. No pretendo diferenciarlas de la manera analítica que buena parte de la filosofía hace cuando advierte que una cosa es entregar motivos para sostener algo (explicar), y otra distinta entregar razones para ello (justificar), existiendo sobre lo último pretensiones de corrección, validez o verdad, según sea el filósofo de que se trate. Considero que ese es un tema que escapa notoriamente a este escrito, pero por el respeto que siento por el lector versado, hago la presente salvedad.

cumplimiento de dicho cometido. De acuerdo con esta perspectiva, la práctica jurídica y, dentro de ella, el sistema de fuentes y los materiales de trabajo de los abogados, resultan transformados y diferencialmente examinados al mismo ritmo que responden a semejantes solicitudes. Es decir, funcionan reactivamente frente a determinadas presiones económicas, sociales y políticas.

Esta tesis haría ver con mejor luz, por ejemplo, la disputa que afrontaban los jueces norteamericanos de principios del siglo XX, respecto a su lugar en el diseño de fuentes del derecho; especialmente en la denominada Corte Holmes –caracterizada de esta manera en razón del juez Oliver W. Holmes–, en franca oposición a la Corte del *Laissez Faire* anterior a él. Mientras que esta última Corte –más liberal– promovía un intenso intervencionismo del control constitucional frente a leyes estatales que intentaban limitar la propiedad privada y la libertad de comercio y de contratación, la Corte Holmes, en cambio, defendía un fuerte respeto por la producción normativa de parte de mayorías democráticas y, por consiguiente, proponía una fuerte auto-restricción judicial en el control constitucional de las leyes estatales y federales, especialmente si promovían un modelo más igualitario que defendiera derechos laborales mínimos.³

El anterior ejemplo prestaría claridad respecto del hecho de que el sistema de fuentes y la concepción misma del derecho y de la actividad judicial, responden básicamente a los modelos económicos, políticos y sociales que le subyacen. Si esto es correcto, y si el sistema de fuentes fluctúa conforme con estas dinámicas, el estudio de las sentencias judiciales adquirirá intensidad, dependiendo del ritmo con el que la fuente legislada o judicial se presente. Es decir, tendrá mayor o menor relevancia si la fuente está en su cúspide o en su

3 Hasta donde me es posible ver, esta explicación pondría de presente que con el surgimiento de grandes capitales y de fuertes procesos de industrialización en la América posterior a la guerra de la secesión, creció también significativamente la mano de obra solicitada y, con ello, la clase trabajadora se masificó. En este nuevo contexto, en el que se advertía que amplios sectores sociales se encontraban en situación de vulnerabilidad, se exigió de ciertos Estados la producción de leyes laborales que protegieran algunas expectativas sociales mínimas, tales como la jornada máxima de trabajo o el salario mínimo. Cinco emblemáticos casos son los siguientes: *Lochner vs New York*, 198 U.S. 45, 75-76, (1905); *Adair vs United States*, 208 U.S. 161 (1908); *Western Union Telegraph vs Kansas ex rel. Coleman*, 216 U.S. 1 (1910); *Pullman Co vs Kansas ex rel. Coleman*, 216 U.S. 56 (1910); *Coppage vs Kansas*, 36 U.S. 1 (1910). Todos estos fallos se encuentran recopilados en Holmes (2006).

En nuestro país abundan, por supuesto, estudios de este tipo.⁴ Buenos textos dan claridad sobre el contexto que se vivía en la década de los años 80's y 90's, cuya utilidad reside en identificar las presiones de índole social, política y económica que condicionaron la idea de fortalecer la rama judicial, especialmente vinculada no sólo con la garantía efectiva de los derechos fundamentales e inclusión de contenidos sociales, sino también con el mantenimiento de las condiciones económicas más favorables al mercado y a los negocios.⁵

Para estas explicaciones, al interior de un contexto de conmoción y violencia generalizada, el nuevo pacto social –traducido en la Constitución de 1991– tenía como uno de sus múltiples objetivos, la reestructuración de nuestro diseño institucional, no sólo ampliando el catálogo de nuestros derechos, sino, por sobre todo, perfeccionamiento los procedimientos y dotando a las instituciones y al ciudadano de herramientas para hacerlos efectivos.

En ajustada síntesis, aunque ciertamente multipartidista, las mayorías de la Asamblea Nacional Constituyente estaban conformadas por tendencias liberales y de izquierda,⁶ a juzgar no sólo por su composición, sino por la fuerza que tenían dichas alianzas políticas a la hora de las votaciones nominales

4 Buenos ejemplos pueden encontrarse en los siguientes textos: Cepeda (2007). Especialmente el capítulo “La Constitución y sus orígenes: de la política constitucional al derecho constitucional”; Dávila (2002); Zuluaga (2008); Uprimny (2001a), y Uprimny (2001b), ambos en De Sousa & García (2004); Lemaitre, (2009); y Bonilla (2011).

5 Agradezco a la profesora Diana Quintero por hacerme notar que las reformas a los procedimientos judiciales, que por la misma época ocurrían, podrían ser leídas en esa misma clave. Por ejemplo, el Decreto 522 de 1988 que reformaba las cuantías en materia civil, o el Decreto 2282 de 1989 que reformaba el Código de Procedimiento Civil, y que, entre otras cosas, robustecía la rama judicial reformado el tema de los auxiliares de justicia, de los poderes disciplinarios del juez, de los terceros intervinientes, de los deberes de las partes y los apoderados, etcétera. Jorge Esquirol indica, al respecto, lo siguiente: “en la segunda mitad de la década de los años ochenta, los sistemas jurídicos de Latinoamérica volvieron a aparecer en la agenda internacional de cooperación para el desarrollo”. Esquirol (2014, p. 318-319). A lo que más adelante agrega: “La comunidad internacional de inversionistas igualmente empezó a ejercer presión con el propósito de que se lograra una mayor seguridad jurídica y se redujeran los costos de transacción en los que se incurría en la resolución de conflictos y empezó a exigir garantías en contra de la intervención legislativa o regulatoria”. Esquirol (2014, p. 327).

6 La Asamblea Nacional Constituyente estaba conformada por 25 liberales, 25 miembros de izquierda (19 de alianza democrática –M-19–; 2 de la Unión Patriótica; 2 del grupo guerrillero Ejército Popular de Liberación, EPL; 1 del Partido Revolucionario de los Trabajadores, PRT; y 1 del grupo guerrillero indígena Quintín Lame); 11 miembros de una coalición multipartidista; y sólo 9 conservadores (5 del Partido Social Conservador, PSC, y 4 del Partido Conservador). Finalmente, 2 miembros de iglesias, y 2 representantes indígenas). Sobre la Asamblea Nacional Constituyente véase Cepeda (2007). Especialmente el capítulo “La Constitución y sus orígenes: de la política constitucional al derecho constitucional”.

y de los artículos y discusiones que pasaron, en comparación con lo que ocurría con los movimientos más conservadores.⁷ Para la Asamblea, en su conjunto, eran absolutamente fundamentales los siguientes cuatro puntos: la paz, el fortalecimiento de la democracia, la ampliación de la declaración de derechos, y el rediseño de la estructura del Estado (Bonilla, 2006). Pero para los movimientos liberales y de izquierda, dentro de la Carta de los derechos, resultaba también esencial la garantía del derecho a la igualdad, de los Derechos Sociales, Económicos y Culturales, y de los Derechos Colectivos, sobre los que, dicho sea de paso, jamás se puso en entredicho su viabilidad en las discusiones de la Asamblea.

Para lo que a este escrito interesa, lo cierto es que el nuevo acuerdo político –de corte liberal y de aspiraciones más sociales–, transformó de forma significativa los principios políticos e institucionales de Colombia. Especialmente importante fue la idea de contar con instituciones justas y eficientes, capaces de hacer frente a la violencia y la corrupción dominantes, así como de responder por los derechos y libertades más básicos, cerrando lo que algunos juristas denominaron las “brechas” existentes entre las instituciones y la realidad colombiana. Para esto, resultaba indispensable incrementar la política de fortalecimiento de la Justicia, que venía del gobierno de los presidentes Virgilio Barco y César Gaviria; y con ello, el poder de eficiencia de la rama judicial. Muy significativos para este modelo explicativo resultan los valores acogidos por la Constitución de 1991, en comparación con la Constitución de 1886. Por ejemplo, se indica que mientras la antigua Constitución protegía con preeminencia los valores de la *libertad* y del *orden*, la nueva Constitución, dada su composición política, optó por promover prioritariamente la Dignidad, la igualdad, el multiculturalismo y la participación.⁸

Junto con ello, se impuso un modelo institucional inspirado de manera vinculante por valores y principios constitucionales, acompañando a los derechos, al tiempo que estos últimos fueron entendidos como “poderes”, y no como meras “expectativas” o “aspiraciones”. Como plantea el profesor Manuel José Cepeda, prevaleció en la Constituyente una concepción según la

7 En las votaciones nominales la fuerza política que menos perdió fue el Partido Liberal. La que más perdió fue el partido conservador. El M-19 fue la fuerza que con mayor frecuencia votó afirmativamente. En cambio, el MSN fue la que menos votó en ese sentido. La alianza ganadora estuvo conformada por el partido liberal y el M-19, enfrentada generalmente al bloque conservador. Véase con detalle este punto en Cepeda (2007, p.360).

8 Cepeda, Op. Cit. Pág. 353.

cual tener un derecho no significa ser el eventual “beneficiario” de la buena voluntad política, sino poseer un poder concreto, capaz de imponer límites sustanciales a la actividad pública y privada, con independencia incluso de lo que las mismas mayorías políticas consideren al respecto.⁹

En este contexto social y político, resulta bastante claro, por cierto, que la actividad judicial empezara a cobrar una significativa importancia para nuestro diseño institucional, y para la vida nacional misma, pues a ella, explícitamente, se la encargó de la efectividad de los principios y derechos constitucionales. De modo tal que, dice esta visión de las cosas, sería impensable comprender, dentro de nuestro sistema jurídico, la relevancia marcada que al interior de nuestro sistema de fuentes ha tomado el derecho de creación judicial, haciendo caso omiso del entramado social y político de los años 80's y 90's. O perdiendo de vista el poder coyuntural que en su momento tuvieron agrupaciones políticas, prioritariamente liberales y de izquierda, para relacionar estratégicamente a los jueces con la efectividad y respeto por la dignidad humana, la igualdad y la garantía de los derechos constitucionales, en vez de dejar esta responsabilidad a las mayorías políticas legislativas dominantes. Con la ampliación del poder de los jueces dentro del sistema de fuentes del Derecho, crecen exponencialmente las razones para estudiar su actividad por parte de los juristas.¹⁰

2.- Pues bien. Existe otra explicación que intenta dar cuenta del aumento significativo del uso sistemático de la jurisprudencia por los abogados y jueces, centrando su análisis más en la forma concreta en que ha tomado contenido nuestro diseño constitucional.¹¹ Este tipo de explicación puede llamarse “de exigencia práctica”. Así las cosas, haciendo hincapié en el cambio material

9 En sus propias palabras, “*La Constitución colombiana se ha preocupado porque los derechos no se queden escritos. A lo largo de la Constitución de 1991 nos encontramos con la palabra efectividad acompañando los derechos. Sin embargo, esa declaración de efectividad no es retórica. La acción de tutela (...), la acción de cumplimiento, las acciones populares (...)* la creación... de la Corte Constitucional y los principios de aplicación e interpretación de derechos, buscan construir todo un andamiaje para garantizar el goce real de estos poderes que la Constitución reconoce a los particulares” (Cepeda, 2007, p.357).

10 Aunque los principales trabajos que se enmarcan en esta explicación “contextual”, hacen cita al contexto social y político de los años 80's y 90's, no puede perderse de vista, como líneas atrás indiqué, los condicionantes económicos que exigían un papel más protagónico de la rama judicial, a la hora de generar unas condiciones económicas más favorables al mercado y a los negocios. Según Esquirol: “Es esta nueva versión del movimiento, por lo tanto, el énfasis se ha puesto menos en la expedición de leyes o en la reforma cultural del razonamiento jurídico, y más en la implementación de nuevos modelos institucionales”. Esquirol, Op. Cit. Pág. 321.

11 Véanse, entre otros, los siguientes ejemplos: Quinche (2015); Jaramillo (2007); Quinche (2013); García & Rodríguez (2004), en De Sousa & García (2004); y Bernal (2008).

estructural de nuestra arquitectura jurídica, lo cierto es que ha sido la práctica concreta de ciertas instituciones la que ha cambiado el lugar de los jueces dentro de nuestro sistema de fuentes. En otras palabras, es una disputa de orden práctico sobre el diseño en el sistema de fuentes, entre poderes muy concretos dentro de las instituciones colombianas. Y esto, dirían los defensores de esta versión de las cosas, no era algo que pudiera preverse con la contundencia que aseguran quienes se van por el camino más contextual atrás indicado. Finalmente, una vez se puso en marcha el funcionamiento de la Acción de Tutela y entró en ejercicio la Corte Constitucional, fue cuando se consiguió advertir el efectivo cambio estructural que bien pudo haberse pasado por alto en las discusiones de la Asamblea. Después de todo, para reforzar esta idea, se dice que fue el mismo Constituyente quien en el artículo 230 constitucional, dispuso que las providencias judiciales sólo fueran fuentes indirectas de Derecho. Y, en cambio, fue más bien la dinámica misma de la jurisprudencia la que afirmó autopoiéticamente su carácter vinculante y, con ello, la variación del sistema de fuentes.

De acuerdo con esta posición, cuando la Corte Constitucional empezó a defender el carácter vinculante de la jurisprudencia de los órganos de cierre, por vía del derecho a la igualdad de trato que tienen los ciudadanos cuando acceden a la justicia, especialmente en fallos de tutela, empezaron los jueces y abogados a reparar en la necesidad de contar dentro de sus alegatos y decisiones con un nivel de coherencia mínima con lo decidido en el pasado.¹² La construcción de la doctrina de la “vía de hecho” y, desde la sentencia C-590 del 2005, de las “causales genéricas y específicas” de procedibilidad de la acción de tutela contra sentencias judiciales, exigió de los juristas atender juiciosamente a los dictados de la jurisprudencia. Especialmente sensibles se volvieron los jueces frente a la posibilidad de que sus fallos fueran desafiados constitucionalmente por violar la igualdad que debía existir entre casos análogos. Y los abogados, desde luego, entendieron que las sentencias judiciales podían desafiarse, y que sus alegatos estaban desprovistos de un esencial componente cuando dejaban al margen las decisiones pasadas. De hecho, sostienen los defensores de esta explicación,

12 Aunque el argumento empezó centrándose en el derecho a la igualdad y al debido proceso, desde el 2006 la Corte Constitucional incorporó a la “seguridad jurídica”, la “buena fe”, la “confianza legítima” y la “coherencia del sistema jurídico” como fundamentos constitucionales para que el precedente sea considerado como vinculante. Véase como ejemplos las sentencias T-292 de 2006, C-335 de 2008, T-130 del 2009, T-014 de 2009, T-441 de 2010, y C-816 de 2011.

el artículo 192 de la ley 906 del 2004 –Código de Procedimiento Penal–¹³, los artículos 10 y 102 de la ley 1437 de 2011,¹⁴ y el artículo 614 de la ley 1564 de 2012¹⁵ –Código General del Proceso–, han entrado a “legalizar” la exigencia práctica de seguimiento y estudio de la jurisprudencia, dándole mecanismos a los ciudadanos para que se “extiendan” los efectos de las sentencias de unificación.

3.- Una perspectiva *intermedia* entre las explicaciones uno y dos –y que por lo mismo no puede ser llamada una tesis autónoma– suele encontrarse en los importantes estudios sobre el denominado “neoconstitucionalismo”, un término de por sí bastante dúctil como para acoger distintas propuestas teóricas bajo la misma categoría.¹⁶ En línea gruesa, el nuevo constitucionalismo no

13 Dice el artículo: “La acción de revisión procede contra sentencias ejecutoriadas, en los siguientes casos: (...) 7.- Cuando mediante pronunciamiento judicial, la Corte haya cambiado favorablemente el criterio jurídico que sirvió para sustentar la sentencia condenatoria, tanto respecto de la responsabilidad como de la punibilidad (...)”.

14 Se lee en el Artículo 10, lo siguiente: “**Deber de Aplicación Uniforme de las Normas y la Jurisprudencia.** Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas”. A su vez, el artículo 102 dispone: “**Extensión de la Jurisprudencia del Consejo de Estado a Terceros por parte de las Autoridades.** Las autoridades deberán extender los efectos de una sentencia de unificación jurisprudencial dictada por el Consejo de Estado, en la que se haya reconocido un derecho, a quienes lo soliciten y acrediten los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Para tal efecto el interesado presentará petición ante la autoridad legalmente competente para reconocer el derecho, siempre que la pretensión judicial no haya caducado. Dicha petición contendrá, además de los requisitos generales, los siguientes: 1. Justificación razonada que evidencie que el peticionario se encuentra en la misma situación de hecho y de derecho en la que se encontraba el demandante al cual se le reconoció el derecho en la sentencia de unificación invocada (...) 3. Copia o al menos la referencia de la sentencia de unificación que invoca a su favor (...) La autoridad decidirá con fundamento en las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias aplicables y teniendo en cuenta la interpretación que de ellas se hizo en la sentencia de unificación invocada, así como los demás elementos jurídicos que regulen el fondo de la petición y el cumplimiento de todos los presupuestos para que ella sea procedente”.

15 El artículo 614 indica: “Extensión de la Jurisprudencia. Con el objeto de resolver las peticiones de extensión de la jurisprudencia a que se refieren los artículos 10 y 102 de la Ley 1437 de 2011, las entidades públicas deberán solicitar concepto previo a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (...)”.

16 Eduardo Aldunate indica lo siguiente: “El inventario de estos fenómenos es extenso y no necesariamente compartido por todos los autores que podrían mencionarse de manera preliminar como cercanos a posturas del neoconstitucionalismo. Adicionalmente, debe mencionarse que se trata en lo esencial de lecturas de fenómenos, ocasionalmente imprecisas e incluso erradas, y que en su conjunto pueden llegar a apreciarse como incompatibles. Cabe adelantar aquí que uno de los problemas que plantea el término en estudio es que no se articula dentro de un órgano o

puede ser entendido como un fenómeno global universal, ni tampoco como un fenómeno tan concreto que se pueda reducir al contexto particular de un determinado país. Es más exactamente un fenómeno que da cuenta de una práctica jurisprudencial y doctrinal arraigada en la Europa continental y en Latinoamérica. Se trata, básicamente, de un intento de diferenciar la práctica que en ciertas latitudes ha tenido el constitucionalismo de hoy día, en comparación con el que acontecía en el siglo XVIII y principios del XIX. Práctica que, por cierto, resulta evidentemente diversa.

Ambos constitucionalismos (el viejo y el *neo*) se encuentran en relación con movimientos políticos liberales de inspiración ilustrada y racionalista, cuyo objetivo es atribuir legitimidad en cuanto al origen,¹⁷ forma¹⁸ y contenido¹⁹ de los Estados modernos, así como al ejercicio de su poder, especialmente cuando este se ejerce a través del Derecho. La diferencia fundamental estriba, se ha dicho, en el rumbo que la comprensión y la práctica que esas ideas originarias ha tomado pasadas las atrocidades de la Segunda Guerra Mundial y/o de varios regímenes totalitarios o contextos violentos latinoamericanos. Rumbo actual que, por cierto, el neoconstitucionalismo juzga acertado y digno de ampliación²⁰. Buena parte de las culturas europeas —y desde luego de las latinoamericanas— han experimentado, dice Aldunate, las pocas bondades de concebir al Derecho, en la forma Austiniana, como órdenes del soberano respaldadas de amenazas de castigo. La experiencia de estas sociedades acaudaló razones para pensar en un modelo de contención de Estados y sistemas jurídicos reprochables, volviendo la mirada sobre “actos de habla que devuelven la esperanza de que el derecho pueda contener a la política: reaparece, aquí, el recurso a los valores en el discurso jurídico” (Aldunate, 2010, p.81).

Al mismo tiempo en que estas sociedades recurrían a modelos teóricos naturalistas, para los cuales los valores y principios jugaban un papel esencial

cuero de postulados sistemáticos, ni siquiera en lo que podría considerarse su función descriptiva de las realidades constitucionales de la segunda mitad del siglo XX” (Aldunate, 2010, p.83).

17 “una ordenación objeto de una decisión consciente y deliberada del cuerpo político o sus representantes” (Aldunate, 2010, p. 80).

18 Esto es, “la ordenación articulada y sistemática de los fundamentos de la organización política en un solo instrumento” (Aldunate, 2010, p.80).

19 “la consagración de un régimen de limitación del poder a través de la sujeción de las autoridades a la constitución y a las leyes, de la división del poder en distintos poderes separados y de la declaración de los derechos individuales”. *Ibíd.*

20 Ese es el sentido con el que Carbonell y Comanducci entienden la “tendencia” neoconstitucional. Véase Comanducci (2009), en Carbonell (2009).

en el origen, forma y contenido del Derecho, vale decir, siguiendo un proceso de “sustancialización ontológica” de la disciplina, se creaban tribunales constitucionales dotados de importantes competencias, lo que para el caso colombiano permitía la defensa de la supremacía de una Constitución atestada de valores, principios y derechos, no sólo a través del control de las leyes, sino de las mismas decisiones judiciales. En Europa, especialmente en Alemania, Italia y España, sobran los ejemplos de tribunales que con sus decisiones constitucionales empezaron a solapar de manera vinculante y sustancial, a través de nuevas técnicas de interpretación jurídica²¹, el texto constitucional con todo tipo de pleitos ordinarios que afectaban de manera directa la vida real de las personas.²²

Desde esta perspectiva, entonces, un movimiento si bien no universal sí al menos vasto en sus consecuencias y efectos, empezó a tomar en consideración a los Derechos Humanos y fundamentales como la base a partir de la cual los ordenamientos jurídicos debían guiar de manera vinculante sus actuaciones; para lo cual se crearon sendos tribunales dotados de grandes competencias con el fin de exigir el respeto por las directrices y el contenido axiológico de las Constituciones, ahora vinculantes directamente. Con ello en mente, es claro que existe un papel creciente de la importancia de los jueces –especialmente de los jueces constitucionales– y de sus decisiones. Directamente proporcional al creciendo en importancia los jueces en los nuevos modelos de Estados Constitucionales, aumenta también la importancia sobre los textos sobre la adjudicación.

4.- Una versión que también podría considerarse intermedia entre las posturas uno y dos, es aquella que justifica al uso exponencial del precedente, debido a la denominada “internacionalización del Derecho”, especialmente

21 Especialmente a través del “test de ponderación”, esto es, una especial técnica que fundamentalmente Robert Alexy hizo rendir en el plano jurídico, a partir de la conocida teoría ética de los *deberes prima facie* propuesta por William David Ross en los años 30’s en sus dos libros seminales *The Right and The Good* (Oxford: Clarendon Press, 1930) y *Foundations of Ethics* (Oxford; Clarendon Press, 1939), pero que fuera trabajada desde los años 20’s, siguiendo en parte los aportes que Harold Artur Prichard hiciera en 1912 con su texto *Does Moral Philosophy Rest on a Mistake?* (Mind 21, 1912). Recientemente Dancy (1995); y menos recientemente, Searle (1980), han trabajado sobre esa teoría ética, que ha servido de insumos para la “nueva” teoría de la interpretación constitucional.

22 En resumen, son comunidades que “carga[ndo] a sus espaldas la experiencia de una dictadura totalitaria, el sentimiento de culpa por la guerra y por el genocidio (...) se ve[n] llamado[s] a resolver cuestiones (i) para las cuales no existe un método previamente desarrollado o aplicado, (ii) sobre la base de un texto sucinto (...), y (iii) aplicado, al menos en el caso de la queja constitucional alemana incluso a cuestiones contenciosas entre particulares”. Aldunate (2010, p.81).

a través de la creación de tribunales internacionales y de su papel en la interpretación de los Derechos Humanos; así como en virtud del carácter vinculante de sus fallos y la incidencia de sus decisiones en la legislación interna. El sistema interamericano y el control de convencionalidad son apenas muestras en nuestro contexto de la importancia de revisar las directrices emanadas de los jueces no sólo nacionales sino además internacionales.

Ninguna de estas dos últimas perspectivas, a mi modo de ver, son explicaciones independientes de las tesis “contextual” o de “exigencia práctica”, insisto, sino que son más bien variantes o formas de interconectar lo uno con lo otro. De hecho, esta última explicación es en cierto sentido circular, pues explica el uso de la jurisprudencia como fuente, por la necesidad de acatar la jurisprudencia internacional. Pero ante la pregunta del por qué es necesario hoy día usar la jurisprudencia internacional, debe echar mano de las explicaciones uno o dos.

5.- Una tercera tesis, que merece ser llamada una explicación independiente por su fuerza y rigurosidad, y que ayuda a entender los cambios en la concepción del sistema de fuentes, y con ello la importancia de estudiar las sentencias judiciales, puede hallarse en los esfuerzos iusteóricos que pretenden explicar estas dinámicas basados en el tránsito que ciertas teorías tienen entre distintas latitudes. Vale decir, en el tráfico iusteórico que se da entre los contextos de producción de teorías y contextos de recepción, en los que las ideas resultan filtradas y aclimatadas en virtud de movimientos académicos internacionales. Esta explicación puede denominarse “iusteórica”. En suma, para nuestro caso, la incorporación sistemática de literatura académica desde los Estados Unidos, y de nuevos profesores con maestrías y doctorados terminados en territorio norteamericano, terminó por modificar de manera drástica la forma de pensar teóricamente el modelo de determinación de las fuentes del Derecho, así como su propia definición. De acuerdo con esta perspectiva, estaríamos respirando, desde hace más de 30 años y gracias a la circulación iusteórica, un ambiente intelectual de antiformalismo que habría calado en lo más profundo de nuestra consciencia jurídica. Este antiformalismo teórico promovería, entre otras cosas, la idea de una construcción post-interpretativa del Derecho a través de las sentencias judiciales. Con ello, desde luego, el lugar del precedente judicial habría cobrado una gran importancia por sí mismo, dado que en este contexto intelectual de alguna manera se daría por sentado que algunos avances explicativos, difícilmente discutibles hoy día, presuponen la creación judicial del Derecho y, por consecuencia natural, la necesidad de adelantar estudios sobre ello.

A esta línea explicativa se unen importantes trabajos de teoría jurídica que intentan demostrar que a nuestro sistema jurídico se han incorporado, desde hace varias décadas y con suficiente solvencia, al menos tres ideas bien claras.

a.- Por un lado, hace parte de nuestro trasfondo teórico la admisión de la vieja diferencia existente entre el texto (o enunciado normativo), por un lado, y el significado del texto (norma), por el otro. La tesis que al parecer los abogados y jueces de nuestro medio están asintiendo desde hace ya un buen tiempo es que un mismo texto puede tener varios significados atribuibles, al tiempo que un significado puede estar en varios textos. Es verdad, por ejemplo, que la Corte Constitucional ha aceptado explícitamente lo anterior en varias de sus sentencias. Por parte de los abogados, se supone que han entendido que lo más importante es entonces determinar la norma que subyace a los textos jurídicos, bien sea echando mano de lo que ha dicho un juez con autoridad, o bien por esfuerzo propio, al interior de sus alegatos. Ahora con mayor medida trabajan con los significados atribuidos por los jueces.

b.- Por consiguiente, según esta tercera explicación, de ordinario se actúa como si aceptáramos la idea de que lo que conocemos como constituciones, leyes o códigos, son más propiamente “fuentes” del Derecho que Derecho mismo, y que resulta más interesante argumentar y trabajar con las normas adscritas que con los propios textos. De hecho, sería patente que cuando los abogados trabajan en sus litigios con textos jurídicos lo hacen para argumentar sobre lo que ellos significan, de modo tal que se interesan siempre en descubrir la norma que contienen, y no presentar al enunciado como algo vacío y autoevidente. Si los abogados no consideraran a las sentencias de los jueces como vinculantes, sencillamente no las usarían, por la evidente razón que nos ha legado la filosofía y la psicología del comportamiento, en el entendido de que las personas generalmente actúan conforme con lo que creen.²³

Después de todo, dice esta explicación, no parece muy sesudo indicar que una fuente tiene un determinado carácter vinculante, pero que su significado tiene otro distinto. Resulta ciertamente curioso, en el caso colombiano, que se

23 Acepto la buena sugerencia que me hace el profesor Yesid Echeverry en el sentido de matizar esta afirmación, pues me ha hecho ver que los abogados realmente actúan más conforme con los intereses que deben defender que con sus propias convicciones. De modo que cuando digo que la gente actúa conforme a lo que cree, lo hago más teniendo en mente que cuando los abogados defienden esos intereses una de las maneras en que *creen* que lo pueden hacer es usando sentencias expedidas en el pasado.

diga que el texto constitucional tiene carácter superior y vinculante, pero que el significado del texto reviste un carácter auxiliar.

c.- En ese orden de ideas, resulta claro que, a excepción de las leyes interpretativas, son los jueces los encargados de atribuir con autoridad los significados (normas) a los textos jurídicos. Luego entonces, si los abogados y jueces trafican con normas en su actividad profesional, claramente resultaría un desacierto no atender a la actividad que justamente adscribe la norma al enunciado normativo, esto es, la actividad judicial.

La anterior clasificación, que se presenta en esos términos por motivos exclusivamente pedagógicos, no niega la existencia de lecturas que bien pueden llamarse “integrales”, en el sentido de que si bien ubican el argumento central dentro de alguna de las anteriores explicaciones, realizan con todo referencias y remisiones explícitas hacia las otras tesis, y se mueven en varios de los ámbitos indicados. De modo que también existen trabajos disponibles que presentan interesantes intersecciones entre ellas. La obra del profesor Diego López, por ejemplo, sobre la cual hablaré más adelante, es paradigmáticamente orientadora en nuestro contexto por unir de una manera muy lúcida la segunda y tercera explicación. El texto del profesor Mario Cajas²⁴, a su vez, une las explicaciones uno y dos notablemente. En consecuencia, no niego que los esfuerzos doctrinales suelen unir las explicaciones generando correlatos entre ellas. Simplemente por razones ilustrativas y académicas expongo lo que a mi juicio constituye el núcleo central o punto de arranque de las tesis que suelen sostenerse en nuestro contexto.

Teorización sobre la práctica de *usar* de la jurisprudencia

Pues bien, por fortuna este es un texto que recorre un camino muchísimo más modesto que aquel que transitan quienes asumen a fondo ese tipo de discusiones teóricas. Deliberadamente he de sortear estos y otros obstáculos, y en vez de intentar justificar bajo qué razón los jueces y abogados colombianos usan con mayor regularidad el análisis de las sentencias judiciales, o cuáles son los aciertos o imprecisiones que aquellas explicaciones tienen, voy a detenerme en el hecho concreto de que, después de todo, lo hacen. Esto ocurre, creo yo, porque en la práctica los abogados y jueces admiten implícitamente varias de las tesis ofrecidas anteriormente. Los abogados y jueces, en realidad, trabajan con enunciados jurídicos, y cuando lo hacen intentan determinar lo

²⁴ Cajas (2015). Véase especialmente todo el capítulo 9 del Tomo II, y con especial atención el subcapítulo “Una Constitución muere y otra Constitución nace dentro del estado de sitio” (p.356-417).

que ellos significan. Para llegar a ello usan o rechazan las normas que han adscrito los jueces. Y discuten así, porque saben que quedarían huérfanos, argumentativamente hablando, si desatienden el llamado a considerar la jurisprudencia como fuente de Derecho.²⁵

Así las cosas, y si es correcto afirmar que lo descrito en el párrafo anterior es lo que *de hecho* hacen los abogados,²⁶ vale la pena entonces detenerse en la manera en que podría fomentarse y mejorarse ese uso. Más concretamente hablando, en este trabajo quisiera subrayarse el hecho de que, como no resulta hoy día sorprendente que los abogados con mayor familiaridad hagan uso de estos estudios en su quehacer profesional, no queda otra alternativa para quienes tienen una perspectiva interna sobre dicha práctica que intentar cada vez más depurar sus dinámicas, sugiriendo ejemplos y metodologías para hacerlo.

Lo anterior no significa otra cosa que acoger la recomendación consecuencialista según la cual, una vez una comunidad específica –en este caso la comunidad de los abogados colombianos– ha elegido un valor

25 Podría reprochárseme que no presento fuentes para justificar estas afirmaciones, pero sinceramente me parecen tan evidentes y de perogrullo que juzgo un desgaste intentar hacerlo. Más bien reto al lector inconforme a justificar en qué parte de la práctica jurídica ha encontrado que los abogados trabajen sin enunciados lingüísticos prioritariamente enmarcados en textos jurídicos; o que explique de qué manera han podido practicar sin intentar descifrar lo que ellos significan; o en qué contexto los abogados desatienden deliberadamente los dictados de los jueces. Como puede apreciarse, pido apoyo al falsacionismo metodológico de Popper para poder seguir haciendo estas generalizaciones. Simplemente, si no es posible “contrastar” o “refutar” lo que afirmo, debe al menos reconocerse que transitoriamente ha sido corroborada esta idea. Después de todo, en caso de que se encuentre algún extraordinario contraejemplo, lo máximo que podrá sostener el lector inconforme es que “no siempre los abogados usan enunciados lingüísticos y no siempre averiguan lo que ellos significan”. Y si lo hacen, habrán avanzado muy poco en lo que a utilidad se refiere. Sólo espero que no se entienda lo que ahora afirmo como una invitación a la idea de que el Derecho se reduce a textos jurídicos. He usado la expresión “enunciados lingüísticos” que “prioritariamente” se encuentran en textos, por la sencilla razón de que en el ejercicio de determinación del significado normativo de los enunciados jurídicos bien puede un intérprete echar mano de razones no necesariamente encontradas en textos pero sí atribuibles posteriormente a textos. Al mismo tiempo, bien puede ocurrir que existan normas frente a las cuales o bien no corresponde ningún enunciado normativo todavía formulado positivamente, o bien existiendo algunos, existen dudas sobre cuál de ellos o los supuestos que traen consigo caen bajo su órbita.

26 También he estado usando la categoría “abogados” para referirme al cuantificador existencial de los abogados que desean hacer uso de las sentencias en sus litigios. Ello implica que me tienen sin cuidado, al menos para este escrito, aquellos que no lo hacen. A mi modo de ver, los que no lo hacen están privándose de la posibilidad de tener una perspectiva interna dentro de la disciplina. Ahora bien, la pregunta acerca de si ellos usan estratégicamente las sentencias; que si lo hacen de manera sincera; que si lo hacen guiados por una terrible ignorancia; son todas ellas preocupaciones ajenas por completo a este escrito. Como también lo es la pregunta de si existen micro clasificaciones entre los abogados que usan las sentencias.

práctico; esto es, una valiosa orientación hacia la acción, no hay camino sino aquel que fomenta de la mejor manera posible dicho valor, al menos para quienes tienen una perspectiva interna sobre dicha práctica. Como los abogados colombianos están considerando valioso usar en sus actividades estudios sobre las decisiones judiciales, hay que fomentar este valor intentando descubrir la mejor manera de hacerlo. Ese es, quisiera que no se perdiera de vista, el objetivo que me he propuesto en este ejercicio académico. A continuación intentaré presentar una metodología para estudiar las sentencias judiciales, al tiempo que ofreceré algunos ejemplos de su utilización. Lo haré particularmente de la mano de algunas viejas y bastante conocidas técnicas de diferenciación entre los distintos actos de habla, sobre las cuales ha martillado lo suficiente la filosofía analítica.

Antes de afrontar el anterior objetivo, vale la pena no desatender el hecho de que *teorizar* sobre lo que hacemos es, en cierto sentido, inevitable para los abogados. Según como veo las cosas, y acompañando la extraordinaria explicación que ha ofrecido Ronald Dworkin sobre el tema,²⁷ la práctica jurídica exige constantemente procesos de teorización. O dicho en otras palabras, resulta que en la práctica jurídica el mejor argumento es el teórico. Así por ejemplo, para ilustrar el punto, quien no sepa teorizar sobre el *dolo*, la *culpa* o la *preterintención*, sobre la *antijuridicidad*, la *tipicidad*, la *culpabilidad*, o la *responsabilidad*, difícilmente tendrá competencias prácticas para operar al interior del Derecho Penal. De ahí que resulte realmente un embrollo intentar diferenciar entre la teoría y la práctica, dada una evidente realidad: la práctica del derecho exige teorización.

Asimismo, paralelamente al hecho de que quien no adopte una perspectiva *teorizada* sobre ciertas regiones del lenguaje jurídico tiene vedado el adecuado ejercicio de la profesión, sucede también que quien desconozca la práctica jurídica, y no asuma lo que se ha denominado una *perspectiva interna* del Derecho, sólo podrá hacer afirmaciones teóricas externas sobre la existencia de un sistema jurídico de reglas primarias, desprovistas por completo de significado efectivo. Adicionalmente, tendrá restringida su teorización, pues desconoce la práctica interpretativa y argumentativa sobre la cual tiene que teorizar.

De manera que, en tanto que los abogados en la práctica usan las sentencias judiciales, y dado además que teorizar sobre lo que hacemos es un ejercicio inevitable para los abogados, creo que surge apenas como natural la necesidad

27 Véase Dworkin (2007); especialmente el capítulo II, “En alabanza de la teoría” (p.63-89).

de teorizar sobre la manera en que usamos las sentencias judiciales. Por fortuna, para alcanzar la empresa trazada, muchos juristas han ahorrado bastante tiempo, han arrojado bastantes luces, y han despejado caminos enteros. En especial, han dejado en nuestras mentes dos ideas que resultan fundamentales. Por un lado, la que líneas atrás se expresó, en el entendido de diferenciar entre texto y norma. Por otro lado, la de entender a la norma jurídica principalmente como un uso de un lenguaje prescriptivo; vale decir, un lenguaje que dispone el curso de acción de un comportamiento futuro.

Entender la naturaleza prescriptiva del lenguaje jurídico es una idea que la debemos a las encomiadas explicaciones que, para el Derecho, fundamentalmente Kelsen y Hart ofrecieron.²⁸ De acuerdo con sus explicaciones lo que la gente tiene en mente y lo que la gente quiere *significar* y *hacer* cuando usan un lenguaje descriptivo es bastante distinto a cuando usan un lenguaje prescriptivo:

Cuando las personas hacen lo primero, quieren indicar que están hablando neutralmente de *lo que es*, de forma no-valorativa, es decir, *objetiva*, por cuanto intentan de alguna manera representar aquello a lo que se refieren: un estado de cosas, sin más. [A ello se lo conoce como proposición]; mientras que cuando realizan la segunda de las actividades, o bien desean expresar un *juicio de valor*, un juicio subjetivo de lo que se piensa sobre algo, o bien intentan *preceptuar* algo, esto es, dar una *directiva* con el objetivo de que se siga el curso de acción que se desea. (Rojas, 2014, p.227-238)²⁹. [Por ejemplo, ordenando, prohibiendo o permitiendo algo]. La conclusión a la que arriban los filósofos analíticos (...) es que los enunciados descriptivos pueden ser verdaderos o falsos mientras que los prescriptivos no, en razón a que es un uso perlocutivo del lenguaje que busca influir en los demás (Rojas, 2014, p.238). [Este uso sólo será eficaz o ineficaz].

28 A partir de ellos muchos positivistas analíticos han desplegado potentes explicaciones. Véase, como ejemplo, Guastini (2010). Digo que “para el Derecho”, porque es claro que la filosofía analítica no nació al interior del derecho, sino que generó rendimientos en dicha disciplina. En la filosofía es claro que inició fundamentalmente con Gottlob Frege, Bertrand Russell y Rudolf Carnap.

29 En ese escrito y en especial en otro en el que trabajé el tema del concepto del derecho bajo la óptica neopragmatista, dejé en claro que la diferencia entre los usos descriptivos y prescriptivos del lenguaje ha “funcionado” muy bien y ha tenido potentes rendimientos en la teoría jurídica; pero que ello no significa que deba desconocerse que ha sido desafiada con suficiencia tanto en la filosofía general como en la filosofía jurídica. El argumento, palabras más palabras menos, estriba en que incluso en las más ostensivas descripciones operan esquemas valorativos que permiten justamente elegir una dentro de muchas posibilidades de descripción sobre lo que se quiere hablar.

El corolario al que arriban tanto Kelsen como Hart consiste en que la realidad del derecho (el derecho que *es*), está en los enunciados de lenguaje; vale decir, en aquellas *disposiciones* sobre las cuales las proposiciones normativas adscriben su significado (el *deber ser*, o mandato prescriptivo). La norma, esto es, el significado de la disposición, está en cambio en la interpretación adscrita a dicho enunciado.

Justamente dentro de esta última actividad (la de adscribir normas a los textos), especialmente elogiada ha sido la manera en que Hart diferenció entre los enunciados lingüísticos que disponen prescriptivamente un curso de acción de la conducta (reglas primarias), de aquellos enunciados interpretativos –lógicamente condicionados a la existencia– de los primeros enunciados, que provienen fundamentalmente del ejercicio de las potestades entregadas a los jueces para decidir los problemas de existencia, significado y seguimiento de la regla primaria en los litigios (reglas secundarias).³⁰

30 En otras palabras, cuando un juez tiene que fallar un determinado asunto puesto a su consideración, lo primero que debe hacer es, de acuerdo con Hart, identificar cuál es la regla válida para ese determinado caso, es decir, cuál es la regla primaria existente que ordena lo que debe o no hacerse en relación con ese evento. Las reglas primarias o “de obligación” son reglas no optativas para el destinatario, no sólo porque hacen parte del conjunto de reglas mayoritariamente aceptadas por los miembros de una sociedad como guías de conducta, pautas de crítica y razones de presión social en caso de desviación, sino también porque así lo ha ordenado legítimamente el poder legislativo o judicial, incluso sin que sea necesaria la aceptación social (Esta importante claridad la hace Hart en una entrevista que le concedió a Juan Ramón de Páramo en 1988. Véase al respecto, De Páramo (1988, p.339-361). La regla que permite al juez identificar cuál es la regla primaria de obligación del caso -o qué cuenta como Derecho en esa situación-, se llama “regla de reconocimiento”. Como dice Hart, estas reglas “suministran los criterios de validez que identifican las reglas que los tribunales tienen que aplicar a los casos con los que se enfrentan” (De Páramo, 1988, p.344). Una vez que, en virtud de la regla secundaria de reconocimiento, el juez –y en definitiva cualquiera que tenga una perspectiva interna del Derecho– ha identificado y “verificado” la regla primaria de obligación que rige el caso porque la ha aceptado como guía de conducta para esa situación, debe ahora detenerse en un problema no menor, a saber: la necesidad de determinar el *alcance* preciso de esa regla primaria. Para hacer eso debe usar otra regla, la de “adjudicación”, que le entrega “potestades jurisdiccionales” en orden a (i) determinar la transgresión de una regla primaria; (ii) hacer cumplir la regla primaria, como remedio a la ineficiencia de la sola presión social para alcanzar ese objetivo; (iii) identificar a los individuos transgresores; (iv) definir el procedimiento a seguir; y (v) definir conceptos jurídicos importantes (Hart, 1998, p.116-120). Estas reglas secundarias funcionan, según dice, para ayudar, **para ejemplificar mediante directivas concretas**, la labor que a las reglas primarias se le ha conferido de dar instrucciones o pautas generales de conducta. Especialmente ayuda cuando (a) se presentan “variantes de preguntas generales” (Hart, 1998, p.156); (b) cuando surja incertidumbre o “dudas sobre cuáles son las formas de conducta exigidas por ellas” (Hart, 1998, p.157); o (c) cuando se está en presencia de un caso dudoso o difícil para determinar la orientación que el lenguaje general de la regla primaria puede proporcionar. La legislación y el precedente son, entonces, los

En lo que a Colombia respecta, sin lugar a dudas, la obra del profesor Diego López (2006) fue pionera en cuanto al valor y estudio de las reglas secundarias, pues la doctrina anterior se detenía principalmente en el análisis de las reglas primarias, al punto que resultaba relativamente evidente que cualquier estudio del Derecho arrancaba con la observación del “referente normativo” –que no era otra cosa que el enunciado-, y sólo marginalmente se ocupaba, casi como nota al pie, de lo dicho por la jurisprudencia.

A partir del trabajo de Diego López, que ha estado transitando nuestra cultura jurídica desde hace ya 10 años, se ha abierto una significativa fuente de investigación sobre el precedente judicial. Creo yo que por la sencilla razón de que ha dado en el punto correcto en muchos de los debates en torno al precedente, empezando por la unión de dos de las tres explicaciones anteriormente descritas, con un grado de precisión importante. Esta apertura investigativa ha sido alimentada poderosamente con la autoafirmación del valor de la jurisprudencia por los mismos jueces, así como por los aportes de los abogados constitucionalistas, quienes fueron los principales juristas que empezaron a adelantar estudios en estos sentidos. Si uno se detiene en las metodologías que estos autores recomiendan para estudiar las sentencias judiciales, pueden encontrarse diferencias no menores. No podré ocuparme de ello, pues un estudio comparativo entre todas las metodologías disponibles supone un trabajo de una mayor entidad. Me limitaré al modelo doctrinal que funciona paradigmáticamente bien en nuestra cultura, que no es otro que el propuesto por el profesor López.³¹ Por lo pronto es preciso advertir bajo qué esquemas conceptuales se ha hecho uso de la jurisprudencia.

64

El principal uso de la jurisprudencia: teorización de la sentencia como argumento analógico, de su estructura y metodología

En nuestro medio, el uso de las sentencias es, básicamente, un uso del argumento analógico. La pregunta que se hacen los abogados es si una decisión pasada puede extenderse a un caso nuevo. Más específicamente, si la regla que reguló un caso pasado puede reglar un caso nuevo. El problema

critérios o “recursos principales” por medio de los cuales se comunican tanto las pautas generales como las directivas concretas que determinan el alcance de aquéllas.

31 No puedo negar que existen otros importantes esfuerzos de teorización sobre el precedente. Sin embargo, me parece a mí que el texto referente de todas esas presentaciones sigue siendo el libro “El Derecho de los Jueces”, bien sea para atacar sus puntos o desarrollar sus ideas. Dentro de los trabajos que se han elaborado en nuestro país y que vale la pena destacar se encuentran: Bernal (2010); Estrada (2003), en Montealegre (2003); y Quinche (2014).

que ha surgido entre los expertos, y que es justamente la pregunta que ha revoloteado desde los griegos, es, por un lado, qué hace que dos situaciones sean análogas; y, por otro lado, qué es exactamente lo que se extiende de un caso a otro, después de haber determinado que los casos son analógicos. Entre lo uno y lo otro existe una importante cuestión. El primer problema (PP), que está representado en la en la parte superior de la figura 1 que a continuación se presentará, sólo se limita a la averiguación de lo que hace iguales o desiguales dos situaciones. El segundo problema (SP), o problema intermedio, se contrae a establecer qué significa la regla del caso 1. El tercer problema (TP), representado en la parte baja de la gráfica, se circunscribe a extender la regla de un caso a otro, una vez se ha dado solución al primer y segundo problema. Ya puede advertir el lector lo que generalmente se piensa sobre el asunto, esto es, que la lógica del argumento analógico implica que el segundo y tercer problema sólo se puede resolver una vez se haya determinado la similitud o distinción de los casos.

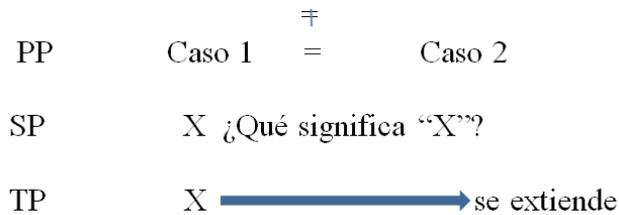


Figura 1

Más adelante me ocuparé de esto, pues a mi juicio los abogados operan al contrario, es decir, solucionando primero el segundo problema, y sólo así determinando si los casos son análogos (primer problema). El tercer problema, aparentemente, es una simple consecuencia lógica, pero lo cierto es que también puede traer sus propias dinámicas, por cuanto en ciertas ocasiones, incluso después de dar solución a los problemas uno y dos, resulta que la regla no se extiende por razones externas al sistema jurídico. Por lo pronto basta con indicar que las metodologías clásicas del examen de sentencias, proponen primero definir la igualdad o distinción de los casos, y por eso discuten si aquello que los asemeja o los distingue son los hechos o los conceptos jurídicos de que tratan. Suponiendo, en gracia de discusión, que se ha determinado la

distinción porque los hechos que rodearon los casos difieren, se supone que no vale la pena determinar el lugar de “X” dentro de la gráfica. Ello suena extraño, pero ya me detendré para desarrollar la idea.

Momentáneamente debo indicar que, en relación con el primer problema, la jurisprudencia constitucional colombiana y la doctrina más autorizada han acordado que lo que hace que los casos sean análogos es la similitud en cuanto a sus “hechos y circunstancias”; esto es, en el sentido de que tienen el mismo “patrón fáctico” (López, 2006, p.109). En relación con lo segundo, se ha dicho que lo que se extiende es la *ratio decidendi* del fallo. Cada una de estas dos afirmaciones ha generado, desde luego, intensos debates. La decisión de extender la regla, una vez determinados estos dos pasos, se da por sentada, y no ha ocupado un lugar en los estudios jurídicos correspondientes.

En cuanto al primero de los tres problemas se trata, el profesor López ha puesto de presente que las altas cortes de justicia, y en general la gran mayoría de jueces y los abogados litigantes, tenían por costumbre usar analógicamente las sentencias como consecuencia de encontrar algún tema o concepto común entre los casos, de tal manera que lo que hacía que dos asuntos fueran análogos, no era tanto la similitud en los “hechos y circunstancias”, sino en alguna idea, categoría jurídica o dispositivo normativo que podía estar en los dos eventos. A la primera forma de analogía, más técnica y correcta al sentir de López, se la llamó *analogía fáctica*, mientras que a la segunda, antitécnica y desaconsejable, se la denominó *analogía conceptual*. El primer tipo de analogía es, según dice, la analogía que empezó gradualmente a impulsar la jurisprudencia constitucional, mientras que el segundo tipo de analogía era el que imperaba en las otras altas corporaciones de justicia.

Ahora bien, una vez que se adopta una de las dos formas de comparar los casos; esto es, o bien por comparación de sus hechos y circunstancias; o bien porque ambos hacen uso común de un concepto, categoría o dispositivo normativo, lo que sigue es preguntarse qué es exactamente lo que se traslada del primer al segundo caso. López ha indicado que ha sido la misma Corte Constitucional la que ha venido decantando, como promotora de la primera forma de analogización de casos, cuál es la técnica de lectura de las sentencias, por vía de la identificación de la *ratio decidendi*.

El proceso mediante el cual un jurista determina cuál es la *ratio decidendi* de un fallo, lo denomina López “análisis estático”, por la evidente razón de que al objeto de estudio se lo observa individualmente y de manera aislada, sin el examen del movimiento que pudiera tener si se relaciona con algo más, por

ejemplo más sentencias o leyes. Por supuesto, la obra del profesor López está mucho más comprometida con una visión “dinámica”, de “línea jurisprudencial”. Y ello porque entiende que el análisis estático, aun si se hace de una manera más juiciosa en el entendido de no buscar simplemente una “regla canónica de naturaleza cuasilegislativa o conceptual” (López, 2006, p.198), sino más bien basado en los hechos y en el conflicto que motivó la decisión, después de todo, se queda corta a la hora de dar una visión sistémica e integral del asunto y de la jurisprudencia; es decir, queda a medio camino a la hora de dar una “presentación balanceada” del contenido normativo de una figura jurídica.³² Por esa misma razón, se asimila el análisis dinámico con la elaboración de una “línea”, o con un análisis secuencial o “relacional” de sentencias (López, 2006, p.139).

Queda por ahora claro, sin los detalles que a continuación se revisarán, que para la doctrina que propone el profesor Diego López, y de hecho también para la Corte Constitucional en una primera etapa, la primera parte del problema de la analogía se resuelve mediante la determinación de los “hechos y circunstancias” de los casos; para luego, una vez establecida la similitud o diferencia, realizar el análisis estático al primer fallo, a efectos de extraer la *ratio* que sería extendida al caso 2. Esto opera como punto de partida, pues resulta evidente que la gran apuesta es la elaboración de análisis dinámicos de sentencias.

Los Conceptos de *Ratio Decidendi* y de *Patrón fáctico*: El concepto de “Patrón Fáctico”

¿Qué entienden tanto la Corte Constitucional como esta especial doctrina, por “hechos y circunstancias” y por *ratio decidendi*?

En relación con lo primero, ni la Corte Constitucional ni la propuesta doctrinal han querido detenerse a precisar una definición. Por *patrón fáctico* entienden básicamente los “antecedentes” del caso, esto es, los “hechos de la demanda”,³³

32 En ese mismo sentido la Corte Constitucional ha dicho que, en principio, debería privilegiarse el examen dinámico de sentencias, por sobre el estático. Sobre este punto pueden consultarse las sentencias SU-047 de 1999, SU-1300 de 2001, SU-058 de 2003, todas ellas recogidas por la sentencia T-292 de 2006. Concretamente dijo, en esta última, lo siguiente: “Al respecto esta Corporación ha señalado que para establecer la *ratio decidendi* de una providencia, en principio, deben tenerse en cuenta las sentencias posteriores, -esto es las “posteriores” a la cuestión constitucional inicialmente tratada, pero anteriores al caso que se habrá de decidir-, sobre el mismo asunto, proferidas por la Corte. De hecho, esta Corporación ha indicado que la *ratio decidendi* sobre un tema jurídico puede *consolidarse* “en una oportunidad posterior”, esto es, cuando de manera reiterada se reafirma la regla del fallo inicial en otros casos”.

33 Sentencia T-1317 de 2001.

o las circunstancias materiales relevantes” que motivaron el pleito (López, 2006, p.241). Si la analogía entre los casos se determinara exclusivamente con base en la comparación de los antecedentes materiales del caso, y si entendiéramos por ellos las circunstancias de tiempo, modo y lugar que generaron un conflicto jurídico, tendríamos apenas una claridad aparente sobre el punto. La cuestión es que, no obstante lo afirmado, la Corte Constitucional, al menos desde la sentencia T-292 de 2006, ha indicado que lo que hace que los casos sean susceptibles de comparación no sólo descansa en las circunstancias materiales, sino además en cosas distintas, como el hecho de que tengan un mismo problema jurídico o que impulsen la discusión sobre una misma “cuestión constitucional”; así como que se busque una misma “consecuencia jurídica”, con lo cual queda claro que los “hechos” del caso son hechos jurídicamente nominalizados, y no simplemente hechos materiales como de ordinario se piensan los antecedentes del caso.³⁴

Así las cosas, creo que valdría la pena realizar tres precisiones bien importantes:

a.- Al parecer, la Corte está implícitamente concediendo que se ganaría mucho si dejamos de usar la expresión “hechos” o “patrón fáctico”, y empezamos a usar la expresión “contexto”; pues según lo planteado, cosas adicionales a los antecedentes del caso juegan a la hora de llevar a cabo una comparación entre dos eventos jurídicos. En ese sentido, la Corte estaría superando la tesis inicial según la cual aquello que hace que dos casos sean análogos son los “hechos de la demanda”. Bien podría pensarse, como beneficio de inventario, que cuando la doctrina y la jurisprudencia usan la expresión “hechos del caso”, están queriendo con ello decir que se trata tanto de los hechos materiales como de los hechos jurídicamente relevantes, algo que se asemeja ciertamente a la idea de “contexto”. No ocurriría lo mismo con la expresión “patrón fáctico”, pues parece que se reduce exclusivamente a los antecedentes materiales del conflicto.

b.- Sin embargo, la Corte y la doctrina, incluso con la anterior precisión, pasan por alto que una cosa es el contexto de la demanda, y otra bien distinta el contexto de la subregla. Cuando un abogado desea usar analógicamente una sentencia para un caso futuro, está ciertamente pensando más en lo segundo que en lo primero. Los hechos de la demanda, apenas una parte del contexto del pleito, funcionan para determinar las *pretensiones* del demandante y las *excepciones* del demandado; vale decir, se restringen en

34 En ese mismo sentido la Corte ha insistido en las sentencias T-441 de 2010 y SU-053 de 2015.

cuanto a la delimitación del conflicto particular que debe ser resuelto por el juez. El patrón fáctico –o mejor llamado “contexto”– que rodea una decisión judicial es, en cambio, algo de mayor envergadura, pues está en juego, además de lo anterior, la adscripción coherente y justificada de significados normativos a proposiciones jurídicas de primer orden, y otras cosas que más adelante indicaré, como por ejemplo un sentido de coherencia normativa.

De modo que mientras que los hechos de la demanda pueden ser reducidos, por ejemplo, al no pago de un canon de arrendamiento, los hechos que rodean la expedición de la subregla deben tener en cuenta, además de los “hechos” del conflicto que generaron una demanda, otro tipo de situaciones que la Corte entiende, más o menos, como el contexto –jurídico y no sólo material– que le da sentido a la expedición de una subregla de adjudicación.

c.- En igual sentido, sospecho que el contexto de la subregla difiere del contexto de la demanda, en cuanto a que, después de todo, lo que intenta extenderse por vía de la analogía no son las pretensiones del demandante o las excepciones del demandado, sino la subregla del juez. Por alguna razón los abogados denominan “referente” fáctico a los antecedentes del caso. Lo hacen, creo yo, por cuanto funciona como una narrativa *relativa* o *concerniente* a algo más. Si no fuera así, no se usaría la expresión “referente”. Por consiguiente, cuando los abogados relatan los hechos del caso, lo hacen para fundar sus pretensiones; es decir, en el entendido de que son hechos que refieren, conciernen o se conectan con ciertas demandas particulares; al tiempo que cuando los abogados contestan los hechos, relatando su propia versión de lo ocurrido, lo hacen conectándolos con ciertas excepciones. Parece obvio, entonces, que los hechos del caso dependen nominalmente de la identificación previa de las pretensiones como de las excepciones, toda vez que se relatan en tanto que *funcionan como* respaldo de ellas. Por la misma razón, parece extraño sostener que el contexto que rodea una decisión judicial pueda describirse sin tener en mente lo que la sentencia dice.

Esta explicación puede tener respaldo, si se quiere, en dos viejas diferenciaciones que ha realizado la filosofía general. La primera de ellas, concierne a la diferencia existente entre los “hechos brutos” -o hechos en cuanto tales-, y los “hechos nominalizados”, esto es, hechos en tanto que asumidos inteligiblemente por nuestras descripciones. La filosofía del lenguaje ha presentado –desde hace ya varias décadas y recogiendo una inveterada discusión acerca de la diferencia existente entre “el mundo en mí” respecto del

“mundo en sí” – buenos aportes en relación con la manera en que entendemos los “hechos” o los “acontecimientos”. Sin negar la existencia de un mundo con total independencia de los seres humanos, lo cierto es que lo que conocemos de él depende del uso del lenguaje, y de las consecuentes descripciones lingüísticas que hacemos cuando nos referimos y hablamos sobre ello.

Como consecuencia de lo anterior, el conocimiento humano trabaja con realidades “conceptualizadas” o “nominalizadas”, es decir, nombradas con algún propósito, en el sentido de que utiliza categorías y criterios de individualización, identificación o descripción, que implican comprender que la realidad es finalmente una realidad en tanto que asumida por el elenco de nuestras teorías y esquemas de pensamiento. Cuando una persona describe algo, lo hace con un propósito en mente, pues *algo* tiene que justificar la elección de esa y no otra descripción entre las muchas posibles. Al decir “la pared es blanca”, pudiendo haber dicho “es alta”, “es plana”, “es fea”, “es útil”, etcétera, se está eligiendo una descripción entre muchas, que se considera mejor en algún sentido para algún propósito. Cuando los abogados describen situaciones para ser usadas al interior de los pleitos judiciales, con mayor razón *nombran* y *relatan* en forma condicionada por los propósitos jurídicos previamente determinados. Por ello es que suelen encontrarse varias versiones de los mismos acontecimientos. De manera que los “hechos” jurídicos, cuando funcionan como “referentes” de una pretensión, una excepción o una decisión judicial, implican lógicamente la determinación de tales cosas anticipadamente (la pretensión, la excepción y la decisión).

La segunda diferencia es la existente, para algunos filósofos, entre el *sentido* y la *referencia*. Si se entiende por “referente” aquello de lo cual se habla (un objeto, un evento), el *sentido* es entonces la manera en que se presenta lingüísticamente ese referente, es decir, la forma en que está construida la expresión que habla sobre el referente. De ser esto correcto, la referencia depende del sentido al punto que puede ampliarse o restringirse dependiendo del nivel de vaguedad que tenga el predicado. Así las cosas, los “referentes” fácticos dependen lógicamente de la determinación y precisión del “sentido” del enunciado, de modo que si el enunciado es una “subregla” debe empezarse por determinarse cuál es su sentido. Según Guastini,

Todos los predicados tienen una referencia dudosa, o abierta (*open texture*), y en este sentido están afectados por la vaguedad de la extensión. Por otra parte, la vaguedad de la extensión depende de la incerteza

acerca de los atributos que un objeto debe poseer para pertenecer a la clase de que se trate, es decir, depende de la vaguedad intencional del predicado en cuestión (Guastini, 2010, p.89).

Mi punto, entonces, es que vale la pena diferenciar entre los *hechos* y el *contexto*, por cuanto lo segundo conlleva un mayor espacio de reflexión. Adicionalmente, que también vale la pena diferenciar entre el *contexto de la demanda* del *contexto de la subregla*, por cuanto al no atender a lo segundo se pueden pasar por alto muchos elementos de vital importancia a la hora de hacer extensiva una subregla de un caso a otro, como lo suponen las expresiones “patrón fáctico”, “hechos de la demanda” o “antecedentes”, que suelen usarse para darle respuesta al primero de los problemas de la analogía. Finalmente, que la idea misma de *contexto* o *referente fáctico* implica de suyo entender que su identificación es un paso secundario, es decir, condicionado por *algo*. En el caso del referente fáctico del pleito, a las pretensiones y excepciones. En el caso del referente de la subregla, a la subregla misma.

Si estas explicaciones no terminan de convencer al lector, valdría la pena no pasar por alto una última diferenciación.

d.- En lo que a la lógica analógica respecta, los expertos han clasificado dos tipos de analogía posible: (i) analogía *a pari*, y (ii) analogía *a fortiori*. La primera de ellas, como su nombre apenas lo indica, implica la comparación entre casos o eventos “pares”, es decir, iguales, semejantes, equivalentes, simétricos, o cualquier otra expresión que se quiera usar. Ya he dicho líneas arriba que la metodología clásica se disputa entre establecer “igualdad” o “paridad” en virtud del mismo “patrón fáctico”, o bien en razón de algún concepto o categoría parecida equivalente en ambos casos. Las dos situaciones son ejemplos de analogía *a pari*. Ya es claro que la analogía *a pari* establecida en razón de parecidos conceptuales parece la más desacreditada de todas doctrinariamente hablando, y que la analogía *a pari* fáctica es la que mayor respaldo tiene, siempre que se entienda la expresión “fáctica” como el contexto nominalizado de la subregla, que permite una posterior extensión de una decisión; y siempre que se entienda que la secuencia lógica de la analogía, inicia con el segundo problema, luego con el primero, y finalmente con el tercero.

Comprender la estructura de la segunda forma de analogía, *a fortiori*, refuerza mucho más el punto atrás indicado. Los abogados a veces trabajan intentando extender la regla de un primer caso, aun reconociendo ciertas diferencias

existentes frente a un segundo evento, pues entienden que (i) o bien resulta difícil encontrar “patrones fácticos” idénticos, o bien (ii) entienden que si se aplicó la regla en el primer caso, **con mayor razón** debería aplicarse en el segundo más allá de que se parta de entrada de registrar una “diferencia”. Los textos que tratan sobre este tipo de analogías *a fortiori* usan infinitos ejemplos para comprender su estructura. Aquí van dos simples muestras que suelen ser recurrentes en las clases de Argumentación Jurídica.

Suponga el lector que en la cafetería de una universidad existe un letrero que dice “prohibido fumar en esta cafetería”. Suponga también que en un conjunto residencial existe un letrero que indica que se encuentra “prohibido que las mascotas estén en el salón comunal del condominio”. Ahora suponga dos nuevos casos. Un estudiante entra fumando al salón de clase, en el cual no existe un letrero similar, al tiempo que un residente del conjunto entra a una mascota a las zonas húmedas del condominio, que tampoco cuenta con un letrero igual. Está clarísimo que “cafetería” y “salón de clases” son cosas distintas, como lo son las “zonas húmedas” y el “salón comunal”. Con todo, en ambos casos podría extenderse la regla porque de aplicarse para el primer caso, **con mayor razón** debería aplicarse para el segundo. Si se prohíbe fumar en espacios abiertos que no exigen mayores requerimientos en cuanto a la comodidad de los asistentes, con mayor razón debería aplicarse en espacios cerrados, que implican la eliminación de la mayor cantidad de incomodidades posibles para atender cuidadosamente la clase. De la misma manera, si se prohíbe la entrada de mascotas al salón comunal, por la incomodidad que puede generar en las personas y por ser un espacio reservado únicamente para ellas, con mayor razón debe prohibirse la entrada a un sector que generaría todavía una mayor incomodidad, y que implica un mayor grado de intimidad.

Este tipo de situaciones, en el plano jurídico, son infinitas. De modo que una metodología de análisis de sentencias demasiado centrada en el patrón fáctico de la demanda, suponiendo que en los dos casos la situación hubiera generado un conflicto a ser resuelto judicialmente, restaría poderosos insumos de interpretación y argumentación a los abogados; y desconocería lo que, en efecto, hacen con las sentencias judiciales. Repárese en que la analogía *a fortiori* reconoce la extensión de la regla incluso concediendo diferencias de orden fáctico en los casos. Luego entonces, la determinación de la analogía entre casos no depende exclusivamente del contexto del pleito, sino más bien del contexto de la subregla; y para este, a veces resulta necesario saltarse la similitud en los acontecimientos materiales.

La metodología del profesor Diego López no resulta incompatible con este tipo de analogías *a fortiori*. Su noción de “sombra decisional” deja espacio para establecer analogías entre casos que si bien no guardan una concreta similitud en cuanto a los hechos y circunstancias del caso, con todo caen bajo la fuerza de “atracción” que la regla ejerce sobre el siguiente caso, permitiendo extender la regla ofrecida en el primer evento.

Y si esto opera para la extensión de la subregla en los litigios, qué no decir para la reconstrucción académica de las decisiones judiciales. Si uno se detiene, por ejemplo, en la misma manera en que se siguió la doctrina de la *ratio decidendi* en la Corte Constitucional, rápidamente se advierte que en el seguimiento de semejante construcción doctrinal existe todo menos que una similitud fáctica entre los casos. La sentencia SU-047 de 1999 (en la que se intentaba determinar la vulneración del debido proceso y la inviolabilidad de opiniones y voto de los congresistas, por parte de unas decisiones de la Corte Suprema de Justicia) ninguna similitud tiene con los hechos que motivaron la sentencia C-131 de 1996, que resolvía la constitucionalidad abstracta de un Decreto Reglamentario que regulaba algunos procedimientos en las actuaciones ante la Corte Constitucional; o con la sentencia C-222 de 1996, en la que se revisaba la constitucionalidad abstracta de la Ley Orgánica del Congreso. Aun así, la reconstrucción del concepto de *ratio decidendi* y de *obiter dicta*, hizo posible la unión de estas sentencias abiertamente diferentes en cuanto a sus “hechos y circunstancias”.

Con ello ya puede advertir el lector tres cosas: de un lado, que el examen de las “circunstancias materiales” es sólo una pequeña porción de lo que se examina de una sentencia; de otro lado, que el análisis del contexto jurídico de la sentencia –algo distinto al contexto del conflicto o de la demanda–, trabaja en todo caso con “hechos” nominalizados jurídicamente; y, finalmente, que en ese orden de ideas resulta claro que se invierte la lógica analógica al dejar como punto de partida el segundo de los problemas más arriba indicados; y no así el primero, como supone el esquema clásico de interpretación. En otras palabras, que no tiene sentido hablar de “patrón fáctico” o de contexto material sin determinar primero qué “dice” la sentencia y en qué contexto jurídico lo hace.

Sospecho entonces que con las anteriores precisiones toma más sentido dejar la determinación de la similitud o diferencia entre los casos como un segundo paso, posterior a la identificación de la *ratio decidendi* y su significado. Este último sería, en cambio, el primer paso a dar en el análisis de las sentencias.

El concepto de “ratio decidendi”

La cuestión estriba en que cuando se intenta definir la *ratio decidendi*, es decir, aquello que para la metodología tradicional se extiende una vez se ha determinado que los casos son análogos por sus “hechos y circunstancias”, o por sus similitudes conceptuales, el tema se complica todavía más. Sobre este particular el texto de López ha sido fundamental para recoger los movimientos de la doctrina de la *ratio decidendi* en la Corte Constitucional. Por desgracia su obra recoge lo ocurrido hasta los primeros meses del año 2006, pues en agosto de ese año la segunda edición salió a la luz pública. Sólo un par de meses antes de la publicación salió la sentencia T-292 de 2006 que, por obvias razones, no pudo ser registrada en el trabajo. Se espera con avidez la pronta aparición de la tercera edición. Por ahora, los menos versados nos lanzamos a conjeturar que, en lo fundamental, la doctrina se ha mantenido, a juzgar por las más recientes sentencias de unificación: SU-053/2015 y SU-054/2015, que siguen citando las clásicas sentencias C-037 de 1996, SU-047 de 1999, T-1317 de 2001, y SU-1300 de 2001. Sin embargo, a continuación presentaré algunas de las variaciones que han ocurrido después de la susodicha sentencia T-292 de 2006; y que han sido, de alguna manera, ratificadas por sentencias posteriores como la T-1092 de 2007, T-441 de 2010, T-918 de 2010, C-816 de 2011 y T-360 de 2015, entre muchas otras. Así como también después de la ley 1437 de 2011 y la ley 1564 del 2012, especialmente su artículo 7º, y con la sentencia C-621 de 2015, que revisó su constitucionalidad. No es del caso ocuparme de cada una de ellas, pues como he dicho, han consolidado ciertos argumentos presentes en la T-292 de 2006.

En lo que a la definición y determinación de la *ratio decidendi* importa, vale la pena indicar que, tal cual lo traza el profesor López, la sentencia SU-047 de 1999, sin lugar a dudas, se constituye en piedra angular en cuanto al estudio del precedente judicial; y en especial para la conceptualización de las nociones de *ratio decidendi* y de *obiter dicta*. A partir de esta sentencia y de otras sentencias “hito”, López presenta los dos extremos sobre los cuales ha oscilado la Corte Constitucional en punto de la determinación de la *ratio decidendi* de sus sentencias, a saber: (i) *ratio* entendida como **argumento constitucional** que vincula los hechos con la decisión, o (ii) *ratio* entendida como **subregla consciente y explícitamente formulada** en alguna parte de la sentencia, también vinculada con los hechos del caso. Repárese en que

ninguna de las dos formas de determinación de la *ratio* pierde el cuidado de los “hechos y circunstancias” del fallo. Está claro que se ha superado el primero de los problemas arriba mencionados en la gráfica; esto es, aquello que hace que los casos sean análogos. Se supone, para este esquema, que la identificación de la *ratio* opera una vez se haya superado el primer escollo; vale decir, si se determinó que comunican “hechos y circunstancias” (analogía *a pari* fáctica) o “conceptos o categorías” (analogía *a pari* conceptual).

Más bien la diferencia gravita en torno a saber si lo que se “extrae” del primer caso y se extiende al segundo caso es una *formulación explícita* de una regla, o un *argumento* extendido en la parte considerativa de la sentencia. Se supone que esta diferenciación discrimina entre lo que, por un lado, es una tipología literalista y *formalista*, que exhorta al intérprete a contraer su actividad a algún párrafo o formulación concreta, adoptando con ello una postura “pasiva”³⁵; y, por otro lado, una tipología más *hermenéutica*, que otorga un espacio de mayor libertad al intérprete, toda vez que es éste, y no el juez que expidió la sentencia, quien soporta la carga de formulación de la subregla atendiendo a los argumentos empleados para unir los hechos y la decisión.

En lo que a mí respecta, confieso que me cuesta encontrar una verdadera diferencia entre estas dos perspectivas. En mi criterio, parece evidente que ninguna de las dos tipologías abandona ni la formulación ni la interpretación. Si la *ratio* es un argumento, entonces tiene que ser formulado de alguna manera, al tiempo que si la *ratio* es una formulación, tiene que ser interpretada como sucede con cualquier otro enunciado normativo. La diferencia es una simple cuestión de grado, como lo deja entrever el profesor López. Si el juez que expide la sentencia se toma el trabajo de contraer explícitamente a un párrafo el argumento que lo lleva a decidir, le ahorra el trabajo al intérprete únicamente en el sentido de que restringió la amplitud del texto desde un número mayor de páginas a ese segmento más pequeño. Pero ello no implica en lo absoluto que han desaparecido los problemas de indeterminación, ambigüedad o equivocidad que puedan surgirle al texto (la sentencia).

35 En palabras del profesor López, “Se trata, pues, de una teoría formalista de la *ratio* que confía en que los jueces anteriores han hecho suficientes esfuerzos por explicarla de manifiesto en sus sentencias anteriores y que tales consideraciones exigen un respeto más o menos textual. La interpretación textualista de sentencias, según corre este argumento, sería tan eficaz como la interpretación textualista de la ley en evitar el capricho judicial (...)”, (López, 2006, p.222).

De hecho, si sigue siendo cierto que existe una diferencia entre el texto y el significado del texto, por la misma vía sigue siendo entonces diferente el *texto* de la sentencia del *significado* de la sentencia; de modo que parece extraño sostener que el significado normativo de una sentencia sólo esté contenido en un único párrafo. E incluso que ese párrafo sólo contenga, a su vez, una única norma atribuible. Como veo las cosas no queda otro camino que conceder que la sentencia es sencillamente un texto jurídico más, que contiene diversas proposiciones normativas que, a su vez, contienen normas jurídicas (López, 2006, p.221). He dicho “normas jurídicas”, en plural. Tal y como ocurre con cualquier otro material de trabajo escrito, la sentencia debe ser interpretada, y es el intérprete quien le adscribe significado. Aun si la Corte de cierre dijera explícitamente “la subregla que adoptamos en este fallo es esta (“X”)”, de cualquier modo el intérprete del fallo tendrá que descifrar qué significa o qué quiso significar con “X”, con lo cual jamás se pierde el carácter hermenéutico en una disciplina que, como el Derecho, trabaja prioritariamente al interior del juego de lenguaje de la interpretación y la argumentación.

No me resulta sugestiva la idea de que la Corte Constitucional, por un lado y para convalidar autopoiéticamente el carácter vinculante de su jurisprudencia, insista en que los textos difieren de sus significados; y que, por tanto, un mismo texto puede tener varias normas atribuibles, al tiempo que una norma puede estar en varias proposiciones normativas; por lo que, en consecuencia, a los intérpretes privilegiados del texto les corresponde fijar el contenido axiológico de esas proposiciones. Pero que cuando se trata de los textos producidos por ella misma (las sentencias, quiero decir), la diferencia entre el texto y el significado pierda por completo sentido, y ello porque sus sentencias serían algo así como autoevidentes, preinterpretadas, cuyo contenido se reduce sólo a una norma atribuible. Las sentencias de la Corte son textos jurídicos interpretativos, que a su vez deben ser interpretados, de manera que sobre ellos no se ha perdido el carácter hermenéutico.

Así que el movimiento de la Corte en relación con estos dos puntos es un tanto ficticio, pues ni encontrar un párrafo torna la labor del intérprete en formalista, ni la averiguación del argumento central del fallo resta la necesidad de formulación que debe tener la subregla si quiere ser inteligible. Paralelamente, ni la formulación ni la falta de formulación explícita por parte del primer juez sustrae la necesidad del segundo juez y de los abogados de

interpretar la sentencia que se quiere hacer valer como precedente. En otras palabras, la labor hermenéutica del abogado que desee hacer valer en relación con un caso nuevo una sentencia expedida en el pasado jamás desaparece.

A pesar de esta salvedad, en lo fundamental la sentencia T-292 de 2006 continúa definiendo a la *ratio decidendi* a través de los dos extremos –que juzgo aparentes– puestos de presente por el profesor Diego López. Concretamente la Corte indica que la *ratio*

Corresponde a **aquellas razones de la parte motiva de la sentencia** que constituyen la regla determinante del sentido de la decisión y de su contenido específico. Es decir, –[y para esto cita la Sentencia SU-047 de 1999]– es la “**formulación, del principio, regla o razón general** [de la sentencia] que constituye la base de la decisión judicial.³⁶

Y si damos un salto arbitrario desde el 2006 al 2015, encontramos que la Corte indica, en la sentencia T-360 de 2015, lo siguiente:

La *ratio decidendi* que puede definirse como “**la formulación general, más allá de las particularidades irrelevantes del caso, del principio, regla o razón general** que constituyen la base de la decisión judicial específica. Es, si se quiere, el fundamento normativo directo de la parte resolutive.” [citando la sentencia SU-047 de 1999] (...) En consecuencia, es la *ratio decidendi* que es la **base jurídica** directa de la sentencia, el precedente judicial que, en virtud del derecho a la igualdad, tiene efectos vinculantes y debe ser aplicado para resolver casos similares³⁷ (...) esto por cuanto ella constituye el **conjunto de argumentos jurídicos** que permiten solucionar el problema debatido en el caso y explicar la decisión adoptada a la luz de los hechos que lo fundamentan.³⁸

77

36 Negrilla ajena al texto original.

37 Negrillas ajenas al texto original. En este punto la Corte cita la sentencia T-766 de 2008, en la cual se sostuvo que: “el precedente judicial vinculante está constituido por aquellas **consideraciones jurídicas** que están cierta y directamente dirigidas a resolver el asunto fáctico sometido a consideración del juez. Así, el precedente está ligado a la *ratio decidendi* o **razón central** de la decisión anterior, la que, al mismo tiempo, surge de los presupuestos fácticos relevantes de cada caso (sentencia T-049 de 2007).”

38 Negrillas ajenas al texto original. En relación con el contenido de la *ratio decidendi* en la sentencia T-117 de 2007 la Corte señaló que “i) corresponde a la regla que aplica el juez en el caso concreto, ii) se determina a través del problema jurídico que analiza la Corte en relación con los hechos del caso concreto y iii) al ser una regla debe ser seguida en todos los casos que se subsuman

Para la Corte Constitucional no hay duda de que la *ratio decidendi* es aquello que vincula la parte considerativa de la sentencia con su parte resolutive. La duda se reduce a saber, repito, si ese vínculo tiene que estar explícitamente formulado por “conceptos consignados”; o si es más bien un vínculo implícito, argumentativamente hablando, que “define la correcta interpretación y adecuada aplicación de una norma en el contexto constitucional” (Sentencia T-292 de 2006). Al margen de este debate, que está ya suficientemente aclarado en el texto de Diego López, son otras afirmaciones adicionales, que se han hecho a partir de la T-292 de 2006, las que revisten especial importancia, al menos en mi opinión.

Por ejemplo, esta sentencia indicó que la *ratio* para las sentencias de constitucionalidad abstracta “constituye en sí misma una regla con un grado de especificidad suficientemente claro”³⁹. Adicionalmente, indicó que la *ratio* entendida como *regla*, comparte el mismo contenido normativo, en el sentido de que conlleva una “autorización, una prohibición o una orden derivada de la Constitución”. Finalmente, se sostuvo por la Corte que la *ratio* así entendida, “responde al problema jurídico que se plantea en el caso”, teniendo por objetivo siempre “fijar el sentido de la norma constitucional”. Ello en razón a que la *ratio decidendi* es la respuesta concreta que tiene la Corte Constitucional al mandato de los artículos 241 y 243 de la Constitución, como quiera que es el órgano calificado y autorizado para definir y adscribir el significado al texto constitucional.⁴⁰

Pues bien. Estas afirmaciones son bastante interesantes. En mi opinión, esbozan correctamente el camino que debería acogerse para examinar las sentencias judiciales estáticamente, a saber: devolver la mirada a la más trivial de las afirmaciones; esto es, que la *ratio decidendi* es fundamentalmente una *subregla* o *directiva* concreta. Como tal es una regla que determina el contenido normativo de un enunciado normativo de primer orden, determinando el alcance y la estructura de la prescripción allí contenida. Así debe examinársela. En otras palabras, es la regla que descifra cuál es concretamente la *directiva* que ordena la regla primaria. Y ello ocurre, en palabras de la Corte, incluso en las sentencias de constitucionalidad abstracta. Luego, ¿iqué no decir para las sentencias de revisión de tutelas?

en la hipótesis prevista en ella”. Igualmente consultar T-569 de 2001.

39 Punto “C”, numeral 18, argumento “(ii)”, parte considerativa de la sentencia.

40 Punto “E”, numeral 24.

Significado y Seguimiento de las sentencias judiciales

Recordando una vez más la extraordinaria diferencia entre reglas primarias y secundarias que planteó el estupendo texto de H.L.A. Hart, “El Concepto de Derecho” (Hart, 1998), puede decirse que las reglas primarias son aquellas reglas que disponen o prescriben el curso de acción de un comportamiento futuro; es decir, son reglas que imponen deberes, obligaciones, derechos o facultades. Cualquier duda que surja en cuanto a la *existencia, significado* o *seguimiento* de esa regla debe resolverse echando mano de las reglas secundarias; especialmente aquella que confiere potestades para, a través de reglas interpretativas de esa regla primaria, determinar su existencia y alcance para cada caso concreto. Ahora bien, diferenciar entre un problema de *significado* o de *seguimiento* es fundamental, pues aunque el segundo implique necesariamente el primero, permite entender dos actividades diferentes que realizan los intérpretes (los jueces con sus fallos, quiero decir). Adscribir el significado a una palabra o a un enunciado completo concreto es una actividad diversa a determinar las reglas de su seguimiento; aunque puede advertir el lector que esto último difícilmente puede realizarse sin avanzar en lo primero. La misma Corte dejaría entrever una idea semejante cuando indica que

Aunque se identifique adecuadamente la *ratio decidendi* de una sentencia, resulta perentorio establecer para su **aplicabilidad**, tanto en las sentencias de constitucionalidad como en las de tutela, **qué es aquello que controla la sentencia**, o sea cual es el **contenido específico de la ratio**. En otras palabras, si aplica tal *ratio decidendi* para la resolución del problema jurídico en estudio o no⁴¹ (Corte Constitucional, sentencia T-292 de 2006).

41 Negrillas ajenas al texto original. Dice la Corte que, en ese orden de ideas, para determinar el seguimiento de la regla, después de determinar el significado normativo de la sentencia (*ratio*) deben confluír los siguientes elementos: “(i) La *ratio* debió haber servido como base para solucionar un problema jurídico semejante; o a una cuestión constitucional semejante; (ii) Los hechos del caso o las normas juzgadas en la sentencia anterior deben ser semejantes o plantear un punto de derecho semejante al que debe resolverse posteriormente. En este sentido será razonable que “cuando en una situación similar se observe que los hechos determinantes no concuerdan con el supuesto de hecho, el juez esté legitimado para no considerar vinculante el precedente”. Argumento “F”, punto 26 de las Consideraciones. En un sentido similar se expresó en la sentencia T-1092 de 2007, agregando a los anteriores dos puntos, otros dos, en orden a determinar el “correcto” uso del precedente: “(ii) si la consecuencia jurídica aplicada a los supuestos del caso pasado, constituye la pretensión del caso presente; y (iii) si la regla jurisprudencial no ha sido cambiada o ha evolucionado en una distinta o más específica que modifique algún supuesto de hecho para su aplicación.”

Lo que en mi modesta opinión está afirmando la Corte en este apartado es aquello que la filosofía del lenguaje ha tenido a bien entender de tiempo atrás: la diferencia entre la adscripción del significado y el seguimiento de una regla de adscripción. La Corte Constitucional, sin embargo, no se ha detenido con el rigor analítico que implica advertir esta diferencia. En la sentencia T-441 de 2010, por ejemplo, confunde las reglas para *determinar* la ratio, con las reglas para *seguir* la ratio.⁴² Esta situación va a seguir presentándose, en mi criterio, hasta en las más recientes sentencias de unificación, haciendo siempre claridad, eso sí, en que la determinación del precedente “debe ser anterior a la decisión donde se pretende su aplicación” (Corte Constitucional, sentencia T-441 de 2010).

Ratio Decidendi como prescripción directiva. Fuerza ilocutiva y perlocutiva de los fallos judiciales.

Teniendo en mente la famosa diferenciación que planteó Austin (1982) y que popularizó Searle, entre la fuerza *ilocutiva* y la fuerza *perlocutiva* en relación con los actos de habla; y siguiendo la exigencia positivista de entender la norma jurídica (significado del enunciado normativo) como fundamentalmente un acto de carácter *prescriptivo*, es necesario concluir, en orden a hacer más fácil la determinación de su significado, que, en cuanto a su sentido ilocucionario se trata, la norma jurídica contiene prioritariamente un mandato o directiva como contenido proposicional. Por su parte, el efecto perlocutivo de los fallos fijados por las Cortes de cierre, respecto de los destinatarios inmediatos y remotos de la directiva, implica un proyecto de interacción y colaboración comunicativa y dialógica de mayor alcance, que articule la acción y seguimiento de esa directiva –en tanto que respuesta efectiva al objeto perlocucionario– por parte de la comunidad de abogados colombianos, con el acto ilocutivo de la sentencia. Me detendré muy rápidamente para explicar esta idea.

La diferenciación que presentó Austin a inicios de los años 70's, y que fuera luego depurada por Searle y otros filósofos en sucesivos y recientes

42 Concretamente dice: “La pertinencia de un precedente, se predica de una sentencia previa, cuando: (i) la ratio decidendi de la sentencia que se evalúa como precedente, presenta una regla judicial relacionada con el caso a resolver posteriormente; (ii) se trata de un problema jurídico semejante, o a una cuestión constitucional semejante y (iii) los hechos del caso o las normas juzgadas en la sentencia son semejantes o plantean un punto de derecho semejante al que se debe resolver posteriormente”.

desarrollos,⁴³ ha llevado hoy día a dar casi por descontado que existen dos efectos distintos en los actos de habla. Por un lado, se diferenció el sentido *ilocutivo* del acto de habla, entendido como la comprensión y determinación del significado de lo que alguien ha dicho, y por el otro, el efecto *perlocutivo* del acto de habla, entendido como las consecuencias o efectos que el acto de habla tiene en los destinatarios de la emisión lingüística. En otras palabras, se diferenció entre el *significado* de una expresión lingüística y los *efectos* o *consecuencias* de esa expresión en el oyente o destinatario de esa expresión. Si el objetivo ilocutivo de un acto de habla es dictar una regla, como sucede con el derecho judicial, el efecto perlocutivo tiene que ver con las acciones desprendidas en cuanto a su *seguimiento*.

Luego entonces, una cosa es determinar el significado de una regla de adscripción, y otra, conceptualmente distinta, es seguir dicha regla de adscripción. Cuando los jueces y abogados desean extender la subregla de un caso anterior a uno nuevo, realizan las dos actividades, por cuanto deben primero determinar el *significado* de la subregla, y luego establecer los parámetros de medición entre los casos. Sólo desde ese punto es que, por vía analógica, pueden *seguirla*. Como se verá adelante, estas actividades se dan casi que automáticamente. Cabe adelantar que considero que lo que sucede con el trabajo académico es un poco distinto, porque es posible separar mucho más claramente la fuerza *ilocutiva* de los efectos *perlocutivos*; y sospecho que pueden adelantarse, legítimamente, estudios que o bien separan los efectos, o bien los unen.

Por ahora no es del caso examinar todas las variaciones y desarrollos que ha tenido la anterior clasificación de los efectos de los actos de habla. Basta con decir que mientras la versión clásica de Austin defendía la importancia de ambos efectos para comprender a cabalidad el acto de habla, la versión de Searle termina por restarle importancia al efecto perlocutivo, toda vez que el significado y la comprensión del enunciado terminan cuando el oyente captura la intención del hablante. Por consiguiente, le tiene sin cuidado a Searle saber si la comprensión genera o no una creencia o una acción en el oyente, pues el papel de éste se reduce al seguimiento de las reglas convencionales del lenguaje que le permiten entender la emisión. En sus trabajos posteriores incluso niega el papel relevante del acto ilocutivo, puesto que, en su sentir, la intencionalidad colectiva de una comunidad

43 En lo que a Searle importa, su principal trabajo sobre este tema es Searle (2001). Véase también, Sbisá (2002); y Sbisá (1985). Una buena introducción al tema y un buen estado del arte puede encontrarse en Álvarez (2008).

de hablantes es anterior a la intencionalidad individual en el acto de expresarse; por tanto, el significado y la comprensión no dependen de la intención comunicativa de ese diálogo particular, sino de todo un entramado de relaciones sociales que facilitan la precomprensión que le subyace (Searle 1992 y 2004).

Parece realmente extraño defender la postura de Searle al interior del Derecho, toda vez que resulta medianamente claro que en nuestro contexto operan sistemáticamente intercambios comunicativos amplios, al tiempo que clarísimamente interesan los efectos de las expresiones lingüísticas, en el sentido de que no son consideradas –especialmente los fallos judiciales– como focos de mero conocimiento doctrinal persona-persona, sino verdaderos intentos por producir masivamente efectos y acciones en los oyentes-destinatarios (el resto de jueces y abogados del país, en ciudades periféricas además). En el Derecho, las decisiones judiciales importan tanto por su *significado y comprensión*, como por sus efectos, *uso y seguimiento* en casos posteriores. De manera que la posición de Searle, en el mejor de los casos, parece demasiado unilateral para explicar nuestra disciplina. Además, el punto de vista del autor haría perder de vista que las subreglas jurisprudenciales desbordan el contexto inmediato del juez y las partes; y ellas amplifican exponencialmente su alcance no sólo en espacio sino en tiempo. Así las cosas, la filosofía de Searle no ofrece los rendimientos explicativos esperados, pues en el Derecho importan tanto los efectos ilocutivos como, sobre todo, los efectos perlocutivos.

Por fortuna, estudios recientes han puesto de presente el carácter interactivo del lenguaje, asociado tanto a su significado como a las reglas de su seguimiento. Han puesto de relieve, igualmente, la necesidad de preguntarse por los efectos perlocutivos de los actos de habla, puesto que parece sensato sostener que cuando alguien habla, especialmente si es un juez, se busca que las personas destinatarias de ese acto no sólo entiendan la expresión sino que respondan efectivamente de una determinada manera. En ese orden de ideas, es claro que el acto de habla judicial persigue tanto la comunicación como la interacción. Esto reforzaría, por cierto, el punto más arriba expresado, en el sentido de que no se pierde el carácter hermenéutico del estudio de las sentencias judiciales por el solo hecho de que la formulación de un argumento se encuentre en un párrafo o una sentencia completa.

Ahora bien, en relación con lo primero, es decir, sobre el efecto ilocutivo del acto de habla judicial, y teniendo de presente que el lenguaje jurídico es prioritariamente prescriptivo, resulta indispensable determinar la estructura

de las órdenes, directivas o prescripciones contenidas en las proposiciones normativas de primer orden. Como es apenas evidente, cualquier acto de habla tiene un *destinatario*, que no necesariamente implica una referencia fáctica concreta, sino que opera con lo que en lingüística se conoce como cuantificadores o variables. Cuando el Código Penal dispone que incurrirá en pena privativa de la libertad “el que matare a otro”, no está comprometido con ninguna referencia concreta para las expresiones “el” y “otro”, y aun así tiene un destinatario claro. Con mayor razón existen destinatarios en las subreglas jurisprudenciales, porque estas determinan precisamente el significado efectivo y concreto de reglas primarias que suelen ser más generales.

La directiva judicial tiene entonces un destinatario. Adicionalmente, he dicho que por la naturaleza prescriptiva de esa orden o directiva, cuyo contenido proposicional es que el destinatario actúe conforme a lo pedido, esta debe contener también un verbo (permitir, prohibir, facultar, eximir, etcétera) que denote la acción a desplegar. Por su parte, como la directiva es de orden judicial, dictada en un contexto en el que se resolvió también un problema jurídico particular, el contenido de la directiva debe estar relacionado con la eficacia de una de las principales funciones judiciales, bastante conocida por los abogados; a saber: resolver un conflicto de intereses o derechos.

Metodología de análisis estático de sentencias. Insumos para la práctica de abogados y jueces

Siguiendo el anterior esquema de identificación de la *ratio decidendi*, se tiene entonces que las directivas judiciales tienen: (i) un destinatario, (ii) unos derechos o intereses en conflicto, o en consideración; (iii) un verbo que determina la acción a desplegar; y, finalmente, (iv) un contexto fáctico en el que la expedición de esa directiva tiene sentido. En cada uno de esos ámbitos los abogados despliegan sus argumentos, bien sea explícita o implícitamente. Evidentemente más implícitamente. Pueden, por ejemplo, estar de acuerdo en que los “hechos” que dieron origen a los respectivos casos son similares, pero concluyen que la regla estaba dirigida a destinatarios abiertamente diferentes. O bien pueden aceptar que se trata de destinatarios iguales y un contexto fáctico similar, pero después de todo no se trata de los mismos intereses o derechos en disputa. Y así sucesivamente. Ello quiere decir que los abogados suelen determinar primero la estructura de la directiva contenida en la sentencia, y en cada uno de dichos ítem libran sus respectivos alegatos,

a efectos de establecer si se trata o no de casos análogos. Quiero presentar dos breves ejemplos con los que solía abrir el tema de las analogías en las clases de Argumentación Jurídica.

Caso 1

En la sentencia T-1042 del 2001, la Corte definió la directiva que regía para el siguiente caso: una empleada doméstica que laboraba en el piso veintidós de un edificio de apartamentos de la ciudad de Cartagena interpuso Acción de Tutela contra el Gerente de dicha copropiedad, porque consideraba desconocidos, fundamentalmente, los derechos a la dignidad humana, a la igualdad y a la no discriminación. El asunto reside en que, una vez dejó de funcionar –por daño– el ascensor destinado para los empleados, incluyendo al personal administrativo y operativo (que también era usado por los propietarios cuando se encontraban con las ropas mojadas después de hacer uso de las zonas húmedas), no se le permitió usar el ascensor destinado exclusivamente a propietarios, residentes y turistas. Concretamente la orden del Gerente fue la siguiente:

Por medio del (sic) presente les estoy comunicando que esta Gerencia les prohíbe y ordena enérgicamente no permitir el acceso a los Ascensores Principales de las trabajadoras domésticas de las unidades de la Copropiedad y en especial de la señora "...", trabajadora doméstica del apartamento 2213, (sic) sólo podrán utilizar el Ascensor de Servicio.

84

La demandante alegaba, igualmente, que el desplazamiento de tantos pisos le estaba generando problemas de salud, al tiempo que tenía que lidiar con conductas descorteses y desobligantes por parte de algunos copropietarios, quienes manifestaban incomodidad por compartir el ascensor con ella. El dueño del apartamento, para quien trabajaba la empleada doméstica demandante, manifestó que la prohibición operó incluso después de que él autorizara el uso del ascensor.

La Corte Constitucional indicó que, en efecto, las decisiones de las Asambleas, Gerentes o Administradores pueden afectar derechos y libertades de las personas que viven bajo el régimen de copropiedad; por consiguiente, pueden ser limitadas en ejercicio de la Acción de Tutela si se constata que desconocen derechos constitucionales fundamentales. En ese orden de ideas, consideró que

debían descartarse, de entrada, todo tipo de actuaciones que, al interior de una clara relación asimétrica de poder, terminan por limitar o eliminar la autonomía de las personas, así como su dignidad, envileciéndola o degradándola, por el sólo hecho de su condición social. Sólo se permitirán actos de discriminación que respondan a criterios de justificación objetiva y razonable con fines proporcionales y legítimos, como sucede en el caso de los colegios exclusivos para las mujeres, o aquellos destinados para cierta nacionalidad.

En el caso bajo estudio la Corte entendió que separar los ascensores según la función que cumplían era admisible y perfectamente normal, por cuanto lo que se buscaba era garantizar la “comodidad, higiene y seguridad personal”. Esta era la finalidad de diferenciar los usos del ascensor para carga y descarga –“paquetes, mercado y trasteos”–, o para bañistas que pueden “mojar, embarrar o ensuciar los bienes de uso común dentro de la copropiedad”. Sin embargo, diferenciar el acceso a un “beneficio o privilegio” con el único criterio de la condición social de una persona –que además requiere usarlos para llegar a su sitio de trabajo–, generando con la medida problemas de salud, desconoce varios principios y derechos constitucionales fundamentales; y por consiguiente, es un acto discriminatorio carente de razonabilidad y justificación, por cuanto “estigmatiza como de inferior jerarquía a determinadas personas y los excluye del acceso al goce de determinados bienes o servicios comunales”.

Pues bien, esa es en líneas generales la síntesis de la Sentencia. Ahora se pide al lector –lo mismo que se pedía a los estudiantes– imaginar un caso nuevo, en el que un propietario autoriza a una empleada doméstica a utilizar las zonas húmedas de la copropiedad, generando la reacción inmediata de otros copropietarios que no se sienten a gusto con la presencia de la empleada en las piscinas, así como la del Administrador de la copropiedad que dicta un comunicado similar:

Por medio del presente les estoy comunicando que esta Gerencia prohíbe y ordena enérgicamente no permitir el acceso y uso de las zonas húmedas a las trabajadoras domésticas de las unidades de la Copropiedad, y en especial de la señora “A”, trabajadora doméstica del apartamento 2213.

Siguiendo este pequeño ejemplo, y siguiendo la estructura de lo que se ha discutido en este escrito, la pregunta que se hace es si la directiva contenida en la Sentencia T-1042 del 2001 puede extenderse al segundo caso. Como lo he propuesto, el examen de la analogía no inicia con la determinación de la

similitud o diferencia de los hechos de la demanda; pues es claro que, aunque materialmente no es lo mismo un ascensor que una piscina, después de todo se trata de dos empleadas domésticas a quienes se les prohíbe el uso de zonas comunes. No obstante, esa sería una respuesta demasiado apresurada. De manera que es necesario atender a cada uno de los ámbitos en que la directiva se estructura; a saber: (i) quién es el destinatario; (ii) qué derechos o intereses protege la directiva, o cuál era el conflicto concreto; (iii) de qué manera se determina la acción a desplegar; y, finalmente (iv) en qué contexto fáctico se da la expedición de esa directiva para que tenga sentido.

Para este caso, parece difícil argumentar que se trata de destinatarios distintos, puesto que en ambos eventos se trata de una directiva judicial dirigida a los copropietarios y administradores o gerentes de las propiedades horizontales. Tampoco se trataría de órdenes distintas, porque de demostrarse la similitud, en ambos casos operaría la orden prohibitiva. La discusión más bien se centrará en saber si en los dos casos se trata de los mismos derechos e intereses jurídicos (punto ii), o si todo ello se da en el mismo contexto fáctico, como para que tenga sentido (punto iv).

Por ejemplo, los abogados que niegan la extensión de la directiva tendrán que argumentar que mientras en el primer caso se trataba de proteger la no discriminación y la igualdad en el marco del trabajo digno de la empleada y del derecho a la salud que se veía afectada, en el segundo caso el interés a proteger es la igualdad y la discriminación en el marco del derecho a la recreación o algo parecido. El abogado que desee defender la extensión de la directiva tendrá que argumentar que en ambos casos se trata de proteger la dignidad humana, la igualdad y la no discriminación en razón de la condición social, que resulta idéntica en ambos casos. Podría el primer abogado indicar que, aun sí se concede que son los mismos derechos e intereses, el contexto en que se da la protección es diverso, por cuanto el ascensor es un bien, servicio o privilegio que todos los residentes requieren indispensablemente usar para acceder a sus respectivas unidades de vivienda; mientras que en el segundo caso se trata de bienes, servicios o privilegios *extras*, no indispensables, que objetivamente requieren de un pago adicional si quieren ser aprovechados; y que no comprometen ni el trabajo ni la salud. Nadie perderá el trabajo ni se enfermará por dejar de usar una zona húmeda.

Podría contestarse que el contexto es el mismo, porque en ambos casos se trata de empleadas domésticas que han sido discriminadas con respecto al uso de bienes comunes, aún con la autorización del propietario para el cual trabajan,

lo que pone de relieve que el motivo de la discriminación sí es la condición de empleada y no así el objetivo último de uso del bien (trabajo o recreación).

Los abogados primero determinan la estructura de la directiva contenida en la sentencia, discriminando sus partes; y automáticamente, al mismo tiempo en que determinan su contenido, argumentan si los casos son iguales o distintos. Es decir, el proceso de distinción o de igualación de los casos funciona de manera simultánea conforme se argumenta cuál es el contenido de la directiva judicial, y no al contrario. Más técnicamente hablando, los abogados determinan la fuerza ilocutiva de las subreglas jurisprudenciales, determinando cada uno de sus elementos, e inmediatamente establecen las reglas de su seguimiento por vía de la analogía. Eso sucede simultáneamente y de manera paralela. Es casi imperceptible la división de las dos actividades interpretativas y argumentativas.

Cuando están en la primera actividad, es decir, descifrando el contenido ilocutivo del fallo; o lo que es lo mismo, determinando la subregla o directiva del fallo, los abogados suelen formular explícitamente lo que dice la sentencia, y discutir la formulación que sus contrapartes han generado; por ejemplo, indicando que su formulación deja de lado una u otra diferencia pertinente.

En ese sentido, el primer abogado podría decir que lo que la sentencia está realmente diciendo, es que: *“se prohíbe (verbo) a los copropietarios y administradores de propiedad horizontal (destinatarios), discriminar y excluir del uso de bienes o servicios comunes (interés o derecho protegido) a las personas, con el sólo criterio del estatus social que ellas tengan (contexto), incluso si son empleados o trabajadores”*. El segundo abogado podría, a su vez, decir que lo que realmente está diciendo la sentencia es que *“se prohíbe (verbo) a los copropietarios y administradores de propiedad horizontal (destinatarios), discriminar y excluir del uso de bienes o servicios comunes (interés o derecho protegido) a las personas, con el sólo criterio del estatus social que ellas tengan (contexto), incluso si son empleados o trabajadores, si con la decisión de negar el uso de dichos bienes se afecta la salud o impide desarrollar su trabajo en condiciones dignas”*.

Para concluir con este punto, quisiera usar un último ejemplo, reservándome la tarea de defender la posición eventualmente más difícil; es decir, la no extensión de la directiva aun cuando el contexto fáctico parece idéntico. Todo ello con el objetivo de mostrar la dinámica del argumento analógico en el uso de las sentencias judiciales.

Caso 2

A una empresa privada, legalmente constituida, y cuyo objeto comercial es prestar asesoría a las sociedades comerciales en lo que a la calidad de sus productos respecta, se le atribuye mediante Decreto Reglamentario, en desarrollo de una ley previa, el carácter de “asesor y coordinador” del Gobierno Nacional en el mismo campo de asesoría que prestaba a la empresa privada. De hecho, se la faculta para proponer y preparar ciertas normas de obligatorio cumplimiento para el ramo de la economía de que trata el respectivo producto comercial, que luego serán expedidas por una entidad estatal correspondiente. El mismo Decreto dispone que, como consecuencia de esas facultades otorgadas, esa empresa deberá modificar sus estatutos en el sentido de incorporar dentro de su Consejo Directivo, en una determinada porción, a los miembros que el Gobierno Nacional disponga para ello.

Suponga ahora el lector, como de hecho ocurre, que existe una reciente sentencia de un órgano de cierre que reitera una vez más la directiva según la cual *todas las modificaciones a los estatutos deben registrarse en el registro mercantil*, decidida en el caso de una empresa que desobedeció esta regla, y por lo tanto los actos fueron inoponibles frente a terceros. Lo que en líneas generales están indicando los jueces es que las normas jurídicas pertinentes que regulan la materia del registro mercantil disponen, en efecto, que ciertas y determinadas personas, actos y documentos deben inscribirse en el Registro Mercantil. El artículo 19 del Código de Comercio, por ejemplo, indica que es obligación para todo comerciante la matrícula en el registro mercantil y la inscripción de los actos, libros y documentos respecto de los cuales la ley exija esa formalidad. Y el Decreto Ley 410 de 1971, artículo 28, indicaría, para el ejemplo propuesto, que la modificación de esos estatutos debería inscribirse, por cuanto “modifica la administración parcial o general” de la empresa (numeral 5º), y por cuanto lo que se realiza es una “adición o reforma estatutaria” (numeral 9º). Suponga el lector que ese es el argumento principal de una sentencia pasada.

Parece, en ese orden de ideas, que el contexto fáctico es suficientemente claro y determina por sí mismo la extensión de la subregla, sobre todo cuando ella es tan elemental (“deben inscribirse en el registro mercantil las reformas estatutarias de las sociedades comerciales”). La pregunta a hacer sería la siguiente: ¿Se han reformado los estatutos? Ante una respuesta afirmativa, la consecuencia es incuestionable: Debe entonces inscribirse esa modificación

estatutaria en el registro mercantil. ¿Por qué se dice automática? Porque la forma tradicional de presentación del argumento analógico implica la extensión de la directiva si los hechos y circunstancias son similares. Y al parecer en este caso son idénticos.

Lo que quiero defender en este preciso punto es que los abogados discuten, a la hora de extender una directiva, mucho más allá de la sola identificación del verbo (orden concreta que determina la acción a seguir) y del contexto fáctico. Por ejemplo, podría preguntarse si el destinatario de la directiva es el mismo en ambos casos. Concretamente, ¿quién es el destinatario de la directiva que ordena la inscripción de actos de comercio tales como la modificación de los estatutos? La respuesta parece también bastante clara: el comerciante. Es al comerciante a quien se le exige el verbo “registrar” en relación con ciertos actos, libros y documentos. De tal manera que si una persona no posee dicha calidad es absolutamente indiferente el verbo adscrito a la proposición normativa, así como sus hechos.

Aceptado esto, para establecer la analogía resulta necesario entonces preguntarse cómo es que se adquiere la calidad de comerciante, a efectos de determinar si se trata de casos diferentes o análogos. La legislación comercial y la jurisprudencia han determinado que la calidad de comerciante se adquiere en tanto en cuanto la persona actúe de determinada manera; o lo que es lo mismo, siempre que esa persona desarrolle *actos* considerados como mercantiles. En una palabra: cualquier persona que desarrolle actos de comercio es un comerciante. Y el artículo 20 del código de comercio indica cuáles son dichos actos.

Si lo anterior es correcto, la pregunta que surge es evidente: ¿es la empresa del ejemplo propuesto un comerciante –o desarrolla actos de comercio– en todas aquellas actividades de asesoría y consultoría que está obligada a desarrollar por disposición de la orden emanada en virtud de la Potestad Reglamentaria del Presidente? Un abogado medianamente avezado en estos temas podría indicar que ciertamente no lo es, por cuanto para esos casos lo que hace la empresa es desarrollar a lo sumo operaciones administrativas en virtud de una descentralización por colaboración⁴⁴. O lo que es lo mismo, no desarrolla actos de comercio y, por tanto, la empresa no actúa como comerciante en esos casos. Y si no es comerciante, no es desde

44 Es bien sabida, por cierto, la diferencia entre una actividad económica o comercial del Estado –a través, por ejemplo, de empresas industriales y comerciales del estado, cuyo objetivo se orienta hacia algún sector productivo de la economía-, y una actividad ejecutiva o administrativa.

luego el destinatario de la directiva que exige la inscripción en el registro mercantil, incluso si ha realizado actos que conllevan la modificación de los estatutos.

Este ejemplo mostraría cómo a pesar de que dos casos puedan compartir un verbo y un referente fáctico similar, con todo sería dudosa la extensión de la directiva si se trata de destinatarios diversos. Ahora bien, ¿qué pasaría, adicionalmente, con los derechos e intereses en conflicto? En otras palabras, ¿valdría la pena que un abogado en este hipotético caso se preguntara si los derechos e intereses constitucionales o legales protegidos por la directiva normativa acontecen en los dos casos?

Podría ciertamente decirse –y acá he asumido la posición más difícil para probar mi punto; esto es, negar la extensión de la subregla–, que la legislación mercantil y la jurisprudencia han identificado como contenido axiológico del registro mercantil varios fines jurídicos, entre los que se cuentan “la organización racional de la dinámica económica”, la “certeza para el Estado y los comerciantes”, la “participación y promoción de la actividad”, la “seguridad económica y jurídica de las transacciones comerciales”, etcétera. Sin embargo, bien vistas las cosas, todos estos fines constitucionales descansan en otro de mayor envergadura; a saber: el acceso a la **información** y la **publicidad** de las actuaciones mercantiles. En otras palabras, el derecho que tienen ciertas personas, naturales o jurídicas, de conocer e informarse respecto de ciertos actos, libros o documentos.

Evidentemente cabe la pregunta de si un Decreto Reglamentario del Presidente, inserto en la Gaceta oficial, adolece de una falta tal de publicidad como para que requiera que un acto de menor jerarquía cumpla con esa finalidad constitucional. Si se trata de cumplir con el fin constitucionalmente válido de *informar* a todos los posibles interesados sobre un acto de comercio, pues nada más público que la Gaceta Oficial. Por consiguiente, incluso aceptando que todos los otros elementos de la directiva se dan para este caso, el contenido axiológico y la finalidad constitucional que persiguen están siendo plenamente eficaces. Por consiguiente, la directiva no se extiende.⁴⁵

45 Qué no decir de la distinción que se tiene entre los actos constitutivos y los actos declarativos. El registro mercantil, dadas ciertas circunstancias, cumple las dos funciones. Algunos actos **deben** registrarse de tal manera que su existencia resulta condicionada al acto que lo constituye, esto es, al acto mismo de registro. En otras palabras, el registro se presenta como un requisito de existencia del acto, pues perfecciona el negocio jurídico. Si este es el caso para la empresa de nuestro ejemplo, resulta abiertamente impertinente preguntarse si la existencia de sus actos condiciona su existencia al registro mercantil. Claramente no, pues es evidente que su existencia depende del acto

La lectura estática de sentencias y las cuatro posturas epistemológicas disponibles

Lo que en las líneas anteriores he querido hacer es presentar cómo opera básicamente la dinámica de lectura estática de sentencias, vista de una manera más analítica y explicativamente mejor expresada, cuando respecto de ellas se quiere no sólo determinar su significado sino además su seguimiento para casos nuevos a través del argumento analógico. El seguimiento de las subreglas implica lógicamente el conocimiento de ellas, y por esa razón he sugerido que dado que el seguimiento se hace por vía del establecimiento de la analogía, la determinación de la semejanza o diferencia sólo puede fijarse una vez se haya estipulado primero el contenido de la directiva. Aunque paralelamente y de manera automática, con todo, guarda una primacía lógica lo uno sobre lo otro. De ahí que haya sugerido también, y como consecuencia de lo anterior, que la analogía jurisprudencial no sigue el esquema clásico de los tres pasos anteriormente descritos.

Como se trata de un argumento analógico, he sugerido que el éxito del argumento depende de: (i) la capacidad que tenga el abogado para *formular* de tal manera el nuevo enunciado interpretativo –de un texto que es a su vez interpretativo–, que sirva bien a sus propósitos jurídicos (extender o impedir la extensión de la subregla); (ii) así como de la posibilidad de advertir puntos relevantes, en el marco de cada uno de los ítems propuestos, que su contraparte está pasando por alto.

Con lo anterior, creo yo, queda claro que se aleja el fantasma de “formalismo” con el que se suele acusar a cualquier intento de depuración de técnicas de interpretación o argumentación jurídicas. Si bien la determinación de la estructura de la directiva es, ciertamente, un ejercicio de lógica jurídica; y el argumento analógico es, claramente, un argumento lógico, lo cierto es que “abrir” la discusión en cada uno de esos ítems, cuando se fija el *significado* y *seguimiento* de la sentencia, es reconocer que así se parta de dichos marcos o estructuras fijas, el carácter hermenéutico de la práctica jurídica no se pierde. De hecho, bien vistas las cosas, esta metodología de análisis resiste la aproximación de cualquiera de las cuatro perspectivas epistemológicas que trae a colación Riccardo Guastini cuando se refiere a la interpretación de textos jurídicos.

administrativo del Presidente, y de nada más. Así las cosas, para este caso el registro no es un acto constitutivo. A su vez, si el registro funge más bien como acto declarativo, lo que está en juego es la *oponibilidad* del acto y no su existencia/perfeccionamiento. Nuevamente surge el interrogante de si la designación presidencial de los miembros del Comité Directivo de esa empresa condiciona su oponibilidad al registro mercantil. La respuesta es, una vez más, no, por la sencilla razón de que los decretos presidenciales se hacen oponibles una vez entran en vigencia.

Según Guastini,⁴⁶ cuando un intérprete se enfrenta a un texto –incluso un texto jurisprudencial-, pueden asumirse básicamente cuatro posturas epistémicas: (i) puede acogerse a una visión **literal estática**, con la cual el intérprete se centra en la estructura lógica del lenguaje empleado, las palabras usadas y la estructura de la frase (su sintáctica y su semántica); (ii) puede acudir a una visión **literal dinámica**, deteniéndose más bien en la manera en que está siendo usado el enunciado en un contexto interpretativo determinado, por ejemplo observando cómo los usuarios del lenguaje (otros jueces) están haciendo uso de ese texto (pragmática lingüística); (iii) puede acudir a una visión **intencional estática**, según la cual el intérprete empieza a desprenderse del texto mismo y comienza con la averiguación de las intenciones con las que el autor del texto lo expidió, basándose fundamentalmente en los argumentos que pudo haber ofrecido (originalismo); o, finalmente, (iv) puede acudir a una visión **intencional dinámica**, que es fundamentalmente el argumento de *coherencia*, a partir del cual el intérprete busca la mejor interpretación posible del texto; es decir, el texto visto en su mejor luz, intentando entenderlo de la manera más coherente posible, y relacionándolo con otros materiales jurídicos disponibles.

Esta última visión, que es la que termina por desechar Guastini, es justamente una de las perspectivas más útiles e importantes para los litigios. Los abogados están interesados en presentar a los jueces la idea de que la suya es la interpretación más coherente y ajustada posible a una determinada fracción del ordenamiento jurídico. Desde luego, esta es la más difícil de todas las cuatro posibilidades, y requiere de una clarísima perspectiva interna sobre la práctica, porque implica un claro conocimiento de la región de la disciplina en la que se desenvuelve, así como el conocimiento de la teoría y la dogmática disponible. Sólo a partir de allí es que el abogado puede determinar si la interpretación y lectura que se está dando a un texto termina por negar o fomentar algún tipo de presupuesto o principio del Derecho. Quiero poner un ejemplo de la práctica.

De ordinario algunos abogados asumen que el “consentimiento informado” significa la aceptación anticipada de los daños. Suponga el lector que en un procedimiento médico quirúrgico se le advierte al paciente, con un tiempo prudencial y razonable, acerca de todos los riesgos eventuales que pueden surgir del acto médico. Suponga ahora que dentro de los riesgos posibles está la muerte. Admita finalmente que el paciente firma el consentimiento porque desea

46 Me refiero especialmente a lo expresado en: Guastini (2010). He realizado una reseña sobre ese texto en: Rojas (2014, p. 227-238).

el procedimiento, y que en el transcurso de éste el paciente fallece. Casi que automáticamente los abogados defensores estructuran sus alegatos arguyendo que el paciente conocía de los riesgos; y que adicionalmente firmó el consentimiento informado. La pregunta que se haría un abogado interesado en el argumento de coherencia es la siguiente: ¿qué es más coherente para el ordenamiento jurídico: entender al consentimiento informado como una *aceptación* anticipada de *daños*, o como un acto de *conocimiento* de los *riesgos*? ¿Son el daño y el riesgo lo mismo?

El abogado coherentista podría indicar que de aceptar la primera hipótesis se terminaría por desconocer completamente la teoría de la responsabilidad médica, porque se tornaría prácticamente imposible cualquier litigio en ese sentido. Bastaría con firmar el consentimiento informado para que el médico nunca fuera responsable. La segunda interpretación, en cambio, es una postura más coherente con el sistema jurídico, pues entiende que el objetivo del consentimiento *informado* es, como su nombre lo indica, *comunicar*; esto es, poner en conocimiento del paciente el riesgo existente. Y agregaría que por *riesgo* debe entenderse la distancia que existe entre un acto y un daño, sumando todas las circunstancias favorables y desfavorables que cuentan entre lo uno y lo otro. En otras palabras, con el consentimiento informado el paciente conoce y advierte cuáles son las circunstancias favorables o desfavorables que suman para alcanzar un determinado resultado, por ejemplo la muerte. Pero sobre esas circunstancias, clarísimamente, el médico tiene el deber de pericia, diligencia y cuidado, y no puede dejarlas al azar. Sobre este último punto es que debería versar el debate, y no sobre el consentimiento.

Esta es apenas una pequeña muestra de cómo los abogados sí estarían interesados en que los jueces entiendan que la suya es la interpretación más coherente con una determinada región del sistema jurídico o una determinada teoría que se da por sentada. Luego entonces, no es un argumento que se pueda desechar con facilidad. Es un argumento que se torna complejo dependiendo del grado de inmersión que se tenga en la práctica. Cuanto mayor sea la perspectiva interna de la práctica, mucho más fácil la elaboración de este tipo de argumentos.

Con las sentencias judiciales pasa exactamente lo mismo. Ellas pueden ser leídas, a efectos de extraer su directiva, observando las palabras empleadas, observando los argumentos ofrecidos por el mismo juez para expedir la directiva, observando el uso que otros jueces y otros usuarios de la sentencia han realizado en el pasado; o bien extrayendo una directiva en su mejor luz, de la manera que mejor le haga justicia, como diría Dworkin, a una región

del Derecho sobre la cual se trabaja. Y sobre esa formulación, que recoge cada una de las partes de la directiva, es que se trabaja interpretativamente para extenderla o negar la extensión.

Análisis estático de Sentencia de Constitucionalidad Abstracta.

Antes de continuar, quisiera hacer un pequeño comentario del buen punto que ha advertido tanto la jurisprudencia constitucional como la doctrina especializada sobre el tema (sigo hablando principalmente del texto del profesor Diego López). Me refiero a la pregunta acerca de si el análisis estático de las sentencias comporta alguna diferencia relevante para las sentencias de constitucionalidad abstracta en relación con las sentencias de tutela, pues está claro que he hablado hasta ahora de las sentencias que resuelven casos concretos. En lo fundamental, considero que la estructura de análisis sigue siendo la misma. Las sentencias de constitucionalidad abstracta tienen un destinatario, una orientación específica hacia la acción, unos derechos o intereses en conflicto, y un contexto que le otorga sentido a la expedición de la subregla.

La diferencia, claro está, estriba en el grado de generalidad con la que se responde a cada pregunta. Pero hay todavía un interrogante mayor: ¿es realmente una subregla la directiva emanada de una sentencia de constitucionalidad abstracta?; o, ¿es más bien una regla primaria?

Confieso que podría uno sentirse tentado a sostener que se trata en realidad de una regla primaria, porque ella dicta obligaciones de primer orden; por ejemplo, en el sentido de prohibir que una norma incompatible con la Constitución sea seguida por cualquier autoridad pública o privada. Sin embargo, ello no es así. No puede confundirse la generalidad con la primacía lógica de una regla. Las sentencias de constitucionalidad abstracta, como su nombre lo indica, son ciertamente sentencias que contienen directivas abstractas y generales, pero con todo son también textos interpretativos de otros textos. Es decir, las sentencias de constitucionalidad abstracta dependen lógicamente de dos textos previos que contienen reglas primarias. Por un lado, justamente la Constitución, y por el otro la ley que se confronte con la Constitución.

La diferencia en relación con las sentencias de revisión de tutelas es que el contenido de la directiva es más general. Pero ellas también tienen una fuerza ilocutiva y un efecto perlocutivo, pues son subreglas que claramente pueden *seguirse*. Podría parecer que la sentencia de constitucionalidad abstracta se limita a determinar la fuerza ilocutiva –el significado– de una

norma primaria, y que con su expedición no se tendría un interés específico en que sea seguida. Creo que no. El seguimiento, por supuesto, no dependerá tanto de la analogía tal cual se ha presentado anteriormente. El destinatario es bastante general, y difícilmente se encontrará uno como en el ejemplo presentado (los copropietarios o gerentes de propiedad horizontal), sino más bien se entenderán como destinatarios los jueces, legisladores y autoridades administrativas del país. Los derechos e intereses en conflicto serán aquellos concretos que el problema jurídico revista. La orden será generalmente prohibitiva, en el sentido de no reproducir o seguir una norma inconstitucional. Y el gran dilema está en resolver la manera en que se determina el contexto que le da sentido a la expedición de la directiva. Creo que sobre ese punto han avanzado correctamente el texto de López y la jurisprudencia constitucional, al reducir el contexto justamente al problema jurídico planteado. En otras palabras, la expedición de la directiva cobra sentido en el contexto de ese especial problema jurídico presentado acerca de la compatibilidad o no de una norma de menor jerarquía en relación con una norma de la Constitución.

El poder del segundo Juez y su contribución frente al “precedente” judicial

Hasta ahora he hablado de los abogados que usan las sentencias de los órganos de cierre en orden a establecer analogías frente a casos nuevos. Hay, sin embargo, un tema que me ha parecido bastante interesante a propósito del estudio de las sentencias judiciales, y es el poco nivel de importancia atribuido a los jueces que interpretan a otros jueces. Más concretamente hablando, el papel de los jueces inferiores en la construcción del precedente judicial. De ordinario se piensa que quien establece el precedente judicial es quien dicta la regla de adscripción –regla de adjudicación–; o en otras palabras el juez que expide la sentencia que se quiere hacer valer como precedente. Pero lo cierto es que dictar una regla es distinto a seguir una regla y convertirla, por tanto, en un precedente.

Si el precedente judicial se explicara con base en el examen de la misma regla secundaria dictada por una Corte se dejaría de lado la manera en que la sentencia y el significado de ella se asocian con la respuesta de quien ha sido su oyente y tiene el deber de seguirla. De hecho, como lo he presentado, la determinación de la subregla jurisprudencial; y, por tanto, de su significado, no es un fenómeno de intercambio unilateral (juez-oyente), sino el producto de un complejo elenco de intercambios multilaterales. Los abogados que

desean o bien extender o bien restringir el uso de una sentencia dentro de un nuevo pleito, y el juez que tiene que determinar cuál de las dos versiones es la correcta, trabajan cooperativamente como participantes en la construcción del precedente⁴⁷. Esta es, en palabras de Tsui, una interacción comunicativa amplia, en la que quien menos tiene injerencia, en la mayoría de los casos, es justamente el juez que dictó la subregla.

Los jueces inferiores no son receptáculos sobre los que la Corte de cierre deposita el sentido de lo que quiere decir. De hecho, los jueces inferiores, y más especialmente los jueces en contextos remotos de interpretación, son verdaderos agentes activos que eligen responder de una determinada manera frente a una determinada proposición jurídica. El contexto inmediato de interpretación de las sentencias, al interior de la Corte cuando se interpreta ella misma, difiere por completo del contexto remoto en que jueces determinan el efecto perlocutivo asociado al seguimiento de una sentencia. Lo que ocurre en la disciplina jurídica, debajo de las Cortes de cierre, son verdaderos desarrollos colaborativos y negociaciones acerca de qué dice una sentencia y cómo usarla.

Por ejemplo, a juzgar por la baja tasa de revisión por parte de la Corte Constitucional, a propósito de las decenas de miles de fallos de tutela que se expiden en nuestro país, se hace posible pensar que el significado y seguimiento de un fallo de una alta corporación de justicia depende de los interlocutores posteriores que trabajan con tal fallo. De manera que es el “segundo” juez, o el juez posterior, quien corrobora, describe o redescrive el sentido del fallo de un órgano de cierre, en el marco de un verdadero acto interpretativo que determina qué tipo de subregla existe, y cómo ha de seguirse (precedente). Es en ese sentido que el profesor Diego López ha afirmado que

Los jueces subsiguientes tienen tradicionalmente un poder para “revisar” la *ratio decidendi* original, siempre y cuando la *ratio* revisada siga dando buena cuenta del sentido en le (sic) que el fallo anterior fue decidido. Si

47 Negrillas ajenas al texto original. Da nuevamente en el punto el profesor López cuando indica que: “(...) la *ratio* está protegida por el valor del precedente porque tiende a ser una formulación precisa del principio. Como se trata de un principio que fue fraguado a la luz de un caso concreto, el principio tuvo una completa consideración en sede judicial: **los jueces discutieron con cuidado las posibles consecuencias del principio**, especialmente porque los hechos del caso concreto los llevaron a ponderar con cuidado la situación. Asimismo, **los jueces contaron con la ayuda de los abogados de las partes quienes, interesados en el resultado concreto del litigio, aportaron pruebas y argumentos que ayudaron a confeccionar, con la mayor precisión posible, el principio que habría de decidir el caso**” (López, 2006, p.232-233).

la nueva *ratio* no hace esto no se trata de un poder legítimo para *refinar* la *ratio*, sino un verdadero cambio jurisprudencial” (López, 2006, p.225).

López también pone de presente que esta idea ha sido ya expresada por la Corte Constitucional, en sentencia SU-037 de 1999, cuando dispuso que:

Por ello, en realidad, son los jueces posteriores, o el mismo juez, en casos ulteriores, quienes precisan el verdadero alcance de la *ratio decidendi* de un asunto, de suerte que la doctrina vinculante de un precedente “puede no ser la *ratio decidendi* que el juez que decidió el caso hubiera escogido sino aquélla que es aprobada por los jueces posteriores”.

De ahí que existan, entonces, dos tipos posibles de estudios sobre las *secuencias* comunicativas que hacen posible el alcance final del efecto ilocutivo de un fallo: por un lado, un estudio de la secuencialidad del contexto inmediato; y por otro, un estudio de la secuencialidad del contexto remoto. Ambos son tipos de *secuencias comunicativas* (efectos perlocutivos) sobre los efectos ilocutivos de decisiones judiciales de órganos de cierre, porque sospecho que tiene poca utilidad adelantar estudios del secuenciamiento en el contexto inmediato de un juez de categoría inferior, para quien únicamente resultan vinculantes sus propias decisiones.

Análisis dinámico de las sentencias. Estudios de “secuencialidad”, tipos de líneas y metodología de arranque

Los estudios de secuenciamiento encuentran sentido, básicamente, por dos vías. Por un lado, por la necesidad y la utilidad que tienen para los litigios; y, por la otra, por la utilidad que tienen para el desarrollo teórico de la disciplina. En lo que a los litigios respecta, resulta claro que debe de alguna manera extirparse la posibilidad de que para el análisis estático de las sentencias los abogados o jueces puedan elegir caprichosamente la sentencia respecto de la cual quieren extender una subregla. Por desgracia puede ocurrir que los abogados usen una subregla que no está vigente o que ha sufrido transformaciones interpretativas importantes (las cuales deberían necesariamente registrarse en un pleito), desatendiendo a un puro sentido de honestidad intelectual y profesional. La misma ley 1123 de 2007, que contiene el código deontológico del Abogado, catalogaría el uso de subreglas no vigentes como argumentos de mala fe, y como actuaciones que entorpecen

el correcto ejercicio de la profesión, así como “la recta y leal realización de la justicia y los fines del Estado”, según se lee del artículo 33, numerales 1º y 10º.⁴⁸

De manera que identificar la subregla vigente para cada caso es un deber ético en el marco de los litigios no sólo para el abogado sino para el mismo Juez. Para poder alcanzar ese objetivo, el profesor López propone realizar un “balance constitucional”, esto es, un análisis relacional y temporal de varias sentencias. Esto es lo que líneas atrás se dijo que la doctrina entendía por “línea jurisprudencial”. El argumento balanceado, entonces, es aquel argumento orientado a dar una razón mínima de por qué la subregla a seguir es la que se encuentra vigente para un determinado caso.

Para concluir este punto, la importancia de la elaboración de la línea descansa, entonces, en que permite identificar cuál es la subregla vigente, y expulsa la posibilidad de emplear una directiva jurisprudencial que no está vigente o que ha sido restringida o ampliada en su contenido; por ejemplo variando sustancialmente su destinatario, la orientación específica hacia la acción, o ampliando o restringido el interés o derechos, o el conflicto en el que la directiva cobra sentido.

Por su parte, realizar estudios secuenciales, balanceados, dinámicos o de línea, cualquiera que sea su expresión, tiene también una utilidad teórica para la disciplina. Según el profesor López,

La interpretación de sentencias aisladas no da una buena idea del **desarrollo sistemático de la jurisprudencia** y esto resulta crucial para entender el **aporte del derecho de origen jurisprudencial a todas las ramas del derecho**. En palabras de FELIX COHEN, “las sentencias particulares son significativas en el contexto de las sentencias sistemáticamente relacionadas (...) en las prácticas reales de los tribunales pueden encontrarse uniformidades y relaciones sistemáticas” (...) La lectura de sentencias individuales, sin sentido de orientación o agrupación, puede llevar al analista a una dispersión radical, con la consecuente incompreensión de los mensajes normativos emanados del derecho judicial. La determinación de la subregla jurisprudencial solo

48 El numeral 1º del artículo 33 de la ley 1123 del 2007 dice que es una falta ética: “Emplear medios distintos de la persuasión para influir en el ánimo de los servidores públicos, sus colaboradores o de los auxiliares de la justicia”. El numeral 10 del mismo artículo agrega que también contradice la ética profesional, “Efectuar afirmaciones o negaciones maliciosas, citas inexactas, inexistentes o descontextualizadas que puedan desviar el recto criterio de los funcionarios, empleados o auxiliares de la justicia encargados de definir una cuestión judicial o administrativa”.

será posible, entonces, si el intérprete construye, para cada línea, **una teoría jurídica integral (una narración) de las interrelaciones de varios pronunciamientos judiciales relevantes**” (López, 2006, p.139-140).⁴⁹

En lo que a mí respecta, la importancia en la elaboración de lecturas relacionales de sentencias estriba en la necesidad que tienen los abogados de teorizar su práctica y su disciplina, tal cual lo exige el juego de lenguaje de la argumentación jurídica, según líneas que atrás indiqué. Tal y como veo las cosas, los abogados argumentan en al menos tres grandes escenarios posibles: discuten cuestiones de lógica (analogías, inferencias, refutaciones, y pruebas), cuestiones sobre el significado de las proposiciones normativas, y cuestiones de contenido moral. El análisis *estático* de sentencias se encuentra prioritariamente al interior de los argumentos analógicos, mientras que el análisis *dinámico* de sentencias se ubica prioritariamente al interior del escenario sobre el significado. He usado deliberadamente la expresión “prioritariamente” por cuanto es claro que, según lo he planteado en este escrito, para extender una subregla es necesario determinar el contenido ilocutivo del fallo. Y, paralelamente con ello, el hecho de establecer la semejanza o diferencia de los casos -de modo tal que se pueda establecer una analogía jurisprudencial-, conlleva también el establecimiento del significado de proposiciones normativas. Luego entonces, el argumento jurisprudencial es un argumento que se mueve en los dos escenarios indicados.

Simultáneamente, la elaboración de líneas, si bien sirve para teorizar sobre la disciplina y encontrar los movimientos que el significado de proposiciones normativas ha tenido en el tiempo, también sirve para presentar argumentos balanceados a la hora de hacer extensiva una subregla al interior de una analogía. También indiqué que el análisis balanceado o secuencial funciona para adelantar la cuarta de las posturas epistemológicas de las que trata Guastini, porque es la línea la que ayuda en el proceso de coherencia y sistematicidad del ordenamiento jurídico, así como también en el esfuerzo de potencializar la inmersión en lo que la teoría jurídica ha denominado perspectiva interna.

Dicho esto, la pregunta que surge es por dónde empezar en la elaboración de líneas jurisprudenciales. La metodología propuesta por el profesor López, denominada “de ingeniería inversa”, es ciertamente acertada y muy útil. De la misma manera, muy útil resulta el consejo de iniciar con una pregunta jurídicamente relevante; o con una pregunta investigativa, según sea el caso. En mi opinión, una

49 Negrillas ajenas al texto.

de las maneras más fáciles de dar con una pregunta de este calibre es sencillamente usando los signos de interrogación en una directiva extraída. Suponiendo que en el caso presentado con anterioridad la subregla hubiera sido

Se prohíbe (verbo) a los copropietarios y administradores de propiedad horizontal (destinatarios) discriminar y excluir del uso de bienes o servicios comunes (interés o derecho protegido) a las personas, con el sólo criterio del estatus social que ellas tengan (contexto), incluso si son empleados o trabajadores.

Se tiene que la pregunta de investigación simplemente sería:

¿Puede prohibirse a los copropietarios y administradores de propiedad horizontal (destinatarios) discriminar y excluir del uso de bienes o servicios comunes (interés o derecho protegido) a las personas, con el sólo criterio del estatus social que ellas tengan (contexto), incluso si son empleados o trabajadores?

Ahora bien, puede advertir el lector que el problema de utilizar la subregla como pregunta, sólo que con el agregado de los signos de interrogación, puede generar una respuesta de “sí” o “no”, que resulta intrascendente para el caso de los dos objetivos de utilidad de las líneas indicados. Esto puede solucionarse de una manera muy fácil, simplemente incorporando el agregado de “bajo qué presupuestos” se da la subregla. Por ejemplo,

100

¿Bajo qué presupuestos puede prohibirse a los copropietarios y administradores de propiedad horizontal (destinatarios) discriminar y excluir del uso de bienes o servicios comunes (interés o derecho protegido) a las personas, con el sólo criterio del estatus social que ellas tengan (contexto), incluso si son empleados o trabajadores?

Con lo anterior, se exige al investigador *justificar* la respuesta ofrecida.

Evidentemente, para extraer una pregunta de investigación o pregunta jurídicamente relevante, es necesario primero extraer una directiva; y para extraer ésta es necesario primero haber leído o identificado alguna sentencia. Por consiguiente, es claro que las preguntas para la elaboración de líneas no surgen del vacío o por generación espontánea. Pierde ciertamente el tiempo

el lego que observando una hoja en blanco intenta generar un problema jurídicamente relevante. Generalmente las preguntas surgen en la mente de personas que ya han tenido algún nivel de contacto con la jurisprudencia, bien sea por accidente o curiosidad (leyendo alguna revista de novedades jurisprudenciales mientras mataban el tiempo), por alguna exigencia profesional (un litigio exigió estudiar sobre algo), o académica (el profesor juzgó oportuno obligarlos a leer una sentencia). Cuando los estudiantes o abogados han leído varias sentencias en esas circunstancias, generalmente hay una que llama la atención por su vocación o perfil, y sobre ella desean teorizar.

Esto puede parecer engorroso, pero sucede con normalidad. Debe primero adoptarse una perspectiva interna de la disciplina para poder teorizar sobre ella. De manera que, insisto, paralelamente al hecho de que quien no adopte una perspectiva *teorizada* sobre ciertas regiones del lenguaje jurídico tiene vedado el adecuado ejercicio de la profesión, sucede también que quien desconozca la práctica jurídica, y no asuma lo que se ha denominado una *perspectiva interna* del Derecho, tendrá restringida su teorización, pues desconoce la práctica interpretativa y argumentativa sobre la cual tiene que teorizar. En definitiva, no se puede teorizar sobre una directiva si no se conoce la directiva.

Una vez que se ha encontrado una sentencia que se juzga relevante; una vez a ella se le ha extraído la directiva; y una vez que la directiva se ha convertido en pregunta de investigación, me parece acertada la metodología de la ingeniería inversa, acompañada del uso de buenas bases de datos, y de una buena habilidad para usar los descriptores en los motores de búsqueda; aunque no tanto para ubicar las sentencias importantes hacia atrás (cosa que hace la ingeniería inversa), sino para dar con las eventuales sentencias dictadas con posterioridad a la que se ha leído.

La metodología propuesta por el profesor López, consistente en la clasificación de la “importancia” de las sentencias a efectos de ser agrupadas en un gráfico y con el objetivo de dar cuenta visualmente de los movimientos, me parece también bastante acertada, y no considero que haya nada que agregar con respecto a ese particular. Efectivamente las sentencias importantes son aquellas que o bien dictan por primera vez una subregla, o bien generan una ruptura, o bien la consolidan o la confirman. Simplemente diría que por “ruptura”, desde mi punto de vista, tienen que entenderse aquellas sentencias que extienden o restringen los destinatarios, los intereses o derechos, la orden o el contexto. Del mismo modo, considero

que son sentencias importantes aquellas que dejan entrever las luchas al interior de la Corte por definir los contornos de la subregla, a través, por ejemplo, de buenos salvamentos de voto. Finalmente, creo que una sentencia importante es aquella que hace un esfuerzo por teorizar secuencialmente las sentencias anteriores a ella. No sé si valdría la pena llamar “teorizadora de la línea” a esta sentencia.

Ahora bien, ciertamente existen al menos dos tipos de líneas jurisprudenciales posibles, que suelo denominar “básicas” en comparación con las “enriquecidas”. Una línea básica o línea restringida es aquella que únicamente describe los movimientos basando su narrativa en la fuerza ilocutiva del texto jurisprudencial. Es decir, no requiere para su descripción ir más allá de lo que los textos dicen, contrayendo la actividad del investigador a aquello que resulta inevitable: definir él mismo cuál es la subregla de las sentencias elegidas. Esto es en cierto sentido ineludible, dado que el investigador no está en el marco de ningún litigio, ni es el segundo Juez autorizado para determinar la directiva normativa contenida en el texto, de modo que simplemente tiene que elegir cuál de todas las directivas contenidas en una sentencia quiere rastrear, y cuál es la estructura de esta. Desde luego debe indicar cuáles son las sentencias importantes de la línea, así como justificar por qué ellas guardan equivalencia, para lo cual tendrá que hacer él mismo el ejercicio analógico que permita unir las justificadamente.

En la línea enriquecida, por el contrario, es fundamental el rastreo del carácter de comunicación cooperativa que ha fungido como motor de construcción del significado de un enunciado normativo. Por consiguiente, en las líneas enriquecidas es primordial la asunción de aspectos de contextos ampliados que expliquen los condicionantes sociales, políticos o económicos que llevaron a los jueces a adscribir un determinado sentido normativo; y cómo los cambios o movimientos de la línea obedecen a dinámicas similares. Adicionalmente, estas líneas rastrean en qué sentido, determinados oyentes-destinatarios de los fallos, siguieron esas directivas y cómo fungieron como agentes reales en ello. Estas líneas enriquecidas son de enorme complejidad y trabajo, pues conllevan habilidades de investigación histórica, sociológica y antropológica, razón por la cual son escasos los ejemplos de obras de semejante magnitud.⁵⁰

50 Además del texto de Diego López, debo mencionar nuevamente el trabajo del profesor Mario Cajas, como una muestra del trabajo más elaborado en nuestro país sobre líneas

Conclusiones

Para concluir, quisiera cerrar con tres breves ideas. Por un lado, se suele preguntar mucho en las aulas de clase si en los análisis dinámicos de sentencias también puede incorporarse, dentro de la narrativa y dentro de las gráficas del movimiento de la línea, lo que sucede con leyes o con sentencias de otras corporaciones judiciales. No me cabe la menor duda de ello, por la elemental razón de que para las líneas enriquecidas, resulta fundamental explicar el giro o movimiento de una subregla en razón de la atracción que pudo haber generado la expedición de un fallo de una Corte distinta o una ley relativa al tema.

Por otro lado, vale recalcar que la única diferencia que existe entre los estudios relacionales de sentencias que realiza un abogado o juez al interior de un proceso judicial, en relación con aquel que realiza un trabajo más académico, está en el grado de utilidad que pueda contener su trabajo. El trabajo académico tiene que ser capaz de demostrar, además de una utilidad de la línea para que funja como insumo para los litigios, también una utilidad dogmática y pedagógica, en el sentido de que pueda usarse en las aulas de clase para comprender la manera en que se dotó de significado efectivo a una determinada figura jurídica.

Sin embargo, debo dejar en claro que lo anterior no debe entenderse como la reducción del trabajo del académico a la elaboración de líneas o análisis relacionales de fallos. Todo lo contrario. Los académicos también pueden legítimamente realizar análisis estáticos de las sentencias; sólo que, a mi modo de ver, para que esto tenga algún significado dogmático o doctrinal, debe dejarse escuchar explícitamente la voz del investigador, en el sentido de que exprese propositivamente el juicio de coherencia sobre la directiva que pueda extraérsele a dicho texto. En otras palabras, en estos estudios el investigador se toma la tarea de elegir una o varias directivas contenidas en la sentencia, y luego determina el nivel de coherencia o incoherencia de esas directivas en el marco de una teoría más amplia, que explique una región de la disciplina jurídica. La verdad no alcanzo a ver cuál puede ser la razón para que se siga desechando este tipo de trabajos bajo el rótulo de ser demasiado “dogmáticos” o “comentaristas”. Después de todo, esos son los trabajos que mejor funcionan en la práctica.

Termino diciendo que la tercera parte de la analogía, vale decir, aquella que simplemente se limita a extender la directiva una vez se ha establecido el contenido de la subregla y la analogía de los casos, suele darse por descontada;

enriquecidas. Véase Cajas (2015).

esto es, como una consecuencia lógica y natural. No tengo el espacio en este artículo para detenerme en ello con mayor rigor, así que basta con adelantar que no es del todo cierto que ocurra siempre. En ocasiones menores los jueces deciden bajo el resguardo del argumento consecuencialista. De acuerdo con este argumento, los jueces a veces fallan intentando establecer las mejores consecuencias, internas y externas, que se siguen de una determinada decisión; por ejemplo extendiendo o no la directiva. En este evento, los jueces intentan fomentar o bien una determinada narrativa establecida para una determinada área del Derecho (coherentismo interno), o más bien una narrativa que toma en cuenta consideraciones económicas, políticas o sociales (coherentismo externo). Cuando ello ocurre, los jueces crean excepciones normativas ya no a la directiva, como sucede en el establecimiento de la analogía, sino al respeto mismo del argumento analógico. En este punto lo que se pone en tela de juicio es la fuerza de la fuente del Derecho, y no tanto el contenido de una directiva.

Bibliografía

- Aldunate Lizana, E. (2010). Aproximación conceptual y crítica al neoconstitucionalismo. *Revista de derecho* (Valdivia), 23(1), 79-102.
- Austin, John, *Cómo hacer cosas con palabras: palabras y acciones*. Traducción de Genaro Carrió y Eduardo A. Rabossi, Editorial Paidós Ibérica, 3ª edición, Barcelona, 1982.
- Bernal, C. (2008). Precedente en Colombia, El. *Rev. Derecho del Estado*, 21, 81.
- Bonilla, D. (2006). *La constitución multicultural*. Siglo del Hombre Editores.
- Cajas, M. A. (2015). *La historia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, 1886-1991: Del Frente Nacional a la Asamblea Constituyente, 1958-1991, Tomo II*. Universidad de los Andes y Universidad Icesi.
- Carbonell, M. (2003). Nuevos tiempos para el constitucionalismo. En *Neoconstitucionalismo(s)* (pp. 9-12). Trotta.
- Cepeda, M. J. (2007). *Polémicas constitucionales*. Legis.
- Comanducci, P. (2009). *Formas de (neo) constitucionalismo: un análisis metateórico*. *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta.
- Dancy, J. (1995). *Una ética de los Deberes Prima Facie*, en Singer, P. (1995). *Compendio de Ética*, Alianza Editorial, Madrid, Págs. 309-321.

- Dávila Ladrón de Guevara, A. (2002). *Democracia pactada: El Frente Nacional y el proceso constituyente del 91*. Bogotá: Alfaomega.
- De Páramo, J. R. (1988), Entrevista a Hart, *Doxa* 5, pp. 339-361.
- Dworkin, R. (2007). *La justicia con toga*, trad. M. Iglesias e I. Ortiz, Marcial Pons, Madrid.
- Esquirol, J. L. (2014), *Las ficciones del derecho latinoamericano*, Siglo del Hombre editores, Universidad de los Andes, Bogotá.
- Friedman, L. M. (2007). *Breve historia del derecho estadounidense*. UNAM.
- García Villegas, M. & Rodríguez, C. (2004). La Acción de tutela. En De Sousa Santos, B., & Villegas, M. G. (2001). *El caleidoscopio de las justicias en Colombia: análisis socio-jurídico* (Vol. 2). Siglo del Hombre Editores.
- Guastini, R. (2010). *Nuevos estudios sobre la interpretación*. Universidad Externado de Colombia.
- Hart, H. L. A. (1998). *El concepto de derecho*, trad. Genaro Carrió, Buenos Aires, Abeledo Perrot.
- Holmes, O. W., & Sebastián, C. A. (2006). *Los votos discrepantes del juez OW Holmes.*, Iustel, Madrid, 239 pp.
- Jaramillo, J. F. (2007). La Constitución de 1991: un análisis de sus aportes desde una perspectiva histórica. *Pensamiento Jurídico*, (20).
- Lemaitre, J. (2009). *El derecho como conjuro: fetichismo legal, violencia y movimientos sociales*. Bogotá: Siglo del Hombre, Uniandes.
- López Medina, D. E. (2006). *El derecho de los jueces: obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial*. Legis.
- Naveda, G. Á. (2008). Efectos ilocucionario y perlocucionario en la teoría de los actos de habla y en sus posteriores reformulaciones. *Onomázein: Revista de lingüística, filología y traducción* de la Pontificia Universidad Católica de Chile, (17), 79-93.
- Prichard, H. A. (1912). Does moral philosophy rest on a mistake? *Mind*, 21(81), 21-37.
- Quinche, M. F. (2015). *La acción de tutela*. Temis, Bogotá.

- Quinche, M. F. (2013). *Vías de hecho: acción de tutela contra providencias*. Temis, Bogotá.
- Quinche, M. F. (2014). *El precedente judicial y sus reglas*. Editorial Universidad del Rosario.
- Rojas, A. M. (2014). Escepticismo Interpretativo. *Precedente. Revista Jurídica*, 5, 227-238.
- Rojas, A. M. (2014). Metafísica, esencialismo y panrelacionismo en la filosofía del derecho. *Precedente. Revista Jurídica*, 4, 57-142.
- Ross, W. D., & Stratton-Lake, P. (2002). *The right and the good*. Oxford University Press.
- Ross, W. D. (1939). *Foundations of ethics*. Clarendon.
- Sbisà, M. (1992). Speech acts, effects and responses. Searle, JR; et al (Eds.), 101-113..
- Sbisà, M. (2002). Speech acts in context. *Language & Communication*, 22(4), 421-436.
- Searle, J. (1980). *Prima Facie Reasons*, Philosophical Subject. Oxford University Press, 238-259.
- Searle, J. (2001). *Actos de habla* (L. Valdés Villanueva, trad.). Madrid: Cátedra.
- Searle, J. (1992). *Un ensayo en la filosofía de la mente*. Madrid: Tecnos.
- Searle, J. (2004) *Mente, Lenguaje y Sociedad. La filosofía en el mundo real*, traducción de Jesús Alborés Rey, Alianza Editorial, primera reimposición, Madrid.
- Tsui, A. B. (1985). *Aspects of the classification of illocutionary acts and the notion of a perlocutionary act*. Linguistic Agency University of Trier.
- Uprimny, R. (2001a). El “laboratorio” colombiano: Narcotráfico, poder y administración de justicia. B. De Sousa Santos & M. García Villegas, *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, 1.
- Uprimny, R. (2001b). Las transformaciones de la administración de justicia en Colombia. *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, 1, 261-316.
- Zuluaga, R. (2008). *De la expectativa al desconcierto. El proceso constituyente de 1991 visto por sus protagonistas*. Universidad Javeriana. Colombia.

Sentencias

Corte Suprema de los Estados Unidos: *Lochner vs New York*, 198 U.S. 45, 75-76, (1905); *Adair vs United States*, 208 U.S. 161 (1908); *Western Union Telegraph vs Kansas ex rel. Coleman*, 216 U.S. 1 (1910); *Pullman Co vs Kansas ex rel. Coleman*, 216 U.S. 56 (1910); *Coppage vs Kansas*, 36 U.S. 1 (1910).

Corte Constitucional Colombiana: SU-047 de 1999, SU-1300 de 2001, T-569 de 2001, SU-058 de 2003, T-292 de 2006, T-049 de 2007, T-117 de 2007, T-1092 de 2007, C-335 de 2008, T-766 de 2008, T-130 del 2009, T-014 de 2009, T-441 de 2010, y C-816 de 2011, SU-052 de 2015, SU-053 de 2015

Ley 1123 del 2007

