

La fuerza ilocutiva y los efectos perlocutivos en el análisis estático de sentencias judiciales

*Abdón Rojas Marroquin**

RESUMEN

Este artículo presenta algunas reformulaciones teóricas y metodológicas acerca del análisis estático de las sentencias judiciales. El objetivo es examinar los rendimientos explicativos que tienen, para la práctica de usar sentencias en casos futuros, algunas observaciones que la filosofía analítica ha propuesto. Especial mención tendrán las ideas de fuerza ilocutiva y efecto perlocutivo de los actos de habla, para diferenciar entre un problema de determinación del significado de una regla que adscribe sentidos normativos a enunciados, por un lado, y un problema de seguimiento analógico de esa regla de adscripción, por el otro. Dentro de esto último, se presentarán algunas observaciones críticas en relación con la estructura tradicional que mueve la extensión de subreglas jurisprudenciales a casos nuevos. El texto cierra con dos ejemplos que intentan presentar el funcionamiento en casos concretos de las ideas sostenidas en toda su extensión.

Análisis estático de sentencias – *ratio decidendi* – fuerza ilocutiva – efectos perlocutivos

The Illocutionary Force and the Perlocutionary Effects in the “static” analysis of the judicial precedents

ABSTRACT

This article aims to set out some theoretical and methodological reformulations about “static” analysis of judicial precedents. The purpose is to review the explanatory “yields” that analytical philosophical observations have had in the practice of using precedents in futures cases. Particular reference will be made to “illocutionary force” and “perlocutionary effects” in the speech acts, in order to differentiate between (i) the ascribing rule that defines and establishes the normative meaning of the juridical statements, and (ii) the analogical rule about following the ascribing rule. As regards to the last, the paper depicts some critical observations against the traditional thinking about the structure of analogical rule in the precedents issue. The paper concludes with some examples that illustrate the defended ideas.

Static analysis of precedents – *ratio decidendi* – illocutionary force – perlocutionay effects

*Abogado. Magíster y Doctor en Derecho, Universidad de los Andes, Colombia. Profesor de Derecho Constitucional, Argumentación Jurídica e Introducción al Derecho, Universidad ICESI de Colombia. Correo electrónico: amrojas@icesi.edu.co

Artículo recibido el 31.3.2016 y aceptado para su publicación el 10.7.2017.

INTRODUCCIÓN

Para no pocos abogados y jueces resulta fundamental usar las sentencias de los órganos de cierre al interior de sus procesos. Se trata de jueces y abogados que consideran que las reglas interpretativas que se encuentran en los fallos anteriores pueden controlar significativamente el rumbo de los casos nuevos. Desde luego que son muchas las razones que la literatura jurídica ha ofrecido para comprender este fenómeno¹, así como, a contrapelo de ello, para objetarlo duramente². No es del caso que me detenga en cada una de esas razones en este escrito, porque el objetivo que mueve este ejercicio no es explicar ni justificar por qué algunos abogados y jueces tienen esa práctica, ni tampoco justificar si deberían o no tenerla, sino más bien, concediendo que ella existe, indicar cómo se podrían ofrecer teorizaciones que la fomenten de una mejor manera. Es decir, que la hagan más útil o funcional.

Quisiera entonces que quedara suficientemente claro que el propósito de este artículo se circunscribe a la presentación de una modesta revisión teórica en relación con lo que se ha denominado el análisis *estático* de las sentencias judiciales³. Debido a que resulta un dato cierto y verificable para la mayoría de sistemas jurídicos, que existen —así sea marginalmente, si se quiere— abogados y jueces interesados en usar las subreglas jurisprudenciales en los casos nuevos, vale la pena teorizar acerca de la mejor manera de entender esa práctica. Para adelantar este objetivo voy a usar algunas viejas y bastante

¹ Como veo las cosas, existen básicamente cuatro explicaciones disponibles respecto de este particular. La primera de ellas sostiene que el uso de sentencias en los casos nuevos es más el resultado de pertenecer a una determinada familia jurídica. Se supone, bajo este presupuesto, que los abogados y jueces que pertenecen al sistema del *common law* tienen una mayor disposición y necesidad de identificar las reglas vigentes del Derecho mediante la lectura y uso de sentencias (Austin, 1981). Y que el sistema del *civil law* solo de manera gradual ha venido a conceder, marginalmente, el uso de sentencias judiciales para la determinación de lo que cuenta como Derecho. Esta posición es, hoy, difícilmente sostenida (De Cruz, 1999; Berman, 1996; Lawrence, 2007). La segunda explicación, por su parte, indica que esa práctica obedece al diseño institucional de las fuentes del Derecho que una particular comunidad jurídica ha acogido (para el caso colombiano véase Quinche, 2013; Quinche, 2015). La tercera sostiene que el uso de las sentencias en los casos nuevos es una consecuencia indirecta de rol atribuido a los jueces dentro del ordenamiento jurídico, atendiendo a condicionamientos económicos, sociales y políticos a la hora de distribuir y proteger ciertos valores jurídicos y económicos (para el caso colombiano véase Cepeda, 2007; Dávila, 2002; Uprimny, 2001a; Uprimny, 2001b). Finalmente, la cuarta sugiere que esa práctica es un corolario del tránsito transnacional que ciertas teorías jurídicas han tenido (López, 2006); especialmente aquellas que dan por descontado que las constituciones, códigos y demás textos jurídicos son solo enunciados normativos, y que son las sentencias judiciales el lugar en donde pueden encontrarse las normas atribuibles a esos enunciados (Guastini, 2010). De manera que, para esta perspectiva, sería una franca ingenuidad que los jueces y abogados desatendieran las normas adscritas judicialmente, y que únicamente traficaran en sus pleitos con enunciados desprovistos de significado.

² Frank (2001, 2009).

³ Tomo prestada, en este punto, la noción ofrecida por el profesor Diego López para diferenciar entre el estudio individual e independiente de la sentencia judicial (análisis estático), de aquel estudio que relaciona un conjunto de ellas (análisis dinámico). López está mucho más a favor del segundo, pues entiende que solo este análisis ofrece una visión sistemática del contenido normativo de una figura jurídica. De ahí su insistencia en la elaboración secuencial, relacional o de “línea” de la jurisprudencia (López, 2006, p. 139).

conocidas observaciones de la filosofía analítica, a propósito de la fuerza ilocutiva y perlocutiva de los actos de habla. Con ello quisiera diferenciar entre un problema de *significado* y un problema de *seguimiento* de un particular acto de habla; me refiero, por supuesto, al acto de habla judicial (la sentencia).

Cuando se pueda capturar la diferencia que existe entre estas dos actividades conceptualmente distintas, esto es, (i) por un lado determinar el *significado* de una regla que ha adscrito un sentido normativo a un enunciado, y (ii) por el otro, determinar la regla que permite *seguir* esa regla de adscripción; podrá entenderse, por esa misma vía, la diferencia entre (a) extraer la *ratio* (o subregla) del fallo mediante el análisis estático y (b) seguir analógicamente esa *ratio* frente a un caso nuevo. Esto me permitirá realizar algunas contribuciones teóricas y metodológicas en cuanto al *análisis* y *uso* de los fallos judiciales.

Ya tendré, a lo largo de todo este escrito, la oportunidad de explicar con mayor detalle estas discusiones analíticas tan aparentemente ajenas a la práctica jurídica. Si logro convencer a ese abogado y a ese juez –para quienes resulta importante el uso de sentencias en casos futuros– de que esta discusión filosófica tiene enormes rendimientos en la práctica diaria, creo que habré logrado mi cometido.

Las primeras páginas del texto, enmarcadas en el capítulo 1, estarán destinadas a poner lo más rápidamente posible en contexto al lector que no está todavía familiarizado con algunas de las principales disputas filosóficas que le sirven de presupuesto a estos temas. Si el lector ya conoce estas discusiones puede remitirse directamente al acápite 2, sin que haya perdido mucho con ello. Por lo pronto, sospecho que debo dejar explícitos dos presupuestos que bien pudo ya advertirlos el lector con las afirmaciones más arriba realizadas.

En primer lugar, estoy aceptando implícitamente la idea de que vale la pena teorizar acerca de la práctica. Confieso que encuentro buenas razones en la idea dworkiniana de entender a la práctica jurídica como, fundamentalmente, un ejercicio de teorización (Dworkin: 2007). En efecto, las competencias prácticas de los abogados se condicionan significativamente a la capacidad que tienen de teorizar respecto de la disciplina. Con mucha dificultad se podría adelantar un litigio penal sin teorizar de la tipicidad, la antijuridicidad, la culpabilidad o la responsabilidad, por ejemplo. De modo que en la práctica el mejor argumento suele depender de un ejercicio de teorización previo. O dicho de otro modo, en la práctica el mejor argumento es el teórico.

Adoptar un “enfoque teorizado” del Derecho (Dworkin: 2007, p. 64) es casi una necesidad conceptual y práctica del razonamiento jurídico. En modo significativo los abogados usan una amplia red de significados, ideas, conceptos, narrativas, o categorías incorporadas en “teorías amplias, generales y complejas” (Dworkin: 2007, p. 64) para poder practicar su profesión⁴. Ahora, al mismo tiempo en que resulta ciertamente un

⁴ Desde luego que existen también abogados no interesados en ello; son abogados más bien enfocados en la generación de explicaciones y descripciones interdisciplinarias de algún fenómeno atribuido al campo de la disciplina jurídica. Por ejemplo, haciendo afirmaciones “externas” a la práctica, del tipo (i) “el juez

aprieto desatender el enfoque teorizado del derecho para poder practicar, ocurre que quien no asuma una *perspectiva interna* de la práctica operativa, tendrá limitaciones insalvables para el ejercicio de teorización. Sencillamente desconoce la práctica referente a lo que tiene que teorizar. En conclusión, si al menos para algunos jueces y abogados resulta de especial valor usar reglas interpretativas de sentencias pasadas a casos nuevos, porque encuentran sentido a ello, cobra importancia poder realizar graduales y cada vez mejores teorizaciones de esa práctica llena de significado. De eso se trata tanto la perspectiva interna como el enfoque teorizado del Derecho, a mi modo de ver.

El segundo presupuesto es una consecuencia del anterior. Una teoría de lo correcto denominada “consecuencialismo”, al menos en la versión de Petit (Petit, 2004), sugiere la idea de que una vez una determinada comunidad ha definido un “valor” como algo digno de ser alcanzado, lo que generalmente ocurre luego es que enfila sus esfuerzos al fomento de ese valor mediante la generación de principios o reglas que den cuenta de la mejor manera posible de responder a ese *telos*. Además, si existe en cada comunidad jurídica –al menos marginalmente, insisto– un elenco de abogados y jueces para quienes resulta valioso atender a las reglas dictadas por los jueces en casos anteriores, resulta imperioso para ellos teorizar respecto de la mejor manera de alcanzar o responder a ese valor.

He tratado de ser cuidadoso de no generalizar en este punto, porque ciertamente podría objetarse que no todos los abogados y jueces trabajan así. Pero justamente por esa misma razón debería entonces tomarse distancia de la generalización contraria, esto es, de aquella que afirma que todos los abogados y jueces consideran intrascendente tomar a las reglas interpretativas que se encuentran en los fallos anteriores como algo que pueda controlar significativamente el rumbo de los casos nuevos⁵.

Después de hacer explícitos los anteriores dos presupuestos, y antes de entrar de lleno en el análisis estático de las sentencias, opino que vale la pena poner de presente, muy brevemente, dos diferencias que la filosofía analítica trajo a discusión hace más de 60 años, y que han dado buenos rendimientos a la hora de reivindicar el valor el precedente judicial.

“X” ha reivindicado a la población “Y” el derecho a hacer “Z”; (ii) “los jueces de determinada comunidad jurídica suelen estar más atentos a los alegatos de los abogados bien vestidos”; etc. Para estos abogados suele resultar absolutamente intrascendente cualquier ejercicio de teorización de la práctica de quienes desean tener una perspectiva interna.

⁵ De hecho, creo que salvo una inexplicable ingenuidad, no se puede dejar de aceptar que en muchas ocasiones debemos trabajar con enunciados jurídicos; y que, cuando lo hacemos, necesitamos determinar lo que ellos significan; y para lograrlo, tomamos en cuenta los significados que los jueces han adscrito en el pasado a estos textos. Para no pocos abogados resulta un acto de clara imprudencia adelantar los casos sin detenerse en la jurisprudencia y en su valor como fuente de Derecho.

I. LA DIFERENCIA ENTRE ENUNCIADOS DESCRIPTIVOS Y ENUNCIADOS
PRESCRIPTIVOS, Y LA DIFERENCIA ENTRE ENUNCIADO
NORMATIVO Y NORMA COMO ARGUMENTOS A FAVOR DEL
ANÁLISIS ESTÁTICO DE LAS SENTENCIAS

Para buena parte de la filosofía analítica vale la pena no olvidar la diferencia entre el enunciado (o texto), por un lado, y el significado del enunciado, por el otro⁶. De acuerdo con esta idea, un mismo enunciado puede tener muchos significados, al tiempo que un significado puede estar adscrito a varios textos. Así por ejemplo, la expresión “derecho a la dignidad humana” puede significar, entre otras muchas cosas, (i) derecho de autonomía personal, (ii) derecho al mínimo vital, o (iii) derecho a la integridad física o moral.

Esto demostraría que un enunciado puede tener varios significados atribuibles. Al mismo tiempo, los significados “autonomía personal”, “mínimo vital” o “integridad física o moral” pueden estar adscritos a varios enunciados diferentes. El derecho a la integridad física, por ejemplo, además de ser un significado que puede atribuirse al enunciado “derecho a la dignidad humana”, se puede también encontrar en varios enunciados de la mayoría de códigos penales existentes. A los enunciados jurídicos se los ha llamado enunciados normativos, mientras que los significados jurídicos se conocen como “normas jurídicas”. Ahora bien, ¿por qué se llaman “enunciados normativos” y “normas”, y quién determina cuáles son las normas atribuibles a esos enunciados?

a. Para resolver el primer interrogante, los filósofos analíticos han sostenido que no se puede pasar por alto que existen al menos dos usos del lenguaje conceptualmente distinguibles y que, por lo mismo, se encuentran orientados hacia funciones diversas: describir y prescribir. Desde esta perspectiva, el uso descriptivo del lenguaje tiene como propósito presentar información al oyente, acerca de cómo son las cosas de las que desea hablar. Por ejemplo, ante la necesidad de conocer, de dar las características, o de definir algo, la acción descriptiva resulta fundamental. Con ella, se supone, se da cuenta objetivamente de un estado de cosas y, por consiguiente, la información ofrecida para dicho objetivo es susceptible de ser verificada y acusada de verdadera o falsa. Los enunciados por los que se hacen las descripciones se suelen llamar *proposiciones*⁷.

A su turno, se ha dicho que el uso del lenguaje prescriptivo tiene otra función. Los enunciados prescriptivos tienen, dentro de las muchas finalidades posibles, preceptuar el curso de acción del comportamiento futuro; vale decir, influir en el comportamiento del destinatario del acto de habla, bien sea porque se le ha dado una orden (forma imperativa), porque se le ha prohibido o permitido algo, o porque se pide o se suplica que realice una

⁶ Véase fundamentalmente Kelsen (1982); Hart (1998); Guastini (2010); Ross (2001); Von Wright (1983); Bulygin (1991); Alchourrón (1991).

⁷ Qué es lo que hace que una proposición sea verdadera o falsa, es una discusión que escapa notoriamente a los propósitos de este escrito, pues para solventarla hay que entrar en una pugna al interior de las distintas teorías de la verdad disponibles. Por lo pronto basta con indicar cuáles son en líneas generales las características del uso del lenguaje descriptivo, más que el modo de definir su carácter veritativo.

acción. Por tanto, expresiones como “¡Cierra la puerta!”, “Te ruego que no lo hagas”, “¿Por qué no te callas?”, “¡Debes respetar a todos por igual!”, son consideradas formas prescriptivas de los enunciados. Buena parte de la filosofía analítica sostiene que estos enunciados no pueden ser verdaderos o falsos sino eficaces o ineficaces, dependiendo de si la acción que deseaba regular el acto de habla prescriptivo se dio o no en la realidad. Y no son verdaderos ni falsos porque no están dirigidos a ofrecer información verificable. En ese sentido, no podría afirmarse que “Es verdadero que ¡cierra la puerta!”, sino solo que dicho enunciado resultó eficaz si el destinatario finalmente cerró la puerta⁸.

Los positivistas analíticos se preguntaron si el lenguaje del Derecho obedece a la estructura de un lenguaje descriptivo o más a la de uno prescriptivo. Austin, Kelsen y Hart, quienes fueron los más conspicuos juristas que trasladaron las anteriores observaciones al Derecho, consideraron que el lenguaje jurídico es un lenguaje con una función primariamente prescriptiva, en el sentido de que genera directivas en la forma de mandatos, órdenes, permisiones o prohibiciones. De acuerdo con esta explicación, al Derecho no le compete describir situaciones o fenómenos del mundo, ni generar conocimiento acerca de un estado de cosas; tampoco le concierne expresar sentimientos o generar emociones, ni provocar sentimientos de aprobación o desaprobación respecto de ellos. Fundamentalmente le compete influir en el comportamiento de los demás, por medio de las normas que prescriben la acción que se *debe* seguir. Generalmente, el lenguaje prescriptivo del derecho tiende a usar dentro de sus formas imperativas, los enunciados de deber, obligación o permisión.

Pues bien. Si se unen las anteriores dos ideas —que en puridad son independientes—, se tienen dos conclusiones: una cosa es el enunciado y otra el significado del enunciado. En cuanto al Derecho respecta, una cosa es el *enunciado normativo* y otra distinta la *norma*, entendida como significado prescriptivo de ese enunciado. La norma jurídica, entonces, en tanto que uso de lenguaje prescriptivo, tiene por objeto generar directivas para influir en el comportamiento del destinatario.

b. La segunda parte del interrogante arriba lanzado, acerca de a quién le compete determinar el significado normativo del enunciado jurídico, puede contestarse diciendo que corresponde fundamentalmente al juez. O al menos eso ocurre en la mayoría de sistemas jurídicos existentes. En este punto vale la pena recordar la bastante lúcida explicación que ofreció Hart en relación con la acción de adscribir normas a los

⁸ Ya puede advertir el lector que restar el carácter veritativo al enunciado prescriptivo de la forma imperativa, puede ser fácil. En cambio, puede ser mucho más discutible si realmente los enunciados que encierran juicios morales no son sino invitaciones a actuar, y que la expresión “¡no debemos torturar a los niños!” no pueda ser tomada como verdadera. Ya Putnam (Putnam: 2004) ofreció unos convincentes argumentos para “desplomar” la dicotomía entre hechos y valores y, por la misma vía, entre descripciones y prescripciones, en cuanto al carácter de verdad de los juicios morales se trata. Para los objetivos de este texto tendrá que dejarse de lado esta discusión, porque, después de todo, lo que interesa no es tanto el carácter veritativo de los enunciados descriptivos o prescriptivos, sino la diferencia entre ofrecer información y prescribir un comportamiento.

enunciados jurídicos⁹. De acuerdo con Hart, existen reglas que permiten a ciertas autoridades disponer prescriptivamente un curso de acción, es decir, emitir enunciados que obligan a los destinatarios de ese acto de habla. Estas reglas prescriptivas de obligación ordenan lo que se debe hacer en una determinada circunstancia. En su criterio, son guías de conducta, pautas de crítica y razones para que socialmente se despliegue una presión en caso de desviación de la prescripción. A ellas las denominó “reglas primarias” de obligación.

Ahora bien, cuando un problema jurídico sea puesto a la consideración del juez, lo primero que este tiene que hacer es identificar la regla primaria; vale decir, la regla válida que impera para ese determinado caso. Existe, según Hart, en cada sistema jurídico una regla que permite a los jueces y abogados determinar cuál es la regla de obligación que cuenta como Derecho para ese determinado evento. A esta regla que permite, a su vez, dar cuenta de la regla primaria del caso, la llamó, por obvias razones, “regla secundaria de reconocimiento”. Es secundaria, porque depende lógicamente de la existencia de la primaria. Y es de “reconocimiento”, porque permite *reconocer* (identificar) la regla primaria válida del caso. La cuestión que interesa a este escrito es aquella que surge cuando sea necesario para el juez determinar el “alcance” de esa regla primaria de obligación.

Cuando existan dudas acerca de lo que ella significa, por ejemplo en cuanto a sus formas de transgresión (Hart, 1998, p. 120), sus formas de cumplimiento o sus formas concretas de materialización (Hart, 1998, p. 116); dudas en las conductas realmente exigidas por ella (Hart, 1998, p. 157), etcétera, debe el Juez, en uso de una regla que le entrega potestades jurisdiccionales, determinar autoritativamente el significado y alcance de esa regla. La regla que otorga esas potestades para reducir la incertidumbre respecto del significado de la regla primaria es denominada por él “regla secundaria de adjudicación”¹⁰. Es secundaria, una vez más, porque depende lógicamente de la existencia de la regla primaria. Es de adjudicación, porque su ejercicio permite, entre otras cosas, la atribución o adscripción del significado o alcance de esa regla primaria¹¹.

Para algunas versiones más radicales del positivismo analítico, resulta ciertamente claro que las Constituciones y Códigos reflejan únicamente el deseo de acumulación de enunciados normativos del Derecho. Por consiguiente, son solo *fuentes del derecho*

⁹ Me refiero nuevamente a lo consignado en Hart (1998).

¹⁰ Estas reglas secundarias funcionan, según Hart, 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.

¹¹ No quiere decir lo anterior que los jueces tengan vedada la expedición de auténticas reglas primarias. En ocasiones no menores desprenden o derivan interpretativamente reglas primarias de obligación, y no limitan su actuar a la atribución de significado normativo a reglas de primer orden. Al mismo tiempo, el legislador suele tener la potestad para dictar leyes “interpretativas” por medio de las cuales atribuye por vía de autoridad el significado normativo de reglas primarias. Vale decir, nada impide que el legislador pueda dictar también reglas secundarias.

(Guastini, 2010). El verdadero derecho solo aparece una vez que el significado normativo de los enunciados ha sido atribuido por el juez autorizado para ello. En conclusión, si un determinado ordenamiento jurídico ha querido reconocer a un texto como jerárquicamente superior en comparación con los demás (la Constitución, por ejemplo), la interpretación autorizada por el que los jueces adscriben el significado a ese texto, no puede menos que ocupar la misma jerarquía..

II. LA FUERZA ILOCUTIVA Y LOS EFECTOS PERLOCUTIVOS DE LOS ACTOS DE HABLA: LA DIFERENCIA ENTRE EL ANÁLISIS ESTÁTICO Y EL SEGUIMIENTO ANALÓGICO DE SENTENCIAS JUDICIALES

Estando claro lo anterior, suponga ahora el lector que un Juez o un abogado –de los que interesan a este escrito– están en un aeropuerto. Mientras esperan sus vuelos, deciden matar el tiempo leyendo una revista de novedades jurisprudenciales. Suponga que una de las sentencias que encuentran allí les parece bastante llamativa. Seis meses después llega a sus manos un caso respecto del que consideran que las subreglas contenidas en la sentencia leída hace meses, pueden servir significativamente para resolver este caso nuevo. Parece evidente, según planteo este ejemplo, que ellos han realizado dos actividades diferentes: en la primera de ellas han determinado el *significado* de una sentencia; en la segunda, deben determinar las reglas de *seguimiento* analógico de esa sentencia.

Por supuesto que con mucha dificultad podría hacerse lo segundo sin avanzar en lo primero. Desde luego que es correcto decir que la manera en que se *sigue* analógicamente una sentencia puede también determinar en algún sentido fundamental lo que ella *significa*. De modo que para poder *seguir* una sentencia se debe saber qué *significa*, al tiempo que cuando se intenta *seguirla*, se contribuye a la determinación de su *significado*. Sin embargo, no se puede negar por ahora que son dos actividades conceptual y analíticamente diferentes.

En la primera actividad el juez y el abogado están intentando determinar el significado de un texto interpretativo (sentencia), que a su vez ha realizado alguna de las siguientes tres cosas: (i) interpreta y adscribe un significado normativo a las reglas primarias que rigen un determinado evento. En este caso, el juez y el abogado están realizando un análisis estático a un texto que contiene las subreglas interpretativas en los que se ha adscrito o atribuido un significado normativo a enunciados normativos previos; enunciados que, según lo indicado, imponen prescriptivamente obligaciones (reglas primarias). Se trata en esa situación de identificar lo que significa el ejercicio interpretativo concreto de la regla de adjudicación, cuando atribuyó el significado y el alcance de una regla primaria. Ahora bien, (ii) puede ocurrir que ese texto al que se le está determinando su significado (sentencia), haya derivado interpretativamente una auténtica regla primaria. En ese caso, el juez y el abogado del ejemplo están determinando el alcance y significado de una regla primaria jurisprudencial. Finalmente, (iii) la sentencia que están interpretando puede haber realizado un ejercicio interpretativo sobre otra sentencia (que a su vez puede caer en los supuestos (i) y (ii)). De cualquier

modo, en los tres casos el juez y el abogado están determinando interpretativamente el significado estático de un texto interpretativo.

En la segunda actividad, en cambio, y después de determinar el significado de ese texto interpretativo (sentencia), el juez y el abogado intentan establecer una analogía para *seguir* la regla de adscripción, en tanto que consideran que puede controlar el destino del segundo caso.

La filosofía analítica ha dado cuenta de esta diferencia bajo la égida de la célebre diferenciación que plantearon Austin¹² y Searle, entre la fuerza *ilocutiva* y los efectos *perlocutivos* de los actos de habla. Al margen de los graduales desarrollos y diferentes depuraciones que ha tenido esta diferenciación¹³, lo cierto es que se ha entendido que los actos de habla tienen una *fuerza* y un *efecto*. La fuerza del acto de habla depende del sentido con el que se emite la locución. Comprender y determinar el significado del acto de habla que alguien ha expresado, es algo distinto de determinar las consecuencias o efectos que ese acto tiene en los destinatarios de esa emisión lingüística, una vez que se ha comprendido el significado. A lo primero suele denominárselo “fuerza ilocutiva”, mientras que a lo segundo se lo denomina “efectos perlocutivos”¹⁴.

En lo que al derecho jurisprudencial respecta, para entender el sentido ilocutivo de la sentencia judicial, resulta indispensable fijar las condiciones en virtud de las cuales el acto de habla se ha realizado con éxito. A mi modo de ver, debido a que el sentido o fuerza ilocutiva de los fallos se contrae a (i) dictar, para un caso concreto, una regla interpretativa de una regla primaria, como consecuencia de las potestades jurisdiccionales entregadas por la regla de adjudicación; o (ii) dictar, para un caso concreto, una auténtica regla primaria, las condiciones de éxito de esos actos de habla tienen que ver, en ambos casos, con las reglas de concreción de la regla primaria. Los efectos perlocutivos de los fallos judiciales, a su vez, tienen que ver con las acciones derivadas de su cumplimiento y seguimiento, no solo respecto de las partes involucradas en el pleito, sino también de todos aquellos obligados a seguir su doctrina vinculante¹⁵. En lo que a mí respecta, considero que los fallos judiciales son auténticos intentos de producción masiva de acciones

¹² Austin, (1982).

¹³ En lo que a Searle importa, su principal trabajo acerca de 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).

¹⁴ No se puede negar que en muchas ocasiones diferenciar la fuerza ilocutiva y el efecto perlocutivo constituye una verdadera dificultad, especialmente cuando es el efecto que se quiere producir en el destinatario el que permite justamente entender el significado del acto de habla. Esto ocurre, por ejemplo, cuando alguien afirma deliberadamente algo falso porque desea contar un chiste. O cuando alguien le dice a una empleada doméstica “la mesa está sucia”. La única manera de entender el significado de las expresiones del emisor es entendiendo el efecto perlocutivo que desea producir. Lo que quiere significar el hablante es lo que quiere producir: una risa y la acción de limpiar la mesa. Empero, cuando se lanza el enunciado moral “no debemos torturar niños” resulta más fácil diferenciarlos, ya que el enunciado significa que el emisor considera incorrecto, indebido, injusto, inadmisibles, etcétera, que ocurra eso con los niños; mientras que el efecto puede ser intentar persuadir o invitar al destinatario a que comparta esa misma desaprobación.

¹⁵ No puedo desconocer que en muchos ordenamientos jurídicos se discute todavía si la parte considerativa de las sentencias es vinculante. El positivismo analítico parece haber dado por descontado que sí, una vez

de los destinatarios, en el sentido de que obligatoriamente sean seguidos sucesivamente, de modo que las sentencias no solo importan por lo que significan, sino por la manera en que deben ser usadas y seguidas en casos posteriores.

Al menos desde mi interpretación, creo que el significado y seguimiento de las sentencias judiciales pueden ser tomados como ejemplos en donde la diferencia analítica citada puede verse más claramente. Como consecuencia de lo anterior, vale la pena diferenciar entre el significado de una regla de adscripción y el seguimiento de esa regla de adscripción. Desde el punto de vista lógico, lo anterior tiene una consecuencia bastante notable: es necesario primero determinarse el *significado ilocutivo* de la subregla jurisprudencial, para luego proceder a establecer los parámetros de su seguimiento analógico.

Sin embargo, y por extraño que parezca, buena parte de la literatura más autorizada respecto del tema está dando implícitamente por descontado que puede hacer lo contrario (Goodhart, 1930). Es decir, primero determinar los efectos perlocutivos de las sentencias judiciales por vía analógica, sin haber determinado previamente su sentido ilocutivo. Digo que resulta ciertamente extraño porque para poder comparar dos entes (dos casos, en lo que al escrito interesa) debemos saber primero qué son o qué significan. No es posible comparar A y B salvo que podamos delimitarlos de alguna manera previa. De lo contrario, no podría saberse bajo qué criterios o límites podemos ajustarlos, adecuarlos o corresponderlos. En una palabra: no se podría establecer la diferencia entre A y B sin avanzar en una mínima interpretación que permita llegar a saber qué es exactamente aquello que se compara¹⁶.

Es bajo la anterior razón que difícilmente se puede avanzar en los efectos perlocutivos sin haber determinado el sentido ilocutivo; vale decir, no se puede hacer un uso analógico de una subregla sin haber realizado primero un análisis estático de la sentencia. Pero, entonces, ¿cómo se ha entendido, a diferencia de lo recién indicado, el uso analógico de sentencias?

III. METODOLOGÍA TRADICIONAL DE USO ANALÓGICO DE SENTENCIAS

El *análisis y seguimiento* de las sentencias se realiza prioritariamente bajo el esquema de la interpretación analógica. Me he cuidado de decir “prioritariamente” para salvarme

que se acepta la diferencia entre enunciado normativo y norma. En realidad no tiene mucho sentido que un enunciado sea vinculante pero su significado atribuido no.

¹⁶ No puedo negar que es posible comparar nombres o cuantificadores generales, sin ninguna referencia concreta. Ello ocurre cuando, por ejemplo, se pregunta por las diferencias entre los leones y los tigres, sin hablar de ningún tigre o león en especial. Sin embargo, para poder hacerlo, debo haber sido capaz de determinar sus rasgos generales previamente. La dificultad adicional estriba cuando, como es obvio, los entes a comparar no responden a características generales sino a características concretas, como precisamente ocurre en los casos concretos del derecho. Cuando analógicamente se pregunta si el caso 1 y el caso 2 son similares o diferentes a efectos de poder seguir la regla del caso 1, se está preguntando por las características o rasgos entre una misma categoría. Esto equivale a preguntarse por el parecido del “tigre A” con el “tigre B”, y entonces ya resulta necesario interpretar sus características particulares.

de alguna generalización, especialmente si concedemos que existen buenos ejercicios que intentan indicar que seguir un precedente es algo sustancialmente diferente de usar una analogía. Para muchos colegas el texto de Frederick Schauer (Schauer, 2008) ha resultado iluminador en ese sentido. El punto central de este autor es que la *analogía* difiere del seguimiento del *precedente*, porque (i) a diferencia de este último, en la analogía existe “libertad” de escogencia de la fuente dentro de una amplia gama de posibles candidatos a “fuente analógica”; (ii) en la analogía el caso previo funciona como ejemplo *orientador* que el intérprete considera correcto porque “ilumina” o “informa”, mientras que en el seguimiento del precedente el intérprete debe seguir el caso previo aun si considera que es equivocado, por el solo hecho de que ya existe. Es decir, mientras que la analogía *informa y orienta*, el precedente *restringe*.

No es este el lugar para extenderme acerca de mis desacuerdos en relación con este buen texto de Schauer. Me limitaré a enunciar algunos argumentos que al menos considero problemáticos, y a indicar por qué, de cualquier modo, sus puntos no desautorizan lo que acá intento presentar. En primer lugar, creo que Schauer pasa por alto la diferencia entre “ejemplificar” y “argumentar analógicamente” –si se permite la expresión–. Usar un ejemplo para iluminar una idea, evidentemente no es lo mismo que usar un ejemplo para impulsar la acción (que es lo que ocurre con los argumentos). La analogía como método interpretativo es usada por los abogados no simplemente para poner de presente un caso anterior, sino fundamentalmente con la intención de que se siga un curso de acción. Es decir, la analogía también soporta en un sentido significativo un carácter vinculante en relación con su uso. Casi cualquier texto de lógica jurídica parte de definir la analogía como un método lógico de interpretación en el que se extiende una regla porque se comparten algunas propiedades entre los eventos. Evidentemente en un proceso judicial un juez o un abogado pueden usar ejemplos y realizar analogías no vinculantes, con el simple objetivo retórico de “iluminar” un punto. Pero ello en absoluto significa que es entonces el único uso posible que se le da a este recurso. Al mismo tiempo existen usos analógicos que intentan hacer vinculante un actuar pasado. No puede entonces Schauer perder de vista la trivial diferencia entre un ejemplo retórico y un ejemplo vinculante; o entre una analogía retórica y una analogía vinculante (argumento analógico).

En segundo lugar, resulta extraordinariamente sorprendente que Schauer niegue el ámbito de *elección* de la “fuente” cuando se usa un precedente, y que solo lo reserve para la analogía. Justamente buena parte de los procesos judiciales consisten en una lucha de los juristas respecto de cuál precedente es el que resulta vinculante para una decisión actual. Y lo hacen, ¡ay! porque consideran que es el *correcto* para el caso actual. Suponiendo en gracia de discusión que existe un acuerdo en cuanto a cuál es la sentencia que se impone para un determinado caso (lo que ya suena extraño), ello en absoluto niega que puedan presentarse desacuerdos de lo que dicha sentencia significa. Y especialmente, ¡oh sorpresa! lo que “correctamente” significa. Por alguna extraña razón Schauer da por establecido que el precedente es impuesto externamente como una especie de camisa de fuerza epistémicamente autoevidente que coarta cualquier tipo de espacio interpretativo. Pero con ello simplemente está desconociendo la indeterminación, ambigüedad o equivocidad que puedan acaecerle a ese texto jurisprudencial.

Precisamente al indicar que cuando la *identidad entre una decisión anterior y una cuestión actual es obvia e inescapable, entonces el precedente impone una restricción diferente del efecto típico del argumento por analogía* (Schauer, 2008, pp. 454 y 458), está desconociendo el proceso en donde un intérprete establece dicha “identidad”. Su texto no se ocupa en absoluto del proceso mental en el que un intérprete considera “inescapable” la identidad.

En tercer lugar, sospecho que Schauer parte de la diferencia entre una especie de obligación interna *versus* una obligación externa. En la analogía operaría la primera, al parecer, porque internamente el intérprete considera correcto en sí mismo usar un ejemplo anterior para iluminar un punto; en cambio, en el precedente se impone una obligación externa de seguir una regla (¿identificada por quién?) respecto de un punto con el que él está en desacuerdo. Eso supone que cuando un intérprete hace uso de un precedente que internamente lo considera correcto, lo que *realmente* está realizando es una analogía. Por consiguiente, realmente no desea que sea vinculante para aquellos que, contrario a él, no lo consideran correcto. Y si esa persona exige que su uso sea obligatorio, independientemente de que otras personas lo consideren equivocado, deberíamos decirle que como su elección fue interna, *realmente* no está queriendo exigir su carácter vinculante. Al mismo tiempo, ¡oh sorpresa!, si en el mismo caso esa persona se encuentra con un contradictor que considera que esa regla jurisprudencial es equivocada, una misma fuente funciona como recurso analógico y como precedente, llevando consigo las dos características que Schauer pone de presente: ser un amigo (analogía) y un enemigo (precedente).

A mi modo de ver, sí es posible diferenciar entre el uso de un caso anterior cuando este resulta vinculante, de aquel que no resulta vinculante. Sin embargo, mi opinión es que esto no se debe a una ficticia diferenciación entre la “analogía” y el “precedente” como lo considera Schauer; menos es una diferencia que resida en el primer paso previo a toda analogía, que bien pone en términos del “rescate”, “recuperación” o “selección” de la fuente analógica. Se debe más bien a lo que más adelante considero el tercer paso de la analogía, es decir, la “extensión de la regla”. Allí en ese ámbito es que se decide si una regla se extiende obligatoriamente o no. Y es allí justamente el lugar en donde se determina si existen buenas razones para extenderla (injusticia, inconveniencia, etc.). Pero repárese que son razones ajenas a la estructura del argumento analógico las que imponen la extensión o la no extensión¹⁷. Generalmente ocurre que la extensión se da en razón de principios de igualdad, coherencia interna del sistema o seguridad jurídica; pero ello no desconoce que en otras ocasiones la supuesta “obligación” externa que Schauer considera inexorable en todos los casos de seguimiento de sentencia, no se dé¹⁸.

¹⁷ El paso previo de elección de la “fuente” tampoco es un componente interno al argumento analógico. En este breve escrito no he prestado atención a ese paso, porque ello corresponde al análisis “dinámico” de las sentencias, en el sentido que ese examen entrega un argumento “balanceado” que justifica por qué una sentencia y no otra es la vinculante para el caso presente.

¹⁸ Desde luego que en el contexto americano pueda tener más sentido la diferencia propuesta por Schauer —aunque tengo enormes reservas—, pero en el contexto latinoamericano en donde no existe un sistema tan sólido de *stare decisis* parece al menos exagerado plantear la diferencia antes indicada, es decir, que la analogía nunca es vinculante y que el precedente siempre impone una obligación.

Si lo anterior es al menos plausible, sostengo entonces que el análisis analógico se divide, generalmente, en tres pasos. El primer paso consiste en la pregunta de si los dos casos a comparar son similares o diferentes. Suponiendo que el resultado sea afirmativo, en el sentido de decir que existen buenas razones para sostener que son iguales, se llega al segundo paso, esto es, la determinación de la regla que rigió en el primer caso. Un tercer y definitivo paso consiste en extender, como una consecuencia necesaria, la regla del primer caso al segundo¹⁹. Este esquema, traído al mundo del derecho jurisprudencial²⁰, hace que los abogados se pregunten, en primer lugar, si el caso fallado y el caso por fallar guardan similitudes o diferencias. Una vez establecida la igualdad, se avanza en la determinación de la subregla que rigió en el primer caso. Extraída la subregla, se supone que debe necesariamente extenderse al segundo caso²¹. El siguiente cuadro puede ilustrar lo dicho.

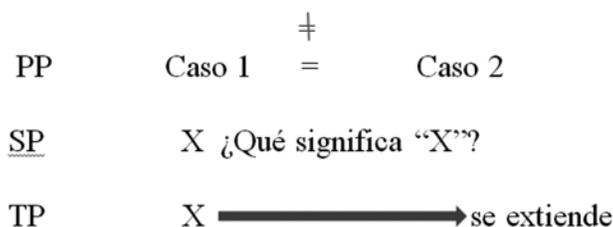


Figura 1

Cada uno de esos pasos trae consigo un buen número de discusiones. En relación con el primero, se pregunta qué es exactamente aquello que hace que dos casos jurídicos sean iguales; es decir, análogos. Los expertos han señalado que se debate entre dos extremos

¹⁹ Acerca de este esquema puede verse Walton, Reed y Macagno (2007); Garssen (2007).

²⁰ Bajo ningún punto de vista puede entenderse que estoy afirmando que la interpretación analógica sea la única posible en relación con la interpretación y uso de las decisiones judiciales. De hecho, me he cuidado en matizar el carácter relativo de este esquema. Por esa misma vía debe quedar claro que la interpretación “subsuntiva” no se tiene por qué considerar contrapuesta a la interpretación analógica. Es cierto que una regla jurisprudencial puede ser objeto de “subsunción” directa, sin que el operador jurídico deba realizar el esquema analógico. Pero ello no significa que la analogía no pueda hacer uso de la subsunción cuando se intente determinar el supuesto de hecho de la sentencia. En este texto me he centrado en la analogía jurisprudencial, sin pretender con ello negar o excluir otro tipo de razonamientos. Eso sí, considero extremadamente extraño que un intérprete considere “mejor” aplicar el esquema subsuntivo en relación con una sentencia y no el esquema analógico, por la evidente razón de que la sentencia le ha ahorrado trabajo.

²¹ En el caso colombiano, por ejemplo, a partir de las sentencias T-406 de 1992, C-113 de 1993, C-131 de 1993, SU-047 de 1999, C-836 de 2001 y T-262 de 2006, entre otras muchas, se ha entendido que, *prima facie*, salvo que se quieran violentar los derechos a la igualdad, al debido proceso, a la seguridad jurídica, a la buena fe, a la confianza legítima y la coherencia del sistema jurídico, se entiende a la extensión del precedente como una consecuencia automática y necesaria una vez que se han establecido las similitudes “fácticas” entre los casos. Para el sistema jurisprudencial colombiano existe el deber de “distinguir” analógicamente los casos para que un precedente no se aplique.

(López, 2006): (i) lo que los hace análogos son sus conceptos o categorías comunes, por ejemplo, si los dos tratan acerca de la “dignidad humana”, “el debido proceso”, “la culpa presunta”, etcétera. A contrapelo, se sostiene que (ii) lo que hace análogos dos casos jurídicos son sus “hechos y circunstancias”. Según este esquema tradicional de análisis de sentencias, uno podría ciertamente suponer que si se ha logrado determinar que los casos no guardan semejanza, bien porque no comparten conceptos y categorías, o hechos y circunstancias, no valdría la pena progresar en el segundo paso. Sería algo así como una pérdida de tiempo: ¿para qué debe determinarse la subregla de un caso previo si ya se determinó que no son iguales?

A su turno, el segundo paso plantea la discusión acerca de qué debe entenderse exactamente por “subregla”, esto es, por aquello que se transmite de un caso a otro, una vez que se definió la similitud. Respecto de este punto, también la doctrina ha puesto de presente que la subregla puede entenderse, (i) como una *formulación explícita* de la razón que justifica una decisión judicial, (ii) o como un *argumento implícito* extendido a lo largo de todo el cuerpo de la sentencia, que sirve para justificar una decisión judicial. Cualquiera que sea la idea que se forme de “subregla”, en ambos casos se trataría de la razón que justifica la parte resolutive del fallo. La diferencia estriba únicamente en si es una razón “formulada expresamente” o “por formular”.

El tercer paso resulta casi inexplorado por la literatura jurídica. Podría decirse que también existen dos extremos generales en disputa. Por un lado, (i) se diría que la extensión de la subregla es una consecuencia lógica de haber sorteado positivamente los pasos 1 y 2, en razón a que negar ello supondría una incoherencia interna para el sistema jurídico, en especial con los principios de igualdad y de seguridad jurídica, que suponen que casos con condiciones similares deben ser fallados análogamente. Por otro lado, (ii) se sostendría que la extensión de la subregla no es una consecuencia lógica, porque además de la necesidad de atender la coherencia interna con el sistema jurídico, los jueces deben tomar en cuenta las consecuencias externas de sus fallos, de modo que podría existir una buena razón extrajurídica para no extender la subregla aun reconociendo que un caso posterior guarda simetría con un caso anterior²².

1. *Críticas al modelo tradicional de uso de sentencias judiciales*

Intentaré resumir los problemas que alcanzo a advertir en relación con esta manera clásica de entender el uso analógico de las subreglas jurisprudenciales a casos nuevos. Debo de entrada decir que no puedo asumir en este breve escrito una respuesta a fondo al tercero de los pasos indicados. Me detendré exclusivamente en los dos primeros.

²² Dworkin ha puesto esta discusión en términos de argumentos de principio vs. argumentos políticos. Véase Dworkin (2012); especialmente el capítulo 4.

Primer paso. En primer lugar, y suponiendo en gracia de discusión que pudieran adelantarse los pasos 1 y 2 en el orden que plantea la estructura clásica, parece claro que este modelo desecha injustificadamente la denominada analogía *a fortiori* como método de interpretación jurídica. Tanto la *analogía conceptual* —que dicho sea de paso es la más desacreditada de todas—, así como la *analogía fáctica* —similitud por vía de los hechos y circunstancias—, son ejemplos de analogías *a pari*, es decir, entre pares. El objetivo de esta analogía (*a pari* fáctica y *a pari* conceptual) es la extensión de la subregla cuando se ha determinado la semejanza, equivalencia o simetría entre los eventos comparables. Sin embargo, se debe aceptar que al menos en circunstancias excepcionales —so pena de caer en una falacia de generalización—, los abogados están interesados en extender la subregla de un caso anterior a uno nuevo aun aceptando las diferencias existentes entre ellos. La analogía *a fortiori* indica que si una determinada regla reguló un primer caso, *con mayor razón* debería regular un segundo evento, dadas ciertas condiciones, más allá de las diferencias halladas²³.

Piénsese en el principio “igual trabajo, igual salario” que ha sido determinado jurisprudencialmente por algún tribunal. Ahora considere el lector un caso en el que el propietario misógino de una empresa fija como salarios para los obreros la suma de 3.000 dólares, y para la gerente general, mujer, quien tiene a su cargo las políticas, instrucciones y órdenes, así como las responsabilidades de la empresa, la suma de 1.000 dólares. Deliberadamente en este caso he dejado de lado los “hechos y circunstancias” del primer caso en el que se dictó el principio, ya que resulta claro que se trata de situaciones distintas. De acuerdo con lo dicho por el esquema clásico, no podría extenderse la subregla. Una interpretación analógica *a fortiori*, en cambio, podría indicar que el objetivo de ese principio es lograr la “justa nivelación salarial”. Y si esta regla aplica a empleos iguales, con mayor razón debería aplicar para nivelar justamente el salario de un empleo que requiere mayor dificultad técnica, mayor responsabilidad y jerarquía²⁴. De manera que el análisis tradicional centrado exclusivamente en la analogía *a pari fáctica* no resulta muy convincente²⁵.

²³ Acerca de la analogía *a fortiori* puede consultarse a Marraud, quien con buena razón indica que “en teoría de la argumentación jurídica el debate de los argumentos *a fortiori* se ha centrado en dos cuestiones principales: su relación con el argumento analógico y las formas del argumento *a fortiori*”; A lo que más adelante agrega: “En teoría de la argumentación jurídica hay un cierto acuerdo en que los argumentos *a fortiori* están emparentados con los argumentos por analogía, ya se trate de una forma de argumentación autónoma, ya de una variante de los analógicos” (Marraud, 2014, p. 101 y 102). Véase también Tarello (1980).

²⁴ El ejemplo es claramente discutible, pero por ahora solo deseo indicar que no puede desecharse tan tajantemente este modelo de argumentar.

²⁵ Suponga el lector otro ejemplo en el que en la sala de audiencias de un juzgado existe la siguiente estipulación: “Está prohibido fumar o consumir alimentos en este recinto”. Suponga ahora que alguien entra con una botella de licor o con una jeringa para inyectarse alguna droga. Sería ciertamente inaudito que no existiera la posibilidad de extender interpretativamente la primera regla al caso actual, simplemente aduciendo que no es lo mismo fumar o consumir un alimento, que embriagarse o drogarse. Desde luego que existen infinitos rasgos que hacen que los casos sean distintos, pero con todo existen mayores razones para aplicarla en el segundo evento.

En segundo lugar, no queda muy claro lo que debe entenderse por “hechos y circunstancias” a la hora de comparar dos eventos. Suponiendo que se entienda por ello los “antecedentes materiales” de la disputa jurídica, queda por definir si son los definidos *narrativamente* por el demandante, por el demandado, o como los entendió el juez (Goodhart, 1930). Suponiendo que se consideren por tales los probados por el juez, no queda claro por qué debe entenderse el contexto fáctico que rodea una subregla como algo similar a los “hechos y circunstancias” que generan un conflicto. Después de todo, los “hechos” se narran o se nombran –“nominalizan”– de conformidad con la intención de quien describe. Y parece plausible sostener que el juez no solo quiere expedir una sentencia para poner fin a un conflicto, sino para hacer algo con ese fallo al interior del Derecho. Creo entonces que el contexto fáctico –en lugar de patrón fáctico– es mucho más útil si se entiende como el contexto en el que cobra sentido la expedición de esa particular sentencia judicial. En ese orden de ideas, entiendo que es diferente el contexto que *genera* una decisión judicial, y el contexto que *justifica* o le *da sentido* una decisión judicial. En conclusión, no es lo mismo el contexto de la demanda del contexto de la subregla. Luego entonces, ¿puede auscultarse el contexto de la “subregla” sin haber intentado delimitar mínimamente las características centrales de la subregla? ¿Podría contextualizarse algo que todavía no sabemos qué es?

Creo que estos dos problemas previos surgen como consecuencia de pasar por alto la diferencia que en líneas anteriores se indicó, a propósito de un problema de *significado* y un problema de *seguimiento*. No podemos lógicamente avanzar en lo segundo sin avanzar en lo primero, insisto. De hecho, si es cierto que la manera en que se *sigue* analógicamente una sentencia puede determinar o alterar en algún sentido fundamental lo que ella *significa*, resulta más claro entonces que es indispensable comparar los casos teniendo en mente inmediatamente la determinación del significado ilocutivo del fallo.

Lo que a mi modo de ver ocurre en este punto, es que existen dos procesos de interpretación diferentes. Por un lado, está el proceso interpretativo orientado a determinar cuál es la fuerza ilocutiva del fallo. De otro lado, está el proceso interpretativo orientado a determinar y hacer efectivo el efecto perlocutivo deseado por el juez que dictó la sentencia (que se siga la subregla sucesivamente). Cuando el intérprete está tanto en la primera como en la segunda actividad, realiza sus propios actos ilocutivos y perlocutivos. Por ello es que suele indicarse que determinar interpretativamente el efecto perlocutivo de un acto de habla previo (a partir de la propia ilocución del intérprete), ayuda a determinar el significado ilocutivo de ese acto. Sin embargo, ello no significa que pierda el sentido diferenciarlos conceptualmente.

Segundo paso. Más arriba indiqué que el segundo paso tradicional de la analogía implica que, luego de establecer la semejanza entre casos, es necesaria la determinación de la regla que rigió en el primer evento a efectos de que sea extendido al caso nuevo. Según las explicaciones que recién ofrecí, es realmente la determinación del sentido ilocutivo de la directiva jurisprudencial lo que debe adelantarse con prioridad. De modo que este segundo paso es precisamente el primero.

La doctrina tradicional indica que por “regla” (o *ratio*, si se quiere) se ha entendido o bien (i) la *formulación explícita* de la razón que justifica una decisión judicial, (ii) o el *argumento implícito* extendido a lo largo de todo el cuerpo de la sentencia, que sirve para justificar una decisión judicial. Esta diferencia es un tanto ficticia, en razón a que aun si el juez que expide la sentencia quisiera proponer un texto muy preciso que resumiera la razón de su decisión, con todo debe el intérprete de ese texto determinar el sentido ilocutivo de ese fragmento específico. Y al interpretarlo, es el lector quien debe en sus propias palabras formular el sentido que encuentra en la directiva, *ratio* o razón (como quiera llamársela) que le subyace. Resulta mucho más fructífero y práctico detenerse más bien en la estructura de lo que puede llamarse una “directiva” *ratio* o “razón” de una decisión judicial, a efectos de ser uno mismo el que pueda formular el sentido que allí en ese fallo se encuentra.

IV. ESTRUCTURA ILOCUTIVA DE LAS SENTENCIAS JUDICIALES

La intención específica que tienen los jueces al dictar sentencias judiciales es, al menos en algún sentido, darle alcance y significado concreto a una regla primaria de obligación; o dictar ellos mismos estas reglas. En relación con lo primero, cuando existan problemas en cuanto a la forma de transgresión, forma de cumplimiento, forma de materialización, significado concreto, etcétera, debe el juez autoritativamente determinar el significado normativo de la regla primaria. Las reglas de adscripción o determinación de las “normas” de un caso, quedan plasmadas, a su vez, en un texto que a su vez debe ser interpretado, repito. Si, en cambio, la sentencia es un texto que deriva una regla primaria, con mayor razón debe ser tomado como un texto interpretativo que debe ser interpretado. En ambos casos ese texto interpretativo intenta dar solución a ciertos conflictos, de modo que además de dictar reglas interpretativas, lo hacen frente a unas personas concretas y en contextos específicos.

Además, la labor del intérprete (o segundo juez) se contrae a determinar bajo qué condiciones puede reconocerse y entenderse esa intención del juez como emisor de la sentencia; cuáles son, entre otras cosas, las reglas lingüísticas que determinan el significado del texto emitido; vale decir, cuáles son sus elementos principales. Desde mi punto de vista, siguiendo lo dicho en estas páginas, al juez le interesa descifrar cuál es la directiva concreta –siguiendo la expresión de Ross– que funciona tanto para resolver el conflicto concreto como para determinar el sentido normativo de reglas primarias de obligación. Como tal, la directiva debe tener ante todo un *destinatario*, como ocurre con cualquier acto de habla con fuerza ilocutiva²⁶.

²⁶ En este punto solo quiero hacer referencia a las condiciones de éxito de cualquier acto de habla que deseé imponer un curso de acción. Si no existiera destinatario, determinado o determinable, no sería posible cumplir con el carácter prescriptivo de la directiva. No estoy hablando en absoluto de alguna versión “psicologizada” del derecho al estilo planteado por Olivercrona, en el entendido de tener en consideración las motivaciones psicológicas o el estado psíquico de las personas en torno al concepto de derecho y, especialmente,

Además de tener un destinatario, y como consecuencia de funcionar para resolver un conflicto jurídico, la directiva debe tener unos *intereses* en conflicto, además de un *verbo* ilocutivo que determine la acción a desplegar o los efectos deseados. Finalmente, todo ello cobra sentido, ahí sí, en un especial *contexto* en el que la directiva tiene una razón de ser. Desde mi punto de vista, es en cada uno de esos ámbitos en donde los abogados deberían desplegar sus argumentos, a efectos de determinar si los casos deben o no ser cobijados por la misma regla. Creo que este sistema daría orden a la argumentación y, por cierto, alejaría el fantasma de “formalismo” con el que generalmente se acusan –como si fuera una enfermedad– a todos los abogados que intentan ofrecer teorizaciones de la práctica.

Abrir el espacio de interpretación y argumentación a muchas más cosas que al “contexto fáctico” es reconocer el carácter interpretativo y argumentativo del Derecho, en forma más radical. De la misma manera, es conceder que existen verdaderos y amplios intercambios comunicativos más allá del contexto inmediato de emisión de la sentencia. Y que es en los contextos remotos de interpretación en donde efectivamente se ayuda en la construcción del significado ilocutivo de los fallos, como respuesta al objeto perlocucionario pretendido con la sentencia.

Quiero presentar, para finalizar, un breve ejemplo que dé cuenta de todo lo acá expresado. Lo que deseo con él es comprobar que los abogados implícitamente discuten en los pleitos jurídicos en cada uno de los ítems más arriba indicados. Por ejemplo, pueden aceptar que así el contexto sea similar en ambos casos, puede con todo negarse la extensión de la subregla porque los destinatarios son diversos; o pueden conceder 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.

Una reconocida artista expuso la serie “Mujeres Ocultas”, en donde intervenía una serie de símbolos religiosos y relicarios, bordando en su centro figuras vaginales, con lo que pretendía poner de presente las críticas acerca del pobre rol femenino al interior de un “mundo patriarcal”. Especialmente deseaba contribuir a la crítica respecto del papel de la mujer en la religión, así como la problemática en torno al cuerpo de la mujer entendido como objeto histórico de violencia.

al concepto de “obedecimiento”. Olivercrona, por ejemplo, se centra más en la averiguación de aquello que hace que una persona obedezca una orden *porque* la entiende como jurídica. Para ello se basa en las expresiones realizativas, y este tipo de oraciones presuponen que un enunciado se puede convertir en acción, al tiempo que presuponen ciertas condiciones, entre ellas un destinatario de la oración. Lo que “mueve” a obedecer una expresión realizativa (actitud psicológica) no niega el “modo” en que dicha oración se debe expresar. Olivercrona incorpora dentro de las formas también a los “imperativos impersonales”, que puede guardar simetría con lo que he llamado destinatario “determinable”, pero que honestamente considero sorprendente entenderlos en el marco de las sentencias judiciales y no en los enunciados más generales. Lo que resulta evidente es que el “Tú debes” propio de la expresión realizativa –como la plantea el autor–, presupone un “Tú”, con independencia de la razón para que ese “Tú” (destinatario) finalmente se mueva a actuar. En otras palabras, la conexión psicológica entre la idea y la acción, por medio de ciertas palabras, no niega la existencia determinada o determinable de quién “deba” cumplir la acción. Después de todo, la oración realizativa es una forma de comunicación. Véase Olivercrona (1991), y Olivercrona (1959).

Muchas organizaciones religiosas se sintieron ofendidas y lesionadas por la exposición, razón por la que solicitaron al juez competente que impidiera seguir llevándola a cabo, concretamente porque encontraban (i) conculcados sus derechos a la libertad de religión y culto, así como (ii) el deber de neutralidad del Estado en estos casos, toda vez que el museo era de carácter oficial. El juez determinó que la exposición no desconoció la libertad religiosa ni la libertad de cultos de los demandantes porque, antes bien que lo expresado, (iii) debe el Estado impulsar, fomentar e incentivar las expresiones artísticas y culturales de los ciudadanos. En otras palabras, no solo debe garantizar la no interferencia respecto del ejercicio libre de expresar sus creencias y convicciones, sino que cuando ellas son de índole artística y cultural debe además promocionarlas positivamente, incluso si eso llega a ser molesto para alguna religión o Iglesia.

Eso sí, indicó que esa libertad podría limitarse en caso de que su ejercicio (i) *imponga* alguna creencia, (ii) *interfiera* efectivamente en el ejercicio del culto o religión de los demás, (iii) *imposibilite* a su vez expresar un juicio valorativo acerca del mensaje o contenido expresado, o (iv) *afecte* de manera directa e inequívoca a una religión o Iglesia. El juez constató que ninguna de estas circunstancias se daba en ese caso.

Ahora suponga el lector que un grupo de diseñadores gráficos, de publicistas y fotógrafos, lanzaron la campaña “el amor como forma de combatir todas las formas de odio”, con la que, según dicen, desean usar “imágenes simbólicas cargadas de humor, esperanza, ironía y provocación constructiva” para exhortar a la reflexión en cuanto a la manera en que la política y la religión, antes que llevar al odio y a la violencia, deberían conducir al diálogo y al amor. Para ello, usan una imagen alterada del Papa besándose con el líder espiritual Ahmed el Tayeb.

Si el abogado de este grupo quisiera usar la sentencia mencionada, debe preguntarse si los casos compartirían los mismos destinatarios; si tratan los mismos intereses o derechos en conflicto; si tienen la necesidad de ordenar lo mismo; y finalmente, si esa directiva cobra sentido en los dos contextos. A su vez, quien desee no extender la directiva tiene que formularla de tal manera que no pueda ser empleada por su contraparte. Por ejemplo, diciendo que lo que la sentencia está “realmente” diciendo es que “El Estado solo puede desestimular y abstenerse de promocionar legítimamente la libre expresión artística y cultura cuando su ejercicio implique (i) *imponer...* (ii) *interferir...* (iii) *imposibilitar...* o (iv) *afectar...*”.

La anterior *formulación* dejaría ver un destinatario claramente diferente en los dos casos, como quiera que mientras en el primero se toma al Estado, en el segundo se trataría de particulares. Adicionalmente, podría indicarse que si bien los intereses en juego son los mismos (libertad de expresión vs. libertad de cultos), el contexto en el que se mueve el conflicto es diverso, toda vez que para el primer caso se trataría de una expresión de contenido “artístico y cultural”, mientras que el segundo sería simplemente “comercial”. Finalmente podría indicarse que en el primer caso ninguno de los verbos exceptivos se daba, mientras que en el segundo se estaría dentro de la excepción “(iv)”. Así sucesivamente.

Su contraparte podría indicar que aun aceptando que se trata de destinatarios distintos, la directiva debería extenderse, en tanto que si protegió la libertad de expresión

en un espacio oficial, *con mayor razón* debería protegerse en espacios públicos no oficiales, en donde no existe el deber de neutralidad. A su turno, que se está injustificadamente negándole el carácter artístico a las creaciones intelectuales de los diseñadores, publicistas y fotógrafos. Finalmente, que la “afectación” a la que se refiere la sentencia no puede significar simplemente “incomodar” o “molestar”, porque fue justamente un significado soslayado en la sentencia. Quien quiera negar la extensión podría decir que una cosa es el contexto de un museo al que solo entran quienes voluntariamente desean observar la expresión artística, y otra distinta una publicidad que en cierto sentido “obliga” a ver lo que no se desea ver. Etcétera.

V. CONCLUSIONES

Para concluir quisiera, más que recapitular, estimular a que se abra un nuevo espacio de investigación. Se trata, desde luego, del tercer paso atrás indicado y del que no pude más que mencionarlo. Suele darse ciertamente por descontado que una vez se haya determinado interpretativamente el sentido ilocutivo de un fallo, y se haya realizado el ejercicio de seguimiento analógico de la directiva, esta tiene que necesariamente extenderse, a menos que se ponga en riesgo la coherencia interna con el sistema.

En el caso colombiano, se suele sostener que debe protegerse la igualdad y la seguridad jurídica. Sin embargo, existen también suficientes muestras en donde los jueces han usado argumentos extrajurídicos para justificar la negativa a extender una directiva cuando parece clara la analogía. Esto ocurre particularmente con los argumentos basados en las consecuencias externas que desde el punto económico o social se podrían generar en caso de respetar el principio de igualdad²⁷. Esto demuestra que este tercer paso lejos está de ser considerado una consecuencia lógica y necesaria, en el análisis estático de sentencias. Por ello valdría la pena detenerse en su estructura y sus dinámicas.

²⁷ Hay al menos dos casos muy claros en donde la Corte Constitucional Colombiana, bajo el amparo de lo que ha denominado la “inconstitucionalidad diferida”, ha decidido mantener normas que de seguir sus propios precedentes se han debido expulsar del ordenamiento jurídico, pero que se mantienen para evitar consecuencias catastróficas desde el punto de vista económico. En estos casos, lo que ha hecho es negar la extensión de varias de sus directivas, por razones extrajurídicas. Con las sentencias C-383, C-700 y C-747 de 1999, la Corte Constitucional, por ejemplo, aceptó que de seguir los precedentes establecidos, debería retirarse inmediatamente del ordenamiento jurídico el “sistema de financiación para la adquisición de vivienda” llamado UPAC. Sin embargo, hacerlo hubiera implicado la generación de efectos indeseables para la economía nacional, de modo que mantenía su vigencia por varios meses más, mientras se encontraba por parte del gobierno y la legislación una salida más prudente. Con ello negó la extensión de las directivas pertinentes. Un caso similar ocurrió con la sentencia C-737 de 2001, cuando debió seguir los precedentes y expulsar del ordenamiento jurídico el régimen de distribución de regalías acerca de la explotación de recursos naturales no renovables (Ley 619 de 2000). En ese caso, decidió no extender sus directivas y mantener por dos años más la ley, pues consideró que en caso contrario se daría un golpe de muerte a la economía nacional.

BIBLIOGRAFÍA

- ALCHOURRÓN, C. E., & Bulygin, E. (1991). *Análisis lógico y derecho*. Centro de estudios constitucionales.
- AUSTIN, J. L. (1982). Como hacer cosas con palabras. Trad. Genaro R. Carrió y Eduardo A. Rabossi.
- AUSTIN, J., & Vicen, F. G. (1981). *Sobre la utilidad del estudio de la jurisprudencia*. Centro de Estudios Constitucionales.
- BERMAN, H. (1996). La Formación de la Tradición Jurídica de Occidente, Fondo de Cultura Económica, México.
- BONILLA, D. (2006). *La constitución multicultural*. Siglo del Hombre Editores.
- BULYGIN, E. (1991). Sentencia judicial y creación de derecho. *Alchourrón, Carlos E. y Eugenio Bulygin, Análisis lógico y derecho, España: Centro de Estudios Constitucionales*.
- CEPEDA, M. J. (2007). Polémicas constitucionales. Legis.
- DÁVILA Ladrón de Guevara, A. (2002). Democracia pactada: El Frente Nacional y el proceso constituyente del 91. *Bogotá: Alfaomega*.
- DE CRUZ, P. (1999). *Comparative law in a changing world*. Routledge.
- 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.
- FRANK, Jerome (2009), *Law and Modern Mind*, Introduction by Brian Bix, Transaction Publisher, London.
- FRANK, Jerome (2001), *Derecho e Incertidumbre*, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, Vol. 4, Distribuciones Fontamara, Buenos Aires.
- GARSSÉN, B. 2007. "Esquemas argumentativos", en R. Marafioti (ed.) *Parlamentos*, 19-36. Buenos Aires: Biblos.
- GOODHART, A. L. (1930). Determining the ratio decidendi of a case. *The Yale Law Journal*, 40 (2), 161-183.
- 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.
- KELSEN, H. (1982). *Teoría Pura del Derecho*, 2A. Trad. Vernengo, Roberto J. Universidad Nacional Autónoma de México.
- 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.
- MARRAUD, H. (2014). Argumentos *a fortiori* (A fortiori Arguments). *THEORIA. Revista de Teoría, Historia y Fundamentos de la Ciencia*, 29 (1), 99-112.
- OLIVERCRONA, K. (1991). *Lenguaje Jurídico y Realidad*, 1ª edición, traducción de Ernesto Garzón Valdés, Fontamara, México.
- OLIVERCRONA, K. ((1959) El imperativo de la ley, en *El derecho como hecho*, Depalma, Buenos Aires.
- PUTNAM, H. (2004). El desplome de la dicotomía hecho-valor y otros ensayos. Paidós Básica N. 121, Barcelona.
- QUINCHE, M. F. (2015). La acción de tutela. Temis, Bogotá.
- QUINCHE, M. F. (2013). *Vías de hecho: acción de tutela contra providencias*. Temis, Bogotá.
- ROSS, A., Bulygin, E., & Garzón Valdés, E. (2001). Grandeza y decadencia de la doctrina de las expresiones realizativas. *El concepto de validez y otros ensayos*.
- 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.

- SCHAUER, F. (2008). Why precedent in law (and elsewhere) is not totally (or even substantially) about analogy. *Perspectives on Psychological Science*, 3 (6), 454-460.
- SEARLE, J. (2001). *Actos de habla* (L. Valdés Villanueva, trad.). Madrid: Cátedra.
- TARELLO, G. 1980. *L'interpretazione della legge*. Milán: Giuffrè Editore.
- 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.
- VON Wright, G. H. (1983). The Foundation of Norms and Normative Statements, en *Practical Reason. Philosophical Papers I*, Oxford.
- WALTON, D.N., Reed, C. y Macagno, F. (2008). *Argumentation Schemes*. Nueva York: Cambridge University Press