

# El precedente: un concepto\*\*

## Precedent: A Concept

### SUMARIO

Introducción. 1. Un concepto de “precedente”. 2. *Ratio-dictum*, ¿una distinción clara? 3. Seguir o no seguir: esa es la cuestión. 4. Los “conceptos jurisprudenciales”. Una distinción con el “precedente”. Conclusiones.

### RESUMEN

En este trabajo propongo un concepto de “precedente”, a partir de una teoría analítica del derecho. La hipótesis del trabajo es la siguiente: el “precedente” es una *creación* de la interpretación que hace un *operador jurídico* a partir de la lectura de una “sentencia”. Parto de lo siguiente: (i) “sentencia” es el texto que produce el “juez”, (ii) la interpretación que un operador jurídico haga de una o varias “sentencias” es la “jurisprudencia”. A su vez, (iii) la “jurisprudencia” está conformada por: el “precedente”, los “conceptos jurisprudenciales” y la “norma”. Me ocupo de la distinción entre *ratio decidendi*

\* Docente e investigador de la Universidad de Antioquia. Coordinador del semillero de Filosofía del Derecho adscrito al grupo Saber, Poder y Derecho, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Antioquia. Contacto: sierradavid@gmail.com y david.sierras@udea.edu.co

\*\* Este texto es uno de los resultados derivados del trabajo de maestría intitulado “Yo tengo un derecho al agua, ¿y usted? Lineamientos para una teoría de los derechos subjetivos”.

Agradezco por todos los comentarios y críticas a los profesores CARLOS BERNAL PULIDO y HUBED BEDOYA GIRALDO, también a mis compañeros y amigos DÚBER CELIS, LUCIDIA AMAYA y MARÍA ALEJANDRA ARANGO. Las virtudes que el lector encuentre en el texto se deben en su inmensa mayoría a las discusiones que tuve con ellos y que me llevaron a pulir la redacción evitando las vaguedades y ambigüedades, que seguramente no logré eliminar por completo; las falencias que halle en el escrito son responsabilidad exclusiva mía y pueden obedecer al impulso de mantener algunos giros personales.

Recibido el 5 de noviembre de 2015, aprobado el 16 de mayo de 2016.

Para citar el artículo: D. SIERRA SOROCKINAS, El precedente: un concepto, *Derecho del Estado* n.º 36, Universidad Externado de Colombia, enero-junio de 2016, pp. 249-269. DOI: <http://dx.doi.org/10.18601/01229893.n36.09>.

y *obiter dictum*, para demostrar que el “precedente” depende de la interpretación que hace un operador jurídico.

#### PALABRAS CLAVE

Precedente, jurisprudencia, sentencia, teoría del derecho, *ratio decidendi*, *obiter dictum*.

#### ABSTRACT

In this paper, I propose a concept of “precedent”, from the perspective of an analytical theory of law. The hypothesis is: the “precedent” is a *creation* of the interpretation that a juridical operator does from the reading of a “sentence”. I begin with the assumption that (i) the “sentence” is the text that the “judge” produces, (ii) the interpretation that a juridical operator does of one or several “sentences” it is the “jurisprudence” and (iii) the “jurisprudence” is comprised for: the “precedent”, the “jurisprudential concepts” and the “norm”. I make a distinction between *ratio decidendi* and *obiter dictum* to demonstrate that the “precedent” depends on the interpretation that a *juridical operator* does.

#### KEYWORDS

Precedent, jurisprudence, sentence, theory of law, *ratio decidendi*, *obiter dictum*.

#### INTRODUCCIÓN

El “precedente” es uno de esos conceptos *abstractos* que más han sido discutidos por la teoría del derecho contemporánea, propiciando debates acerca de su análisis, acaso debido a la influencia de los sistemas anglosajones en el derecho continental y al entendimiento por parte de varios teóricos del derecho continental sobre la “jurisprudencia”. A su vez, las *explicaciones* que los teóricos continentales han dado sobre el concepto de “jurisprudencia” han ayudado a revitalizar algunas discusiones en torno al análisis conceptual, permitiendo el cambio de discurso incluso dentro de la teoría del derecho anglosajona.

Aunque –no huelga advertirlo– las discusiones analíticas han estado relegadas a un segundo plano por cuestiones operativas, tanto en los discursos dogmáticos como teóricos, se siguen dando dentro la “teoría del derecho”. En efecto, CHIASSONI (2015) afirma que la “teoría del derecho” se debe ocupar de estos asuntos desde dos enfoques: 1. una *teoría normativa* y 2. una *teoría analítica*. El primer enfoque se ocupa más de explicar la forma como *opera* un sistema jurídico en el que se incorpora nueva figura, mientras que

en el segundo enfoque se trata de un análisis conceptual. Sin lugar a dudas, este primer enfoque es preponderante en la teoría y la filosofía del derecho (DWORKIN [1988], MARMOR [2001], GASCÓN ABELLÁN [2015], BERNAL PULIDO [2005; 2015], BUSTAMANTE [2015] y LÓPEZ MEDINA [2006] son solo algunos reconocidos expositores de esta versión). Este trabajo se inclina más por el segundo enfoque, aunque hago algunas críticas a las tesis más relevantes de teoría judicial en Colombia que bien se podrían catalogar desde el primer enfoque, cuando *usan* ciertos conceptos. En suma, la razón principal, acaso no sobre recordarlo, es que se trata de construir un discurso explicativo para generar un nuevo conocimiento, pues se trata de una *teoría* en términos de Bedoya (2009).

En este trabajo, entonces, me concentro en explicar la siguiente hipótesis: el “precedente” es una creación de la lectura<sup>1</sup>. Para ello parto de cuatro supuestos<sup>2</sup>:

a) El “derecho” –la dogmática–<sup>3</sup> no está compuesto solo de normas<sup>4</sup>.

El objeto de estudio que pretendo construir es decir que el “derecho” es un *juego de lenguaje*<sup>5</sup>, que está conformado por “normas”, “doctrina”, “jurisprudencia” y “hechos” (Bedoya, 2009). No hay, entonces, algo más allá del lenguaje. En la interacción que hacen los participantes (operadores jurídicos<sup>6</sup>) de este *juego de lenguaje*, ellos usan los “materiales jurídicos”<sup>7</sup> para hacer su labor. El “derecho” hace parte de la *realidad* y no del *mundo*, en el sentido de que no hay un *objeto material* al cual podamos referirnos (la “*cosa en sí*”), sino que el derecho es un discurso, un *juego de lenguaje*.

1 Por ahora la expresión parece sumamente vaga, empero, a medida que el lector avance se dará cuenta que esa *lectura* se hace sobre un texto específico (la “sentencia”) y el *lector* es un individuo calificado (el “operador jurídico”).

2 En este texto los considero como supuestos, aunque en otro escrito explicaré cada uno de estos.

3 Esta expresión la *uso* para construir una teoría, apoyándome, a la vez, en la teoría bedoyana del derecho (2009).

4 Esto es una idea que sobrepasa a la postura kelseniana en cuanto a que el “derecho” es un conjunto de normas (KELSEN, 2011). En este sentido, la teoría que construyo parte de un enfoque más amplio que el normativo y está asentada en las discusiones del *giro lingüístico* (PUTMAN, 2000; DAVIDSON, 1990; RORTY, 2010).

5 Esta expresión la *uso* en términos wittgensteinianos (1988), es decir, es el *sentido* con el que se *usan* ciertas expresiones en un determinado *contexto*. También, hay una versión que aclara estos usos en los discursos jurídicos (cfr. NARVÁEZ MORA, 2004).

6 Recuérdese, entonces, que dentro de este concepto se puede catalogar a los jueces, a los servidores públicos, a los abogados (litigantes, consultores, asesores), a los doctrinantes, a los legisladores.

7 Entiendo por este término aquellos textos con los que los participantes *operan* el derecho.

b) El “derecho” es, en buena medida, lenguaje escrito.

Esta tesis ya fue expuesta antes (cfr. MUÑOZ VALENCIA, 2011); empero, lo que aquí se expone está encaminado a explicar otra tesis. Los operadores jurídicos hacen su labor a partir de la lectura de *textos*, que contienen “artificios literarios”<sup>8</sup> –versiones del *mundo*–: unos objetos creados, a partir de los cuales podemos ver de qué está compuesta la *realidad jurídica*, si entendemos, como RORTY (1991; 2010), que el *mundo* es inaprensible y que solo a través de nuestro lenguaje podemos tratar de acercarnos a una *versión* de él, una *realidad* que se construye (cuando hablamos como abogados o como juristas, p. ej.) mediante el uso de un lenguaje jurídico. La construcción –repito– de la *realidad* la hacen los “artificios literarios”. Uno de esos “artificios literarios” es la “sentencia”: aquel texto que produce una persona que llamamos juez<sup>9</sup> en cumplimiento de una función. El texto no habla por sí solo, se requiere de un lector que interprete lo que dice, que le dé sentido a lo depositado por el juez.

c) La “sentencia” no tiene un sentido como tal.

Son muy curiosos los giros que se oyen cuando se *interpreta* una “sentencia”: “el juez *quiso* decir  $\alpha$ , a pesar de que escribió  $\beta$ ”; “la ‘sentencia’ *en sí misma* es un ‘precedente’ en *x* materia”; “si dejamos de lado una postura exegética, el *espíritu* de la jurisprudencia nos llevaría a tomar  $\sigma$  decisión”, etc. Parto, pues, de una postura que algunos han llamado escéptica de la interpretación *moderada* (ITURRALDE SESMA, 2014); es decir, considero que los textos siempre necesitan un lector y que este les dará un sentido, ciñéndose a las reglas que el juego de lenguaje establece<sup>10</sup>. El contenido de la “jurisprudencia” lo da la

8 Me refiero, pues, a las construcciones que aparecen en el “derecho”, como la “ley”, el “decreto”, la “constitución”, la “sentencia”, en las cuales son usadas, como si todos tuviéramos un *referente*, otras expresiones; piénsese, v. gr., en “deber”, “obligación”, “derechos fundamentales”, y las personas parecen saber qué *es* eso, como saben qué *es* una “planta”, un “automóvil”. Los objetos jurídicos, como bien lo podrá ver el lector, no están en el *mundo*, no es posible hallarlos; ahora, sin estos objetos, la *realidad jurídica* no se podría comprender, al igual que en la literatura a nadie en sus cabales se le ocurrirá buscar la tumba de Dulcinea del Toboso, la espada de Edipo o el Aleph, aunque sí podamos *hablar* sobre ellos, porque están descritos en los “artificios literarios” de la novela, el poema o el cuento.

9 Incluso, en la versión de la oralidad por antonomasia, como el sistema anglosajón, se deja un texto en el que se vacía lo que *supuestamente* se discutió en el juicio. Piénsese que para aquellos que no participan en el juicio lo único que existe es la versión depositada *en* el texto, y de allí es que pueden hacer las demás interpretaciones. Sin el texto, sería más difícil la transmisión de información.

10 Este punto es uno de los problemas filosóficos más arduos a los que se enfrentó WITTGENSTEIN (1988; 1994) cuando pretendió explicar las *reglas* y su aplicación a los *juegos de lenguaje*. Sobre el asunto, aun entre los seguidores más serios del filósofo austriaco hay disparidad en cuanto a la obligatoriedad y *conocimiento* por parte de los participantes de un *juego*

lectura. No hay, pues, un contenido establecido por más que haya escritas varias sentencias. Algo similar pasa con la distinción *norma-disposición* que autores como BEDOYA (2009) y GUASTINI (1999; 2014) proponen hacer en su teoría.

d) La “jurisprudencia” es la interpretación que un lector<sup>11</sup> hace de una o varias “sentencias”.

La “jurisprudencia” no es otra cosa que la interpretación que surge de la lectura de una o varias “sentencias”<sup>12</sup>. A su vez, este “artificio literario” (la “sentencia”), como un cuento, una novela, un ensayo, etc., tiene unas partes que lo componen: la narración ( $n_a$ ), la sustentación ( $s_u$ ) y la decisión ( $d_c$ ). De la interpretación de ese texto se pueden identificar tres efectos: el “precedente”, los “conceptos jurisprudenciales” y la “norma”<sup>13</sup>.

En este texto me concentraré en explicar uno de esos efectos: el “precedente”, y haré una breve referencia a los “conceptos jurisprudenciales” como una forma de diferenciarlos del “precedente”. Por “norma” remito a lo explicado por Bedoya (2009), es decir, al tradicional entendimiento de un “mandato”<sup>14</sup>.

#### 1. UN CONCEPTO DE “PRECEDENTE”

Por “precedente” entiendo: aquellas razones (que hacen parte de la sentencia) que expone un juez para sustentar la decisión judicial (la *ratio decidendi*), que son tomadas por otro juez u otro operador jurídico para aplicarlas a un nuevo caso, por la similitud de lo que se discute.

*de lenguaje*. La idea que yo tengo del asunto es que las reglas de un juego de lenguaje se van creando conforme se use el mismo, algunos giros estarán prohibidos, pero esto solo se sabrá cuando se use *justamente* ese giro.

11 Si partimos del concepto del derecho como un juego de lenguaje, dentro de este juego hay unos participantes a los que llamaré operadores jurídicos. En este sentido, un lector sólo podrá ser un operador jurídico.

12 Aquí debo hacer una limitación por una cuestión práctica. Si partimos de que son textos lo que produce el juez, estos deben ser conocidos para poderlos citar, si no lo son, sería como el cuento de J. L. BORGES “*Tlön, Uqbar, Orbis Tertius*”, en el cual se habla de una enciclopedia que nadie más conoce, o, mejor aún, de la dichosa novela del escritor argentino que muchos dicen haber leído... mas la mayoría no la conoce. ¿De qué sirven pues estos textos si nadie los puede leer? Por eso es que las sentencias, para poder hablar de la “jurisprudencia”, deben ser conocidas, es una cuestión de información, de acceso a lo escrito. En razón de ello, la “dogmática” vincula –por lo general– sólo a la lectura que se hace de las sentencias de las altas cortes.

13 En aras de la simplificación diré que uno de los efectos de la interpretación es la “norma”, sin descartar que también la “disposición” es un efecto de la interpretación, acaso uno de los más inmediatos.

14 Sé que la discusión puede ser más amplia y que la cuestión queda un tanto ambigua en su uso, sin embargo, lo único que me interesa es distinguirla de los otros dos conceptos.

Ahora bien, si, como dije atrás, el “precedente” es un consecuencia de la interpretación de una sentencia, ¿qué parte de la sentencia se interpreta para *encontrar*<sup>15</sup> el “precedente”? Si hacemos una división simple de una sentencia –cualquiera–, esta tiene tres partes: a) la narración ( $n_a$ ), b) la sustentación ( $s_u$ ) y c) la decisión ( $d_c$ ); todo esto es lo que está escrito en la sentencia. Pero, más allá de particularidades que se puedan encontrar en cada caso, se reducirá el asunto a una generalidad que no afecta en mucho el análisis que presento.

a) La narración ( $n_a$ ) se pueden entender como aquellos *relatos* que se dejan en la sentencia que hablan del caso. Tradicionalmente se le ha llamado “hechos”<sup>16</sup> de la sentencia. La dogmática –incluso la teoría tradicional– ha considerado los “hechos” como una parte de la sentencia; sin embargo, no se puede confundir esta acepción de la palabra con aquella que utiliza BEDOYA (2009) –y que aquí se retoma– para decir qué se entiende el “derecho”; son pues dos *usos* distintos de la expresión. Por “hechos”, en esta parte, se entenderá la interpretación que hace el juez de los *relatos* que hacen las partes del proceso. Es, pues, un *cuento que tiene que echar* el juez para resolver el caso. Esa historia que queda en el escrito es lo que le puede servir a otro juez para saber si el caso que le presentan es similar al de una sentencia anterior o no. Siendo estrictos con el concepto de “hechos”, estos no son lo que la dogmática llama “*hechos de la demanda*” o con alguna otra denominación, son narraciones que hace una parte del proceso sobre un(os) evento(s) que da(n) pie a la disputa jurídica. En el escrito de la sentencia, en suma, solo se consignan formalmente unos “hechos” para que el juez pueda tomar una decisión. Me mantengo, entonces, en el uso de la palabra “hechos” y no trato de acuñar otro término porque no sería muy útil, pues así no hablan en el *juego de lenguaje* de la dogmática.

b) La sustentación ( $s_u$ ) de la sentencia se puede entender como los argumentos que se dejan escritos para fundamentar la decisión. Para la visión tradicional del asunto, estas razones se pueden identificar como una regla –o “subregla”, como prefiere llamarla LÓPEZ MEDINA– del derecho para casos futuros<sup>17</sup>.

c) La decisión ( $d_c$ ) se puede entender como la parte resolutive de la sentencia. En esta parte se encuentra la “disposición”, un enunciado imperativo. El contenido de la decisión, en principio, solo les interesa a las partes del proceso (una condena, una absolución, una orden, una nulidad, etc.). En

15 Advierto que este giro me parece problemático, no obstante, no es posible *hablar distinto*, ahora, pues se perdería el hilo argumentativo.

16 En algunas sentencias, como en las acciones de nulidad o de inconstitucionalidad, no hay “hechos”, sino el valor jurídico de una disposición; esto se evidencia en los argumentos que expone el accionante contra una disposición, no obstante lo cual sigue habiendo una *narración*. Es por esto que me parece más preciso hablar de *narración*.

17 CHIASSONI llama a esta postura *normativa* del precedente (*ratio decidendi*) RD4, 5, 6 y 7 (2015: 31 y 32).

efecto, para ser más categóricos con la distinción, la parte resolutive de la sentencia es una “disposición” cuya interpretación da lugar a la “norma” de carácter particular –por regla general–, categoría que, en los términos de Bedoya (2009), es diferente a la de “jurisprudencia”<sup>18</sup>.

Volviendo a la pregunta sobre en qué parte de la sentencia se puede *encontrar* el “precedente”, la respuesta es en la sustentación ( $s_u$ ). Aquí existe una complicación, pues los jueces tienen diferentes formas de nombrar este apartado en sus escritos y lo llaman, indistintamente: “motivación”<sup>19</sup>, “fundamentos de derecho”, “consideraciones”, etc. La tarea del intérprete, inicialmente, está en encontrar el apartado de la sentencia que contiene las razones de la decisión del juez. Es, entonces, una tarea de búsqueda textual; las razones no las encontrará fuera de lo que dejó el juez escrito en la sentencia. Luego, en lo escrito comienza otra labor interpretativa: ¿qué quiso decir el juez aquí, allá, más adelante? ¿Por qué hizo esta referencia? Y otras preguntas acordes con el ejercicio interpretativo.

## 2. *RATIO-DICTUM*, ¿UNA DISTINCIÓN CLARA?

Volvamos a la definición propuesta y aclaremos otro asunto: el “precedente” es el conjunto de razones que expone un juez de una alta corte para sustentar la decisión judicial, que son tomadas por otro juez (otro operador jurídico) para aplicarlas a un nuevo caso, por la similitud de los “hechos”<sup>20</sup>. Una vez se haya hecho el ejercicio de *encontrar* la similitud de los “hechos”, lo que debe preguntarse el operador jurídico es: ¿qué es lo relevante de las consideraciones que hizo el juez del caso que está leyendo?; por lo cual, si queremos dar cuenta de este ejercicio, debemos preguntar, entonces, ¿cómo hace el operador jurídico para saber qué es relevante de la sustentación de la sentencia?

Según el trabajo de LÓPEZ MEDINA<sup>21</sup>, quien retoma la tradicional distinción que se hace en los sistemas anglosajones, las altas cortes han establecido algunos métodos para saber qué de una sentencia puede considerarse como el “precedente” judicial; en igual sentido, aunque no de forma directa, lo contempla LEVI (2005). Elijo estos dos autores como un paradigma de las dos posturas antagónicas en cuanto al concepto de “precedente”.

18 La distinción propuesta por Bedoya, la cual acogemos aquí, se encuentra en BEDOYA (2009: 159 ss.).

19 Este es el término acuñado, por ejemplo, por el Código General del Proceso colombiano (Ley 1562 de 2012).

20 Esta tarea también es interpretativa, y la similitud dependerá exclusivamente del intérprete, quien *crea* la relación.

21 Tomo el texto de LÓPEZ MEDINA (2000, 2006, 2008) como referente pues en Colombia es el libro más consultado sobre la materia y tanto la dogmática (en mayor medida) como la teoría se refieren a lo expuesto por él.

La idea que distancia a estos dos autores, casi para ubicarse en polos opuestos, está relacionada con el concepto de “precedente” que cada uno de ellos construye; por un lado, LÓPEZ MEDINA considera que en la sentencia que se analiza ya hay una “subregla” (regla<sup>22</sup>, en nuestro lenguaje), contrario a lo que trato de explicar, *no* hay tal regla en la sentencia sino que el juez que lee la sentencia *crea* esta regla. En otras palabras, podemos decir que el trabajo del juez, en LÓPEZ MEDINA, es el de un *buscador* de las reglas ya creadas, mientras que nuestro juez es un *creador* de las reglas; simplemente toma ese material escrito y lo *traduce*, en términos jurídicos, en una regla.

Las metodologías que tiene el operador para crear el “precedente”<sup>23</sup> –pues, se insiste, es el operador que lee una sentencia, y no el juez que redactó la sentencia, quien crea el “precedente”– son de variado calado y las resume LÓPEZ MEDINA (2006: 203 ss.), así que no vale la pena repetir lo que allí está claro. En resumen, para *seguir*<sup>24</sup> (crear<sup>25</sup>) el “precedente” es necesario hacer la distinción entre la *ratio decidendi* y el *obiter dictum*. Y para no *seguirlo* se utilizan dos figuras: la distinción (*distinguish*<sup>26</sup>) y el cambio de “precedente” (*overruling*)<sup>27</sup>.

La distinción que se usa es: definir qué es la *ratio decidendi* y qué es el *obiter dictum* de una sentencia particular. Por lo primero se entiende cuál (cuáles) es (son) la(s) razón(es) de la decisión, vinculante(s)<sup>28</sup> (*ratio decidendi*), y por lo segundo (*obiter dictum*) se entienden los otros dichos que no son necesarios para la decisión; es decir, hacer una exclusión de “partes” de la sentencia que son “meros dichos”.

22 Aunque sea un tanto ligera la expresión, para los fines del texto entiendo *regla* como los pasos que se deben seguir para llegar a un resultado determinado, en el caso de la “jurisprudencia”, a la resolución del caso.

23 En la tradición anglosajona que de vieja data ha trabajado el asunto, claramente se pueden encontrar varias herramientas, tales como limitar su alcance (*downsized*), pulir (*refining*), explicar (*explaining*), etc. En este trabajo me dedicaré a explicar las más usadas y las que la dogmática colombiana de una u otra manera ha *empleado*.

24 La teoría clásica y los fallos de las altas cortes colombianas hablan en términos de seguir o apartarse del precedente, como si aquel ya fuera una construcción terminada. En la medida de las posibilidades, solo para la discusión mantendré estos giros lingüísticos, pero advirtiendo que no los considero precisos.

25 Nótese que mi idea acerca del “precedente” tiene dos momentos: 1. el juez que lee la sentencia “crea” la regla, a partir de la lectura; luego, 2. ese juez “sigue” esa regla, acoge, pues, los argumentos del juez escribiente.

26 Denominación que se usa en el *common law*. Mantengo la denominación en inglés, porque la dogmática se ha ocupado de ella, aunque es claro que con la sola denominación en nuestro idioma bastaría.

27 Espero que el lector sea paciente con las múltiples aclaraciones. Recuerde que se habla así, “cambio de precedente”, pero como trataré de explicar luego, esto es impreciso, al menos teóricamente.

28 Esta palabra es importantísima porque sería ilógico pensar que hay razones irrelevantes para el juez que toma la decisión. Lo vinculante tiene que ver con el trabajo argumentativo que hace el operador jurídico cuando lee la sentencia y pretende “hallar” el precedente.

Supóngase que existen dos jueces: “juez R”, quien redactó la sentencia, y “juez L”<sup>29</sup>, quien lee la sentencia. Esta tarea, eminentemente interpretativa del texto de la sentencia, es tarea del juez (operador) que pretende hacer valer ciertas razones de una sentencia antecedente como un “precedente” judicial (“juez L”). La distinción, pues, no la hace el juez que emite la sentencia, por más que él (“juez R”) considere ciertas razones como fundamentales.

Permítaseme explicar la cuestión mediante un cuadro:

ESTRUCTURA QUE HACE EL “JUEZ R” DE SU SENTENCIA		
Sentencia $r$		
Sustentación ( $s_r$ )	Narración ( $n_a$ )	“Hechos” $\alpha$
	Argumento 1	Ratio decidendi
	Argumento 2	Ratio decidendi
	Argumento 3	Ratio decidendi
	Decisión ( $d_r$ )	“Norma” $\pi$

Sin ninguna dificultad, un juez que redacte una sentencia considerará que todo lo escrito en el texto es importante, relevante y está ligado estrechamente con la decisión. Los ejemplos, analogías, metáforas, alegorías, citas, e incluso la erudición, le parecerá al juez que deben estar allí, sin ellos la sentencia sería un sinsentido<sup>30</sup>. Quien haya escrito algún texto, incluso una esquila de amor, bien podrá creer que cada palabra debe ser usada para darle sentido a todo el texto buscando una finalidad; igual sucede con el juez redactor (“juez R”). Incluso las cuestiones estéticas, que no siempre se relacionan con el sentido de las cosas, son valiosas para el escribiente; ¿por qué poner esta palabra y no un sinónimo?, porque suena más bonito o, cree el escritor, hace más claro el asunto. Muchas veces el lector no llega a las mismas conclusiones que el escritor. Ahora, muchas veces ni el escritor puede dar cuenta de todo lo que escribió, simplemente al momento de escribir creyó que era importante o sonoro expresar ciertas cosas de una u otra forma.

Recordemos que si asumimos una posición de análisis textual no será –en principio– relevante la intención de quien escriba. De hecho, dudo mucho que se pueda identificar esa intención en el texto<sup>31</sup>.

29 Aquí también podría hablar del operador que lee la sentencia, para incluir a las partes del proceso. En aras de simplificar el asunto, me mantendré en mencionar solo al “juez”, pero bien puede entenderse que también se incluye a otro operador que lee la sentencia, como los abogados litigantes.

30 Si se me permite el símil con el cine, piénsese en algunas escenas que para los espectadores no son relevantes, recuérdese aquella en la que dos ancianos acostados en una cama esperan la muerte en el Titanic; alguien con buen tino dirá que esta escena no tenía que ver, en nada, con la historia de Rose y Jack, pero muchos una lágrima derramaron al ver a dos viejos cogidos de la mano a pocos minutos de que la señora muere los visite, en una clara muestra de cursilería hollywoodense.

31 Considero que cualquier giro que haga un intérprete en cuanto a la intención del “juez

Ahora, supongamos que un “juez L” (también puede ser otro operador jurídico), buscando en cuáles otras sentencias antecedentes se ha fallado algún asunto similar, encuentra la sentencia del “juez R” y llega a la conclusión que voy a ilustrar con el cuadro subsiguiente.

ESTRUCTURA QUE HACE EL “JUEZ L” DE LA SENTENCIA DEL “JUEZ R”			
Sentencia $r$		Juez R	Juez L
Narración ( $n_a$ )		“Hechos” $\alpha$	“Hechos” $\alpha'$ , que son similares a su caso
Sustentación ( $s_u$ )	Argumento 1	<i>Ratio decidendi</i>	<i>Ratio decidendi</i>
	Argumento 2	<i>Ratio decidendi</i>	<i>Obiter dictum</i>
	Argumento 3	<i>Ratio decidendi</i>	<i>Obiter dictum</i>
Decisión ( $d_e$ )		“Norma” $\pi$	“Norma” $\pi'$

Aquí se observa la distinción que pretendo mostrar. El “juez R” considera que todos los argumentos son necesarios para fundamentar su decisión; por el contrario, el “juez L”, haciendo una lectura del texto de la sentencia, considera que solo el argumento 1 es fundamental para la decisión, los demás son meros dichos que edulcoran el fallo, pero que no ayudan a la decisión<sup>32</sup>. También puede suceder que un “juez  $L_1$ ” considere que el argumento 2 es fundamental, al igual que el 1, pero no así el 3. Y podríamos continuar así con todas las combinaciones posibles “ $L_n$ ”. Mi interés no es evidenciar que no hay una regla para interpretar cuál es la *ratio* y cuál el *dictum* de una sentencia, sino afirmar que la distinción la hace el operador que lee la sentencia. Es una tarea interpretativa.

La creación del “precedente” es una cuestión de lectura, en primera instancia, más que de escritura. Un juez no escribe la sentencia pensando en que está creando un “precedente”, las razones que da en la sentencia son para fundamentar la decisión. Puede ser una sentencia muy bien escrita y convincente en cuanto a sus argumentos, pero si nadie la lee... no será “precedente” de nada. ¿Cuántas sentencias que resuelven un caso *difícil* se habrán perdido? Las herramientas tecnológicas ayudan a disminuir los riesgos de pérdida de textos, por eso ya tenemos a la mano sentencias de principios del siglo xx que antes no se habían podido leer con tanto ahínco.

Igual sucede con un artículo cualquiera de una ley, por ejemplo, una sentencia *no habla por sí sola*. Todo depende de la interpretación que se haga del texto; claro está, la forma de hacer la interpretación es diferente en una disposición legislativa y en una sentencia, pues la segunda es un texto

R” será una cuestión ideológica, en el sentido de buscar razones de peso para sustentar  $x$  o  $y$  interpretación.

32 Sucede igual con aquel espectador que considere que la escena de los ancianos puede eliminarse y la historia sería la misma. Espero que el lector también haya hecho el ejercicio y llegue a sus propias conclusiones.

“cargado” –menos escueto– que, por ejemplo, un artículo del Código Civil. Lo lacónico que puede ser el legislador respecto de lo extendido que puede resultar el juez cuando redacta la sentencia no es motivo para excluir una interpretación de la sentencia, por más que el texto supere –con creces– el número de palabras usadas en una disposición legislativa. La interpretación siempre existirá cuando se lee un texto<sup>33</sup>, en efecto, la *creación* de un texto es una interpretación. Por ejemplo, un cuento tan corto como *El dinosaurio*<sup>34</sup> se interpreta tanto como *La guerra y la paz*, a pesar de que el número de palabras del primero cabría miles de veces en el segundo. Igual sucede con la sentencia y la disposición legislativa<sup>35</sup>.

Se concluye –de lo dicho hasta aquí– que la distinción de las razones relevantes y aquellas que no lo son es una actividad que hace el lector de la sentencia, este puede extraer la totalidad de lo escrito o una parte. Ese quehacer, que no es cosa fácil, evidencia la tarea interpretativa del operador jurídico cuando lee el escrito de la sentencia. La distinción de las razones relevantes y las fútiles se da en la lectura de la sentencia por parte del operador, quien aún no la relaciona con el caso del que él se ocupa<sup>36</sup>.

En este punto se debe ser enfático: la tarea interpretativa no está relacionada directamente con el caso que resuelve, mas no quiero decir que no influya este nuevo caso en la lectura que se haga de la sentencia. ¡Por supuesto que el juez u operador jurídico lee la sentencia con una finalidad! No es una tarea pretendidamente objetiva. Es más, si me apuran un poco, me atrevería a decir que un individuo puede darle diferentes lecturas a ese mismo texto, cuantas veces lo lea; ¿o acaso alguien que haya leído más de dos veces *Cien años de soledad* tiene en todos los casos el mismo entendimiento? O mejor, un texto más simple como una tira cómica: un niño lee *Asterix el galo*, se ríe de las ocurrencias de Obelix y los jabalíes; años aquel niño –ahora joven– suelta el trapo no ya de las situaciones que se describen entre los cerdos salvajes y el galo sino de la burla socarrona que plantean los autores, GOSCINNY y UDERZO, de la sociedad europea de mitad del siglo XX.

33 A menos que se esté leyendo de viva voz, como los discursos o la función que hacen los voceadores.

34 “Cuando despertó, el dinosaurio todavía estaba allí” (MONTERROSO, 2008: 53).

35 Una buena defensa y, por supuesto, explicación del asunto se puede encontrar en el texto de MUÑOZ VALENCIA (2011). De él se deduce que el autor plantea una posición contraria a la asumida por LÓPEZ MEDINA (2008).

36 Volvamos al símil de la película *Titanic*. Supongamos que un nuevo director está trabajando en un nuevo filme sobre barcos y tragedias, o en una historia de amor trágico, y sabe que una cinta importante sobre esos temas es *Titanic*. Al ver la película señalará cuáles escenas son importantes y cuáles son irrelevantes. Haría, pues, la vez de JAMES CAMERON, sin serlo y sin creérselo, tratando de rehacer la cinta cinematográfica, con los materiales con que cuenta; no puede, en ese sentido, añadir escenas, lo único que puede es eliminar las que crea irrelevantes y que no ayudan a entender el desenlace.

Infortunadamente para el operador jurídico<sup>37</sup>, la nueva interpretación que haga estará limitada por lo dicho anteriormente. Si el “juez L” de nuestro ejemplo dijo que en la sentencia del “juez R” el argumento 2 era un *dictum*, una vez vaya a utilizar como referencia esa sentencia deberá circunscribirse a lo dicho en esa ocasión; podría cambiar de parecer, pero el sistema jurídico le exige que dé unas razones de peso para cambiar su interpretación. En palabras más simples, no se le exige otra cosa diferente a la *coherencia* que debe tener por ser una *autoridad*. Se le pide que los argumentos tengan un rigor en pro de la seguridad del sistema jurídico.

### 3. SEGUIR O NO SEGUIR: ESA ES LA CUESTIÓN

Una vez el operador (“juez L”) haga la consideración de cuáles son los argumentos relevantes (distinción *ratio-dictum*) de la sentencia que lee (“sentencia r”) debe decidir si estos se aplican al caso que él está examinando. Esta tarea puede ser antes o después de hacer la distinción de la *ratio* y el *dictum*, según se vea. Por un lado, un operador jurídico puede hacer un barrido de las sentencias que son antecedentes de su caso y escoger cuáles tienen alguna similitud con este, o también puede hacer la distinción *ratio-dictum* y luego elegir las que son pertinentes en el caso *sub examine*. Ambas tareas son interpretativas. El momento en el cual se haga la selección de las sentencias puede variar, en cierto sentido, la distinción sobre las razones de la sentencia. Pero, como este escrito no trata de señalar la mejor forma de hacer esta tarea interpretativa, simplemente advierto de esa variante. Para las finalidades del escrito hago caso omiso de los diferentes resultados que pueden darse y tengo como una constante el momento en que el operador jurídico hace la selección de sentencias.

Aquí el juego de selección que hace un operador debe relacionarse con lo que hace otro operador en el mismo caso, para poder hablar de una “distinción” (*distinguish*). La “distinción” no es otra cosa que señalar que un fallo anterior no se aplica al caso que se examina. Para ello, el operador que lea la sentencia debe dar unas razones. Estas razones solo serán evidentes cuando en un caso concreto dos operadores jurídicos, supongamos, el “juez L” y una parte del proceso (el accionante) “demandante L” (también *lector* de la “sentencia r”), tienen posiciones divergentes sobre la aplicación de las razones dadas en la sentencia del “juez R”. El “demandante L” considera que se debe aplicar porque hay similitud, mientras que el “juez L” no ve tal similitud.

37 Por supuesto que el problema individual no lo es para el sistema jurídico, de hecho se parte de que las autoridades deben tener cierta coherencia en sus decisiones, por lo tanto el sistema tiende a un hermetismo hermenéutico, a congelar un poco las interpretaciones de los operadores jurídicos, más aun cuando tienen la categoría de autoridad (juez o administración).

## UN ESQUEMA PROPUESTO DE LA “DISTINCIÓN” SERÍA EL SIGUIENTE:

	Sentencia $l$ ( $n_l$ )	
Sentencia $r$ ( $n_r$ )	“Hechos” $\beta$	
	Demandante L	Juez L
“Hechos” $\alpha$	“Hechos” $\alpha' \approx$ “Hechos” $\beta$	“Hechos” $\alpha' \neq$ “Hechos” $\beta$

En las consideraciones de la nueva sentencia debe haber unos argumentos mediante los que el “juez L” explique la distinción del caso, los cuales serían algo así como que el caso de esa sentencia del “juez R” no es asimilable al presente porque se refiere a  $\alpha$  y aquí lo que se discute es  $\beta$ , que son diferentes. Es, entonces, una discusión frente a la narración de la sentencia y no sobre la sustentación o la decisión de la misma.

Aquí, contrario a lo que muchos afirman, incluidos LÓPEZ MEDINA (2006) y BERNAL PULIDO (2005), y en cierto sentido la Corte Constitucional en la sentencia C-836 de 2001, no se está *separando* del “precedente”, simplemente no se está considerando esa sentencia *antecedente* relevante para el caso. Igual sucede con los operadores que tienen un cúmulo de disposiciones (y, ¡qué cantidad en Colombia!) para argumentar la decisión de un caso y eligen algunas; *otros* operadores pueden considerar algunas distintas y entonces se traba una discusión, la cual se resolverá o disolverá cuando se den razones en uno u otro sentido.

Distinto el caso del “cambio de precedente” (denominación que se usa en la dogmática) u *overruling* del *common law*, pues aquí sí se reconocen las similitudes de los casos, es decir, siguiendo nuestro ejemplo de los jueces, que existe similitud entre los “hechos” de la sentencia del “juez R” ( $\alpha$ ) y los “hechos” que se discuten en el proceso que resuelve el “juez L” ( $\beta$ ). Sin embargo, el “juez L” considera que lo dicho por el “juez R” no es aplicable al caso, pues considera que las razones para el caso que resuelve no son suficientes o, mejor, prefiere otra argumentación. En este escenario hay, evidentemente, una separación (negación) del “precedente” y se debe justificar en dicho sentido<sup>38</sup>.

Aquí puede parecer que hay una contradicción lógica entre la explicación que he expuesto y el concepto de *overruling*, empero no es tal. Quitemos el manto de niebla de la argumentación y se distinguirá con prístina claridad que el reconocimiento de las razones del “juez L” es la creación de un “precedente”; en este caso, es claro que el “juez L” crea un “precedente” pero no lo usa para resolver el caso, por más que diga que antes hay un caso similar. Este interesante giro argumentativo sirve como muestra de la contradicción que se puede dar en la creación de precedentes. Recuérdese que el “precedente” lo crea un operador lector, no solo un juez lector, de una sentencia; cuando se lee, se interpretan los textos de diferente manera, el juez como

38 Unos ejemplos de razones válidas están dados en LÓPEZ MEDINA y BERNAL PULIDO.

autoridad (en sentido kelseniano) deberá “responder” a los argumentos de las partes en cuanto a la inclusión de un “precedente” para fallar su caso. En este supuesto, el juez acepta que un juez anterior ya falló un caso similar, pero que hay razones suficientes para no “usar” el “precedente” en el que está fallando. Se traba, entonces, una discusión argumentativa que se disuelve con la decisión del juez.

Utilicemos de nuevo la figura retórica: el símil. Si el Comité Olímpico está en plena discusión sobre qué deportes integrarán las próximas olimpiadas, puede que algún miembro haga la petición de vincular como deporte olímpico a las “escondidillas” y el Comité descarte la petición por considerar que las “escondidillas” no es un deporte; al contrario, si la petición no está dirigida a considerar ese juego como deporte olímpico sino el patinaje, aquí la argumentación no estará dirigida a negar la calidad de deporte del patinaje sino que estará vinculada a decir por qué, a pesar de ser un deporte, no se considera adecuado para las olimpiadas. En el primer caso no se está hablando de un deporte, en el segundo se está hablando de un deporte. Igual sucede en el derecho, los operadores jurídicos pueden crear un “precedente” y no usarlo (*overruling*), o pueden no crearlo (*distinguish*).

Recapitemos. Por “precedente” entendemos: las razones relevantes de una sentencia (“sentencia *r*”) que son aplicables a un nuevo caso concreto. Esto es hecho por un operador jurídico (“L”) cuando está examinando un nuevo caso (el caso concreto, del que hablábamos) y lee la sustentación ( $s_u$ ) que un juez (“R”) ya ha hecho en una sentencia. No hay, recalco, un “precedente” *en el aire*, no se *halla* el precedente, se crea, lo crea el operador jurídico cuando trae a colación en la sustentación ( $s_u$ ) de su caso esas razones que están escritas en una sentencia antecedente.

Partiendo de un referente metajurídico, o desde un discurso teórico: el “precedente” es una figura jurídica que permite dar razones en torno a la coherencia y la delimitación de sentido(s) del sistema jurídico; la cuestión que se debe resolver, entonces, es: ¿cuál es el ámbito de aplicación del “precedente”? ¿Solo se utiliza esta figura en sede procesal o también puede ser usada en otros momentos y espacios, por ejemplo en los procedimientos administrativos?

La respuesta es simple: el “precedente” es una parte constitutiva de la “dogmática” y por ende se puede y se debe aplicar en las discusiones jurídicas, en las cuales sea aplicable. Esto puede parecer una perogrullada, no obstante, vamos paso a paso y veremos que la cuestión no es tan simple.

Esta idea ya había sido expuesta por HERNÁNDEZ BETANCUR (2009), dejando de lado las interpretaciones de los adalides del derecho de los jueces, quienes no se habían expresado sobre dicha posibilidad. Silencio que para muchos refería a la imposibilidad de aplicar el “precedente” en otros estrados (figurativamente) diferentes a los judiciales. LUIS FERNANDO HERNÁNDEZ plantea la posibilidad, tomando como argumento las “fuentes del derecho

administrativo”, argumento que no se comparte. Se suman al trabajo doctrinal las disposiciones del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, interpretadas en las sentencias de la Corte Constitucional, en especial la sentencia C-836 de 2011 –según la Corte– se dice que el “precedente” es *obligatorio* también en sede administrativa<sup>39</sup>. El ejercicio que debe hacer el operador jurídico (“administrador L”) es el mismo que haría un juez al fallar un caso: debe evaluar si existen razones en las sentencias que puedan aplicarse para el caso que resuelve.

El mal llamado “precedente administrativo” u obligatoriedad de la jurisprudencia en sede administrativa –algunos dogmáticos llaman a la sede administrativa “la vía gubernativa”– es la aplicación de lo dicho hasta este punto, pero, en vez de que lo construyan el juez y las partes del proceso, aquí lo hacen la administración y el administrado. Acaso algunos tiendan a confundir aquí la figura con las propias actuaciones que hace la administración y que se espera que también tengan alguna *coherencia*. En otras palabras, una administración pública puede resolver un caso de un administrado, mediante un acto administrativo; se espera, pues, que en un nuevo caso la administración en su motivación (parte del acto administrativo) emplee razones similares a las que tomó anteriormente. Esta figura no la entendemos como “precedente administrativo” y, por el espacio, no diremos más sobre ella, simplemente que es una figura distinta al “precedente” aquí explicado.

Bueno, se podrá cuestionar: ¿y si ya alguien construyó (creó) el “precedente”, no lo puede utilizar otro? La respuesta será que sí. ¿Sí? El lector se preguntará si, justamente, esta posición no sería una contradicción. En realidad no hay ninguna contradicción lógica. Es *posible* usar el “precedente L” que crea el “juez L”, y esto es distinto a afirmar que otro operador jurídico (“juez L<sub>1</sub>”), haciendo el mismo ejercicio que el “juez L” (lectura de la “sentencia r”), crea el “precedente L<sub>1</sub>”. Entonces, el “precedente L” y el “precedente L<sub>1</sub>” no son iguales. El “juez L<sub>1</sub>” puede *usar* el “precedente L”, él *no creará* ningún “precedente” sino que tomará la interpretación que otro hizo para aplicarlo a su caso, en la que los “hechos”  $\gamma$  serán similares a los de las “sentencias r y l”. Es decir, la interpretación que hace el “juez L<sub>1</sub>” de las narraciones (n<sub>a</sub>) de las sentencias sería la siguiente:

“Hechos”  $\alpha$ ’  $\approx$  “Hechos”  $\beta$ ’  $\approx$  “Hechos”  $\gamma$

Al igual que hay interpretaciones de las disposiciones que “*hacen carrera*” y se consolidan en el derecho<sup>40</sup>, ya sea porque quien las hizo es una alta corte (aquí varios sistemas jurídicos le dan un carácter *obligatorio* al contenido

39 Aquí solo refiero a lo que dice la dogmática para ilustrar un ejemplo, mas no me ocupo de las cuestiones *operativas* del “precedente”.

40 El derecho se crea en las interpretaciones que “hacen carrera” y se consolidan; casi

de la interpretación de las altas cortes) o un buen doctrinante (*de renombre*). La *palabra* (interpretación) de un doctrinante, o de una alta corte, pesa, la mayoría de las veces, más que el trabajo hermenéutico de un operador jurídico<sup>41</sup>, en razón ora del *prestigio* ora de la *autoridad* que reviste a cada uno de estos sujetos.

Así como ocurre con las interpretaciones consolidadas en sentido normativo (lectura de las disposiciones<sup>42</sup>), el “precedente” construido (una interpretación) puede ser criticado y destruido, con lo cual (la destrucción de la interpretación) poco o nada puede hacer el usufructuario de los argumentos, tan solo le quedará abandonarlo o mejorarlo (con esto último podemos decir que el operador, al mejorar los argumentos, construye un nuevo “precedente”).

En suma, el “precedente” es una creación continua que hacen los operadores jurídicos al tomar, para fundamentar sus casos, las razones de una sentencia anterior. Solo a esto, en el sentido que se ha expuesto en este texto, denomino “precedente”.

#### 4. LOS “CONCEPTOS JURISPRUDENCIALES”. UNA DISTINCIÓN CON EL “PRECEDENTE”<sup>43</sup>

Algunos autores confunden la “jurisprudencia” con el “precedente” o que el “precedente” es único que conforma la “jurisprudencia”, ¿eso es lo único? No, eso no es lo único, incluso, según entiendo, para LEVI (2005)<sup>44</sup> ni siquiera es esto la “jurisprudencia”; para este autor la “jurisprudencia” está conformada por los “conceptos jurisprudenciales”.

ningún operador cree que al repetir o tener en cuenta el entendimiento que todos los demás tienen de una disposición (en cuanto norma) está “tomando prestado” nada.

41 Tomemos un ejemplo de la literatura. Si yo digo que *El Quijote* tiene varios yerros gramaticales, en suma, que Cervantes usó mal el español, como una mofa del estilo literario de su época, algunos me tildarían de blasfemo y me vilipendiarían sin compasión. Ahora, si, en vez de afirmar esto, digo: según FERNANDO VALLEJO “el *Quijote* se burla de todo y cuanto toca lo vuelve motivo de irrisión: [...] los versos y la prosa” (2013: 87), aquí antepongo a FERNANDO VALLEJO como mi alférez y me escondo detrás de él, así quien pretenda criticarme tendrá que *vencer* primero a VALLEJO. En la dogmática sucede lo mismo, es lo que se conoce como “argumento de autoridad”.

42 Este es el trabajo de la doctrina. Ella se ocupa de leer las disposiciones y señalar que este debe ser el sentido de “x” norma y no la anterior. La crítica a las autoridades o a otros doctrinantes es lo que conforma una parte del derecho, muy importante por demás. Este trabajo, por supuesto, no se puede confundir con lo que hace el teórico. Mal haría aquel que pretenda confundir el trabajo de Kelsen con el de JAIME ORLANDO SANTOFIMIO.

43 Ciertamente este acápite es lacónico en muchos sentidos, sin embargo, no puedo dejar de mencionar este concepto y de explicar la diferencia que existe con el precedente.

44 En el texto de LEVI se muestra a través de ejemplos del derecho anglosajón cómo se van creando estos “conceptos jurisprudenciales”. Por eso recomiendo su lectura, para entender mejor este acápite.

Los “conceptos jurisprudenciales” son aquellos términos que *usan* los jueces (en la práctica judicial) repetitivamente a medida que se van enjuiciando los casos y, a partir de su *uso*, les van dando su contenido. El ejemplo que el jurista estadounidense explica en su libro es el concepto de “elementos peligrosos”. En nuestro medio (el colombiano) se pueden rastrear algunos, *v. gr.*, el “daño en la vida en relación”, el “mínimo vital”, el “derecho al agua”, las “actividades peligrosas”, el “estado de cosas inconstitucionales”, etc.

Aquí, en la “jurisprudencia” lo que se va creando con los fallos no es un “precedente” sino un “concepto jurisprudencial”: es el resultado de una construcción lingüística en torno a un tema específico, es decir, una palabra o conjunto de ellas que tienen un *sentido* particular en la práctica judicial y se usan en ese *sentido*. Justamente, el *sentido* es lo que se va *ajustando* de acuerdo con el *uso* que se haga del término; en las “sentencias” solo queda referenciada la *expresión usada* de una forma determinada.

Por eso, la relatoría que hacen las altas cortes –especialmente– parece estar más guiada hacia ese fin, con todo y el reproche de muchos (otra vez LÓPEZ MEDINA)<sup>45</sup>. El *concepto* se va puliendo, se afirma algunas veces, se deforma otras y hasta se abandona. El “concepto jurisprudencial” muchas veces se vincula con una entidad abstracta, por lo tanto no se relaciona con un caso en particular y justamente lo que evoca es la aplicación generalizada.

Tomemos, por ejemplo, el término “derecho al agua”<sup>46</sup> y la *creación* del “concepto jurisprudencial” por parte de la Corte Constitucional colombiana. En ninguna disposición, sea esta constitucional, legal o reglamentaria, se mencionaba la expresión “derecho al agua”<sup>47</sup>.

En las primeras sentencias de la Corte Constitucional la expresión que usaba era “derecho a la vida por el consumo de agua” (T-232 de 1993), relacionándola con el derecho fundamental que tienen todos para disponer el acceso al agua de los ríos para el consumo humano. Solo dos años después, el alto tribunal *usó* el término “derecho al agua” para *identificar* el derecho subjetivo que tiene una persona de recibir en su domicilio agua potable (T-413 de 1995). El término lo *emplea* nuevamente la Corte en la sentencia T-881 de 2002, para decir que los reclusos tienen un “derecho al agua” y,

45 Según LÓPEZ MEDINA, la relatoría de las altas cortes debería estar encaminada a señalar los precedentes, cuestión que, según hemos visto, es imposible de lograr, pues el trabajo que hace la relatoría no se basa en unos nuevos casos sino que es un trabajo de relacionar los expedientes del tribunal.

46 Existen varias referencias doctrinales que se han dado a cuenta del análisis de la jurisprudencia en un sentido de creación de conceptos, aunque, valga la advertencia, no lo consideran así –al menos explícitamente– algunos autores (cfr. GÓMEZ CABANA, 2011; BERNAL PULIDO, 2012; RAMÍREZ GRISALES, 2014).

47 Aquí hago un rastreo meramente enunciativo; son aproximadamente 80 sentencias en las que se *usa* el término “derecho al agua”, así que por el espacio será una versión meramente ilustrativa y sin todo el rigor. Recuérdesse que mi pretensión es diferenciar los “conceptos jurisprudenciales” del “precedente”.

por lo tanto, no se les puede suspender el servicio de acueducto así el centro penitenciario no haya pagado los consumos facturados. En el año 2007, la Corte Constitucional *usa* el término para referirse a que, además del derecho subjetivo que tiene un usuario de los servicios públicos domiciliarios, existe una obligación de los prestadores de no suspender los servicios públicos domiciliarios en ciertos casos (T-270 de 2007). Todos estos fallos constituyen el antecedente que permitió, en las sentencias T-717 de 2010 y T-740 de 2011, *construir* el concepto de “derecho al agua”, pues se concreta que el sujeto de ese derecho subjetivo debe ser una persona de “especial protección” y que debe regularse unas cantidades mínimas de agua potable (T-717 de 2010). A partir de la sentencia T-740 de 2011 se precisó el uso de la expresión cuando se limitó la cantidad a 50 litros de agua diarios por persona. La última sentencia que logré rastrear es la T-712 de 2014, en la que ya hay un concepto de “derecho al agua”. Por eso cuando la Corte plantea el caso y señala si debe o no tutelarse ese derecho ya hay un *sentido* concreto.

Aquí, como se evidencia, no se hace un trabajo como el que presenté en los numerales anteriores, tan solo se hace referencia al *uso* de las expresiones que permite que el *concepto* se  *Cree* y se  *use*. Es meridianamente claro que los casos no son similares, mas en todos se habla de un “derecho al agua”. En efecto, nótese una particularidad de los “conceptos jurisprudenciales”: si bien algunos *conceptos* hacen mejor carrera que otros, también hay un “concepto jurisprudencial” cuando se  *usa* la expresión deliberadamente con un  *sentido* distinto. Volviendo al ejemplo que mencioné atrás, en la primera sentencia puede haber un  *concepto* de “derecho al agua”, pero este se puede ir  *refinando* con el  *uso* hasta llegar al punto de crear un nuevo  *sentido* de estas palabras, a partir del cual los operadores empiezan a hablar de la misma forma. A diferencia de lo que ocurre con el “precedente”, en el caso de los “conceptos jurisprudenciales” no necesariamente se requiere que  *hagan carrera* dentro del sistema, ya que estos están presentes en las delimitaciones de  *sentido* que hace cada juez en sus “sentencias”<sup>48</sup>.

Como este trabajo no trata de evidenciar los casos de creación de “conceptos jurisprudenciales”, se dejarán a un lado observaciones que solo servirán de ejemplos de lo que se trata de exponer: dentro de la “jurisprudencia” se crean “conceptos jurisprudenciales” y estos son relevantes para la “dogmática” (los  *usan*, pues, el juez, el doctrinante, el administrador –en el sentido de la administración pública–, el abogado y el legislador, todos  *operadores jurídicos*).

48 De nuevo advierto sobre lo escueta que puede ser esta parte, pero no huelga recordar que simplemente menciono esto para diferenciar “precedente” y “conceptos jurisprudenciales”.

## CONCLUSIONES

Partiendo del supuesto de que la “jurisprudencia es la interpretación que se hace de una o varias “sentencias”, se pueden extraer al menos tres efectos que son diferenciables, cuando se interpreta ese texto (la “sentencia”): una “norma”, el “precedente” y los “conceptos jurisprudenciales”. Son figuras divergentes y no se pueden confundir, aunque varios operadores jurídicos así lo hagan.

Es frecuente equivocar la interpretación cuando se dice: la exequibilidad condicionada de una disposición es “precedente” en “x” caso. ¡No! Aquí lo que hay es una “norma” que está construida por una disposición y la interpretación que la autoridad (en Colombia, la Corte Constitucional y el Consejo de Estado) ha dado, tratando de limitar la lectura a los lineamientos que han sido expuestos en un fallo judicial. Es de obligatorio cumplimiento para los sujetos procesales y los destinatarios son todos<sup>49</sup>. Así las cosas, muchas veces la parte decisoria de la sentencia se aplica a todos y contra todos (*erga omnes*) y no es –siempre– particular como muchos aún insisten en sostener.

Los “conceptos jurisprudenciales” también son generales, de hecho parten de cierta abstracción para que se puedan aplicar. Recordando el ejemplo del “derecho al agua”, el concepto es el siguiente: un sujeto (persona de especial protección) tiene derecho a una cantidad mínima de agua potable (50 litros diarios) que deben ser entregadas por un medio idóneo en el lugar de residencia. Para entender todo el concepto se debe aclarar qué se entiende por “persona de especial protección”, “medio idóneo”, “agua potable” y “lugar de residencia”. La jurisprudencia ha llenado de contenido cada uno de los conjuntos de palabras antes referenciados, fallando los casos concretos; *v. gr.*, sobre los sujetos de especial protección se han resuelto problemas prácticos acerca de ancianos, menores de edad y discapacitados (física y mentalmente), y se ha añadido una cuarta categoría: los “desplazados”.

El “precedente” es la identificación de las razones de la “decisión” (*ratio decidendi*) que se dejan escritas en una sentencia ( $s_u$ ) que toma otro operador jurídico (“L”) para sustentar su caso; es producto de la interpretación, que solo puede circunscribirse a un texto en específico: una “sentencia”.

En suma, las pretensiones normativizadoras del “precedente” se echan al traste cuanto se concibe el “precedente” de esta versión, aunque sin duda este (la supuesta *obligatoriedad* del “precedente”) es un trabajo que queda pendiente de hacer luego del análisis propuesto en este texto.

49 Si se puede revisar con algo de detenimiento, una sentencia en la cual se hace uso de esta herramienta es la C-150 de 2003; en varios de los numerales de la parte resolutoria la Corte Constitucional condiciona la interpretación, la cual solo se considera válida en los términos que ella enuncia.

Este trabajo, no huelga recordarlo, tiene una pretensión analítica, por lo tanto no está enfocado en las cuestiones *operativas* de esta figura. Sin embargo, en las *explicaciones* que se han hecho en Colombia sobre la “jurisprudencia” o, como algunos prefieren llamarlo, el “derecho de los jueces” ha llevado a *confusiones* en cuanto al uso de estos conceptos aquí explicados. Este escrito espero sea la base para la construcción de *una* teoría de una “jurisprudencia” *no-normativa*.

#### REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BEDOYA, H. *Dogmática como derecho*. 2009. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- BERNAL PULIDO, C. *El Derecho de los derechos*. 2005. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- BERNAL PULIDO, C. El derecho fundamental al agua y su intrincada satisfacción. *Letras Jurídicas*. 17 (1), 2012, 23-48.
- BERNAL PULIDO, C. El precedente y la ponderación. En Bernal Pulido, C. y Bustamante, T. *Fundamentos filosóficos de la teoría del “precedente” judicial*. 2015. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 104-124.
- BUSTAMANTE, T. La función de la analogía en el precedente: acerca de la tercera operación jurídica básica de Alexy. En BERNAL PULIDO, C. y BUSTAMANTE, T. *Fundamentos filosóficos de la teoría del “precedente” judicial*. 2015. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 125-156.
- CHIASSONI, P. Filosofía del precedente. Análisis conceptual y reconstrucción racional. En BERNAL PULIDO, C. y BUSTAMANTE, T. *Fundamentos filosóficos de la teoría del “precedente” judicial*. 2015. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 21-66.
- DAVIDSON, D. *De la verdad y de la interpretación. Fundamentales contribuciones a la filosofía del lenguaje*. 1990. Barcelona: Gedisa.
- DWORKIN, R. *El imperio de la justicia*. 1988. Barcelona: Gedisa.
- GASCÓN ABELLÁN, M. La racionalidad y el (auto) precedente: breves consideraciones sobre su fundamento y las implicaciones de la regla del auto-precedente. En Bernal Pulido, C. y Bustamante, T. *Fundamentos filosóficos de la teoría del “precedente” judicial*. 2015. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 66-104.
- GÓMEZ CABANA, M. C. Protección del derecho al acceso al agua potable desde la jurisprudencia de la Corte Constitucional. *Letras Jurídicas*. 17 (2), 2012, 89-122.
- GUASTINI, R. *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*. 1999. Barcelona: Gedisa.
- GUASTINI, R. *Interpretar y argumentar*. 2014. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- HERNÁNDEZ BETANCUR, L. F. El valor jurídico del “precedente” en materia contenciosa administrativa. *Letras Jurídicas*. 14 (2), 2009, 151-182.

- ITURRALDE SESMA, V. *Interpretación literal y significado*. 2014. Madrid: Marcial Pons.
- ITURRALDE SESMA, V. Precedente como una fuente de interpretación. (Perspectiva desde el derecho continental). 231-261. En: BERNAL PULIDO, C. & BUSTAMANTE, T. *Fundamentos filosóficos de la teoría del “precedente” judicial*. 2015. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- KELSEN, H. *Teoría pura del derecho. Introducción a los problemas de la ciencia jurídica*. 2011. Madrid: Trotta.
- LEVI, E. H. *Introducción al razonamiento jurídico*. 2005. México: Coyoacán.
- LÓPEZ MEDINA, D. *El derecho de los jueces. Obligatoriedad del “precedente” constitucional, Análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial*. 2000. Bogotá: Universidad de los Andes-Legis.
- LÓPEZ MEDINA, D. *El derecho de los jueces. Obligatoriedad del “precedente” constitucional, Análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial*. 2006. Bogotá: Universidad de los Andes-Legis.
- LÓPEZ MEDINA, D. *La ley y el espíritu de la ley. Reflexiones pragmáticas sobre el lenguaje del derecho y sus métodos de interpretación*. 2008. Bogotá: Universidad de los Andes-Temis.
- MARMOR, A. *Interpretación y teoría del derecho*. 2001. Barcelona: Gedisa.
- MUÑOZ, D. *Cultura escrita y derecho. El derecho como artefacto literario*. 2011. Medellín: Universidad de Antioquia.
- MONTERROSO, A. “El dinosaurio”. En *Cuentos*. 2008. Madrid: Alianza Editorial.
- NARVÁEZ MORA, M. *Wittgenstein y la teoría del derecho*. 2004. Madrid: Marcial Pons.
- PUTNAM, H. *Sentido, sinsentido y los sentidos*. 2000. Madrid: Paidós.
- RAMÍREZ GRISALES, R. S. “La tensión entre el esquema empresarial para la prestación del servicio público de acueducto y el derecho fundamental de acceso al agua en la jurisprudencia constitucional”. *Letras Jurídicas*. 19 (1), 2014, 21-56.
- RORTY, R. *Contingencia, ironía y solidaridad*. 1991. Madrid: Paidós.
- RORTY, R. *La filosofía y el espejo de la naturaleza*. 2010. Madrid: Cátedra.
- VALLEJO, F. “El gran diálogo del Quijote”. En: *Peroratas*. 2013. Bogotá: Alfaguara, 84-101.
- WITTGENSTEIN, L. *Tractatus logico-philosophicus*. 1980. Madrid: Alianza.
- WITTGENSTEIN, L. *Investigaciones filosóficas*. 1988. México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Filosóficas.
- WITTGENSTEIN, L. *Los cuadernos azul y marrón*. 1994. Barcelona: Planeta-De Agostini.