

Óscar Mejía Quintana

Natalia Andrea Guzmán

La corte constitucional: entre la emancipación social y la eficacia sistémica

[37]

HACIA UN TERCER MODELO NORMATIVO
DE TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

ÓSCAR MEJÍA QUINTANA

Profesor Asociado –Generación 125 Años–, de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia. Profesor de Teoría Jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. Filósofo (Universidad Nacional de Colombia), Especialista en Filosofía Contemporánea (Georgetown University, Washington D.C.), Maestría y Doctorado en Filosofía Política y Filosofía del Derecho (Pacific University, Los Angeles). Actualmente adelanta un (post)Doctorado en el Departamento de Filosofía de la Universidad Nacional de Colombia.

NATALIA ANDREA GUZMÁN

Abogada de la Universidad Nacional de Colombia. Su trabajo de monografía, tal como el presente artículo, hace parte de un ejercicio de evaluación respecto a la postura de la Corte Constitucional colombiana frente a los principios constitucionales, que parte de la necesidad de su institucionalización e interpretación deontológica. Véase Natalia Andrea Guzmán Pérez, *Principios constitucionales como primera fuente de derecho: Problemática entorno a su incerteza y ponderación*, trabajo de Monografía para optar al título de Abogado, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2001.

RESUMEN

Este ensayo intenta mostrar la relación que desde Luhmann puede establecerse entre tribunal constitucional y sistema social, ilustrando la validez autorreferencial del sistema jurídico y, en este marco, el rol del derecho como reductor de complejidad a través del tribunal constitucional. En esa dirección, se abordan las críticas de Habermas a la metodología de trabajo del tribunal alemán y su propuesta de un modelo alternativo de adjudicación constitucional. Todo lo anterior se relaciona, finalmente, con la Constitución y la Corte Constitucional colombiana a partir de una consideración crítica de su Reglamento de Decisión y de algunas de sus sentencias con proyección sistémica.

ABSTRACT

This essay explores the relationship between the constitutional tribunal and the social system, drawing upon the insights of Niklas Luhmann. The self-referential validity of the judicial system is illustrated, along with the role of law in reducing complexity through the Constitutional tribunal. In this direction, Habermas' critique of the working methodology of the German tribunal and his proposal for an alternative constitutional adjudication model are explored. The above consideration are then applied to the Colombian Constitution and Constitutional Court through a critical examination of their decision-making procedures and some of their sentences that exhibit a systemic projection.

Introducción

En el desarrollo de su labor, la Corte Constitucional colombiana ha tomado diversas decisiones que han resultado altamente polémicas, dada su incidencia directa en ámbitos tales como el político, social y más específicamente el económico¹. A través de estos pronunciamientos², la Corte ha posibilitado la materialización de los derechos contenidos en nuestra Carta Política, con lo cual es hoy vista por un gran sector de la población como el único ente estatal que puede satisfacer las demandas de la sociedad, especialmente de las capas más desprotegidas. En esta visión, el tribunal constitucional no debería limitarse, en atención a las consecuencias prácticas de sus decisiones, sino que cumplirá rígidamente con su labor de protección al texto constitucional.

No obstante, y desde una perspectiva contraria, se afirma que la Corte se ha convertido en un entorpecedor de políticas económicas y sociales, pues al disponer improvisadamente de gran parte del presupuesto estatal, está actuando de manera financieramente inviable, lo que deviene en una mayor crisis y conflictividad para nuestro país³.

Sin pretensión alguna de adherencia a las anteriores posturas, debe concluirse que la materialización de los derechos constitucionales comporta una serie de dificultades objetivas de difícil superación, máxime en contextos como el colombiano caracterizado por la pobreza e insatisfacción de las necesidades básicas de

la población. La positivización de expectativas implica tener en cuenta que la no coincidencia entre la expectativa institucionalizada y lo acontecido, evidencia una sobrecarga impuesta al sistema jurídico, y hace latente el riesgo de su incapacidad de satisfacer los reclamos sociales, y con ello, su carencia de eficacia⁴.

De otro lado, deben ponerse de manifiesto las irreconciliables contradicciones inherentes al derecho sustancial. Esto se puede ilustrar claramente en nuestra Constitución: por una parte encontramos lo que puede denominarse "Derecho Económico Constitucional", el cual hace referencia a la necesaria cualificación de la economía a través de la aplicación de los valores, principios y normas constitucionales, que en virtud del carácter "social" de nuestro Estado, se entienden comprometidas con la labor de combatir las desigualdades sociales existentes⁵. Y, de otro lado, observamos la posibilidad de implementar un modelo neoliberal que, sin desconocer el texto constitucional, privilegie los intereses del mercado sobre los sociales y colectivos.

En este marco es definitivo retomar el cuestionamiento, en el que Habermas y Luhmann se identifican, a la figura del *Estado social de derecho*. Para Habermas, éste constituye la última hornada de juridización que mayor "colonización" del mundo de la vida ha originado, acelerando a su interior la desintegración de los diferentes contextos mundo-vitales que lo componen. En Luhmann este diagnóstico coincide en cuanto los derechos fundamentales, en tanto expec-

1. Para una visión general de la labor de la Corte Constitucional colombiana, Manuel José Cepeda (coordinador), *Derecho Constitucional. Perspectivas críticas*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 1999; *Observatorio de Justicia Constitucional. Balance jurisprudencial de 1996*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 1998. Respecto de la polémica en torno a la Corte Constitucional colombiana; Rodrigo Uprimny, "Justicia constitucional, derechos sociales y economía: Un análisis teórico y una discusión de las sentencias de Upac (1ª parte)", en revista *Pensamiento Jurídico* (No. 13), Bogotá, Empresa Editorial Universidad Nacional de Colombia, 2000.

2. Son ejemplo de fallos de la Corte con afectación económica, la determinación de las obligaciones de las EPS, el estudio de

sistema Upac, y más recientemente, la decisión de inconstitucionalidad de la Ley de Presupuesto, en virtud de la cual se ordenó el incremento retroactivo de los ingresos de los empleados y servidores públicos que devengarán un salario mensual superior a los dos (2) salarios mínimos. De igual forma, las sentencias C-383/99, C-700/99, SU-819/99, son una muestra representativa de dichos pronunciamientos.

3. Quienes se adhieren a esta postura crítica del control constitucional en el campo económico, hacen graves objeciones que fundamentalmente pueden concretarse en la falta de capacidad técnica de la Corte Constitucional para conocer de esos asuntos, el carácter antidemocrático que su inmersión implica, y el peligro de politización de los procesos que se desarrollan a su interior. Entre otros, Salomón Kalmanovitz,

"¿Despotismo nuevo?", en *Lecturas Dominicales*, diario *El Tiempo*, diciembre 10 de 2000.

4. Pilar Giménez Alcóver, *El Derecho en la Teoría de la Sociedad de Niklas Luhmann*, Barcelona: J.M. Bosch Editor S.A., 1993.

5. Óscar José Dueñas Ruiz, *Jurisprudencia humanista en el constitucionalismo económico*, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 2000.

tativas contrafácticas de comportamiento, no logran en su seno el grado de desustancialización que posibilite la identificación de las diferentes perspectivas ciudadanas con los mismos, poniendo en peligro la autorreferencia del sistema jurídico y la posibilidad de predeterminar la doble contingencia, es decir, de prefigurar el conflicto al interior del sistema social.

En ambos casos, el Estado democrático de derecho, para garantizar la integración efectiva de la sociedad, tiene que cuidarse de una excesiva *materialización de los derechos* que, ante la imposibilidad de cumplir, lo deslegitime por no poder manejar la complejidad generada por él mismo (Luhmann) o acudir a una racionalidad discursivo-procedimental de la soberanía popular (Habermas) que, en la figura del tribunal constitucional, adopte frente a los conflictos una perspectiva deontológica.

Habermas critica, retomando la perspectiva deontológica de Dworkin de la "respuesta correcta", la *metodología* del Tribunal Constitucional alemán que tiene en la "teoría de la ponderación" y la "solución del caso concreto" sus principales fundamentos⁶. Para Habermas, esta metodología del tribunal constitucional origina que sus decisiones no sean "justas para todos" sino "buenas para algunos", en la medida en que los bienes colectivos en tanto bienes individuales son traducidos a principios jurídicos (como derechos fundamentales) que, al ser ponderados, inclinan al tribunal constitucional a priorizar realmente una concepción de vida buena sobre otras, impidiendo que su decisión sea reconocida como justa y, por tanto, legítima por el resto de sujetos colectivos que componen la sociedad.

De ahí que Habermas se remita al constitucionalismo estadounidense para reivindicar, con Ely y Ackerman⁷, frente a las corrientes liberal-formal y republicano-comunitarista⁸, la *lectura procedimental-deliberativa* que el tribunal constitucional debe hacer

de la Carta, abogando por una participación igual de todos los afectados en los procesos de decisión institucionales y una desmaterialización y consecuente procedimentalización deliberativa de los principios y valores constitucionales⁹.

Esta ponencia quiere dar cuenta de la *problemática normativa* de la Corte Constitucional colombiana a partir de las dos intuiciones que sobre la misma parecen estar en conflicto en nuestro contexto, ambas determinadas por modelos normativos sobre el papel de los tribunales constitucionales en las sociedades contemporáneas. De una parte, una *intuición neoliberal* que considera que el tribunal constitucional no debe intervenir en la economía, modelo que se sustenta en la tradición libertaria de Nozick a Hayek¹⁰. De otra, una *intuición socialdemócrata*, en la línea del liberalismo social, el socialismo democrático e, incluso, la "tercera vía", que considera, por el contrario, que el tribunal tiene la potestad de intervenir tanto en la economía, como en todo dominio de la sociedad, con el objeto de materializar los derechos fundamentales que la Constitución consagra.

La *hipótesis de trabajo* que esta ponencia quiere ilustrar es que, entre ambos modelos, un tercero puede terciar en ese conflicto. Ese tercer modelo normativo de tribunal constitucional quiere fundamentarse a partir de los planteamientos de dos paradigmas: el autopoietico de Niklas Luhmann y el discursivo de Jürgen Habermas. El primero señala como prioridad de un tribunal constitucional en sociedades fragmentadas, como la nuestra, la *reducción de complejidad social* a través de la reducción de complejidad del mismo sistema jurídico. Ello supone dos condiciones: una, que el sistema jurídico haya podido definir claramente los principios sistémicos del ordenamiento y, otra, que el procedimiento de decisión del tribunal constitucional posibilite tal reducción.

6. Robert Alexy, "Teoría de la Ponderación", en *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, C.E.C., 1993, pp. 157-172.

7. Ver John Hart Ely, *Democracia y desconfianza*,

Bogotá, Siglo del Hombre Editores/Ed. Uniandes, 1997; Bruce Ackerman, *El futuro de la revolución liberal*, Barcelona, Ariel, 1995; y *La política del diálogo liberal*, Barcelona, Gedisa, 1998.

8. C. R. Sunstein, *After the Rights Revolution*, Cambridge, 1990; M. J. Perry, *Morality, Politics and Law*, Oxford, 1998, y F. I. Michelman, "Conceptions of Democracy in American Constitutional

Argument", *Florida Law Review*, 41, 1998, pp. 443-49. Jürgen Habermas, "Justicia y legislación: sobre el papel legitimador de la jurisprudencia constitucional", en *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 1998, pp. 311-361.

10. Robert Nozick, *Anarquía, Estado y utopía*, México, Fondo de Cultura Económica, 1998; Friedrich Hayek, *Droit, législation, liberté*, Paris, PUF, 1997.

Por su parte, el segundo va a mostrar que la metodología de trabajo del tribunal constitucional debe adoptar, precisamente para garantizar una efectiva reducción de complejidad, una *interpretación deontológica* de la Constitución que garantice decisiones justas para todos, frente a una teleológica que, en su afán de materializar derechos toma partido por visiones de vida buena, llegando a decisiones buenas para algunos. Tal metodología se concreta en las figuras de la ponderación y el caso concreto, especialmente. Incliniéndose por la solución republicana, aunque evitando sus excesos, Habermas desarrolla un modelo de decisión constitucional que adopta un modelo de *democracia deliberativa* como fundamento de su metodología de adjudicación, optando, frente a la lectura neoliberal que prioriza los derechos individuales, y frente a la lectura socialdemócrata que prioriza los derechos sociales, por una lectura de la Constitución que la interpreta desde los derechos-participación de la ciudadanía.

En lo que sigue, someramente intentará mostrarse la relación que desde Luhmann puede establecerse entre tribunal constitucional y sistema social (1), ilustrando la nueva racionalidad sistémica, la validez autorreferencial del sistema jurídico y, en este marco, el derecho como reductor de complejidad y el rol que como tal juega potencialmente un tribunal constitucional. Posteriormente, se abordará el planteamiento de Habermas frente al tribunal constitucional (2), primero en cuanto a sus críticas a la metodología de trabajo del tribunal alemán y, en seguida, el modelo de democracia deliberativa que debe asumir como modelo de adjudicación constitucional. Finalmente, se pondrá lo anterior en relación directa con la Constitución y la Corte Constitucional colombiana a partir de una consideración crítica de su Reglamento de Decisión, de la sentencia T-406/92 que intentó conferirle dinamicidad sistémica al ordenamiento, y, por último, de la sentencia C-083/95, que se constituye como un lamentable retroceso en relación a la sentencia antes señalada (3).

1. Tribunal constitucional y sistema social *Nueva racionalidad sistémica*

Luhmann ha expuesto en detalle las categorías que describen la dinámica de los sistemas, algunas de ellas de especial abstracción. Para los propósitos de este tra-

bajo se realizará una interpretación de las mismas que permita enfatizar la naturaleza de la nueva racionalidad sistémica propia de la sociedad poscapitalista contemporánea¹¹.

La categoría básica de todo sistema es la de *complejidad*. Su principal concepto es el de *autorreferencia*, el cual hace alusión a la capacidad del sistema de autoobservarse y, a partir de ello, autoorganizarse, lo cual es manifestación del carácter *autopoiético* que todo sistema connota. La autopoiesis, concepto tomado de la microbiología, pone de presente la "naturaleza viva" que caracteriza a un sistema. La *producción* del sistema es autoproducción y reproducción por y para el mismo.

La autorreferencia remite al *concepto de adaptación*: el imperativo del sistema es adaptarse a su propia hipercomplejidad en un proceso de autoadaptación sistémica, es decir, regulado por él mismo y orientado hacia sí mismo. La adaptación se da a partir del *concepto de selección*, independiente del sujeto, el cual busca determinar la alta complejidad sistémica y reducirla por medio de nuevos procesos. La complejidad del sistema sólo se resuelve complejizando más el sistema. El *concepto de información* se constituye en el principio-guía de lo anterior: la información permite ubicar el acontecimiento que incide funcionalmente en el sistema, creando posibles disfunciones y exigiendo la autoadaptación estructural a la nueva situación.

En este orden, el *concepto de complejidad* remite a una función determinante del sistema: la *función de límite*. Esta representa la posibilidad de dar orden al sistema, de organizarlo internamente y, al mismo tiempo, de optimar su funcionalidad frente al entorno. En este marco, la *limitación inmanente* del sistema es la capacidad del conjunto de poseer elementos interrelacionados pero que en determinados momentos no se relacionan simultáneamente. De aquí proviene la eventualidad de *paradojas sistémicas*, es decir, el surgimiento de una complejidad indeterminable e inaprehensible que el sistema no alcanza a captar, momentáneamente, y que de no solucionar lo puede conducir a su fin como tal.

Estos vacíos de autopercepción sistémica son los que el sistema trata de controlar por medio de la función de límite. El límite se da en dos sentidos: en relación al entorno, lo cual le permite estabilizar los desniveles que

11. Niklas Luhmann, "Sistema y función", en *Sistemas sociales*, Barcelona, Anthropos, 1998, pp. 37-62.

se producen entre éste y el sistema; y, de otra parte, como concepto de *diferenciación interna*, lo cual evita la unificación indiscriminada entre diferentes subsistemas.

Esto nos remite a la segunda categoría, la de *constricción*. Luhmann la explica a partir de tres tipos de capacidad que el sistema posee: la *capacidad de conexión*, expresión misma del carácter autopoietico del sistema; la *capacidad de condicionamiento*, o sea la regulación mutua que se da entre los subsistemas interactuantes; y la *capacidad de interpenetración* que permite la relación recíproca entre los subsistemas y los elementos componentes. Los subsistemas o elementos del sistema se relacionan en la medida en que se *constríen*: en otras palabras, la complejidad del sistema exige que sus partes entren en relación entre sí, condicionándose mutuamente, es decir, fijando límites a sus respectivas competencias gracias a una permanente comunicación. La conexión se da en una relación simultánea de condicionamiento e interpenetración y en ella reside la diferencia entre el sistema y su propia complejidad.

La tercera categoría determinante es la de *procesalización*. Su postulado es que la unidad del sistema se da en la medida en que se convierte en procesos: el sistema no es una amalgama amorfa de elementos, sino que se organiza a partir de funciones y estructuras procesalmente determinadas. La categoría comporta dos principios funcionales: el primero es el *principio de constitución múltiple*, el cual hace referencia a que el sistema se estructura desde un permanente diálogo intersubsistémico; y segundo, el *concepto de comunicación*, que adquiere en este contexto toda su relevancia. La comunicación recíproca entre los subsistemas es la condición de su autolimitación, es decir, de su mutuo condicionamiento e interpenetración. La comunicación intersubsistémica permite la reducción autoselectiva de la complejidad y remite al hecho de que las unidades deben ser capaces de procesalizarse de manera autorreferente.

Por último, la categoría de *autopoiesis*, que sin duda marca el contraste más significativo entre la teoría convencional de sistemas y la propuesta de Luhmann. El sistema, al ser autopoietico, debe concebirse como un sistema cerrado, absolutamente autorreferente. El entorno, en este sentido, pertenece al sistema y tiene que

ser asumido como un subsistema del mismo. El contacto con el entorno es, por esta razón, un *autocontacto* pues su complejidad es tal que cada sistema se ve obligado a manejarlo, no como otro sistema, sino como un subsistema de sí mismo, con el fin de poder concebir su instrumentalización y adecuar la complejidad de aquél a la propia, sin caer en una desdiferenciación que produciría su final.

Validez autorreferencial

La *autorreferencia* es, según Gunther Teubner, el concepto más general para tratar con una racionalidad sistémica. Podemos distinguir diferentes tipos o grados de autorreferencia, dependiendo del grado de "referencia", que van desde la autoobservación, autodescripción, autoorganización y autorregulación, hasta la auto-producción, autorreproducción, autoconservación y autopoiesis.

La *autoobservación* hace referencia a la capacidad de un sistema de influenciar y reconstruir sus propias operaciones, de forma tal que determine su futuro desarrollo. La *autodescripción*, señala Teubner, es el término dado para describir ese tipo de efecto en la unidad compleja del sistema. La doctrina legal producirá en este sentido, autodescripciones de las operaciones legales primarias y sus estructuras.

La *autoorganización* es la habilidad de un sistema para producir espontáneamente un orden autónomo, el cual no le vendrá impuesto del entorno, sino que será determinado por el sistema mismo mediante la interrelación de sus componentes. En este nivel de autorreferencialidad se encuentra la aplicación de lo que Hart denomina "reglas secundarias", mediante las cuales se establecen formas de identificación de "reglas primarias" y procedimientos, es decir, serán reglas de reconocimiento sistémicas.

La *autorregulación* es la variante dinámica de la autoorganización. Un sistema estará autorregulado cuando además de adoptar y estabilizar sus propias estructuras, cuenta con la capacidad de alterarlas según su propio criterio. El derecho se autorregula cuando no simplemente establece reglas secundarias para la identificación de las reglas primarias, sino que además fija normas y procedimientos para cambiar la legislación existente.

El concepto de *autoproducción* hace referencia al poder del sistema de producir sus propios elementos. En este punto resulta importante subrayar una aclaración acertadamente expuesta por Teubner: la autoproducción no implica que todas las causas se encuentren localizadas al interior del sistema. En este sentido, la autoproducción no niega la fuerte influencia que para el caso del derecho, tendrán diversos factores sociales, económicos y políticos; pero sin embargo, este tipo de autorreferencia impone un diferente matiz a tal influencia, enmarcándola en un proceso de comunicación entre el derecho y su entorno, recordando que este último será para el derecho —entendido como sistema— uno de sus subsistemas.

Esto nos remite a otro grado de autorreferencialidad: la *autorreproducción*. La reproducción a cargo del sistema mismo estará determinada tanto por factores internos como externos, y se realizará mediante la extracción y constitución selectiva de nuevos elementos para el sistema. De esta forma, el sistema establece una secuencia de movimientos organizados, en la que un movimiento produce otro y lo incorpora al sistema, y así sucesivamente, obteniendo un número limitado de posibles movimientos. El sistema extrae nuevos elementos de procesos en curso, y éstos, constituirán el nuevo sistema.

La *autoconservación* es la preservación de la identidad del sistema, e implica, de un lado, la conservación del límite entre el sistema y su entorno, y de otro, el suministro de energía para la autoproducción y autorreproducción sistémica.

Finalmente, la *autopoiésis* se refiere a la habilidad del sistema no sólo de autoproducir sus propios elementos, sino también todos sus componentes: elementos, estructuras, procesos, límites, identidad y unidad del sistema. Pero no sólo el sistema debe tener la capacidad de autoproducirse, sino que además el ciclo de autoproducción y el de autorreproducción deben al-

canzar un enganche tal que la producción cíclica sea posible, garantizando las condiciones de un *hiperciclo productivo*.

La autoobservación, autodescripción, autoorganización y autorregulación constituirán las operaciones “suaves” del sistema, en tanto que serán operaciones “fuertes”, la autoproducción, autorreproducción, autoconservación y autopoiésis. Esta distinción matiza el concepto de autopoiésis, por cuanto plantea una tensión respecto de si tanto las operaciones “suaves” como “fuertes” corresponden al sistema, desde una perspectiva interna, o si por el contrario deben relegarse las operaciones “suaves” a la perspectiva externa del observador, con lo cual la autopoiésis deberá restringirse a las operaciones “fuertes”¹². Luhmann afirma que solamente la combinación de las operaciones “suaves” y “fuertes”, hará posible la reproducción autopoiética. La autopoiésis sólo podrá darse cuando la autorreproducción coincida con la autodescripción.

En síntesis, el concepto de autopoiésis importa básicamente tres rasgos: primero, la autoproducción de todos los componentes del sistema; segundo, la autoconservación del ciclo de autoproducción mediante un enganche hipercíclico; y, por último, la autodescripción como la regulación de la autoproducción.

El derecho derivará su validez en un sentido autorreferencial, y sólo mediante un cierre hipercíclico, y la producción y reproducción de sus propios componentes podrá cumplir su función: reducir complejidad en sí y en la sociedad.

Derecho y complejidad social

La contingencia constituye la problemática más delicada que debe afrontar toda disciplina científica social. Luhmann le da un giro al concepto y considera que la contingencia verdadera es la que *anticipa posibilidades*. La complejidad se constituye en la totalidad de posibles interacciones que permiten evitar la contingencia. Tanto la contingencia como la variedad son controladas cuando el sistema prefigura las posibilidades de manera autopoiética. Al considerar todo sistema social como un sistema global, los problemas sociales en su conjunto siempre son internos. La reducción del exceso de variedad es el problema social de mayor importancia¹³.

12. Gunther Teubner, “La nouvelle auto-referentialité”, en *Le droit, un système autopoiétique*, París, PUF, 1993.

13. Wallace H. Provost, <http://home.ia.net/~n4bz/law/lulawo.htm>.

El desarrollo de sistemas sociales incrementa las posibilidades de interacción con el mundo. Esto provee el primer requisito del cambio evolutivo: una *fuerza de variedad*. Simultáneamente cada sistema provee el segundo requisito: un *mecanismo de selección*. Cada sistema escoge entre el espectro de posibles interacciones que mejor puedan realizar sus objetivos¹⁴. Teniendo en cuenta que la variedad de posibilidades excede las que pueden usarse se requiere una *selección selectiva*¹⁵.

Según Luhmann, mientras que la teoría del derecho subvalora el problema de la complejidad, una teoría jurídica sociológica, de carácter sistémico-funcional, enfrenta precisamente este asunto. De esta forma, el problema de la función de la norma se perfecciona en dicha teoría, asumiendo también la cuestión acerca de la función de las estructuras en la perspectiva de asumir el problema de la *reducción de la complejidad*. Por consiguiente, la función de la norma debe entenderse como reducción de la complejidad social en el dominio de la conducta interhumana.

Una teoría sistémica del derecho positivo hace depender la validez del derecho de las decisiones jurídicas¹⁶. Esto significa, que la validez del derecho depende de un *proceso de decisión* socialmente controlable, el cual reduce las posibilidades a una medida válida organizada y efectuada explícitamente, permitiendo una reducción más eficaz de la complejidad social¹⁷.

Las normas jurídicas son *expectativas contrafácticas* de estabilización de comportamiento que permiten fijar expectativas en el caso de desacuerdos cognitivos, tanto por su contenido formal como por la posibilidad de ser alterados institucionalmente. De ahí que la validez del derecho no sea nunca cuestionada¹⁸. No

obstante, la legislación puede constituir un exceso de variedad sistémica, y frente a ello, la revisión judicial tendrá la función de equilibrarla. El sistema jurídico escoge las posibles normas que pueden ser usadas en la interacción normativa de la sociedad para estabilizarlas contrafácticamente y, gracias a ello, que no dependan del arbitrio de nadie en especial¹⁹.

Existen dos criterios para constreñir el ejercicio de las leyes. Primero, tal constricción debe *encausar las incongruencias* que ponen en cuestión la administración de la ley. Segundo, la constricción debe orientarse a la *aplicación de las leyes* y no a su creación. La *revisión judicial* expresa este imperativo en el derecho moderno positivo. La revisión judicial constituye el más alto nivel de constricción del sistema legal que opera sobre la administración de las leyes para mantener la estabilidad en torno a la variedad de interpretaciones posibles y tiene en el precedente legal su principal mecanismo, pues éste limita la interpretación de las leyes a estándares examinados y probados como aceptables.

La revisión por sí sola no es suficiente: debe ser a su vez constreñida por un nivel más alto, el de los principios. El nivel luhmanniano de los principios sistémicos corresponde al de los *principios legales* de Dworkin, a saber: primero, el de que toda decisión política debe tratar a todos los ciudadanos como iguales, susceptibles de ser tratados equitativamente con igual preocupación y respeto²⁰. Segundo, el de que si una decisión política es tomada y anunciada como que respeta la equidad, cumpliendo la exigencia del primero, entonces un cumplimiento posterior de tal decisión no es ya una decisión política que tenga que ser igual

14. Juan García Amado, "Un sistema prototípico: El sistema jurídico" en *La Filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann*, Bogotá, Universidad Externado (Serie Teoría Jurídica No. 5), 1997, pp. 168-184.

15. Jesús Martínez, "Teoría de sistemas: La autorrefe-

rencia", en *La imaginación jurídica*, Madrid, Debate, 1992, pp. 82-94.

16. Ver Niklas Luhmann, *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, Madrid, C.E.C., 1974; y, sobre todo, *A Sociological Theory of Law*, Londres, Routledge & Kegan Paul, 1985.

17. Niklas Luhmann, *Organización y decisión. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo*, Barcelona, Anthropos, 1982.

18. Ignacio Izuzquiza, "El sistema del derecho", en *La sociedad sin hombres*, Barcelona, Anthropos, 1990, pp. 292-298.

19. Todo esto responde al proceso de constitucionalización del derecho que caracteriza el fin de siglo, tal como lo presenta Gustavo Zagrebelsky, "Los caracteres generales del Derecho Constitucional actual", en *El derecho dúctil*, Madrid, Trotta, 1995, pp. 9-20.

20. Sobre la decisión judicial y sus connotaciones, Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1989; *El imperio de la justicia*, Barcelona, Gedisa, 1992; *Ética privada e igualitarismo político*, Barcelona, Paidós, 1993; y, finalmente, *La comunidad liberal*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores/Universidad de los Andes, 1996.

en su impacto, sino una decisión jurídica cuyo objeto es la reducción de complejidad social.

Dworkin —como Luhmann— se interesa, no por principios de justicia extrasistémicos, sino por los *principios sistémicos* que los jueces pueden utilizar para hacer legítimas sus decisiones. Los principios de justicia son el más alto nivel de un sistema legal²¹. En este sentido, un tribunal constitucional tendrá como vital función la del constreñimiento del excedente legislativo, atendiendo a principios sistémicos.

La autopoiesis de un sistema jurídico, su validez autorreferencial y la reducción efectiva de complejidad (externa e interna), dependen en últimas, de que el sistema haya podido reducir a un mínimo sus principios sistémicos de tal manera que garanticen la adecuada autoadaptación del sistema.

2. Tribunal constitucional y democracia deliberativa

Crítica a la metodología del tribunal constitucional

El ámbito donde se resuelve la tensión entre sistema jurídico y complejidad social es, para Habermas, el dominio específico de la *adjudicación constitucional*. El derecho constitucional se erige hoy por hoy en el engranaje central de las sociedades complejas y los conflictos sociales pasan necesariamente por su mediación, lo que hace de los tribunales constitucionales el organismo clave de la legitimidad, la validez y la eficacia del sistema social en su conjunto²².

Dos paradigmas jurídicos han determinado la historia del derecho moderno: el paradigma burgués de derecho formal y el paradigma de Estado benefactor de derecho materializado. El primero, que puede denominarse *paradigma burgués-liberal*, reduce la ley a formalidad legal y la justicia a igual distribución de derechos, mientras que el segundo, que puede designarse *paradigma de bienestar social*, reduce la ley a políticas burocráticas y la justicia a justicia distributiva.

Tales posiciones son reflejadas por dos perspectivas opuestas de *aproximación al derecho*: la *deontológica* y la *teleológica*. La perspectiva *deontológica* establece lo que es justo mientras que la *teleológica* determina objetivos sociales según una concepción del bien prevaleciente. Habermas rechaza la segunda y

adhiera a la primera como la única legítima en una sociedad pluralista, si bien la metáfora del superjuez Hércules de Dworkin se revela como una figura monológica antes que dialógica, pese a su bien intencionada visión deontológica.

La perspectiva monológica de Dworkin sólo puede superarse a través de una teoría discursiva del derecho. Habermas retoma críticamente la teoría de la argumentación de Robert Alexy para mostrar que sólo una interpretación dialógica del derecho, como la que ésta supone, permite sobrepasar el “solipsismo” del superjuez Hércules dworkiniano y fundamentar argumentativamente “las presuposiciones y procedimientos” del discurso legal como tal.

Pero la teoría del discurso legal, tanto de Alexy como de otros autores, parece adolecer de una debilidad tangencial: su énfasis en el dominio del derecho y su discusión y toma de distancia frente al discurso moral le hace olvidar el papel que la política deliberativa juega en todo el proceso y de qué manera es a través de ella, es decir, de la expresión del poder comunicativo de la sociedad civil, que es posible inferir discursivamente los contenidos normativos —no sólo legal-argumentativos— de los procedimientos y productos jurídicos.

La *disolución del paradigma burgués-liberal* y su variante, la del *Estado de bienestar*, se ve justificada en ambos casos, en cuanto la perspectiva ciudadana pretende ser reemplazada o por una separación inflexible de poderes (paradigma liberal) que le arrebatara su soberanía sin posibilidad efectiva de recuperarla en el manejo de los asuntos públicos, pese a los diques de un poder judicial que por defenderla se extralimita, o en la “materialización” del orden legal (paradigma del Estado de bienestar) que al imponerle a la administración pública un contenido social específico “remoraliza”, desde una determinada visión de bien, los contenidos de un discurso legal que debía ser autónomo e imparcial frente a la pluralidad de concepciones sociales de vida buena.

Por eso las respuestas de ambos paradigmas, que en sus momentos históricos fueron acertadas, requieren hoy en día una reformulación diferente que le permita al discurso legal inferir contenidos normativos —discursiva y comunicativamente— desde la esfera de la opinión pública, sin caer en la dictadura del sistema

21. Para una visión crítica de la decisión judicial, Duncan Kennedy, *A Critique of Adjudication*, Cambridge, Harvard University Press, 1997. Igualmente John H. Ely, *Democracia y desconfianza*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores/Ediciones Uniandes, 1997.

22. J. Habermas, “El papel de la jurisdicción y jurisprudencia constitucional en la comprensión liberal, en la comprensión republicana y en la comprensión procedimental de la política”, en *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 1988, pp. 349-361.

legal o de las mayorías, o en la "tiranía de valores" del superjuez, sucesiva o indiscriminadamente. En este contexto, se impone la necesidad de un *tercer paradigma* donde las condiciones procedimentales para la génesis democrática de los estatutos legales sea garantizada por la legitimidad de la ley promulgada.

En este punto, Habermas intenta justificar su propuesta directamente desde los modelos normativos de adjudicación constitucional. Aborda, inicialmente, la *metodología de trabajo* del tribunal constitucional alemán al que critica por lo que considera una falsa autocomprensión de la misma, en cuanto que, a través de las figuras de la ponderación y el caso concreto, se asimilan valores morales a principios jurídicos con lo que las decisiones judiciales pierden su carácter deontológico, justo para todos, y adquieren un peligroso sesgo teleológico, bueno para algunos.

Los *derechos fundamentales* interpretados como bienes jurídicos optimizables en vez de como principios jurídicos deontológicos, convierten el derecho en un medio de realización de patrones de vida buena, tomando partido por unos frente a otros, con lo que las decisiones judiciales pierden progresivamente su base de legitimidad e, incluso, de eficacia, poniendo en entredicho de manera paulatina su propia validez. De ahí que Habermas considere mejor y más ilustrativa la lectura de la Constitución que se ha adelantado en el contexto norteamericano. En efecto, en los Estados Unidos se ha mantenido históricamente una tensión entre dos lecturas de la Constitución por parte de dos paradigmas dominantes²³. De una parte, el *modelo liberal* y, de otra, el *modelo republicano* y sus respectivas concepciones de libertades ciudadanas negativas y positivas.

La visión liberal propicia un modelo pasivo de ciudadanía, donde ésta se convierte en un refrendador regular, a través del mecanismo de las elecciones, de las políticas públicas del Estado de bienestar social y de la administración estatal del momento, mientras que la republicana, de otra, al forzar una moralización de la política desde una determinada concepción de vida buena, pese a suponer un concepto altamente protagonista de la ciudadanía, rompe la necesaria autonomía e imparcialidad que el pluralismo de las sociedades complejas requiere para preservar el equi-

librio y la integración social de sus diferentes comunidades entre sí.

Para Habermas, la concepción discursivo-procedimental del derecho constitucional debe concernir antes que todo con la calidad de la discusión y argumentación democráticas. Esto representa un modelo de democracia discursiva que se constituye en alternativa al modelo liberal-individualista y sus patologías inherentes de desinterés y privatismo civil y al republicano-comunitarista y su imposición de una visión moralizadora unilateral de la vida política y legal de una sociedad.

El modelo de democracia deliberativa

La única forma de superar tanto los dilemas convencionales como los posconvencionales de los tribunales constitucionales contemporáneos, reside, para Habermas, en la adopción, por parte de éstos, de un modelo de democracia que supere el conflicto de los paradigmas liberal y republicano. La reconstrucción racional permite fundamentar la legitimación democrática superando las lagunas de las teorías convencionales, lo cual hace referencia, directamente, a la necesidad de replantear la democracia liberal. Ésta—en cualquiera de las dos perspectivas anotadas—ha reducido la democracia a procesos de dominación o de retórica. Su reconstrucción supondría una síntesis entre las concepciones liberal-burguesa y republicano-comunitarista. Las elecciones democráticas deben funcionar como instrumentos de racionalización discursiva de la opinión pública en torno a decisiones gubernamental-administrativas fundadas en procedimientos legales. Habermas desarrolla con esto un *modelo de democracia radical* alternativo al liberal y al republicano.

Para esto, Habermas se ayuda de un concepto de *sociedad holística* donde el principal papel del Estado

23. C. R. Sunstein, *After the Rights Revolution*, Cambridge, 1990; Bruce Ackerman, *El futuro de la revolución liberal*, Barcelona, Ariel, 1995 y *La política del diálogo liberal*, Barcelona, Gedisa, 1998; entre otros, M. J. Perry, *Morality, Politics and Law*, Oxford, 1998; y F. I. Michelman, "Conceptions of Democracy in American Constitutional Argument", *Florida Law Review*, 41, 1998, pp. 443-490.

debe ser la neutralidad frente al conjunto de formas de vida y visiones competitivas del mundo, lo cual impone la necesidad de una reinterpretación discursiva del proceso democrático. La categoría central viene a ser la de una soberanía popular procedimentalizada y un sistema político anclado en la red de una esfera política pública de una sociedad descentrada. El éxito de una política deliberativa reside no solo en una ciudadanía colectivamente activa sino en una institucionalización de los procedimientos y condiciones de comunicación públicas, así como en la interrelación de la deliberación institucionalizada con los procesos informales donde se crea y consolida esa opinión ciudadana²⁴.

En confrontación con otras versiones sociológicas de la democracia, Habermas desarrolla un modelo sociológico de circulación del poder político que, gracias a las prescripciones constitucionales que garantizan el flujo del *poder comunicacional social*, permitan a la sociedad civil penetrar el sistema político-administrativo a través de una esfera pública politizada y beligerante²⁵. Modelo de política deliberativa cuyo resultado final debe ser un poder generado comunicativamente con una competencia dual sobre los actores sociales involucrados y el poder administrativo de la burocracia²⁶.

El paradigma discursivo-procedimental recoge el contenido normativo de la *soberanía popular procedimentalizada* que las revoluciones democrático-radicales proyectan para la sociedad contemporánea, poniendo de presente la cooriginalidad del derecho y la política a partir de un principio discursivo bifurcado simultáneamente como principio de argumentación moral y como principio democrático-legal. Habermas *deshipostasia* la categoría de soberanía popular, reducida por el paradigma liberal-burgués a una abstracción jurídica vacía, mostrando los contenidos plurales que supone y su articulación con una esfera viva de la opinión pública que hunde sus raíces en las diferentes formas de vida de una sociedad, pero, al mismo tiempo, evitando caer en una *interpretación etizante* de la vida pública, propia del paradigma republicano, que conduzca a priorizar una forma de vida buena sobre el conjunto de la sociedad.

El *paradigma discursivo-procedimental* toma distancia frente a los dos paradigmas de adjudicación constitucional más representativos de la época con-

temporánea, reivindicando de ambos lo que Habermas considera que prolonga las proyecciones normativas de las revoluciones democrático-radicales del siglo XVIII. Del *paradigma republicano* retoma su concepción activa de la ciudadanía, es decir, de una soberanía popular entendida como fuente plural y permanente de legitimación del Estado y, por tanto, con plena capacidad y derecho de poner en cuestión su dinámica administrativa. Y del *paradigma liberal* la noción clave de procedimientos democrático-legales imparciales que permitan la expresión de esa voluntad y la formación de una opinión pública que penetre el poder administrativo del Estado y lo ponga al servicio del poder comunicativo de la sociedad.

De lo anterior se deriva el papel mediador que Habermas confiere al Tribunal Constitucional en las sociedades complejas como *hermenéuta político-jurídico* de esa soberanía popular activa y plural, y su deber imperativo de conciliar la tensión entre hechos y normas, desde una perspectiva que garantice la más amplia participación de los afectados en los procedimientos democráticos. Esto supone, precisamente, que el tribunal asuma, como paradigma de adjudicación constitucional, el discursivo-procedimental que Habermas propone como el más adecuado.

Todo esto conlleva, según Habermas, a que el juez constitucional deje de escudarse en una supuesta "neutralidad legal" de su lectura de la Constitución y acepte que sus decisiones "en derecho" son *decisiones políticas*, inspiradas por modelos de democracia que reproducen en la decisión judicial el conflicto y la tensión señaladas, las cuales no pueden ser superadas sino asumiendo un modelo de democracia deliberativa que, tomando como Norma Fundamental el Principio Discursivo y erigiendo como su *álter ego* a la opinión pública, asegure para todos los sujetos colectivos iguales procedimientos de deliberación.

De esta manera, en la línea de Ely y Ackerman, el tribunal constitucional opta por la alternativa republicana del siglo pasado de interpretar procedimentalmente la Constitución, sin priorizar ni los derechos-libertades ni los derechos sociales, sino articulando la unidad del ordenamiento desde los derechos-participación de una ciudadanía discursiva y comunicativamente concebida.

24. La traducción sociológica que la comprensión de un concepto de política democrática deliberativa requiere una reconstrucción diferente a la definición deflacionaria sugerida por Bobbio y la interpretación tecnocratizante de Dahl. Norberto Bobbio, *The Future of Democracy*, Cambridge, 1987; Robert Dahl,

Democracy and Its Critics, New Haven, Conn., 1989. 25. J. Elster, *The Cement of Society*, Cambridge, 1989; y H. Willke, *Ironie des Staates*, Frankfurt am Main, 1992.

26. Modelo desarrollado por Habermas a partir de una revisión crítica de la propuesta de Bernard Peters, *Rationalität, Recht und Gesellschaft*, Frankfurt am Main, 1991.

3. Constitución y Corte Constitucional

De lo expuesto hasta el momento podemos afirmar que dos obstáculos se yerguen estructuralmente a una reducción de la complejidad social por parte del sistema jurídico colombiano, así como a la adopción de un modelo de adjudicación constitucional que garantice una interpretación deontológica de la Constitución. El primero es la inexistencia de principios sistémicos delimitados y jerarquizados que permitan asegurar una adecuada reducción de complejidad al interior del sistema jurídico, en la línea de Luhmann y Dworkin ilustrada anteriormente. Y el segundo es la inexistencia de un procedimiento de decisión al interior de la Corte, que, al garantizar el consenso, posibilite la unidad y completud del sistema jurídico en esa misma perspectiva, sin que las decisiones se conviertan en "buenas para algunos" según la lotería del magistrado ponente escogido.

Tales problemas no son excentricidades académicas. Fueron ambos detectados por uno de los magistrados más preclaros de la Primera Corte, Ciro Angarita, e intentaron ser, vanamente por desgracia, corregidos por él. En orden cronológico éstos fueron abordados, el segundo en la Aclaración de Voto al Reglamento de Decisión de la Corte²⁷, promulgado en 1992, y el primero en la sentencia T-406/92 que intentó introducir un criterio de ordenamiento sistémico en la interpretación de la Constitución, estableciendo una diferencia entre valores y principios constitucionales.

Establece el Reglamento respecto al quórum y la mayoría de las reuniones de la Corporación, que "[c]onstituye quórum para deliberar y para decidir la mayoría absoluta de los miembros de la Corporación"²⁸, y respecto del consenso, señala que "cuando uno o más Magistrados estimen fundadamente que un asunto se decida por consenso y así lo propongan, la Sala Plena de la Corte hará lo conducente para lograrlo"²⁹. Sin embargo, añade que de no obtenerse el consenso, "se aplicará la regla general sobre mayorías"³⁰.

Así, resulta claro que las decisiones de la Corte Constitucional se definen por *regla de mayoría*, y la opción del consenso no está en lo más mínimo especificada, ni en sus aspectos procedimentales ni en los normativos³¹. Esto se ve corroborado por el numeral 6º del artículo 34, donde se enfatiza la regla de mayoría en torno al proceso de deliberación:

6º [...] La parte resolutive requerirá para su aprobación la mayoría absoluta de los votos de los Magistrados. La parte motiva se podrá aprobar por mayoría relativa. Para aprobar los informes de comisión y demás documentos se requerirá mayoría absoluta.

Como queda expreso, las únicas fórmulas que la Corte incluye en su reglamento hacen referencia a dos criterios básicos de mayoría: *absoluta y relativa*, sin especificar ningún criterio, ni procedimental ni normativo, para la toma de tales decisiones.

La *Aclaración de Voto* del magistrado Ciro Angarita al Reglamento de la Corte se convirtió así en una dolorosa profecía³²:

7. [...] [D]ebo expresar mi justa preocupación, porque en el texto del mencionado reglamento no aparezcan procedimientos adecuados para la toma de decisiones que garanticen eficazmente el carácter participativo y pluralista propio de una República Unitaria (art. 1), la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana (art. 7), y el pleno respeto a los derechos de las minorías (arts. 176 y 265).

8. Tampoco se estimuló decididamente el discurso racional colectivo hacia el consenso como intento fructífero de auscultar la complejidad de nuestro ser nacional. Se le sustituyó por la avasallante y seca decisión numérica de la mayoría absoluta. De este modo, una vez más, lo instrumental terminó por permanecer en desmedro de lo axiológico.

Dos problemas neurálgicos conlleva este Reglamento: primero, que las decisiones se toman por regla de mayoría a partir de acuerdos y no de consensos; segundo, que la inexistencia de procedimientos de consensualización al interior de la Corte propicia decisiones no sólo cuya legitimidad queda por lo mismo en entredicho, sino que además no permite tomar decisiones deontológicas "justas para todos", sino axiológicas "buenas para algunos", propiciando con ello

27. El Reglamento de la Corte Constitucional se rige por el Acuerdo 05 de 1992 "Por el cual se recodifica el Reglamento de la Corporación".

28. Artículo 2 del Reglamento de la Corte (Acuerdo 05/92).

29. Artículo 3 del Reglamento.

30. *Ibid.*

31. Para esta crítica de los

procedimientos de decisión de la Corte Constitucional, José Antonio Rivas y Óscar Mejía Quintana, "Consenso y opinión pública o regla de mayoría", en revista *Pensamiento Jurídico*, No. 8, Bogotá, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Nacional de Colombia, 1997, pp. 85-111.
32. Magistrado Ciro Angarita, Aclaración de un voto al Reglamento Interno de la Corte Constitucional (Acuerdo 002 del 92).

inseguridad jurídica por la imprevisibilidad de las decisiones, y fracturando el tejido social por la no aceptación generalizada de las mismas. Estas falencias resultan más graves si se tiene en cuenta que, como lo afirmara Angarita en la aclaración antes señalada, el reglamento de la Corte Constitucional es el reflejo de la concepción que la Corte posee de la Constitución y de cómo ésta debe ser aplicada. En efecto, el reglamento "[...] no es un simple conjunto de normas destinado a regular mecánicamente el ejercicio de una función pública [...], él está llamado a convertirse en la expresión fiel de la forma como la Corte entiende que debe hacerse una integración, aplicación y desarrollo paradigmáticos de los principios y valores fundamentales de la Carta, al igual que en la encarnación de una operante y activa pedagogía constitucional"³³.

Angarita, profundizando sistémicamente en sus críticas al Reglamento, trató de superar la grave anomalía del procedimiento de decisión de la Corte acudiendo a un *consenso de segundo piso* a partir de la Corte, para subsanar el que no logró darse al interior de la Constituyente³⁴, con el objeto de fijar unos criterios de interpretación menos dispersos que, al definir los principios sistémicos del ordenamiento jurídico, posibilitara la adecuada adaptación del mismo a su propia complejidad y la del entorno.

En una lectura audaz —no muy ortodoxa— de la teoría de Dworkin, Angarita pretendió distinguir principios y valores constitucionales, planteando la prioridad de aplicación inmediata de los primeros sobre los segundos y constituyéndolos como los *grandes articu-*

ladores sistémicos del sistema jurídico³⁵. Sin embargo, como se vio, tanto Dworkin como Luhmann conciben estos principios de manera muy restringida, pues de lo contrario el imperativo de adaptación del sistema a su complejidad seguiría siendo imposible. En el caso colombiano, los *principios constitucionales* son nueve³⁶, varios de ellos de carácter polisémico lo que, indudablemente, sigue introduciendo un alto grado de complejidad desestructurada al interior del sistema jurídico y, por lo mismo, sin poder constituirse en un adecuado reductor de complejidad del sistema social en su conjunto³⁷. Este problema es puesto de manifiesto en la misma sentencia T-406/92:

b-. [...] [N]o siempre son [los principios] suficientes por sí solos para determinar la solución necesaria en un caso concreto. No obstante el hecho de poseer valor normativo, siguen teniendo un carácter general y por lo tanto una textura abierta, lo cual, en ocasiones, limita la eficacia directa de los mismos. En estos casos se trata de un problema relativo a la eficacia más o menos directa de los principios y no a un asunto relacionado con su falta de fuerza normativa.

Debe observarse que los "valores constitucionales" son otros tantos, igualmente vagos, y con ello se estaría incrementando aún más la complejidad del sistema jurídico colombiano³⁸. Además, la falta de jerarquización de los principios es otro elemento que impide su capacidad de descomplejización, ya que para su aplicación debe siempre realizarse una ponderación de ellos, según el caso concreto, en una decisión judicial, que, como se anotó, será de tipo político, de carácter

33. *Ibid.*

34. La Constitución del 91 fue el fruto de un acuerdo de minorías y no de un amplio consenso social. Consuelo Ahumada, *El modelo neoliberal*, Bogotá, Ancora, 1997.

35. Señala Angarita en la T-406/92 que, "[l]os principios constitucionales, a diferencia de los valores que establecen fines, consagran prescripciones jurídicas generales que suponen una delimitación política y axiológica reconocida y, en consecuencia, restringen el espacio de interpretación, lo cual hace de ellos normas de aplicación inmediata, tanto por el legislador como por el juez constitucional. [...] Los valores son normas que establecen fines dirigidos en general a las autoridades creadoras del derecho y en especial al legislador; los principios son normas que establecen un deber ser específico del cual se deriva un espacio de discrecionalidad legal y judicial. La diferencia entre principios y valores no es de naturaleza normativa sino de grado y, por lo tanto, de eficacia".

36. Son principios constitucionales, según la sentencia T-406/92: el Estado

social de derecho, la forma de organización política y territorial, la democracia participativa y pluralista, el respeto de la dignidad humana, el trabajo, la solidaridad, la prevalencia del interés general (artículo 1), la soberanía popular y la supremacía de la Constitución (artículo 2).

37. Véase Natalia Andrea Guzmán Pérez, *Principios*

constitucionales como primera fuente de derecho:

Problemática en torno a su incerteza y ponderación, trabajo de Monografía para optar al título de Abogado, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2001.

38. Según la misma sentencia son valores constitucionales: la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad, la

paz (preámbulo de la Constitución); y en relación con los fines del Estado, lo son, el servicio a la comunidad, la prosperidad general, la efectividad de los principios, derechos y deberes, y la participación (inciso primero del artículo 2 de la Constitución).

axiológico, no deontológico, susceptible de la misma crítica que Habermas formulara al tribunal constitucional alemán.

Más allá de las falencias señaladas, la T-406/92 representa un importante avance en la necesaria sistematicidad de nuestro sistema jurídico y la constrictión al entramado legislativo. Siendo innegable su intento por asignarle a los principios la función de articulación normativa³⁹, la sentencia C-083/95⁴⁰, debe observarse como un cuestionable retroceso respecto del rol sistémico de los principios: primero, supedita la observancia de los principios a la aplicación normativa, con lo cual los despoja de su capacidad de articulación sistémica; y, segundo, da apertura a un número casi ilimitado de principios, introduciendo más complejidad interna en el sistema. En efecto, señala:

El test final y definitivo que permite establecer si una "regla general de derecho" (denominada a veces "principio") es o no parte del sistema positivo, consiste en verificar si resulta o no armónica con la Constitución, así ésta no la contenga de manera explícita.

En una interpretación hartiana bastante rígida⁴¹, observa la Corte en esta sentencia que los principios tienen el carácter de simples criterios auxiliares que, por no estar expresamente consagrados en la Constitución, deben ser considerados extrasistémicos:

[...] ¿qué debe hacer el fallador cuando los elementos contingentes del derecho positivo se le han agotado sin encontrar en ellos respaldo para su decisión? [...] El nuestro, lo autoriza a recurrir a contenidos extrasistemáticos, a los que el propio sistema refiere formalmente v. gr.: el derecho natural, la equi-

dad, los "principios generales del derecho", expresiones todas que claman por una concreción material que sólo el juez puede y debe llevar a término. *Se trata entonces de principios que no satisfacen las condiciones de la regla de reconocimiento y, por ende, no hacen parte del ordenamiento pues no son materialmente reducibles a la Constitución* (cursivas fuera de texto).

En resumen, tenemos por un lado un procedimiento de decisión de la Corte que no se centra en el logro de consensos y que tiene en la regla de mayoría su instrumento de conciliación principal. Y, de otro, un número excesivo de principios sistémicos desjerarquizados e, incluso, ignorados⁴² que no logran darle unidad y completud al ordenamiento jurídico. En otras palabras, el sistema jurídico está sujeto a la interpretación personal que de los principios hagan los nueve magistrados y, en caso de conflicto, a la imposición mayoritaria de un criterio extrajurídico sin posibilidades de control ciudadano ni constitucional. En este marco, aunque sin duda el *precedente constitucional* y la definición de líneas jurisprudenciales es un avance relativo, al partir de la asistematicidad de los principios y de un procedimiento de decisión no consensual, la variedad de complejidad, que el mismo precedente debería ayudar a constreñir, continúa multiplicando la contingencia del sistema jurídico y social⁴³.

Conclusión

La constitucionalización del derecho en la época actual, dada la complejidad de las sociedades contemporáneas, impone la necesaria adopción de *principios unificadores* que superen la desintegración social. Esto

39. Este intento resulta ostensible en la fuerza normativa y obligatoriedad que se le otorga a los principios frente a las normas. Señala la T-406/92 que "[...] un principio constitucional jamás puede ser desconocido en beneficio de otra norma legal o constitucional o de otro

principio no expresamente señalado en la Constitución, pero puede, en ciertos casos, necesitar de otras normas constitucionales para poder fundamentar la decisión judicial. [...] Las normas, como los conceptos, en la medida en que ganan generalidad aumentan su espacio de influencia pero pierden

concreción y capacidad para iluminar el caso concreto".
40. Esta sentencia forma parte de una línea jurisprudencial, entre las que se pueden contar las sentencias C-113/93, C-131/93, C-083/95, T-123/95, C-037/96, T-175/97, T-321/98 y SU-047/99. Esta línea gira en torno a la descripción e interpretación de las fuentes

del derecho y criterios auxiliares, en especial, el precedente judicial y su obligatoriedad. Diego Eduardo López, *El derecho de los jueces*, Bogotá, Legis, 2000.

41. Ver consideraciones de Robert Alexi sobre la regla de reconocimiento hartiana en *Concepto y validez del derecho*, Barcelona, Codiza, 1994.

42. Al respecto, debe tenerse en cuenta que, como lo reconociera hace poco el magistrado Cifuentes en una entrevista en videocasete para el curso de Filosofía del Derecho de la Universidad Nacional de Colombia, la Corte nunca aplicó la T-406/92.
43. Sobre esta discusión remitirse al excelente estudio de Diego López, *El derecho de los jueces*, op. cit.

comporta una nueva lectura del texto constitucional que supere la rigidez del positivismo y el formalismo jurídicos y permita interpretarla como un texto en construcción desde las perspectivas políticas de la ciudadanía. El tribunal constitucional debe propender por la conciliación entre ciudadanía y Constitución, tomando como referente, no el texto inerte de la Carta Política sino el contexto vivo de la soberanía popular, implementando así una *democracia deliberativa*.

Al planteamiento habermasiano, aplicado a nuestro contexto, subyacería la intuición de que los principios constitucionales son generalmente interpretados desde dos paradigmas de democracia: el liberal y el social, y es desde ellos que son leídos respectivamente los derechos fundamentales, priorizando en el primer caso los derechos-libertades, y en el segundo los derechos-sociales. La democracia deliberativa como modelo de adjudicación constitucional supone no sólo garantizar una perspectiva deontológica de decisión, sino, precisamente, superar la dicotomía de los derechos-libertades y derechos-sociales, interpretando la Constitución —a partir de la reducción de sus principios sistémicos— en términos de derechos-participación, para además garantizar la validez autopoietica del sistema, tal como la concibe Teubner. Esto constituye el tercer modelo normativo de tribunal constitucional propuesto, y que puede mediar entre las perspectivas neoliberal y socialdemócrata, resolviendo la tensión respecto de las atribuciones que le corresponden a un tribunal constitucional.

Bajo esta nueva intuición, es claro que la defensa de la Constitución colombiana, en cabeza suprema de la Corte Constitucional, se encuentra deficientemente procedimentalizada. El problema radica en que, de un lado, el procedimiento de toma de decisión en esa instancia constitucional no establece criterios de *participación democrática y decisión consensual* y, de otro, no existen unos *principios realmente sistémicos y jerarquizados* que brinden el necesario límite al juez constitucional, en aras a reducir la excesiva y delicada complejidad del derecho, y, por ende, de una sociedad desgarrada y en conflicto como la nuestra. En este orden, la Corte tendría que asumir dos transformaciones: primero, se hace necesaria la concepción de nuevos mecanismos de procedimentalización a su interior, lo

que implica no sólo un cambio en su reglamento, sino también un giro en su percepción de la Carta Política hacia un "nuevo derecho" fundado en un *modelo de política deliberativa*⁴⁴. El paradigma discursivo-procedimental sugiere, en este sentido, asumir una perspectiva deontológica, en virtud de la cual, la interpretación constitucional legítima prioriza lo que es igualmente justo para todos, más que lo que es bueno para unos desde un punto de vista determinado. Segundo, la Corte debería adoptar *principios sistémicos* que, de un lado, unifiquen nuestro sistema jurídico, y de otro, constriñan la propia labor del tribunal constitucional, al igual que el entramado normativo, reduciendo así la complejidad interna y, en consecuencia, la creciente y fracturada complejidad social.]

A la luz del tercer modelo normativo de tribunal constitucional propuesto, una procedimentalización adecuada de la labor de la Corte Constitucional colombiana significa de un lado, el cambio de la regla de mayoría imperante, por mecanismos de decisión consensual, que, por la aceptación general que implican, garanticen la legitimidad de las decisiones y la reconstrucción del tejido social; así como la adopción y acatamiento de limitados y jerarquizados principios sistémicos, en torno a los cuales se erijan las decisiones del juez constitucional, dando coherencia y unidad al sistema jurídico, a la par que posibilitando su validez autorreferencial.

Esta lectura da al sistema de derechos, y al sistema jurídico-político en su conjunto, una base de legitimidad social mucho más amplia, en tanto que la unidad, coherencia y plenitud del sistema queda supeditada al espectro de la deliberación pública, en el cual coinciden tanto la perspectiva interna del operador jurídico como la externa del observador social. El conflicto entre derechos-libertades y derechos-sociales, queda así amortiguado —al menos en los términos teórico-normativos de la filosofía y la teoría del derecho en los que este escrito ha buscado situarse— con ese tercer modelo de adjudicación constitucional, y se resuelven también las posibles tensiones entre derechos y democracia.

44. Ver Óscar Mejía Quintana, *Derecho, legitimidad y democracia deliberativa*, Bogotá, Temis, 1998.