

LAS FRONTERAS DEL DERECHO¹

MAURICIO GARCÍA VILLEGAS
Profesor de la Facultad de Derecho
Universidad Nacional de Colombia

El positivismo jurídico de Hans Kelsen tenía la doble ventaja de explicar el derecho de manera sencilla y a partir de una racionalidad exclusivamente jurídica, lo cual hacia del abogado un profesional autosuficiente en relación con las demás áreas del conocimiento social. El positivismo –a diferencia del marxismo por ejemplo– concebía el desarrollo de las ciencias como un proceso de especialización en ámbitos cognoscitivos autónomos. De aquí la idea de una Teoría Pura del Derecho, no contaminada por otras disciplinas. La verdad –según esta concepción– se encontraba segmentada en múltiples objetos, cada uno con una especificidad intransferible e independiente de las relaciones con los demás².

La Teoría Pura fue objeto de múltiples críticas y reformulaciones durante las dos primeras décadas posteriores a la segunda guerra mundial; en este replanteamiento participaron no sólo sus críticos naturales –marxistas e iusnaturalistas– sino también los propios iuspositivistas, e incluso el mismo Hans Kelsen, en una revisión de su propia obra. Este ensayo no intenta revivir esta discusión teórica; tan sólo retoma la idea de la

importancia de los ámbitos *relacionales* entre objetos y disciplinas para ilustrar algunas *vinculaciones* posibles entre los debates contemporáneos sobre el derecho y para poner de presente la insuficiencia de visiones teóricas unilaterales, que simplifican la explicación de un objeto complejo y dinámico como es el derecho. En adelante me refiero a cuatro disciplinas teóricas muy ligadas al debate actual sobre la delimitación del objeto jurídico; estas son: la filosofía del derecho, la interpretación jurídica, la sociología jurídica y la teoría constitucional. Intento mostrar las relaciones que mantienen entre ellas y sus límites internos.

1. El punto de vista de la filosofía del derecho

La pregunta fundamental de la filosofía del derecho es la pregunta por la justificación de la *obediencia al derecho*: ¿De dónde proviene la fuerza vinculante de la obligación? ¿Qué facultad asiste al gobernante para imponer un determinado comportamiento a los gobernados? Se han intentado muchas respuestas a estas preguntas. Todas ellas están marcadas por una tensión entre el reconocimiento de valores normativos esenciales, por un lado, y la necesidad de instaurar un control social efectivo, por el otro. Dicho en otros términos, la *fundamentación del derecho* ha estado ligada o bien a la idea *valorativa* del contenido justo de las normas o bien a la idea *descriptiva* de la existencia de un poder o capacidad

1. Este ensayo hace parte de un libro sobre interpretación constitucional, escrito conjuntamente con Rodrigo Uprimny y que será publicado en los próximos meses en la Facultad de Derecho.

2. Al respecto, ver Heinz Wagner, "Teoría Pura del Derecho y Teoría Marxista del Derecho", en *Teoría Pura del Derecho y Teoría Marxista del Derecho*, Temis, Bogotá, 1984, pp. 139-153.

para imponer un orden social. Ninguna de las dos opciones constituye una garantía contra el despotismo. La postura descriptiva o positivista reacciona contra la fundamentación valorativa porque considera peligrosa la apropiación política de la universalidad y la objetividad moral por parte de los gobernantes, mientras la posición valorativa o iusnaturalista rechaza el relativismo moral del derecho al estimar que ello puede servir de justificación para el ejercicio arbitrario del poder. Ambas tienen razón en señalar estos peligros.

La discusión contemporánea por el fundamento de la obligación gira en torno al papel del juez en la solución de los casos difíciles –a diferencia de la discusión clásica sobre el contenido de derecho– entre los cuales se encuentran, por ejemplo, aquellos en los que no existe una regla claramente prevista para la solución del caso o la regla posee una textura abierta que da lugar a la apreciación judicial. Aquí también se diferencian dos posiciones. Una de ellas considera que en tales supuestos el juez debe acudir a los parámetros axiológicos previstos por el sistema jurídico-político para encontrar la razón de su decisión. Otros, en cambio, estiman que, en tales eventos, la solución prevista por el ordenamiento consiste en la facultad otorgada al juez para que éste fundamente su decisión a partir de su propia apreciación del caso. Para la primera visión unos

“Este ensayo retoma la idea de la importancia de los ámbitos relationales entre objetos y disciplinas para ilustrar algunas vinculaciones posibles entre los debates contemporáneos sobre el derecho y para poner de presente la insuficiencia de visiones teóricas unilaterales, que simplifican la explicación de un objeto complejo y dinámico como es el derecho”

⁷ Al respecto, ver N. Mackinnon, "Los límites de la racionalidad en el razonamiento jurídico", en *Derecho y moral*, Gerónimo Bertegón (Editor), Ariel, Barcelona, 1990.

valores objetivos –o por lo menos objetivables– son el criterio de solución de los casos difíciles. Para la segunda es la voluntad del juez, restringida por su deber de motivación jurídica, lo que respalda la decisión.

No obstante la preocupación del debate actual por explicar la práctica jurídica a partir de la interpretación judicial –en detrimento de la discusión tradicional sobre la existencia objetiva de los valores– el punto de discordia sobre el papel de los valores en el derecho se mantiene, de tal manera que la confrontación entre iusnaturalistas e iuspositivistas se reproduce en otros términos. Desde el punto de vista clásico de la teoría del derecho, ambas posiciones difieren en cuanto a la extensión del objeto jurídico que consideran relevante para dar cuenta del derecho. Mientras el iusnaturalismo incluye dentro de dicho objeto al contenido justo de las normas, el iuspo-

sitivismo se limita a las formalidades necesarias para su creación y eliminación. En la actualidad esta divergencia se manifiesta en la oposición entre una concepción que al momento de explicar el derecho se limita a describir el funcionamiento de las reglas tal como han sido previstas por su creador, y una concepción que, además, incluye principios morales, políticos, etc., por medio de los cuales se obtiene una aplicación justa del derecho. Pero no sólo el objeto del derecho es motivo de disputa, también el método suscita controversia. Mientras el iuspositivismo intenta describir el derecho que existe, el iusnaturalismo tiene en mente el mejor derecho posible. Descripción y valoración separan pues ambas concepciones.

Visto de esta manera, intervienen cuatro variables en el debate de todos los tiempos sobre el fundamento de la obligación del derecho: 1) reglas, 2) reglas-principios, 3) descripción y 4) valoración. Si se combinan, se obtienen los siguientes cuatro modelos: a) descripción de reglas, b) descripción de reglas y principios, c) valoración de reglas y d) valoración de reglas y principios. El iuspositivismo y el iusnaturalismo clásicos están representados en los modelos a y c respectivamente. Las posiciones b y d son propias del debate contemporáneo sobre la corrección de las decisiones judiciales. El modelo b es conocido en teoría del derecho como un positivismo atenuado (*soft positivism*) e incluye la descripción de elementos morales dentro de su objeto de estudio. El modelo d en cambio, propone una conexidad necesaria entre el concepto de derecho y las valoraciones que llevan a cabo sus operadores. A continuación se detallan algunos elementos del debate contemporáneo entre H. L. Hart y Ronald Dworkin, los dos más importantes representantes de los modelos b y d.

1.1. El positivismo jurídico

Al exponer su teoría del derecho, Hart –como Dworkin– intenta diferenciarse tanto de aquellos autores que desconocen el carácter vinculante de las reglas en beneficio de la libertad del juez (realismo jurídico), como de aquellos que reducen la explicación de la existencia del derecho al acto de voluntad de creación de la norma (formalismo o positivismo duro). Para ello hace referencia a la manera como funciona el lenguaje: los problemas que entraña la decisión judicial –explica– se comprenden mejor si se entienden los problemas implícitos en la relación entre lenguaje y realidad. Los enunciados jurídicos, como las palabras, poseen un núcleo fuerte de sentido que se aplica a un número de casos en los cuales la correspondencia textos=hechos no presenta duda⁴. Por fuera de este ámbito de univocidad, la relación entre un

enunciado y un hecho empieza a debilitarse, hasta desvanecerse y transformarse en nuevas vinculaciones entre palabras y cosas. Una casa muy grande y un castillo muy pequeño, por ejemplo, pueden encontrarse en esta zona gris en la cual la correspondencia es un asunto discutible. En términos judiciales la cuestión es la siguiente: ¿Con base en qué razones debe decidir un juez cuando las normas que tiene a su disposición no contemplan el caso en su núcleo duro de sentido?; dicho en otros términos: ¿Cómo decidir cuando el derecho no proporciona de manera clara y directa una respuesta al caso judicial planteado?; si las normas jurídicas –como el lenguaje ordinario– tienen una zona de penumbra, ¿cómo encontrar razones para decidir cuando el hecho que se juzga está cobijado por dicha penumbra?

Si aceptamos los fundamentos del Estado de derecho, según los cuales las actuaciones públicas no son arbitrarias sino regladas, debemos reconocer que tales razones deben estar en el derecho y no en el capricho del juez. El problema consiste entonces en saber qué es el derecho, o qué contiene el derecho, o lo que es igual, preguntarse si contiene razones suficientes para resolver los casos difíciles (*hard cases*) y dónde se encuentran tales razones. Hart responde a este interrogante con dos elementos esenciales de su *Teoría del derecho*: 1) el concepto de obligación y 2) la regla de reconocimiento. Ambos le sirven a Hart para marcar una distancia respecto de las teorías positivistas (duras), realistas e iusnaturalistas.

El concepto de obligación

Para John Austin –como para el iuspositivismo catalogado como clásico o duro– la idea de sanción es un elemento esencial de las normas jurídicas y por lo tanto representa su carta de identidad jurídica. Según Hart ésto sólo explica una parte del derecho, no todo. La sanción no siempre es indispensable para que las normas jurídicas sean acatadas. Esto sucede con normas que establecen facultades y también con normas disciplinarias o incluso penales frente a las cuales las personas pueden cumplir lo prescrito con independencia de que exista o no la posibilidad de que los sancionen; la certeza de que la

4. H.L. Hart. *The Concept of Law*, Oxford University Press, 1961; existe una excelente traducción en español: *El concepto de derecho*, trad. Genaro Cárno, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1977, p. 19.

sanción no tendrá lugar –dice Hart– no hace menos obligatoria la norma. “El enunciado de que una persona tiene una obligación según cierta regla –explica Hart– y la predicción de que probablemente habrá de sufrir un castigo a causa de la desobediencia, pueden no coincidir⁵. Algunas personas acatan las normas jurídicas incluso cuando tienen la certeza de que el desacato no desencadenará una sanción. Esto es, algunas personas cumplen las normas por las normas mismas, no porque exista una sanción. Esta actitud frente al derecho la denomina Hart punto de vista interno, para diferenciarla del punto de vista externo, que es aquel para el cual el cumplimiento del derecho se explica de manera exclusiva por la existencia de la sanción. Según Hart, los jueces y funcionarios públicos por lo general perciben y utilizan el derecho desde el punto de vista interno. Los particulares, en cambio, cumplen el derecho –cuando lo cumplen– a partir de uno u otro de estos puntos de vista⁶. Al respecto dice Hart:

“Es probable que la vida en cualquier sociedad que se guía por reglas, jurídicas o no, consiste, en cualquier momento dado, en una tensión entre quienes, por una parte, aceptan las reglas y voluntariamente cooperan en su mantenimiento, y ven por ello su conducta y la de otras personas en términos de reglas, y quienes, por otra parte, rechazan las reglas y las consideran únicamente desde el punto de vista externo, como signos de un posible castigo. Una de las dificultades que enfrenta cualquier teoría jurídica ansiosa de hacer justicia a la complejidad de los hechos, es tener en cuenta la presencia de ambos puntos de vista y no decretar, por vía de definición, que uno de ellos no existe”⁷.

La regla de reconocimiento

En *El concepto de derecho* Hart explica que el ordenamiento jurídico está compuesto por dos tipos de normas: primarias y secundarias. Las primarias –similares

a las normas morales– son aquellas que contienen obligaciones que regulan los aspectos básicos de la convivencia social. Estas normas son propias de comunidades pequeñas. A medida que la comunidad crece, las normas primarias presentan tres problemas: 1. la falta de certeza sobre cuáles son las normas que pertenecen al sistema; 2. la lentitud para lograr un cambio normativo y 3. la debilidad de la presión social frente a los comportamientos desviados respecto de las normas. Para responder a estos problemas surgen las normas secundarias, que son normas sobre las normas primarias. Estas son tres: la regla de reconocimiento que contiene los criterios necesarios para la identificación de las normas que pertenecen al sistema. La regla de cambio que permite substituir rápidamente una norma por otra y, finalmente, la regla de adjudicación que permite la imposición de sanciones específicas por parte de los jueces, respecto de aquellos que incumplen el derecho.

La regla de reconocimiento es el fundamento del sistema jurídico y consiste en una representación mental generalizada y coincidente de jueces, funcionarios administrativos, abogados, etc., respecto a los contenidos normativos que identifican como derecho⁸. Esta regla es, en últimas, un fenómeno psicosocial que consiste en la imagen de lo jurídico que tienen los miembros de una comunidad regida por el derecho; por ello se diferencia de la norma fundamental hipotética de Kelsen, concebida como un supuesto científico para darle coherencia a la explicación del derecho. También es un fenómeno político: encarna la representación legal del poder sin que ella se reduzca a la norma constitucional. Según Hart, en ella puede haber principios y prácticas sociales que tengan naturaleza normativa⁹, siempre y cuando ellos sean

5. *Ibidem*, p. 196.

6. *Ibidem*, p. 143 y ss.

7. *Ibidem*, p. 113.

8. *Ibidem*, p. 125 y ss.

9. El Postscript a: *El concepto de derecho* fue publicado en la edición de Oxford University Press de 1994; este texto fue traducido y publicado en: *La decisión judicial, el debate Hart-Dworkin*, (Uniandes, Siglo del Hombre, Bogotá, 1997) en el cual se tecogen textos de ambos autores precedidos de un estudio preliminar de Cesar Rodríguez. En adelante hago referencia a esta publicación. Sobre los principios y la regla de reconocimiento ver Postscript, p. 123 y ss.

considerados como jurídicos por los operadores del derecho. En síntesis, la regla de reconocimiento contiene una serie de criterios -escritos o no- que sirven para identificar las normas. En última instancia la regla de reconocimiento se confunde con la eficacia del sistema jurídico y, más allá, con la estabilidad institucional¹⁰.

En oposición a la Teoría Pura del Derecho, que pretende fundamentar el derecho en el mismo sistema jurídico, la teoría de Hart se conecta con los fenómenos sociales y con el poder mismo para explicar la validez de las normas. No obstante la crítica a Austin y a Kelsen, la obra de Hart recoge buena parte de la tradición positivista. Ello se pone de presente en los siguientes aspectos: en primer lugar, el derecho es concebido como un conjunto de reglas que luego son aplicadas por los operadores jurídicos. Los problemas de interpretación que aparecen en los casos difíciles son secundarios en relación con las reglas y la solución que se adopte al respecto no pone en tela de juicio la naturaleza esencialmente reglada del derecho¹¹. En segundo término, el derecho es un conjunto de reglas, percibidas como tales, que existen con independencia de su contenido moral. La relativa subordinación de los elementos interpretativos le sirve a Hart para apartarse tanto de una posición realista, como de una postura iusnaturalista. El peligro de que el derecho contenga normas inicuas -piensa Hart- es menos grave

“La fundamentación del derecho ha estado ligada o bien a la idea valorativa del contenido justo de las normas o bien a la idea descriptiva de la existencia de un poder o capacidad para imponer un orden social. Ninguna de las dos opciones constituye una garantía contra el despotismo”

10. Al respecto, ver Ernesto Garzón Valdez, *El concepto de estabilidad de los sistemas políticos*, Centro de Estudios Constitucionales, Cuadernos y Debates, No. 1, Madrid, 1987.

11. *El concepto de derecho*, capítulo VII.

que el peligro que resulta de romper el acatamiento del derecho al juicio moral o valorativo de los jueces o de los participantes”¹².

1.2. La teoría de la corrección de las decisiones judiciales

Ronald Dworkin afila toda su argumentación contra el positivismo y contra el realismo jurídico. Al primero lo denomina convencionalismo mientras al segundo lo llama pragmatismo. Según Dworkin el convencionalismo considera que la aplicación de las normas deriva de unos criterios claros y previamente establecidos sobre su sentido y alcance, de tal manera que el juez se limita a reconocer y adjudicar una norma al supuesto fáctico

previsto por ella misma. El pragmatismo, en cambio, favorece la interpretación que el juez hace de la norma al caso concreto con el fin de encontrar la mejor solución posible, pero en su intento termina desconociendo el carácter vinculante del derecho y reduciendo la norma a un mero criterio aleatorio. La primera de estas teorías subestima la creación judicial en beneficio de la información legal mientras que la segunda hace lo contrario. Dicho en otros términos, el convencionalismo supone que las soluciones a los problemas de la adjudicación deben ser encontradas en los antecedentes de la decisión, esto es en el pasado; el pragmatismo, en cambio, estima que son las consecuencias de la decisión las que proporcionan los mejores criterios de solución a tales problemas.

La integridad en el derecho

Dworkin pretende superar este dualismo con su teoría de la integridad, por medio de la cual niega tanto el carácter convencional como pragmático del derecho. Las declaraciones jurídicas no son –dice– informes objetivos regresivos, ni tampoco programas instrumentales progresivos. En su opinión “los reclamos legales son juicios interpretativos y por lo tanto, combinan elementos regresivos y progresivos; interpretan la práctica legal contemporánea como una narrativa política en desarrollo”¹³. Su propuesta es interpretativa en cuanto “se ajusta y justifica como una parte compleja de la práctica legal”¹⁴. La interpretación impone un propósito al texto, recrea el texto. De ahí la utilidad que el derecho puede obtener de la interpretación literaria¹⁵. Dworkin considera que este esquema permite abandonar la diferencia entre valoración y descripción. “Los juicios sobre la coherencia y la integridad textuales –explica– que reflejan distintos valores literarios formales, están entremezclados con juicios estéticos más sustantivos que asumen diferentes objetivos literarios”¹⁶.

“La regla de reconocimiento contiene una serie de criterios –escritos o no– que sirven para identificar las normas. En última instancia, la regla de reconocimiento se confunde con la eficacia del sistema jurídico y, más allá, con la estabilidad institucional”

13. Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Cambridge, Harvard University Press, 1986. Versión española: *El imperio de la justicia*, trad. Claudia Ferrari, Barcelona, 1992, p. 164. Las referencias se hacen a esta versión castellana.

14. *Ibidem*, p. 166.

15. Al respecto, ver R. Dworkin, “How Law is Like Literature”, en *A Matter of Principle*, Cambridge, Harvard University Press, 1985; versión española: “Cómo el derecho se parece a la literatura”, en *La decisión judicial*, p. 143 y ss.

16. *Ibidem*, p. 168.

El derecho como integridad asume el problema de la interpretación en toda su magnitud e instruye a los jueces para que identifiquen los derechos y deberes bajo el supuesto de que ellos fueron creados por un mismo autor. De acuerdo con esto, el papel del juez al momento de decidir los casos difíciles no consiste ni en hallar la norma que quiso el creador del derecho, ni tampoco en inventar una nueva. Consiste en encontrar la solución – contenida en el derecho positivo o en los principios subyacentes al sistema jurídico– que de mejor manera encaje en la tradición jurídica. Al resolver un caso difícil, entonces, el juez no sólo cuenta con las normas jurídicas positivas, sino también con los valores que justifican y proporcionan razón a tales normas y que se encuentran

en el sistema político y en el orden moral, lo cual hace parte de un todo axiológico que debe ser interpretado por el juez al momento de tomar la decisión.

Para Dworkin, el conjunto de principios y valores subyacentes a la cultura jurídica hacen parte integral del derecho y participan de manera permanente en el razonamiento judicial, proporcionando coherencia y sentido a las decisiones jurídicas. En Dworkin –como en el iusnaturalismo– el objeto del derecho es inescindible del objeto moral: el derecho es un objeto amplio compuesto por reglas y principios positivos y además, por principios y valores implícitos en la cultura política de la cual se alimenta y surge el derecho positivo. Al unir el derecho con la moral en la decisión judicial, Dworkin desvanece las fronteras entre el conocimiento del derecho y el conocimiento de la moral. La creencia en la capacidad judicial para encontrar las decisiones correctas se funda en la idea según la cual el juez tiene la facultad de

desentrañar contenidos objetivos –o al menos objetivables– cuando resuelve conflictos axiológicos entre principios. De acuerdo con esto, el saber jurídico pierde su autonomía en beneficio de la filosofía política y moral y el juez se convierte en un funcionario con capacidades tacionales extraordinarias –el célebre juez Hércules– para resolver tales conflictos.

La amplitud del objeto jurídico está ligada –al igual que en el iusnaturalismo clásico– a la convicción de que tal objeto jurídico puede ser conocido plenamente y sus dificultades intrínsecas resueltas racionalmente, esto es, a la creencia en un absolutismo axiológico¹⁷. Esto le permite a Dworkin desarrollar su hipótesis de que en el derecho existen soluciones correctas, en contra de la idea positivista de la discrecionalidad¹⁸. En su opinión, aceptar que el juez decide discrecionalmente –como lo supone el iuspositivismo– es tanto como aceptar que el derecho no contempla solución alguna y que, en ese evento, le entrega la solución a un particular. Sería tanto como aceptar la posibilidad de que alguien –un juez– imponga obligaciones a otro –un particular– sin estar sustentado en norma jurídica alguna, *ex post facto*, de manera retroactiva. Esto atenta contra el principio democrático. La obligación de motivar en todos los casos construye al juez a integrar reglas y principios –normas positivas y valores– en una interpretación jurídica única, de la cual siempre deriva una mejor solución posible. Desconocer esta posibilidad es, para Dworkin, tanto como renunciar al fundamento jurídico de las decisiones relativas a casos difíciles.

Concordancia y justificación en la interpretación judicial

Esta relación entre libertad y sujeción –entre información y consecuencias– que Dworkin quiere presentar como superación de las escuelas jurídicas

clásicas, se ilustra en la doble dimensión de la tarea que debe llevar a cabo el intérprete de las normas: en primer término debe tener en cuenta la concordancia de la decisión que pretende tomar con el sistema; esta tarea representa la perspectiva del pasado al relacionar la norma con el conjunto de decisiones tomadas anteriormente sobre casos similares; de esta manera se restringe el espectro de decisiones posibles de quien decide. Posteriormente debe tener en cuenta la dimensión de la justificación en la cual escoge la mejor interpretación posible entre aquellas que han superado el examen de concordancia. En este punto la elección es un asunto propio de la moralidad política sustantiva, que depende de la convicción del juez sobre las dos virtudes constituyentes de este tipo de moralidad: justicia y equidad. Según Dworkin, el juez “deberá entonces decidir entre las interpretaciones elegibles al preguntarse qué es lo que muestra la estructura de la comunidad de las instituciones y decisiones, bajo un mejor enfoque desde la perspectiva de la moralidad política. Sus propias convicciones morales y políticas están ahora comprometidas”¹⁹.

Al diferenciar una primera labor de concordancia de una segunda de justificación, Dworkin se enfrenta al difícil problema de la inclusión o exclusión de las normas injustas dentro del concepto de derecho. En este punto su esquema de coherencia moral se derrumba, al admitir la existencia de normas inmorales, por lo menos en la primera tarea de reconocimiento del sistema que debe hacer todo juez cuando busca la norma que motive su decisión. Dicho en otros términos, la teoría de Dworkin –como la mayoría de las teorías iusnaturalistas– se enfrenta a una contradicción insuperable cuando, luego de establecer una conexidad necesaria entre derecho y moral en la decisión judicial, asume una actitud meramente descriptiva del derecho existente –labor de concordancia– y por esta vía admite –aunque no lo reconoce– la posibilidad de que normas injustas hagan parte del derecho²⁰. Por eso dice Hart que, la introducción de la

17. Al respecto, ver Arnold Brecht, *Teoría política*, trad. Juan Manuel Maón, Depalma-Ariel, 1963.

18. Al respecto, ver R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1977; versión española: *Los derechos en serio*, trad. María Gustavino, Ariel, Barcelona, 1989, p. 83 y ss.

19. *El imperio de la justicia*, p. 184.

20. *Ibidem*, p. 467.

distinción entre derecho interpretativo (resultado de la labor de justificación del derecho) y pre-interpretativo (resultado de la labor de concordancia) fortalece los argumentos positivistas en lugar de debilitarlos²¹.

Han abundado las críticas a esta teoría de las decisiones correctas²². Es difícil pensar que los conflictos normativos y las dificultades para resolver los casos difíciles en el derecho positivo no se reproduzcan –e incluso se fortalezcan– en el ámbito moral o político del cual se extraen los principios; es difícil creer que el mundo de los valores morales sea un instrumento infalible para resolver los problemas que se presentan en el mundo de los valores plasmados en el derecho positivo. Ante una dificultad del mundo, Dworkin –como el iusnaturalismo– critica la posición escéptica que considera insalvable la dificultad y para ello construye un mundo del cual destierra dicha dificultad, de tal manera que se crea otra dificultad aún más difícil de resolver: la falta de una capacidad sobre-humana –o extra-humana– para resolver los conflictos entre los valores. Nada garantiza que este deseo por encontrar soluciones correctas pueda llevarse a cabo. Hart hace referencia a este optimismo ingenuo cuando sostiene que los teóricos del derecho norteamericano se encuentran entre dos extremos: aquellos que ven el derecho como una pesadilla en la cual el juez decide lo que quiere (realistas como Holmes o Llewellyn) y aquellos que como Dworkin, ven el derecho como un noble sueño en el que todo tiene una respuesta adecuada²³.

1.3. Acuerdos y desacuerdos

En todo caso, toda teoría sobre interpretación jurídica se encuentra abocada a responder a la pregunta sobre la

posibilidad de que normas inválidas –o simplemente por fuera del derecho– pero justas hagan parte del derecho. Si se comparan los dos términos contenidos en la pregunta, por las normas justas e inválidas se pueden diferenciar cuatro modelos de normas posibles: 1) normas justas y válidas; 2) normas justas e inválidas; 3) normas injustas y válidas y 4) normas injustas e inválidas. El primer modelo es ideal y no suscita ningún debate; el cuarto es el peor posible y también es fácil de desechar. El gran debate se plantea entre el segundo y el tercero. Mientras el iusnaturalismo considera que basta con la justicia para aceptar que una norma pueda ser parte del derecho, el iuspositivismo considera que basta con la validez para aceptar que una norma es parte del derecho²⁴.

La discusión entre estas dos teorías también puede presentarse como un problema de inclusión o de exclusión de principios, o como un problema de la capacidad de los principios extrajurídicos para desplazar reglas jurídicas, en aquellos eventos en los cuales su aplicación a un caso concreto produce resultados irrazonables o indeseados. Ninguna de las dos teorías anotadas niega la posibilidad de que esto –el desplazamiento de reglas por principios– suceda. Sin embargo, la diferencia se mantiene, en primer lugar, en cuanto a la dimensión del fenómeno: para Hart se trata de un suceso eventual mientras que para Dworkin es algo central en la práctica judicial y, en segundo lugar en cuanto a su relevancia para la teoría del derecho: Dworkin encuentra en esta referencia a principios la

21. Postscript, *Op. cit.*, p. 134.

22. Entre las numerosas obras críticas sobre Dworkin, ver: Joseph Raz, "Authority, Law and Morality", en *The Monist*, 68 (1985); y "Dworkin: A New Link on the Chain", en *California Law Review*, 74 (1986); Philip Soper, "Legal Theory and the Obligation of a Judge: the Hart-Dworkin dispute", en Marshall Cohen (edit.) *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, Nueva Jersey, Rowman & Allanheld, 1982.

23. H.L.A. Hart, "American Jurisprudence Through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream", en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*; Clarendon paperbacks, Oxford, 1993, pp. 121-145.

24. Hart y el positivismo le entregan la solución de este problema a la discrecionalidad judicial; Dworkin, en cambio, acude a la idea de unos principios subyacentes conocidos por un intérprete superdotado –el juez Hércules– para encontrar una solución a la vez jurídica y correcta.

25. Esta afirmación es cierta cuando se trata de principios no consagrados en normas de derecho positivo que ingresan al derecho por vía judicial. Sin embargo, respecto de las normas que constituyen derecho positivo, el iusnaturalismo no sólo exige que sean justas sino también que sean válidas. Lo importante de la distinción planteada es poner de presente el carácter necesario de la justicia –y en algunos casos suficiente, como sucede con los principios extra-positivos anotados– como condición de posibilidad del derecho en el iusnaturalismo y de la validez como condición necesaria y suficiente para el iuspositivismo.

prueba de que el derecho está ligado a la moral; Hart, en cambio, ve en ello un problema de interpretación que la racionalidad interna del derecho puede resolver.

2. El punto de vista de la teoría constitucional

2.1. Principios, reglas y Constitución

Buena parte del interés que suscita la distinción entre reglas y principios radica en su estrecha vinculación con la práctica judicial y de manera especial con la interpretación constitucional. En efecto, la abundancia de principios en el constitucionalismo actual –también conocido como del Estado social de derecho– plantea múltiples problemas de relación entre reglas, contenidas en leyes y principios contenidos en textos constitucionales.

La distinción adquirió una importancia especial luego de la crítica de Dworkin contra el positivismo en el sentido de que los autores que pertenecen a esta corriente de pensamiento conciben el derecho como un conjunto de reglas claramente identificadas por su origen (pedegree) y cuya aplicación es claramente predecible. De acuerdo con esta perspectiva, la decisión judicial consiste en una mera labor de adecuación de textos a hechos ya definidos por el creador del derecho en los supuestos jurídicos de las normas. De esta manera, estima Dworkin, el positivismo subestima la importancia que de hecho tienen los principios en las decisiones judiciales. Esta crítica ha sido bien recibida en la teoría del derecho, incluso en las huestes positivistas. El mismo Hart acepta su propio descuido en el estudio y consideración de los principios en el derecho²⁶.

“Para Dworkin, el conjunto de principios y valores subyacentes a la cultura jurídica hacen parte integral del derecho y participan de manera permanente en el razonamiento judicial, proporcionando coherencia y sentido a las decisiones jurídicas”

Según Dworkin existe una diferencia lógica entre normas y principios. Las normas son aplicables a la manera disyuntiva “todo-o-nada”. “Si los hechos que estipula una norma están dados entonces, o bien la norma es válida, en cuyo caso la respuesta que da debe ser aceptada, o bien no lo es y entonces no aporta nada a la decisión”²⁷. Los principios, en cambio, no “establecen consecuencias jurídicas que se sigan automáticamente cuando se satisfagan las condiciones previstas”. Los principios sólo representan razones *prima facie* para tomar una decisión. Mientras una oposición entre dos reglas conduce a la exclusión de una de ellas o a la introducción de excepciones, la oposición entre

principios se resuelve por la vía del sopesamiento o de la ponderación²⁸.

El carácter lógico de esta distinción ha suscitado críticas importantes. Hart, por ejemplo, considera que la distinción anotada es sólo una cuestión de grado. Nada impide que un conflicto de reglas se resuelva por el mayor peso que una de ellas presente frente a un caso específico. De otra parte, la exclusión también puede presentarse en los conflictos de principio²⁹. En el mismo sentido Prieto

26. Según Hart, Dworkin “desconoce el hecho de que acepto explícitamente que la regla de reconocimiento puede incorporar, como criterio de validez jurídica, la conformidad con principios morales o valores sustantivos; es por ello que mi teoría ha sido calificada de ‘positivismo suave’ y no como sucede en la versión que Dworkin ofrece de ella, de ‘positivismo de hecho evidente’; *ibidem*, p. 106; no obstante, Hart reconoce haberse ocupado muy poco en su libro “de la adjudicación y del razonamiento jurídico y, en especial de los argumentos relativos a lo que mis críticos denominan principios jurídicos”; p. 118.

27. Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, p. 75.

28. *Ibidem*, p. 77.

29. *Postscript*, p. 122.

Sanchis sostiene que la distinción anotada no es lógica sino argumentativa: "creo que las ideas del "todo o nada", del peso o importancia o del juicio de optimización se comprenden mucho mejor si aparecen formuladas como técnicas de interpretación, que acaso vengan estimuladas –pero no necesariamente– por la morfología de ciertos estándares normativos"³⁰. En este orden de ideas, Prieto Sanchis estima que la perspectiva más fecunda en el análisis de los principios es la funcional; esto es "aquella que no hace hincapié en una supuesta estructura o morfología particular de los mismos, sino que intenta dilucidar para qué sirven en el ámbito del derecho y del razonamiento jurídico"³¹. La estructura de los enunciados normativos indica una cierta inclinación funcional. Sin embargo, nada impide, por ejemplo, que en ciertas circunstancias, normas dotadas de una textura semántica abierta e indeterminada funcionen de hecho como reglas: una norma que posee una textura abierta y que no contiene, de manera específica, los supuestos fácticos a los cuales se aplica, es funcionalmente un principio. Sin embargo, en algunas situaciones, un juez constitucional puede aplicar directamente esta norma sin necesidad de ponderar o de sopesar su valor normativo con alguna otra norma del

“La teoría de Dworkin –como la mayoría de las teorías iusnaturalistas– se enfrenta a una contradicción insuperable cuando, luego de establecer una conexidad necesaria entre derecho y moral en la decisión judicial, asume una actitud meramente descriptiva del derecho existente –labor de concordancia– y por esta vía admite –aunque no lo reconoce– la posibilidad de que normas injustas hagan parte del derecho”

30. Luis Prieto Sanchis; *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, p. 51.

31. *Ibidem*, p. 153.

ordenamiento; en estas circunstancias el principio funciona como una regla³².

La especificidad de los principios y de las reglas –explica Robert Alexy– se comprende mejor cuando se aprecian en situación de conflicto. Dos reglas contrarias no pueden ser aplicadas al mismo hecho. Una de las dos debe ser excluida por inválida o debe introducirse una excepción de tal manera que una de ellas no sea aplicable al caso. La oposición entre principios, en cambio, no conlleva la exclusión de uno de ellos. La falta de supuesto jurídico específico de los principios hace que éstos puedan ser aplicables a una infinidad de casos y que los conflictos tengan que resolverse por la vía del sopesamiento. Un principio prevalece sobre otro cuando, a la luz de una interpretación judicial, aparece con mayor peso, en unas circunstancias fácticas precisas³³.

2.2. Derechos *prima facie* e interpretación valorativa

Las normas constitucionales que consagran derechos pueden tener la forma de reglas o de principios. En el primer caso establecen derechos definitivos mientras que

32. Esto ha sucedido en casos excepcionales con el artículo 44 de la Constitución Política de Colombia, en el cual se consagran los derechos de los niños y se establece su prevalencia en relación “con los derechos de los demás”. En algunas decisiones de tutela relativas a la protección de la salud de los niños, este principio ha sido aplicado como una regla.

33. Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, p. 89.

en el segundo caso sólo postulan *derechos prima facie*. Los derechos *prima facie*, consagrados en principios, sólo se convierten en derechos definitivos luego de una ponderación, llevada a cabo por el juez, en la cual se establece la prevalencia de este principio sobre otro, en unas circunstancias específicas. En opinión de Robert Alexy las normas de derechos fundamentales suelen tener un carácter doble de regla-principio. Esto sucede cuando "en la formulación de la norma de derecho fundamental se incluye una cláusula restrictiva referida a principios y, por tanto sujeta a ponderación"³⁴. De esta manera, cuando el principio que establece la excepción resulta pertinente, el juez debe ponderar este principio con aquel que sustenta la regla en la cual se consagra el derecho fundamental, todo ello en unas circunstancias específicas. Esta ponderación posible no implica una igualación de los derechos consagrados en reglas y aquellos consagrados en principios; existe una prevalencia de los primeros sobre los segundos y para que estos últimos puedan desplazar reglas se requiere de una argumentación fuerte, derivada de circunstancias fácticas excepcionales, que justifiquen tal adecuación del derecho a la realidad.

Una Constitución compuesta no sólo por reglas sino también por principios normativos necesita ser complementada y recreada con una jurisprudencia que defina, en cada caso, los órdenes de prevalencia de principios. Las definiciones jurisprudenciales sobre la prevalencia de principios en situaciones de conflicto –también conocidas como subreglas³⁵– se adicionan a las normas constitucionales y son el resultado de un tipo de interpretación valorativa basada en la ponderación y en argumentos de razonabilidad.

De acuerdo con Robert Alexy, la interpretación de principios normativos impone un tipo de interpretación valorativa de su cesta de derechos, todo vez que dicha interpretación introduce en las circunstancias fácticas siempre cambiantes la necesidad de ponderación entre, de un lado, los principios que subyacen a la regla que consagra el derecho igualmente previsto para el caso y, del otro, aquellos principios opuestos que pueden resultar, a la luz de tales circunstancias, como fundamentos más relevantes para tomar la decisión judicial.

2.3. El conflicto entre democracia y constitucionalismo

La tensión entre reglas y principios está latente en el derecho constitucional a través de la relación conflictiva que se presenta entre democracia y constitucionalismo o, en otros términos, entre respeto de las mayoría políticas que se manifiestan en la ley y la protección de derechos fundamentales. Para el constitucionalismo liberal europeo los derechos debían ser protegidos exclusivamente a través de la ley. Esta dependencia se expresaba en el principio de legalidad, por medio del cual se establecía una cadena inescindible de justificación entre representación popular, mayoría políticas, leyes y decisiones judiciales o administrativas. Para el constitucionalismo norteamericano, en cambio, la concepción liberal del Estado no ha sido un impedimento para que los jueces puedan ejercer controles estrictos contra-mayoritarios. El constitucionalismo del Estado social de derecho también contempla este tipo de intervención judicial; sin embargo, mientras en Estados Unidos esta posibilidad se ha logrado a través de la interpretación de los derechos de libertad –cláusulas de debido proceso y equidad– en Europa esto se ha logrado por medio de la interpretación y aplicación de la dignidad humana, en conexión con los derechos sociales.

El constitucionalismo del Estado social de derecho desconoce la existencia de una voluntad popular soberana³⁶. Las mayoría políticas y en general las

34. Una norma de este tipo sería, por ejemplo, la siguiente: están prohibidas las intervenciones del Estado en el campo del arte cuando no son necesarias para el cumplimiento de principios opuestos –por ejemplo la protección de derechos colectivos– y que debido al caso tendrían precedencia; *ibidem*, p. 137.

35. R. Alexy denomina tales subreglas como normas adscritas, y las define de la siguiente manera: "las condiciones bajo las cuales un principio precede a otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente"; *ibidem*, p. 54.

36. Al respecto, dice Martin Kriele: "No hay dentro del Estado constitucional un soberano, es decir, no hay nadie que tenga soberanía, esto es, no hay un poder, siquiera latente, que tenga las características de

actuaciones democráticas poseen limitaciones estrictas derivadas de su obligación de respetar los principios, los valores y los derechos fundamentales consagrados en el texto constitucional³⁵. Esto significa que el parámetro final de evaluación para determinar el contenido y alcance de los derechos no es la ley –entendida como manifestación de las mayorías políticas– sino la Constitución y los derechos inherentes a la persona (C.P. art. 94).

La prevalencia de los derechos sobre la ley trae consigo una transformación esencial –Zagrebelsky habla de un cambio genético³⁶– en relación con lo que sucedía en el Estado de derecho. Se trata de la inclusión de la noción normativa de principios como elemento determinante en la protección de los derechos. Dicha protección no queda reducida a la regla legal o a la enunciación programática de la carta de derechos. La referencia normativa que el juez utiliza al tomar su decisión contiene principios que deben ser respetados siempre, incluso cuando se desprenda otra cosa de la recepción u omisión de tales principios en los textos legales. De esta manera el derecho ordinario se constitucionaliza en la medida en que toda

“Los derechos prima facie, consagrados en principios, sólo se convierten en derechos definitivos luego de una ponderación, llevada a cabo por el juez, en la cual se establece la prevalencia de este principio sobre otro, en unas circunstancias específicas”

ser indiviso, incondicionado, ilimitado, ser última *ratio* en casos particulares, que pueda violar y crear el derecho”; y poco más adelante agrega: “La idea de un soberano es dinamita revolucionaria para el Estado constitucional”; *Introducción a la teoría del Estado*, Depalma, Buenos Aires, 1980, pp. 150-151.

37. Al respecto, comenta E. Garzón Valdés: “Deben ser excluidos de la negociación y el compromiso parlamentarios todos aquellos bienes que son considerados como básicos para la realización de todo plan de vida”; *Derecho, ética y política*; Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 644.

38. Gustavo Zagrebelsky, *Il Diritto Mito*, Einaudi, Turín, 1992, p. 39.

norma del ordenamiento queda atada a un catálogo de valores, plasmados en el texto constitucional y de obligatoria aplicación por parte del juez. La validez de la participación política, como la de todas las decisiones derivadas de procedimientos democráticos no queda reducida al cumplimiento de meras formalidades políticas. Es necesario, además, que tales decisiones puedan ser comprendidas dentro del esquema valorativo constitucional. En síntesis, la constitución pone límites a las manifestaciones democráticas, tanto por la vía de la representación como por aquella de la participación directa.

3. El punto de vista de la interpretación jurídica

3.1. El carácter intermedio (*entre-deux*) de la discusión actual sobre la interpretación jurídica

Desde los inicios del siglo XIX se enfrentaron dos escuelas de interpretación jurídica. La primera –originada en Francia bajo el nombre de interpretación exegética y en Alemania con el nombre de interpretación conceptual– hacía énfasis en el origen democrático del derecho y en la racionalidad de la ley, para exigir de los jueces un cumplimiento estricto y puntual de los contenidos legales. La antítesis de la escuela de la exégesis es la escuela del derecho libre: para sus defensores el derecho es un instrumento para la realización de fines sociales y, en consecuencia, los jueces deben utilizar la ley como herramienta para la consecución de dichos fines. Durante el siglo XX la discusión entre estas escuelas estuvo alimentada por teorías jurídicas; si bien no existe un paralelismo entre teorías y escuelas puede indicarse una

tendencia del iuspositivismo a favorecer un tipo de interpretación exegético y del iusnaturalismo o del realismo a preferir un tipo de interpretación libre. Pero quizás lo que más ha enriquecido la discusión durante las últimas tres décadas es el aporte de las teorías del razonamiento jurídico. Por su intermedio se ha puesto en evidencia la complejidad del debate y la importancia de todo un espacio intermedio entre la subjetividad y la racionalidad, en el cual prevalece una lógica de lo razonable propia del derecho³⁹.

El modelo de protección de derechos del Estado social, adopta un punto de vista iusnaturalista cuando considera que la aplicación de reglas debe obedecer a un catálogo superior de valores y, en consecuencia, no siempre puede hacerse de manera automática y por fuera de la evaluación de las consecuencias; y también asume un punto de vista iuspositivista cuando incorpora tales valores al texto constitucional. Sin embargo, esta combinación de fórmulas no elimina el debate entre ambas escuelas; este reaparece bajo la forma de una tendencia divergente respecto del fundamento de los casos judiciales difíciles: mientras los primeros se inclinan por una solución coherente con valores inherentes a la dignidad humana, la otra prefiere una solución coherente con el ordenamiento jurídico positivo.

Desde la perspectiva de la interpretación judicial, la discusión sobre las relaciones entre la moral y el derecho puede ser planteada de la siguiente manera: ¿Qué actitud se debe tomar frente a las dudas judiciales en los casos difíciles?; una opción consiste en crear una teoría normativa –depositaria de valores objetivos u objetivables– para que

los jueces, en su trabajo, intenten acercarse a ella por medio de ejercicios valorativos que sirvan de motivación a sus decisiones. Esta alternativa tiene la ventaja de reconocer lo que los jueces efectivamente hacen: valorar; pero tiene la desventaja de inculcar un optimismo ingenuo en su capacidad para valorar objetivamente, una cierta temeridad en la búsqueda de la solución correcta. La teoría de Dworkin, en la práctica judicial, y de manera paródica, puede llegar a los mismos resultados a que llega el realismo: una enorme libertad para decidir, derivada de la existencia de una cantidad incontrolada de razones –morales, políticas, sociales, etc.– dispuestas en el derecho para que el juez las utilice. Según esto, Dworkin no sólo no conseguiría lo que pretende, esto es, evitar la discrecionalidad, sino que la propiciaría, mucho más allá de lo que siempre quiso el iuspositivismo.

Otra posibilidad consiste en desconocer tal teoría regulativa y aceptar la discrecionalidad judicial en casos extremos. Esta teoría tiene la ventaja de reconocer los límites del razonamiento moral –de allí una visión pluralista del mundo– y, por lo tanto, de entregarle al juez la posibilidad de decidir bajo su responsabilidad; la teoría tiene la desventaja de propiciar, eventualmente, motivaciones judiciales facilistas o poco elaboradas.

Pero las dos teorías se parecen en la práctica: puede resultar lo mismo que, ante un caso difícil, un juez funde su decisión en lo que piensa subjetivamente o en lo que cree que es la verdad objetiva. En ningún caso se garantiza la ausencia de arbitrariedad; ¿qué es más peligroso, decidir sin creer tener el poder cognoscitivo para hacerlo o decidir creyendo tener el poder cognoscitivo para decidir? No parece haber en abstracto peligro mayor o menor en ninguna de estas opciones. Ahora bien, desde el punto de vista de la teoría del derecho ambas posiciones pueden ser complementarias o simplemente diferentes. Esto es justamente lo que dice Hart en el inicio de su Postscript: “la teoría del derecho así concebida, como descriptiva y general a la vez, es un proyecto que difiere radicalmente de la concepción de Dworkin de la teoría del derecho –o jurisprudencia, como la designa a menudo– parcialmente valorativa y justificativa y dirigida a una cultura jurídica en

39. El pionero en esta materia fue Theodor Viehweg, *Tópica y jurisprudencia*, Taurus, Madrid, 1964; esta vertiente de pensamiento fue enriquecida por Chaim Perelman a través de una obra extensa y fructífera; entre sus escritos, ver, *Logique Juridique; Nouvelle Rhétorique*, Dalloz, París, 1979; *Droit, Moral et Philosophie*, L.G.D.J., París, 1976; *Le Raisonnabile et le Déraisonnable en Droit*, L.G.D.J., París, 1984. Recientemente, ver R. Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989; Manuel Atienza, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991; y del mismo autor, *Tras la justicia*, Ariel, Barcelona, 1994.

particular, que es por lo general, la del autor y, en el caso de Dworkin, la del derecho anglo-americano⁴⁰.

El derecho como sistema

El debate entre las escuelas de interpretación jurídica puede ser presentado como una diferencia de posiciones respecto, de un lado, a la mayor o menor importancia que tiene la adecuación del derecho a la realidad social y, del otro, a la mayor o menor importancia que tiene la diferenciación social del derecho respecto de otras prácticas sociales. En la aplicación judicial del derecho estos dos valores se denominan justicia y seguridad jurídica respectivamente.

El saber jurídico sobre el derecho positivo puede ser presentado de manera dinámica si se entiende el derecho como un organización diacrónica provista de elementos que ingresan al sistema, luego entran en relación y, finalmente, salen para vincularse con el ambiente social. Al sistema entran datos en forma de enunciados normativos válidos, al ingresar se relacionan con hechos sociales y salen respuestas bajo la forma de decisiones judiciales, administrativas u otras. Niklas Luhmann ha definido estos dos polos del sistema en términos de información (input) y consecuencias (output)⁴¹. Al momento de tomar una decisión sobre la relación entre textos y casos, la información –explica el autor– representa la “frontera del pasado”, mientras que la consecuencia representa la “frontera del futuro”. Los sistemas jurídicos difieren en el énfasis que ponen en cada una de las dos fronteras indicadas. Un sistema centrado en la información deposita las mayores esperanzas de regulación y control social en la capacidad del legislador para prever comportamientos y asignarles de antemano una solución clara y definitiva, que luego el juez aplicará por medio de un silogismo⁴². Un sistema centrado en el polo de las

consecuencias, en cambio, concibe la norma jurídica como una herramienta para la realización de fines sociales. Ahora bien, se trata de modelos que representan tendencias y no de valores absolutos. Es bien claro que el desconocimiento total de alguno de los dos polos haría completamente disfuncional al sistema. La anulación de la justicia material y de los valores, por un lado, conduciría al hermetismo total del derecho e impediría su comunicación con el sistema social, mientras que el olvido de la seguridad jurídica significaría la disolución del ordenamiento jurídico en el sistema político.

En términos históricos la opción que hace énfasis en la información ha sido asumida por la escuela de la exégesis y por la doctrina del Estado de derecho⁴³ mientras que la opción que privilegia las consecuencias ha sido adoptada por la escuela del derecho libre y por la doctrina del Estado social de derecho⁴⁴. Las críticas que recibe el concepto de Estado social de derecho –y que otrora recibiera la jurisprudencia de intereses, la sociología del derecho o la interpretación finalista– se concentran en la noción de división de funciones –y de poderes– entre la actividad legislativa derivada del proceso político y la actividad judicial dirigida a la aplicación del derecho. La discusión se presenta al momento de resolver la tensión que resulta entre, de un lado, la discrecionalidad de tipo legal –que toda Constitución establece con el propósito de que las fuerzas políticas determinen el curso de la coyuntura social– y, de otro lado, la discrecionalidad judicial, también prevista por la Constitución y encaminada a garantizar que la realidad social responda a criterios valorativos definidos en reglas y principios fundamentales. La dificultad aflora cuando la protección de un derecho fundamental implica la aplicación de un principio normativo para cuya efectividad se requiere de una orden –de tipo prestacional, por ejemplo– que afecta el ámbito de libertad legislativa.

40. *Postscript. Op. cit.* pp. 92-93.

41. N. Luhmann, *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, p. 47.

42. En el cual la premisa mayor es la norma, la premisa menor el caso y la conclusión es la deducción lógica de las premisas anteriores.

43. Jacques Chevallier, *L'Etat de Droit*, Montchrestien, Paris, 1992.

44. Sobre esta discusión ver, por ejemplo, W. Abendroth, E. Forsthoff y K. Doebrin, *El estado social*.

4. El punto de vista de la sociología del derecho

La sociología del derecho se ocupa, *gross modo*, de las relaciones entre el derecho y la sociedad. Su vinculación con el problema de la interpretación jurídica es muy estrecha. La diferencia consiste en que mientras la interpretación jurídica depende de toda una racionalidad interna al derecho –conocida como dogmática jurídica– la sociología mira al derecho desde una posición externa, e intenta comprender la manera como opera su vinculación con lo social con el objeto de poner en evidencia una disfunción entre contenidos jurídicos y realidades sociales. Por esto, mientras la interpretación es dogmática y constructiva, la sociología es descriptiva y crítica.

La sociología del derecho encuentra un terreno ideal para la investigación en todos aquellos casos en los cuales la dogmática jurídica es insuficiente para contener algunas decisiones de jueces y demás operadores jurídicos que –de hecho, no de palabra– deciden con fundamento en razones que no derivan del derecho. Dicho en otras palabras, en aquellos casos en los cuales el derecho se convierte en una variable dependiente de la política, de la moral, etc. Desde luego, esta frontera entre las razones jurídicas y las que no lo son es difusa. Este mismo problema puede ser planteado desde una perspectiva de teoría del derecho como la dificultad para saber cuáles son las fronteras del derecho y, por lo tanto, para saber dónde pueden ser encontradas las razones para decidir. Pero esta imbricación entre derecho y política –de manera especial en el Estado social de derecho– no es tan grande como para obscurecer

“Las definiciones jurisprudenciales sobre la prevalencia de principios en situaciones de conflicto –también conocidas como subreglas– se adicionan a las normas constitucionales y son el resultado de un tipo de interpretación valorativa basada en la ponderación y en argumentos de razonabilidad”

la distinción analítica entre ambos conceptos y para desconocer la existencia de decisiones judiciales tomadas con fundamento en razones extra-jurídicas.

En síntesis, la sociología del derecho se interesa –entre otras cosas– por aquel tipo de interpretación judicial que busca razones que se encuentran en el límite que separa el *afuera* y el *adentro* del derecho, con el objeto de descubrir la apropiación política que hacen los operadores del derecho de los discursos jurídicos. De esta manera la sociología pone de presente los límites del derecho y de la dogmática jurídica y su contaminación, en algunos casos, con el poder. A continuación se explican tres ámbitos temáticos en los cuales se aprecian estos límites. 1. En términos generales, a partir del derecho como instrumento de regulación social, 2. En la interpretación constitucional y 3. En el caso de la aplicación judicial de los derechos sociales constitucionales.

4.1. Los límites del derecho como instrumento de regulación social

El ideal del Estado liberal consistía en concentrar el poder en una burocracia cuyas actuaciones estaban estrictamente ceñidas a reglas generales, creadas por los representantes del pueblo y aplicadas fielmente por los jueces. En la tradición anglosajona este ideal está encarnado en el concepto de Rule of Law, cuyo énfasis jurídico en la separación de ámbitos de competencia institucional –lo cual es considerado como presupuesto para la protección de la libertad de los individuos– lo hace substancialmente diferente del concepto de Rechstaat

alemán o de l'Etat de droit, francés, más empeñados en la idea política de soberanía popular y de democracia.

El aumento de la complejidad tanto del derecho como de los hechos sociales dio al traste con el simple esquema de legitimación circular entre representantes-ley-justicia-y-gobierno. La creciente intervención del derecho en asuntos sociales tradicionalmente considerados como ámbitos de libertad, de un lado, y la paulatina confusión de las fronteras que separaban el Estado de la sociedad⁴⁵, han hecho borrar los límites entre lo público y lo privado; han debilitado el papel del Estado como centro regulador por excelencia y han desdibujado la estricta separación entre las funciones de creación y aplicación de las normas jurídicas. El ideal de la codificación –regulación sistemática, precisa y global de una materia– ha cedido terreno frente a normas generales de textura abierta (open-ended clauses) cuya aplicación entraña un proceso de creación tan importante como aquél que corresponde al legislador. En estas circunstancias la racionalidad de tipo formal –derivada por deducción de las normas legales– es reemplazada parcialmente por una racionalidad propositiva, destinada al logro de los fines implícitos en las normas legales.

Estas nuevas manifestaciones jurídicas –según R. M. Unger– ponen en tela de juicio dos valores esenciales del Estado liberal: la generalidad y la autonomía. La elección de los mejores medios para la realización de los fines sociales plasmados en las normas se convierte en un elemento esencial de la interpretación, con toda la

“El derecho ordinario se constitucionaliza en la medida en que toda norma del ordenamiento queda atada a un catálogo de valores, plasmados en el texto constitucional y de obligatoria aplicación por parte del juez”

inestabilidad e impredecibilidad que ello implica. De esta manera se erosiona la noción de obligación individual, íntimamente ligada a la idea de Rule of Law. El cometido de justicia substancial trae consigo la necesidad de individualización creciente de decisiones y con ella la pérdida del carácter determinante de las reglas generales⁴⁶. Aquello que subvierte la generalidad también afecta la autonomía. En la medida en que el razonamiento propositivo gana terreno, el discurso jurídico empieza a parecerse al discurso político o económico. Tales discursos, explica Unger, se caracterizan por el predominio de

una racionalidad de tipo instrumental. Se desvanecen las diferencias entre las prácticas de los operadores jurídicos –en especial los jueces– y la de los funcionarios de la rama ejecutiva.

La teoría propositiva de la adjudicación –dice Unger en otro contexto– requiere no sólo de un criterio para controlar las decisiones políticas sino también para sopesarlas entre sí. “En la ausencia de un procedimiento para la adopción de decisiones políticas, el juez inevitablemente impone sus propias preferencias o alguna otra, por ejemplo aquella de las partes”⁴⁷. Sólo la existencia de un consenso en relación con los valores compartidos por una comunidad y en los criterios para aplicarlos puede evitar el hecho de que este tipo de racionalidad en la

45. Al respecto, ver Boaventura de Sousa Santos, *Toward a New Common Sense. Law Science and Politics in the Paradigmatic Transition*, Routledge, Nueva York-Londres, 1995, p. 411.

46. Las exigencias propias de la justicia distributiva “llevan a los tribunales a ámbitos en los cuales la complejidad de los factores relevantes y la ausencia de estándares de justicia compartidos hacen de la generalización algo difícil de lograr”, Roberto M. Unger, *Law in Modern Society. Toward a Criticism of Social Theory*, The Free Press, Londres 1977, p. 199.

47. R. M. Unger, “Liberal Political Theory”, en *Critical Legal Studies*, Alan C. Hutchinson (ed.), Rowman and Littlefield Publishers, E.U.A., 1988, p. 35.

aplicación del derecho lesione de manera substancial la separación de funciones y el principio de legalidad propios del Estado liberal (The Rule of Law)⁴⁸.

Sin embargo, esta crítica -ya clásica- a la interpretación consecuencialista o propositiva debe ser ponderada hoy en día con por lo menos dos elementos de juicio adicionales: en primer lugar es necesario advertir que la complejidad de los hechos sociales y, de manera específica, la complejidad derivada de la necesaria intervención del Estado en ámbitos tradicionalmente vedados a la intervención con el objeto de proteger derechos fundamentales, es un hecho difícil de revertir. El regreso al Estado mínimo es hoy un supuesto insostenible, con independencia de la posición que se adopte desde el punto de vista de la política económica. En segundo lugar la racionalidad judicial de tipo propositivo no afecta de la misma manera las diferentes áreas del derecho. En efecto, si bien la protección de derechos de libertad requiere de una interpretación estricta -en especial en materia penal- allí donde se trata de la protección de derechos sociales la interpretación consecuencialista puede ser justificada para ciertos casos delimitados por una dogmática constitucional más o menos precisa⁴⁹.

La adopción de una racionalidad instrumental en la aplicación del derecho conlleva la adopción de prácticas corporatistas en el Estado, por medio de las cuales las decisiones que adoptan las autoridades públicas están determinadas por la especificidad de cada caso, y ante

todo por las implicaciones sociales y políticas de dicha decisión. La negociación y la búsqueda de consensos particulares hacen parte esencial de las actuaciones estatales. En estas circunstancias, la fragmentación de las políticas estatales es un corolario inevitable⁵⁰.

4.2. Los límites de la Interpretación constitucional: la concepción del poder

Existe una diferencia entre un modelo de interpretación valorativo⁵¹ o abierto, que otorga un papel preponderante al juez en la protección de derechos y un modelo de interpretación positivista o autosuficiente, que concentra la protección de derechos en la regla general positiva, y de manera especial en la ley y el proceso político que le antecede. En estos modelos de interpretación se debate ampliamente acerca del sentido y alcance del derecho. En dicho debate se reconoce la estrecha vinculación entre el derecho y la política y, por lo general, se acepta que los jueces crean derecho. Sin embargo, el debate es meramente jurídico y toma el derecho como una racionalidad autónoma e independiente que no depende de la política. Una perspectiva sociojurídica -o crítica- sobre dichos modelos de interpretación, en cambio, considera que el saber jurídico no necesariamente constituye una razón independiente que explique la decisión judicial. Según este punto de vista, algunas

48. *Ibidem*, p. 34. Los temores de Unger respecto de este tipo de racionalidad instrumental van aún más lejos. En su opinión ahí está el ejemplo del régimen nazi para alertar sobre los peligros derivados del debilitamiento del orden legal: la ideología corporativa se convirtió allí en el pretexto para la conformación de una dictadura burocrática y la idea de los espontáneos sentimientos populares sobre los derechos fue utilizada para imponer la adoración al régimen establecido" (*Law Modern Society*, p. 220).

49. Para ilustrar este debate en el ámbito colombiano, Cfr. Iván Orozco y Juan Gabriel Gómez, *Los peligros del nuevo constitucionalismo en materia penal*, Ministerio de Justicia, Bogotá, 1997; allí se desarrolla una argumentación cercana a la tesis de Unger y reforzada por la ausencia de consenso valorativo en un país en guerra. Otra opinión puede verse en R. Uprimny, "Sentencias con dimensión humana", en *Perfiles Liberales*, N. 49, 1996, pp. 23-28.

50. Al respecto, ver Celso F. Campilongo, "Os desafios do judiciário: um encuadramento teórico", en *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*, José E. Faria (org.) Malheiros editores, Brasil, 1994; en este mismo libro: Jose Reinaldo de Lima Lopes, "Crise da norma jurídica e a reforma do judiciário".

51. Desde un punto de vista analítico puede hacerse una diferencia entre dos concepciones valorativas de la interpretación jurídica: la primera -que puede ser denominada como débil- considera que los principios y valores constitucionales son normativos, esto es contienen derechos -así sea *prima facie*- siempre y cuando se encuentren consagrados en el derecho positivo, en este caso en la Constitución. Este punto de vista puede ser diferenciado de una posición fuerte, según la cual no solo principios y valores constitucionales positivos contienen derechos, también principios y valores por fuera del derecho positivo pueden tener esta virtualidad. Según esta perspectiva la Constitución protege valores inherentes a la persona humana con independencia de su condición de derecho positivo. En este ensayo tengo presente esta última posibilidad.

decisiones derivan de una lógica que está por fuera de la racionalidad jurídica. Esta hipótesis es especialmente clara en el derecho constitucional, si bien no es ajena a los demás ámbitos del derecho. De acuerdo con esto, la explicación de la decisión debe ser buscada en la tensión propia de las valoraciones políticas, no jurídicas; esto es, en la tensión entre una visión política progresista y una visión conservadora de la aplicación de los textos constitucionales. "Las más profundas divisiones en el pensamiento constitucional –dice Robin West acerca del constitucionalismo norteamericano– no son el resultado de diferencias derivadas de la filosofía del derecho sino de la orientación política"⁵².

Para comprender las razones por las cuales los jueces constitucionales deciden en los casos difíciles y la eventual subordinación que en esta decisión pueden tener las razones jurídicas respecto de las razones políticas, es necesario tener en cuenta la posición política del juez, la cual, por lo general no se encuentra explícita y, además, suele estar imbricada en otra serie de posiciones valorativas que hacen difícil su conocimiento y explicación⁵³. Sin embargo, la complejidad de esta relación entre política y derecho no atenúa en nada su importancia ni oscurece la dimensión (la portée) política del fenómeno.

Para dilucidar esta relación es necesario comenzar por diferenciar algunos elementos del espectro político que inciden en las decisiones de los jueces. Por lo menos dos grandes ámbitos temáticos pueden ser diferenciados: el primero de ellos se refiere a la justicia distributiva o igualdad real, esto es, al problema de la repartición de las riquezas en la sociedad. El segundo ámbito político está

ligado al tema de la libertad individual; esto es, al problema de las relaciones entre el poder estatal y la persona. Las posiciones políticas que cada juez toma en estos ámbitos se manifiestan en la interpretación de todo el texto constitucional; sin embargo, cada uno de ellos tiene una especial incidencia y manifestación en dos temas específicos: el problema político de la igualdad real es especialmente determinante cuando se interpretan y aplican los derechos sociales, y, de otra parte, las relaciones de libertad o sujeción entre el poder y el individuo tienen una especial incidencia en la interpretación y aplicación del derecho al libre desarrollo de la personalidad, de las minorías sexuales, y de la diversidad cultural y el pluralismo. Los ejemplos jurisprudenciales típicos en los cuales se manifiesta de manera palpable esta relación son, de un lado las sentencias que se refieren al mínimo vital (igualdad material) y del otro aquellas que se refieren al consumo mínimo de droga o al aborto (libertad).

Ahora bien, cada uno de estos ámbitos políticos contiene tensiones entre posiciones encontradas. En relación con la igualdad social o material se puede encontrar una diferencia entre, de un lado, una concepción conservadora, según la cual una constitución es el reflejo de las condiciones de poder existentes y por ello debe limitarse al aseguramiento de un cierto orden social implantado y jerarquizado en el cuerpo social⁵⁴ y, de otro lado, una idea progresista según la cual la Constitución es una especie de pacto social que sirve para modificar, en un futuro indeterminado, las estructuras sociales existentes. Jueces que adhieren a una misma concepción jurídica pueden decidir de manera diferente debido a estas creencias políticas.

En el apartado 2.2 de este ensayo se diferenciaron dos posiciones jurídicas respecto de la interpretación constitucional, la primera de carácter positivista y la segunda de carácter valorativo. Salta a la vista una cierta

52. Aquí vale la consabida explicación sociojurídica sobre la manera como se deciden los casos difíciles en las altas cortes judiciales de todo el mundo, según la cual, en primer término se decide con base en razones políticas y luego se recubre la decisión con un lenguaje jurídico. Al respecto, ver A. Bancaud, "Considerations sur une 'pieuse hypocrisie': La forme des arrêts de la Cour de Cassation", en *Droit et Société*, París, 1984, pp. 373-387; igualmente, Robin West, *Progressive and Conservative Constitutionalism*, in *Michigan Law Review*, Vol. 88, N. 4, 1990, pp. 41-721; también la reciente obra de Duncan Kennedy, *A Critique of Adjudication*, Harvard University Press, 1997.

53. Al respecto, ver D. Kennedy, *Op. cit.*, p. 46 y p. 133.

54. Esta es, por ejemplo, la posición de F. H. Hayek, quien sostiene que la Constitución sólo tiene la función de fortalecer las normas preexistentes de tipo legal. "El derecho público pasa, pero el derecho privado permanece", dice en *Droit, législation et liberté*, p. 162.

empatía entre la concepción positivista y la conservación de la estructura social, así como entre la visión valorativa y el cambio social. El primer binomio es tributario de los valores de la seguridad jurídica y de la protección simplemente legal de los derechos sociales⁵⁵, mientras que el segundo lo es de los valores propios del derecho natural, la legitimación axiológica de los derechos sociales y la acción política. El primero puede ser denominado simplemente Conservatismo Clásico, por su énfasis en el principio de división de poderes, la separación entre legislación y aplicación judicial, así como por su apego a la estructura social existente; el segundo es un Progresismo Reformista, debido a su insistencia en los valores y principios constitucionales como herramientas destinadas a cambiar la estructura social. Estas son las combinaciones más usuales en la interpretación constitucional. En la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana hay ejemplos claros de ambas posiciones. La sentencia SU-111 de 1997 sobre el alcance de los derechos sociales es un claro ejemplo de reducción del alcance de los derechos sociales al proceso político de elaboración de la ley⁵⁶. De otra parte, un ejemplo evidente de posición reformista se encuentra en la sentencia T-406 de 1992, por

“La teoría de Dworkin, en la práctica judicial, y de manera paradójica, puede llegar a los mismos resultados a que llega el realismo: una enorme libertad para decidir, derivada de la existencia de una cantidad incontrolada de razones –morales, políticas, sociales, etc.– dispuestas en el derecho para que el juez las utilice”

medio de la cual se obligó al municipio de Cartagena a terminar la construcción de un alcantarillado para evitar la contaminación de las aguas y, de esta manera, proteger el derecho a la salud de los niños pobladores de un barrio pobre de esa ciudad⁵⁷.

Otras combinaciones también son posibles. Un juez positivista, en su concepción de la interpretación jurídica, puede ser favorable al cambio social, siempre y cuando éste se lleve a cabo a través del derecho positivo; según esta posición los derechos sociales deben ser protegidos a través de normas constitucionales de aplicación directa o de leyes derivadas del proceso político. Tales normas deben ser aplicadas con todo el poder transformador que ellas consagran y deben conducir a una protección efectiva de tales derechos. La sentencia C-037 de 1994, por medio

de la cual se aplica el artículo 60 de la Constitución colombiana es de este tipo. Allí se establece que, en los eventos de privatización de empresas del Estado, los trabajadores tiene derecho a una opción preferencial para

y de su deseo positivo de contribuir al fisco y exigir del Estado la prestación de determinados servicios”; y más adelante agrega: “El Estado social de derecho que para su construcción prescinda del proceso democrático y que se apoye exclusivamente sobre las sentencias de los jueces que ordenan prestaciones, sin fundamento legal y presupuestal, no tarda en convertirse en Estado judicial totalitario y en extirpar toda función a los otros órganos del Estado y a los ciudadanos mismos como dueños y responsables de su propio destino”.

57. Allí se lee, por ejemplo, lo siguiente: existe “una nueva estrategia encaminada al logro de la eficacia de los derechos, que consiste en otorgarle de manera prioritaria al juez, y no ya a la administración o al legislador, la responsabilidad de la eficacia de los derechos fundamentales”; *Gaceta Constitucional*, 1992, tomo 2, 201.

55. La combinación de conservatismo y positivismo jurídico se acerca a la tradición historicista por el aspecto político conservador de esta corriente, pero también se aleja de ella por su confianza en las normas jurídicas como elementos de transformación social.

56. Allí se lee lo siguiente: “La justicia social y económica, que se logra gracias a la progresiva e intensiva ejecución de los derechos económicos, sociales y culturales, se reivindica y se lucha en el foro político. La dimensión del Estado social de derecho, en cada momento histórico, en cierta medida, es una variable de la participación ciudadana

comprar las acciones de la empresa⁵⁸. De otro lado, un visión conservadora de los derechos sociales puede combinarse con una interpretación constitucional valorativa; en este caso se hace una defensa de la permanencia de la jerarquía social, por medio de una referencia a valores constitucionales. Un ejemplo cercano a esta posición se encuentra en la sentencia T-501 de 1994 sobre la condición social de los presos en las cárceles; allí se aceptan las limitaciones al derecho a la intimidad que tienen los presos cuando reciben visita conyugal, con fundamento en el castigo que deriva de la comisión del delito⁵⁹.

Estas últimas dos combinaciones pueden ser denominadas de la siguiente manera: la primera como progresismo político liberal, por el énfasis que hace en la persona y en la necesidad de proteger sus derechos sociales, y la segunda como conservatismo darwiniano, por la sacralización del determinismo social que ella supone. El progresismo político liberal estima que la mejor manera de defender los derechos es por medio de reglas legales judicializables. Según este punto de vista, la inclusión de principios y de métodos de interpretación flexibles y finalistas es menos efectiva y segura para la protección de los derechos que el simple método exegético liberal⁶⁰.

58. Según esta sentencia, la ley no puede reglamentar esta norma: "Cualquier fórmula que someta el desarrollo de la obligación consagrada en el inciso segundo del artículo 60 de la Carta a delimitaciones exactas e inmodificables, está desconociendo el contenido de la norma..."; *Gaceta Constitucional*, 1994, tomo 2, p.11.

59. *Gaceta Constitucional*, 1994, tomo II, pp. 601 y ss.

60. Esto es lo que opina Robin West ("Progressive and Conservative Constitutionalism", *Op. cit.*) Según este autor, la interpretación judicial

“La sociología del derecho se interesa –entre otras cosas– por aquel tipo de interpretación judicial que busca razones que se encuentran en el límite que separa el afuera y el adentro del derecho, con el objeto de descubrir la apropiación política que hacen los operadores del derecho de los discursos jurídicos”

El conservatismo darwiniano⁶¹ en cambio, hace énfasis en la permanencia de las estructuras de poder y se vale del carácter normativo de los principios constitucionales para fortalecer la jerarquía social y las relaciones de autoridad existentes.

El segundo ámbito es el de libertad. Aquí también pueden ser diferenciadas dos grandes tendencias: la primera, desde una perspectiva conservadora, estima que el individuo tiene libertad para disponer su vida de acuerdo con sus convicciones acerca de lo que considere una buena vida, siempre y cuando ello no vaya en contravía de lo que las buenas costumbres y de aquello que la sociedad misma ha definido como una vida valiosa. Un cierto paternalismo ético conservador subyace a este punto de vista. Una posición progresista, en cambio, considera que la persona puede ejercer su libertad, incluso cuan-

do ella se manifiesta de manera contraria a lo que las buenas costumbres y el Estado han definido como tal. La primera posición valora la tradición ética de la sociedad y considera que la libertad se desvirtúa cuando escapa a dicha tradición. La segunda posición es pluralista en materia ética y considera que el individuo es libre de

suele ser profundamente elitista, jerárquica y no participativa. Para hacer realidad la promesa progresista contenida en la Constitución -dice West- "Es necesario reconceptualizar la Constitución como una fuente de inspiración y guía para la legislación, en lugar de considerarla como un constreñimiento superestructural de la aplicación judicial" (p. 65).

61. Robin West habla de una "moral darwinista" propia del constitucionalismo que predica la libertad de mercado como parámetro interpretativo para la efectividad de los derechos (*ibidem*, p. 658).

escoger la vida que considere buena incluso cuando ello implica un choque con valores arraigados en la tradición social.

Aquí también existe una empatía entre una posición conservadora y una visión positivista del derecho. Cuando se combinan estas dos posiciones la decisión judicial adquiere una motivación fuertemente centrada en los valores morales de la sociedad y en la defensa del *status quo* legal. Podemos denominar este punto de vista como Conservatismo tradicional. Un ejemplo de esta decisión se encuentra en la sentencia C-344 de 1993 que declaró constitucional la obligación de los jóvenes menores de 18 años de pedir permiso a sus padres para poder casarse. También es un ejemplo de ello la sentencia C-371 que declaró constitucional una norma del Código Civil colombiano que permite a los padres castigar de manera moderada a sus hijos. El extremo opuesto se encuentra en la combinación de una visión interpretativa de tipo valorativo con una concepción política individualista. En este caso la jurisprudencia es claramente libertaria, anti-paternalista y defensora de la autonomía individual. Este punto de vista puede ser denominado Progresismo moral pluralista. El mejor ejemplo de esta posición se encuentra en el fallo que despenalizó el consumo mínimo de drogas.

También puede surgir una combinación –menos frecuente– entre interpretación valorativa y autoridad

estatal que puede ser denominada como conservatismo fundamentalista. En este caso el fallo judicial gira en torno a la defensa de la tradición moral de la sociedad y de la restricción de la libertad a tales parámetros morales. Aquí, el peso de los argumentos morales en la parte motiva del fallo es mayor que en el conservatismo tradicional, en el cual el carácter restrictivo de la interpretación constitucional cede el paso a la prevalencia pura y simple de los textos legales. Finalmente, cuando una visión positivista de la interpretación constitucional resulta un tipo de decisión libertaria y fundada en el derecho legislado, puede denominarse como progresismo moral liberal.

Ahora bien, los casos planteados resultan de una visión estática de la combinación de variables. En la práctica jurídica se presentan combinaciones que se originan en las diferentes estrategias de aplicación emprendidas por los actores sociales del derecho a través del tiempo y del espacio. Así, por ejemplo, una Constitución inicialmente concebida bajo la perspectiva progresista reformista, puede ser luego aprovechada por el poder político para hacer de ella una constitución aplicada a partir de una visión fundamentalista. De manera similar una Constitución normativista, puede ser utilizada luego como instrumento de denuncia social para la postulación de un cambio. El siguiente cuadro muestra el resumen de las combinaciones entre las variables anotadas.

Posición política	IGUALDAD		LIBERTAD	
Interpretación jurídica	Conservación	Cambio	Autoridad	Individuo
Positivista	Conservatismo clásico	Progresismo político liberal	Conservatismo tradicional	Progresismo moral liberal
Valorativa	Conservatismo darwiniano	Progresismo reformista	Conservatismo fundamentalista	Progresismo pluralista
	A	B	C	D

De este cuadro se pueden derivar otras ideas: las columnas B y D representan el constitucionalismo progresista. La columna B da cuenta del llamado constitucionalismo social, propio de algunos países europeos; la columna D es más representativa del constitucionalismo progresista norteamericano. Las columnas A y C representan el constitucionalismo conservador: la primera se refiere de manera especial al conservatismo liberal propio de los llamados derechos sociales programáticos (no judicializables), mientras la segunda alude especialmente al conservatismo moral norteamericano que se manifiesta en decisiones relativas al aborto y a las minorías sexuales⁶².

En síntesis, el cuadro muestra los límites del debate originado en torno a la teoría y a la interpretación constitucional; en tal debate se desconoce la importancia de las concepciones judiciales sobre el poder y las relaciones que éste mantiene con los individuos y, como consecuencia de ello, se atribuye razones jurídicas a decisiones judiciales cuya explicación está en otra parte, por fuera del derecho: en la concepción del poder.

El cuadro va más allá de la aceptación –casi unánime hoy en día en las teorías sobre interpretación judicial– del carácter político de la interpretación judicial. No se trata simplemente –como lo hace Dworkin– de que los jueces

“La adopción de una racionalidad instrumental en la aplicación del derecho conlleva la adopción de prácticas corporatistas en el Estado, por medio de las cuales las decisiones que adoptan las autoridades públicas están determinadas por la especificidad de cada caso, y ante todo por las implicaciones sociales y políticas de dicha decisión”

al momento de decidir un caso constitucional difícil, acudan a un ejercicio de ponderación razonable de valores y principios que no son exclusivos del derecho y que en términos generales llamamos políticos; se trata, en cambio, de poner de presente la profunda subordinación de la racionalidad jurídica a las opciones políticas tomadas inicialmente por los jueces y luego presentadas y justificadas con el ropaje del derecho positivo⁶³. La ponderación es sólo razonable al interior de la opción política –conservadora o progresista– que ha sido decidida de antemano y que resulta determinante al momento de evaluar las razones de la decisión⁶⁴.

La dificultad para dilucidar, en cada caso específico, cuáles han sido estas otras razones determinantes –dificultad ligada a los inestrinables secretos de la voluntad judicial– es una garantía

que permite la instrumentalización del derecho sin que ello conduzca al escándalo. Sin embargo, las posibilidades de ocultamiento también tienen sus límites y corresponde a la sociología jurídica –en cada ordenamiento específico– develar esta estrategia y poner de presente la insuficiencia de la racionalidad interna del derecho para decidir casos constitucionales difíciles.

62. También hay una especie de constitucionalismo social en Estados Unidos que se manifiesta en la aplicación sustantiva –no meramente formal– de la cláusula de *Equal Protection*, y de manera específica en la aplicación de las *Affirmative Actions*.

63. Al respecto, dice Dunkan Kennedy: una vez el juez toma la solución del caso “la justifica en un lenguaje legal que también es un lenguaje ideológico. El resultado así conseguido se entiende, con frecuencia, como habiendo favorecido una “parte” definida ideológicamente: la explicación dada hará parte del material disponible para el “caso” y fracaso de otras partes en futuras disputas ideológicas”. Op. cit. p. 129.

4.3. Los límites del constitucionalismo social y de los valores fundamentales en la Constitución colombiana

El constitucionalismo latinoamericano ha sido generoso en la promulgación de derechos sociales. Sin embargo, esta práctica discursiva se mantiene intacta en medio de una protección recortada de derechos, que contrasta con lo logrado en otras latitudes provistas de constituciones menos progresistas y generosas. Esta falta de correspondencia encuentra explicación en el hecho de que, en nuestros países las cartas de derecho son concebidas no sólo como un estatutos jurídicos del presente, destinados a proteger a las personas de los actos de autoridades públicas o privadas, sino también como programas políticos del futuro, depositarios de esperanzas y deseos de cambio social y económico. Esta ambigüedad entre lo jurídico y lo político subyace en las prácticas constitucionales de creación, reforma, cambio e interpretación de normas; y es utilizada estratégicamente por los gobiernos y las clases dominantes, para privilegiar uno de los dos sentidos sobre el otro, de acuerdo con las necesidades políticas del momento. La relativa ineficacia de los derechos sociales en América Latina se sustenta, con frecuencia, en una estrategia gubernamental de limitación de los efectos normativos de las constituciones y jurídicamente en una concepción programática de tales derechos, según la cual sólo a través de la reglamentación legal pueden éstos ser efectivos.

Según la nueva interpretación creada por la Corte Constitucional colombiana alrededor del concepto de "Estado social de derecho" toda la organización estatal debe estar dispuesta para la realización de los fines del individuo. Las instituciones son medios para la realización de las personas y no fines en sí mismos. Sin embargo, este principio general pone de presente una mera tendencia discursiva en favor del individuo y, como todo principio jurídico, no tiene la entidad de una norma de aplicación incondicional. Su eficacia deriva de un ejercicio de ponderación con principios opuestos y de manera especial con el principio de seguridad y estabilidad jurídica. Dicho en otros términos, la Constitución y la Corte ordena la protección de los derechos sociales del individuo en

todos aquellos casos en los que, desde el punto de vista institucional, ello sea posible. Por eso, la jurisprudencia de la Corte es generosa y exuberante cuando se refiere a la protección social del individuo, pero es conservadora y prudente cuando lleva a cabo la ponderación entre esta protección y la estabilidad –presupuestal, jurídica, política– de las instituciones⁶⁵. Es así como, con excepción del derecho a la salud y a la educación en ciertos casos, los textos constitucionales sobre derechos sociales prestacionales se refieren esencialmente a políticas públicas, no a derechos subjetivos⁶⁶. Dicho en otros términos: la suerte de los usuarios depende más de la disponibilidad de recursos y de la dinámica política entre el ejecutivo y el legislativo, que de la posibilidad que éstos tengan de acudir a una autoridad pública para exigir sus derechos.

En Colombia –como en buena parte de América Latina– las cartas de derechos en materia social consagran esencialmente expectativas, no derechos subjetivos. Las acciones judiciales para proteger derechos sociales prestacionales son eficaces para ciertos sectores de la población que se encuentran dentro de una relación prestacional dada, e ineficaces para obtener una determinada prestación del Estado a partir de la carencia. En otros términos: la tutela judicial funciona efectivamente al interior de relaciones de prestación de servicios y tiene un efecto mínimo para la población más pobre o excluida de los canales de prestación de tales servicios. La jurisprudencia constitucional es muy generosa, por ejemplo, en materia de educación cuando se trata de asuntos disciplinarios o morales –relaciones profesor-alumno– pero es muy restrictiva en materia de salud o trabajo cuando se trata de desempleados o de personas que carecen de servicio médico.

Desde un punto de vista meramente descriptivo la jurisprudencia sobre derechos sociales de la Corte cumple

65. Sobre la importancia de la tensión entre conservación y cambio véase Eduardo Farias, "A Conchunto e suas condições de eficácia", en *Cuadernos Liberais*, Corte Constitucional, 34, Brasília, 1997.

66. Jose Reinaldo de Lima Lopes, "Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do judicar no Estado social de direito", en *Direitos humanos, direitos sociais e justicia*, Op. cit.

una función primordial de estabilización al minimizar o resolver la tensión existente en el país entre un discurso político-jurídico ideal, depositario de esperanzas de cambio social y una realidad institucional colmada de carencias materiales y dificultades organizativas. Esta política es la manifestación política de la tensión jurídica entre seguridad y justicia que subyace a toda práctica de interpretación y aplicación de normas. En el caso de los derechos sociales se habla entonces de dos condiciones necesarias para que estos tengan efectividad: 1) la necesidad de proteger las condiciones mínimas de existencia de las personas (libertad fáctica) y 2) el hecho de que la protección requerida afecte de manera mínima la distribución entre las competencias públicas y de manera especial la voluntad mayoritaria expresada en leyes. El primero de estos elementos se refiere al valor justicia o de adecuación del derecho a la realidad social, mientras que el segundo se refiere a la coherencia del sistema y a su seguridad.

En materia de derechos constitucionales, la jurisprudencia constitucional cumple la función de proporcionar una cierta estabilidad a la tensión, o a la disociación, entre discurso constitucional y realidad social. Las decisiones judiciales establecen una especie de pacto entre los ideales jurídicos y los requerimientos institucionales; pacto por medio del cual cada parte cede una porción de su potencial vocación primaria: ni los textos constitucionales son fuego revolucionario, ni las exigencias institucionales eliminan toda esperanza de transformación social. La jurisprudencia mantiene latente la fuerza normativa de la Constitución, pero evita que ella socave las condiciones sociopolíticas bajo las cuales la Constitución –y el control constitucional ejercido por la Corte– son aceptados como parte de un régimen político sin revolución social en curso.

La búsqueda de este punto intermedio entre permanencia y cambio es difícil y suele tener altibajos que resultan de la confrontación entre la Corte Constitucional y otras instancias judiciales o políticas del Estado. En esta batalla por la fijación del sentido de los textos constitucionales la Corte intenta diferenciarse –esto es,

crear un discurso propio– no sólo cuando acentúa la racionabilidad interna del discurso jurídico con base en la defensa del valor de la coherencia y la predecibilidad del sistema, sino –también cuando defiende los valores, principios y derechos constitucionales con base en la idea de efectividad y justicia. Pero la Corte también puede hacer uso de estas dos orientaciones –coherencia o adecuación– para asumir un perfil bajo y presentarse ante el resto del Estado y la opinión pública como parte de un engranaje institucional indiferenciado. Para desentrañar el accionar propio de este cambio de estrategia –perfil alto-perfil bajo– es que puede ser útil la perspectiva política, que complementa y delimita las explicaciones iusfilosóficas y constitucionales sobre las razones de la decisión judicial.

5. Síntesis

De la exposición hecha hasta el momento se desprenden cuatro tensiones: 1. Reglas-principios (en la teoría del derecho), 2. Principio mayoritario-derechos fundamentales (en el derecho constitucional), 3. Seguridad jurídica y justicia material (en la interpretación jurídica) y coherencia-adecuación (sociología jurídica). El cuadro de la siguiente página recoge estas tensiones.

Existe una clara empatía entre los elementos de estos cuatro ámbitos temáticos: las reglas jurídicas, el principio democrático, la seguridad y la coherencia representan una misma manera de pensar y concebir el derecho; igual sucede con la relación entre principios, derechos fundamentales, adecuación y justicia material. Cada uno de estos binomios ha dado lugar a teorías radicales que favorecen uno de los dos elementos de la tensión en detrimento del otro. Sin embargo, en el debate contemporáneo, la discusión no se plantea como un problema de elección entre uno u otro de estos elementos, sino como un problema de prevalencia en caso de conflicto y en circunstancias específicas.

Ahora bien, ¿cuando surge el conflicto? Lo primero que hay que decir es que los elementos de las tensiones con frecuencia se encuentran en una relación de complementariedad. En efecto, las reglas, el principio

DISCIPLINA	TENSIONES	DISCURSO
TEORÍA DEL DERECHO	Reglas vs. reglas/principios	Valorativo o descriptivo, según la teoría
TEORÍA CONSTITUCIONAL	Principio mayoritario vs. Derechos fundamentales	Valorativo, descriptivo o dogmático, según la teoría
INTERPRETACIÓN JURÍDICA	Seguridad jurídica vs. Justicia material	Dogmático constructivo
SOCIOLOGÍA JURÍDICA	Coherencia del sistema vs. adecuación social del sistema	Descriptivo y crítico

mayoritario, la seguridad jurídica y la coherencia del sistema están destinadas a lograr –lo cual sucede con frecuencia– la realización de los principios, de los derechos fundamentales de la justicia material y de la adecuación social. Más aún, es de esperar que los casos judiciales difíciles, en los cuales surge el conflicto indicado, sean sólo una pequeña parte de los actos legales u administrativos; en la gran mayoría de estos actos el derecho funciona de manera tal que todos los propósitos resultan complementarios; cada decisión institucional actúa como una pieza de un motor en perfecta sincronía. El énfasis en los casos difíciles no debe hacer olvidar el valor y la importancia de esta normalidad jurídica.

Pero las teorías sociales se construyen sobre los conflictos o sobre las disfunciones. Así sucede con el derecho. Toda teoría jurídica debe dar respuesta a la pregunta siguiente: ¿Hasta qué punto, o bajo qué condiciones está permitido que un principio (contemplado o no por el derecho positivo) desplace una regla positiva en unas circunstancias específicas? Al responder esta pregunta toda teoría –y, en especial, toda teoría de la interpretación jurídica– busca una posición intermedia

entre seguridad jurídica y justicia, entre predecibilidad y adecuación. Quedan desechadas las posiciones extremas: tanto aquella que dice que el derecho sólo es aquel conjunto de normas explícitas y judicializables, como aquella que sostiene que el derecho sólo es un conjunto de valores, bien sea aquellos efectivamente aplicados por los jueces o aquellos definidos por un orden axiológico universal; dicho en otros términos: ninguna teoría se atreve hoy en día a negar toda inclusión de principios (positivismo radical) o a incluir cualquier principio por el hecho de ser justo (iusnaturalismo radical). En este sentido toda teoría –del derecho, del derecho constitucional o de la interpretación jurídica– es una teoría de las fronteras entre reglas y principios. En otras palabras, es una teoría sobre las posibilidades –en principio restrictivas– de que los valores consagrados en principios desplacen normas válidas en beneficio de la protección de derechos fundamentales.

De todos modos todas estas teorías resultan insuficientes cuando tratan de explicar lo que sucede –o debería suceder– en aquellos casos difíciles marcados por una fuerte tensión política. Allí la racionalidad jurídica es

incapaz de contener la decisión política; el derecho se convierte en un mero ropaje del poder, en un símbolo.

Finalmente, una conclusión importante para la práctica jurídica y para la enseñanza del derecho: la dogmática jurídica actual⁶⁷ –a diferencia de la dogmática jurídica clásica– no se limita al estudio de los problemas derivados de las relaciones entre normas legales, además, incorpora, con igual interés, el estudio de la jurisprudencia y, de manera especial, de la jurisprudencia constitucional en la cual se resuelven casos difíciles, a partir de los cuales se establecen los límites entre los principios y la obligatoriedad de los derechos de las personas ♦

67. Que es un metalenguaje sobre el derecho positivo que se enseña en las facultades de derecho y que utilizan los jueces para aplicar el derecho.