GABRIEL MORA RESTREPO

JUSTICIA CONSTITUCIONAL
Y
ARBITRARIEDAD DE LOS JUECES

Teoría de la legitimidad en la argumentación de las sentencias constitucionales desde los modelos de razonamiento práctico

Tesis doctoral presentada en la Facultad de Derecho de la Universidad Austral para optar al título de Doctor en Derecho

Director de tesis: Prof. Dr. Fernando M. Toller

UNIVERSIDAD
AUSTRAL
FACULTAD DE DERECHO

Buenos Aires, 2007

A Paola,

con todo mi amor.

ÍNDICE GENERAL

AGRADECIMIENTOS 13

INTRODUCCIÓN

1. PLANTEAMIENTO: EL OFICIO DE LOS JUECES Y SU RESPONSABILIDAD 19
2. LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO CONSTITUCIONAL Y SUS ESPECIALES DIFICULTADES 21
3. LA JUSTIFICACIÓN Y FUNDAMENTACIÓN DE LAS DECISIONES CONSTITUCIONALES Y EL OBJETO DE ESTA INVESTIGACIÓN DOCTORAL 28
4. LA INTERPRETACIÓN CALIFICADA DE LA CONSTITUCIÓN. EL CASO COLOMBIANO 34
5. LA ESTRUCTURA DEL TRABAJO Y EL ORDEN DE LA EXPOSICIÓN 41

PRIMERA PARTE
LAS DIFICULTADES DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL Y LA SOLUCIÓN QUE PROPONEN LAS "TEORÍAS ESTÁNDAR DEL DERECHO"

CAPÍTULO I
UNA MIRADA INICIAL A LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL: ENTRE EL DERECHO Y LAS MANIPULACIONES JUDICIALES

1. PLANTEAMIENTO: LAS DOS CARAS DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL 47
2. VARIEDAD DE CRITERIOS INTERPRETATIVOS Y ARGUMENTACIONES "FORZOSAS" EN LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL 55
   a) El caso del consumo personal de drogas alucinógenas 55
      i. La visión del voto mayoritario 56

ii. Las razones de los jueces disidentes 61
b) El caso del uso obligatorio del cinturón de seguridad 65
3. LA NECESIDAD DE SUPERAR EL PUNTO DE VISTA ESCÉPTICO 72
4. LAS INSUFICIENCIAS DE UNA INTERPRETACIÓN MERAMENTE "SEMÁNTICA" DE LA CONSTITUCIÓN 79
a) Interpretación "conforme a Derecho" 79
b) Las razones de los jueces y sus respaldos 80
c) La "tesis semántica" sobre la interpretación 82
d) Los inconvenientes de la "tesis semántica" y algunos casos ilustrativos 85
i. El caso de la libertad religiosa 86
ii. Los casos sobre el derecho a la vida del *nasciturus* 89
iii. El caso de los partidos y movimientos políticos 96
iv. El caso de las uniones de hecho y las parejas homosexuales 101
e) Balance: el fracaso de la "tesis semántica" ante lo *realmente significativo* 104
5. EL USO ESTRATÉGICO O MANIPULATIVO DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL 106
a) La interpretación constitucional como un instrumento de un campo de batalla 107
b) Formalistas y antiformalistas: la lucha entre el "viejo" y el "nuevo" Derecho 111
c) Estrategia o arbitrariedad: el naufragio de la Constitución ante el posible uso indebido de la interpretación constitucional 114
d) Algunos casos relativos a cambios jurisprudenciales 118
i. Casos relativos al control de constitucionalidad sobre tratados internacionales 120
ii. El caso de la Representante Morales 126
e) Balance: la difícil línea que divide un uso indebido de una legítima dimensión subjetiva en la interpretación constitucional 139
6. RECAPITULACIÓN 142

CAPÍTULO II
JUECES "POLÍTICOS" Y JUECES "VINCULADOS" AL DERECHO: PRINCIPALES TEORÍAS SOBRE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA Y LA RESOLUCIÓN DE LOS CASOS CONSTITUCIONALES

1. INTRODUCCIÓN 147
2. UNA RECURRENTE DESCRIPCIÓN DE LO QUE HACEN LOS JUECES CONSTITUCIONALES 148
3. EL CARÁCTER PROBLEMÁTICO DEL LENGUAJE CONSTITUCIONAL 153
   a) Generalidad y precisión del lenguaje normativo 153
   b) El "núcleo duro" y la "zona de penumbra" 155
   c) Los "conceptos" y las "concepciones" 158
   d) Las "reglas" y los "principios" constitucionales 162
4. LA DISTINCIÓN ENTRE CASOS "FÁCILES" Y CASOS "DIFÍCILES" 170
   a) Planteamiento 170
   b) Los seis tipos de casos "difíciles" 173
   c) Tres consecuencias de la distinción entre casos "fáciles" y "difíciles" 177
5. A LA BÚSQUEDA DEL JUEZ "VINCULADO" AL DERECHO 178
   a) Una explicación preliminar del tema 179
   b) El formalismo jurídico decimonónico como modelo dominante 182
   c) Las críticas al modelo formalista 189
      i. El aspecto común de las críticas 189
      ii. La crítica antiformalista de HERMANN KANTOROWICZ 191
      iii. La crítica antiformalista de OLIVER W. HOLMES 193
      iv. Balance sobre el formalismo jurídico y sus críticos 196
   d) Un planteamiento exitoso: la discrecionalidad judicial 197
      i. La tesis de HANS KELSEN 198
      ii. La tesis de HERBERT HART 203
      iii. Insuficiencias y dificultades de la doctrina de HART 207
      iv. Balance sobre el modelo de la discrecionalidad judicial: algunas cuestiones pasadas de largo 212
   e) El modelo de los principios y la respuesta correcta: RONALD DWORKIN 216
      i. El ataque al positivismo jurídico de HART 216
      ii. Los principios como razones vinculantes 217

iii. El Derecho como una práctica interpretativa y la tesis de la respuesta correcta 222
iv. Balance: las dificultades justificativas de Hércules 229
6. RECAPITULACIÓN 237

CAPÍTULO III
ROPAJES JUSTIFICATIVOS: LAS APORÍAS Y DIFICULTADES DE LAS TEORÍAS IMPERANTES SOBRE LA INTERPRETACIÓN Y DECISIÓN JUDICIAL

1. INTRODUCCIÓN 243
a) Un breve recuento 243
b) El objeto de este capítulo 245
2. LAS CONCEPCIONES PERSONALES DE LOS JUECES 247
a) "Como jueces fallamos en Derecho": la decisión de 2006 sobre la despenalización del aborto 247
b) La pérdida de la coherencia y de la neutralidad: un vistazo a WECHSLER 251
c) El imaginario de los jueces y el abandono de la anterior jurisprudencia 256
d) La tesis de la "nueva concepción" y la "constitucionalización de las falacias" 264
e) Hacia los puntos de apoyo de las razones constitucionales 273
3. DISCRECIONALIDAD JUDICIAL Y AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN 277
a) Textos constitucionales y poder de los jueces 278
b) La ausencia de racionalidad en los "casos difíciles": la discrecionalidad judicial puesta a prueba 284
c) Normas y realidades constitucionales: las claves para superar una "hermenéutica de textos" 290
4. LA TESIS "CONFLICTIVISTA" DE LA CORTE CONSTITUCIONAL 295
a) Los conflictos entre derechos fundamentales como algo inevitable ... 296
b) La inmolación del derecho no preferido por los jueces 300
c) La violación del *contenido esencial* de los derechos fundamentales. 308
5. EL ESCEPTICISMO EPISTEMOLÓGICO DE LAS TEORÍAS ESTÁNDAR DEL DERECHO 315
a) La exigencia de acceder racionalmente a criterios de corrección 315
b) El fondo epistemológico de las teorías estándar del Derecho 317
c) Justificaciones escépticas y persuasión sin justificación 321

d) "Razones" imposibles de ser razonadas en sus fundamentos 330
6. RECAPITULACIÓN 334

SEGUNDA PARTE
UNA TEORÍA DEL RAZONAMIENTO JURÍDICO QUE EXPLIQUE LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO Y EXPONGA LAS RESPONSABILIDADES DE LOS JUECES EN MATERIA CONSTITUCIONAL

CAPÍTULO IV
LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL EN EL ENTORNO DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA: NATURALEZA, ÁMBITOS Y RELACIONES RECÍPROCAS

1. INTRODUCCIÓN 345
2. LA NECESIDAD DE CONTAR CON UNA TEORÍA DISTINTA DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA 346
3. LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA COMO ACTO DE "COMPRENDER": LA PERSPECTIVA HERMENÉUTICA 351
   a) En búsqueda de la respuesta 351
   b) Apertura racional a distintos estándares de justificación 354
   c) Comprensión y precomprensión: las coordenadas históricas del intérprete 359
   d) La dramática tensión entre lenguaje y realidad 364
   e) La exigencia de interpretación (comprensión) en todos los casos judiciales 369
   f) La dimensión creativa de la función judicial 373
4. COMPRENSIÓN Y DECISIÓN JUSTA: LA NATURALEZA PRÁCTICA U OPERATIVA DEL RAZONAMIENTO DE LOS JUECES 376
   a) La interpretación jurídica y su ordenación propia 376
   b) Algunas objeciones a la interpretación jurídica como acto práctico de "comprensión" 379
5. LA CUESTIÓN METODOLÓGICA EN LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA 386
   a) Relevancia de la metodología 386
   b) La finalidad práctica como criterio determinante de los métodos de interpretación 391

c) Los métodos de interpretación y las razones justificativas 397
i. Las fuentes de los derechos y obligaciones 398
ii. Los elementos o cánones de la interpretación jurídica 402
iii. Criterios orientadores en la interpretación constitucional 410
6. EL PESO DE "LO POLÍTICO" EN LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL 414
a) Planteamiento 414
b) El contexto de las diferencias entre la interpretación jurídica y la constitucional 420
c) La formalidad jurídica de las materias constitucionales 422
d) La naturaleza jurídica de la Constitución como criterio insuficiente 425
7. RECAPITULACIÓN 431

CAPÍTULO V
LOS MODELOS DE RAZONAMIENTO PRÁCTICO Y LAS CONDICIONES PARA ARRIBAR A DECISIONES JUSTAS

1. UNA APROXIMACIÓN AL PENSAMIENTO PRÁCTICO EN EL DERECHO 438
a) Planteamiento 438
b) Realidad práctica y razonamiento jurídico 439
c) El razonamiento práctico como una actividad no indiferente de su resultado 444
d) El significado de la "corrección" o "justicia" desde una perspectiva práctica del razonamiento jurídico 447
e) La cuestión sobre si existe una única respuesta correcta o decisión justa 451
2. LA IMPORTANCIA DE UNA PERSPECTIVA PRÁCTICA DEL RAZONAMIENTO JURÍDICO 455
3. ELEMENTOS DE DIFERENCIACIÓN: MODELOS PROCEDIMENTALES Y MODELOS PRUDENCIALES DEL RAZONAMIENTO JURÍDICO PRÁCTICO..... 458
a) Algunos puntos de desacuerdo 458
b) El retorno y "rehabilitación" de la razón práctica y sus principales orientaciones en la teoría jurídica contemporánea 461
4. EL MODELO DEL RAZONAMIENTO PRÁCTICO PROCEDIMENTAL 467
a) Explicación introductoria 467
b) Un procedimiento reglado 470
c) Los límites del discurso práctico general 474
d) La necesidad del discurso jurídico 477

e) Respuestas contradictorias o discursivamente posibles en el discurso jurídico 480
f) Los juicios de valor en el procedimiento ante los casos controversiales 484
g) El soporte definitivo de las razones prácticas 488
h) El *relativismo axiológico moderado*: la distinción entre "corrección" y "verdad" práctica 494
i) Balance y discusión crítica 500
5. EL MODELO DEL RAZONAMIENTO PRÁCTICO PRUDENCIAL 504
a) Explicación introductoria 504
b) La finalidad del razonamiento práctico: "verdad práctica" y "opción racional atrayente" 507
c) Medios "alternativos" y analogía de la decisión práctica 510
d) Los bienes humanos y la imposibilidad de decisiones justas contradictorias 517
e) La realización de la persona y la tesis de los derechos 527
f) La prudencia jurídica 532
g) La justificación y fundamentación como aspectos diferenciables del razonamiento práctico 537
h) La justificación del razonamiento jurídico desde la perspectiva de la prudencia jurídica 541
i) Las vías de fundamentación del razonamiento jurídico 546
i. Los dos caminos de los modelos prudenciales 546
ii. La vía de los primeros principios prácticos 548
iii. La vía ontológica 554
iv. Intento por conciliar las vías anteriores 560
j) Balance y discusión crítica 564
6. RECAPITULACIÓN 567

CAPÍTULO VI
LA JUSTIFICACIÓN Y LA FUNDAMENTACIÓN JURÍDICAS COMO ELEMENTOS CENTRALES DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

1. UN BREVE RECUENTO: HERMENÉUTICA Y RAZONAMIENTO PRÁCTICO..... 571
2. EL ENTORNO DE LA JUSTIFICACIÓN JUDICIAL 576
a) La dimensión racional como base para una teoría de la justificación del proceso judicial 577

b) Comunicabilidad de las razones judiciales 579
c) Motivaciones ocultas de los jueces y "justificaciones irracionales" 581
3. JUSTIFICACIÓN INTERNA Y JUSTIFICACIÓN EXTERNA 590
a) Explicación introductoria 590
b) La lógica formal en el razonamiento de los jueces 593
c) La justificación externa, o el "peso" o "fuerza" de las razones judiciales 601
i. Las razones justificativas como *buenas razones* 601
ii. Las clases de razones justificativas 607
iii. Las exigencias de la justificación externa 613
4. LA INSUFICIENCIA DE LA SOLA JUSTIFICACIÓN EXTERNA 616
a) La justificación externa ante determinados casos concretos 617
b) Los criterios de justificación en los modelos procedimentales 621
c) El criterio de la "extrema injusticia" 624
d) Las argumentaciones "solventes" a partir de la justificación externa . 629
5. LA TEORÍA DE LA FUNDAMENTACIÓN 635
a) El fundamento (*ontológico*) del razonamiento jurídico 635
b) La cuestión acerca de "lo realizable" y "lo indisponible" 644
6. RAZONAMIENTO JUDICIAL Y JUSTICIA 654
a) ¿Existe una única respuesta correcta para todos los casos judiciales?. 654
b) Aceptabilidad racional, plausibilidad de la respuesta y decisión justa 657
7. EL OFICIO PRUDENTE DE LOS JUECES 663
a) Justificación, fundamentación y justicia 665
b) El abandono de la prudencia judicial en el marco del actual pensamiento jurídico 672
8. RECAPITULACIÓN 681

CONCLUSIONES 687

BIBLIOGRAFÍA 705

JURISPRUDENCIA 725

AGRADECIMIENTOS

Deseo expresar mi sincera y sentida gratitud a aquellas personas e instituciones que hicieron posible la realización de esta investigación. Ante todo, al director de esta tesis doctoral, *maestro* y *amigo*, Prof. Fernando Toller, por su invaluable dedicación al estudio y corrección del trabajo, sus consejos siempre oportunos, su implacable rigor académico y disposición a discutir a fondo innumerables cuestiones que me surgieron en todos estos años. Con un fino sentido crítico y comprensivo, capaz de *mirar, como lo hacen los sabios*, tanto el texto como más allá de él, el Prof. Toller generosamente me previno de muchas inexactitudes y oscuridades, a la vez que me alentó siempre a depurar mis ideas en procura de una mejor y más sólida argumentación.

Cada lectura que el Prof. Toller hizo de la tesis estuvo acompañada de un comentario profundo, de la formulación de interrogantes concretos que debía resolver, o de correcciones que implicaron una revisión formal del escrito para darle una mayor claridad y consistencia lógica. Si bien puedo manifestar que en *toda esta tesis doctoral* hay un trasfondo que supuso un intercambio permanente de ideas entre los dos, sus observaciones fueron particularmente definitivas para desarrollar, con mayor rigor, el complejo e importante problema de la verdad jurídica en la decisión judicial y, así mismo, para articular de una forma más comprensiva los conceptos que explican los cambios jurisprudenciales en Colombia.

En lo personal y no meramente académico, deseo agregar, en alusión a las bellas páginas aristotélicas dedicadas a la amistad, que

siento que hemos *transitado un camino juntos*, y que, no sólo a mi llegada a la Argentina, sino también ahora en tierras lejanas, Fernando Toller ha sido el amigo, quien me ha brindado siempre, con generosidad, un valioso consejo, una palabra de aliento, una oportuna lección para la vida. Quiero, en fin, expresarlo con la mayor claridad posible. Mi gratitud para el *Maestro*, porque me ha enseñado a *pensar mejor el Derecho*; y para el *amigo*, porque ha hecho de mí una mejor persona.

Mi agradecimiento se extiende también a los miembros de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, a su Decano anterior Jorge Albertsen y al actual Juan Cianciardo, a todas sus directivas, cuerpo administrativo, a mis compañeros de doctorado y a mis profesores. No sólo me acogieron con afecto a mi llegada a Buenos Aires, sino además hicieron que mi permanencia y la de mi esposa en la Argentina fuera especialmente cálida y memorable. A ellos, como a los miembros del Departamento de Filosofía del Derecho y Derecho Constitucional, con quienes compartí encuentros de altísimo nivel y profundidad académica, les estoy inmensamente agradecido por permitirme hacer parte de sus mundos, en nuestro común deseo, *universitario*, de buscar desinteresadamente la verdad. Mi gratitud es también a Romina Pittondo, por su generosidad en el envío permanente de documentos y su disposición a resolver con pronta eficacia los trámites administrativos en la Facultad. A Juan Cianciardo y Pilar Zambrano, quienes nos hicieron sentir como en casa.

Un especial reconocimiento debo hacer al Prof. Rodolfo Vigo. Sus inolvidables clases en el Doctorado, en las que explicaba, con su ameno discurso y capacidad de entrelazar temas profundos, los elementos más importantes de la Filosofía del Derecho, me permitieron revisar muchos conceptos y apuntalar otros que han sido definitivos para la elaboración de esta investigación doctoral. El Prof. Vigo tuvo además la especial deferencia de leer mis apuntes sobre el razonamiento jurídico, como trabajo previo que había llevado a Buenos Aires y que, en cierto modo, sentó algunas de las bases de la tesis,

ofreciéndome siempre sus oportunos consejos y constructivas críticas. Recibí siempre de él su aliento para profundizar en la distinción, que vino a ser posteriormente pieza clave de la tesis doctoral, entre justificación y fundamentación del razonamiento de los jueces.

Quiero también reconocer con sincera gratitud al Prof. Juan Cianciardo. Sus clases de Metodología de la investigación jurídica fueron especialmente importantes para clarificar aspectos relacionados con el marco teórico de la tesis, su estructura y orden expositivo, los cuales fueron cruciales en el posterior desarrollo que hice de los capítulos. Deseo destacar también su generosidad en proporcionarme bibliografía y su disposición para discutir problemas y soluciones sobre la razonabilidad de las decisiones judiciales. De Juan Cianciardo recibí siempre una voz de aliento, entusiasmo y confianza para avanzar la barca y llevarla a buen puerto.

La realización de mis estudios de doctorado no habría sido posible sin el apoyo incondicional que siempre recibí de la Universidad de La Sabana. Con especial afecto, deseo manifestar mis consideraciones de aprecio y gratitud tanto a los anteriores Decanos de la Facultad de Derecho, Eduardo Devis-Morales y Miguel de Jesús Niño, como al actual, Luis Gonzalo Velásquez. Al anterior Rector, Álvaro Mendoza, como al presente, Obdulio Velásquez, y a las Vice-Rectoras Liliana Ospina y Aurora Forero, a la Directora del Programa de Derecho, Maria Carmelina Londoño, a la Directora de Investigación, Leonor Botero, así como al Director Financiero de la Universidad, Guillermo Vargas. De todos ellos siempre obtuve el suficiente respaldo, bien en lo personal o en lo económico, para avanzar en esta travesía académica, en la que me concedieron generosamente varios permisos y prórrogas que les solicité para así cumplir con las metas que me había propuesto. También extiendo mi gratitud al apoyo recibido de los profesores y amigos de la Facultad de Derecho, en especial a Jorge Oviedo, Juan Carlos Gallego, Arturo Cristancho, Augusto Giraldo y Diana Gómez.

Quiero también agradecer a los profesores con quienes he podido discutir, en distintos momentos y escenarios, diferentes temas y

aspectos de mi tesis, y de quienes recibí importantes luces y orientaciones, en especial a los Profs. Santiago Legarre, Joaquín Migliore, Javier Hervada, Carlos Massini, John Finnis, Fernando Álvarez, Alfonso Santiago, Roberto Suárez, José Alpiniano García, Hernán Olano, Claudia Helena Forero, Diego López, Rafael Nieto, Roberto Borda, Sergio Fajardo, José B. Rodríguez, José del Carmen Ortega, Jaime Fernández, Aarón del Castillo, Graham Walker y Julio Rivera (h).

Especial deuda siento con los Profs. Ilva Hoyos y Camila Herrera, y con el filósofo y estudiante de Derecho José Julián Suárez, con quienes discutí largo tiempo sobre temas centrales de la investigación, y quienes me apoyaron con ideas, bibliografía, sugerencias y correcciones.

Especial mención debo hacer también de mis estudiantes del curso "Razonamiento de los Jueces", quienes leyeron y discutieron durante un semestre de 2006 –mediando para ello su paciencia y mis disculpas– una versión anterior de la tesis doctoral. Sus observaciones, trabajos y exposiciones en clase me permitieron obtener importantes elementos de juicio para revisar diferentes aspectos de la investigación.

No puedo dejar de mencionar mi reconocimiento a mis compañeros y profesores de la especialización de Derecho Constitucional de la Universidad de Los Andes de Bogotá, que cursé en el año 1997, la cual influyó de manera directa en la elección que hice del tema de esta tesis doctoral. A pesar de que muchas veces no coincidiéramos en similares perspectivas, mi gratitud va para ellos, con quienes sostuve siempre un diálogo abierto, sincero y respetuoso sobre estos apasionantes temas, y en especial a los Profs. Ciro Angarita, Eduardo Cifuentes, Carlos Gaviria, Mauricio García, Rodrigo Uprimny, Manuel J. Cepeda, Catalina Botero, César Rodríguez, Alejandro Martínez y Óscar Dueñas.

Por último, y no menos importante, le doy las gracias a Dios y a mi querida familia, a mis amados padres, hermanos, sobrinos y tíos y

a mis insuperables suegros. A mi abuelita, que partió al cielo cuando me encontraba en la recta final de la culminación de la tesis. Al amor de mi vida y esposa, Paola, a quien llevo en el alma por siempre. A Agustín, quien recientemente ha llegado a nuestras vidas para completar nuestra existencia, y alegrarla todavía más.

INTRODUCCIÓN

1. PLANTEAMIENTO: EL OFICIO DE LOS JUECES Y SU RESPONSABILIDAD

La idea según la cual los jueces cumplen una tarea más o menos sencilla y mecánica de comparar normas y hechos para deducir decisiones exactas, conforme a lo dispuesto por un legislador histórico, no pasa de ser hoy una referencia, casi anecdótica, para explicar cómo se entendía la actividad de los jueces en las teorías jurídicas tradicionales de estirpe decimonónica. Por el contrario, lejos de consistir en un simple razonamiento deductivo, los procesos judiciales son hoy comprendidos como una actividad racional y discursiva compleja, cuya solución depende de la combinación de distintas fuentes de juzgamiento que son valoradas, en último término, según la mirada particular y propia que cada juez hace del problema discutido y de la importancia y relevancia que otorga a los elementos constitutivos de cada caso. La doctrina contemporánea sobre el tema ha sido particularmente insistente en estos puntos: primero, que el "material" sobre el cual versan los casos –hechos, normas, pruebas, antecedentes, etc.–, son complejos; segundo, que los casos debatidos en sede judicial pueden admitir, por regla general, varias soluciones posibles; y tercero, que el juez es un protagonista central y definitivo de la trama jurídica desarrollada en los casos concretos que requieren su autoridad decisoria; su personalidad y sus convicciones son puestas en

relación constante, y de modo determinante, con el caso concreto que debe juzgar.

Esta perspectiva de la función judicial, si bien es más realista que la de cuño tradicional, plantea sin embargo importantes problemas relacionados con las posibilidades legítimas que poseen los jueces para tomar decisiones. En efecto, la existencia de soluciones alternativas a los casos concretos, lo mismo que las dificultades inherentes a los procesos judiciales y el papel protagónico reconocido a los jueces, son cuestiones que no pueden ser planteadas al margen de la responsabilidad que poseen de fallarlos adecuada o correctamente, o para usar un lenguaje más clásico, de la obligación que tienen los jueces de tomar decisiones que correspondan a la efectiva realización de la justicia, discriminando entre soluciones admisibles y legítimas de aquellas que no lo son[1].

En este contexto, en el que se aprecia una clara tensión en la función judicial, los argumentos y razones empleadas por los jueces para sustentar sus fallos se han convertido en las piezas más importantes para el cumplimiento de su oficio, pues un adecuado ejercicio racional de motivación es lo que les permite mostrar, tanto a las partes involucradas en un proceso como a la sociedad entera, que el fallo alcanzado resulta justificado y fundado en el marco del ordenamiento jurídico vigente, que sus valoraciones y estándares de juicio son conducentes a dicho ordenamiento, o bien, que el fallo no ha

---

[1] La pregunta central de los jueces es, precisamente, la que inquiere por la justicia, o más específicamente, por su objeto: qué es "lo suyo" de cada quien, el derecho y la deuda concreta, lo justo o lo debido en una relación jurídica. Sobre esta perspectiva consúltese especialmente a HERVADA, JAVIER, *Lecciones propedéuticas de Filosofía del Derecho*, Pamplona, Eunsa, 2ª. ed. 1995, pp. 75-76, 112-113 y 199-204. La explicación puede ser también llevada al plano de los *juristas* en general, además de los jueces. Sin embargo, el juez es el *jurista por antonomasia*, por el grado de imparcialidad, independencia y autoridad de la que goza para decir, con carácter definitivo, el derecho concreto. Sobre esto último véase MORA RESTREPO, GABRIEL, *Ciencia jurídica y arte del Derecho. Estudio sobre el oficio del jurista*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez-Universidad de La Sabana, 2005, *passim*.

sido producto de alguna arbitrariedad, sino conforme a la realización de la justicia[2].

Esta investigación está ubicada en este contexto. En términos generales, su propósito consiste en estudiar, desde una perspectiva crítica y en el marco de lo que acontece en la interpretación constitucional, los problemas que conciernen al razonamiento que emplean los jueces para sustentar sus decisiones, las líneas de solución que han ofrecido las teorías jurídicas más representativas al respecto, los problemas que surgen a partir de dichas líneas y, además, cuáles podrían ser las condiciones, orientaciones y criterios que posibiliten hablar de un ejercicio adecuado o correcto del oficio de los jueces, es decir, de un ejercicio tanto *justificado* como *fundamentado* de la interpretación constitucional, generando así una teoría de la legitimidad de dichas decisiones.

2. La interpretación judicial del Derecho Constitucional y sus especiales dificultades

La cuestión planteada, desde luego crucial en todo ejercicio de la judicatura, ha cobrado una especial importancia en el ámbito de la interpretación constitucional, particularmente en relación a los casos juzgados por tribunales especializados al respecto, sean con jurisdicción suprema (en los sistemas de control de constitucionalidad

[2] Una pista que puede ser indicativa de los problemas centrales que serán tratados aquí es la que da Perelman, Chaïm, en *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Madrid, Civitas, trad. de L. Díez-Picazo, edición de 1988, p. 214, cuando establece la noción de "motivación judicial": "Motivar es justificar la decisión tomada proporcionando una argumentación convincente e indicando lo bien fundado de las opciones que el juez efectúa". Esta pista, claro está, apenas es meramente sugestiva de los múltiples problemas que aparecen en este ámbito. Dicho sea de paso, de la propia cita perelmaniana surgen otros temas más específicos, el más importante de los cuales es éste: ¿qué hace ser "convincente" a una argumentación?; o quizás este otro: ¿una decisión judicial está debidamente justificada o fundada con sólo ser convincente?

difuso), o con competencia excluyente (como acontece con los tribunales constitucionales en los sistemas de control concentrado). Antes de continuar, conviene señalar brevemente que, a efectos de claridad, en lo sucesivo me referiré a ambos supuestos de máxima instancia de la jurisdicción constitucional con las expresiones "juez constitucional" (o en plural "jueces constitucionales") y "Tribunal" o "Corte Constitucional" de manera equivalente, indicando con ello la forma como los jueces con competencia constitucional, calificados y de última instancia, deciden interpretativamente cuestiones constitucionales. De todas formas, téngase presente que la terminología, técnicamente, no es la más apropiada para referirla a las Cortes Supremas del sistema difuso, porque en dichos sistemas la problemática que aquí se aborda está presente también en toda decisión judicial, de la instancia que fuere, que aborda cuestiones constitucionales.

La referida importancia se debe a que la interpretación constitucional posee ciertas características propias o particularidades, no presentes con el mismo alcance o en el mismo sentido que en la interpretación del Derecho infra-constitucional u "ordinario", que llevan a que sus jueces tengan, por una parte, mayores posibilidades hermenéuticas en la configuración de las respuestas a los casos concretos, pero al mismo tiempo, por la otra, a que sea más difícil trazar líneas divisorias entre interpretaciones legítimas de aquellas que no lo son. Tales particularidades se refieren, básicamente, a cuatro asuntos puntuales, que se pasan a exponer brevemente[3].

---

[3] Existe una amplia bibliografía que plantea características especiales, "factores" o "particularidades" en la interpretación constitucional. A modo ilustrativo, véase WRÓBLEWSKI, JERZY, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Madrid, Civitas, trad. de A. Azurza, 1985, reimpr. 2001, pp. 102-114; CAPPELLETTI, MAURO, "La actividad y los poderes del juez constitucional en relación con su fin genérico", en *idem*, *Proceso, ideologías, sociedad*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, trad. de S. Sentís M. y T. A. Banzhaf, 1974, pp. 365-452; CANOSA USERA, RAÚL, *Interpretación constitucional y fórmula política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988, *passim;* RUBIO LLORENTE, FRANCISCO,

En primer lugar, en materia constitucional se resuelven cuestiones sobre la base de normas generalmente elásticas, abiertas, indeterminadas, imprecisas, ambiguas o simplemente vagas. Esta característica demuestra, desde luego, que en este campo se concede un amplio margen de actuación a sus jueces y que, además, hace difícil determinar parámetros o límites a lo constitucionalmente admisible[4]. Hay posturas que sostienen que esta característica de las normas constitucionales impide plantear criterios racionales a las diferentes respuestas judiciales surgidas en virtud suyo, o bien, que toda respuesta judicial articulada sobre la base de cláusulas abiertas es simple

---

La forma del poder. Estudios sobre la Constitución, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp. 583-588; PÉREZ LUÑO, ANTONIO ENRIQUE, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1984, pp. 249-283; ALONSO GARCÍA, ENRIQUE, *La interpretación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, *passim*; DÍAZ REVORIO, FRANCISCO J., *Valores superiores e interpretación constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, pp. 298-313; MARÍN, JOSÉ ÁNGEL, *Naturaleza jurídica del Tribunal Constitucional*, Barcelona, Ariel, 1998, *passim*; LINARES QUINTANA, SEGUNDO V., *Tratado de interpretación constitucional*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, pp. 115-133; HOYOS, ARTURO, *La interpretación constitucional*, Bogotá, Temis, 1998, pp. 1-16; PRIETO SANCHÍS, LUIS, "Notas sobre la interpretación constitucional", en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* 9 (1991), pp. 175-181; ZÚÑIGA URBINA, FRANCISCO, "Tendencias contemporáneas en la interpretación constitucional", en AA.VV., *Interpretación, integración y razonamiento jurídicos*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1992, pp. 288-295.

[4] Si bien en el ordenamiento jurídico infra-constitucional (el "Derecho ordinario") también existen normas de textura abierta, en materia constitucional esta circunstancia se ve acrecentada por la fuerte incidencia que poseen las disposiciones relativas al catálogo de fines, valores y derechos fundamentales, que suelen estar redactadas en un lenguaje particularmente amplio e indeterminado. Sobre el tema consúltese HESSE, KONRAD, *Escritos de Derecho Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, trad. de P. Cruz Villalón, 1992, en esp. pp. 40-50; ZAGREBELSKY, GUSTAVO, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, trad. de M. Gascón, 1995, pp. 109-114; DÍAZ REVORIO, FRANCISCO J., *Valores superiores e interpretación constitucional*, *op. cit.*, pp. 298-313 y 326-345; RUBIO LLORENTE, FRANCISCO, *La forma del poder*, *op. cit.*, pp. 585-586; PRIETO SANCHÍS, LUIS "Notas sobre la interpretación constitucional", cit., pp. 176-177.

y llanamente admisible sobre la base de cualquier racionalización *a posteriori*[5].

Así mismo, en segundo lugar, la interpretación constitucional está marcada por una fuerte presencia de valores plurales y diversos, que no sólo participan de la misma característica anterior, sino además, en casos concretos, pueden orientar las decisiones de los jueces en sentidos opuestos, dependiendo de cuál de ellos se elija. Una presencia axiológica acentuada acarrea, como puede apreciarse, considerables problemas relacionados con su concreción y con las pautas estimativas empleadas por los jueces para resolver los casos concretos. En esto debe hacerse notar también que, teóricamente, las constituciones no son neutras desde el punto de vista axiológico, y en tal sentido, exigen de parte de sus jueces un ejercicio hermenéutico tendiente a garantizar, maximizar y expandir sus postulados[6]. Combinado esto con lo anterior, parece claro que buena parte de los problemas de interpretación en materia constitucional están referidos a la manera como los jueces constitucionales justifican sus decisiones de tal forma que sean consistentes con estos valores y no, por el contrario, que dichas justificaciones encubran sus propias ideologías personales[7].

---

[5] El ejemplo de esta postura, que será estudiada con detenimiento, es la conocida perspectiva de la "discrecionalidad judicial" de orientación positivista. La variante puede encontrarse, por ejemplo, en el *realismo jurídico norteamericano*.

[6] A juicio de OTTO BACHOF, lo que en último término justifica la aparición de tribunales constitucionales es, precisamente, la necesidad de hacer prevalecer un "orden de valores" anterior al Estado y a la propia Constitución, la cual se limita a reconocerlo y garantizarlo: cfr. *Jueces y Constitución*, Madrid, Civitas, trad. R. Bercovitz Rodríguez-Cano, 1985, reimpr. 1987, pp. 39-43. Sobre el tema véase también SAGÜÉS, NÉSTOR PEDRO, *La interpretación judicial de la Constitución*, Buenos Aires, Depalma, 1998, pp. 3-6.

[7] Los valores constitucionales son normas de contenido *programático* que en cierta forma condicionan todo ejercicio hermenéutico hacia su mayor realización. Sobre el particular véase LUCAS VERDÚ, PABLO, *Curso de Derecho Político*, Madrid, Tecnos, 3ª. ed., t. II, 1986, p. 547; un estudio completo al respecto es el de DÍAZ REVORIO, FRANCISCO J., *Valores superiores e interpretación constitucional*, *op. cit.*, *passim*.

En tercer lugar, está la posición de privilegio de los tribunales constitucionales, situados en la cúspide de la administración de justicia, lo cual no sólo implica reconocer que se les haya dado "la última palabra sobre las más disímiles controversias"[8], o que sus decisiones sean difícilmente controlables, sino además el hecho de que gozan de cierta "supremacía hermenéutica", mediante la cual se marcan los derroteros sobre cómo han de entenderse las normas constitucionales y, así mismo, se establecen "los límites de posibilidad de la interpretación" de las restantes normas del ordenamiento jurídico[9].

A este respecto, la Corte Constitucional colombiana –algunas de cuyas decisiones serán tomadas como banco de pruebas de los

---

[8] Cfr. UPRIMNY, RODRIGO, "El dilema de la interpretación constitucional", en AA.VV., *Jurisdicción Constitucional de Colombia. La Corte Constitucional 1992-2000. Realidades y Perspectivas*, Bogotá, Imprenta Nacional de Colombia, 2001, p. 460. Las razones históricas por las cuales poseen "la última palabra" están vinculadas, a juicio de BACHOF, con la desconfianza progresiva hacia el Legislador: cfr. *Jueces y Constitución*, *op. cit.*, pp. 45-49. La cuestión, de todos modos, recuerda la famosa frase del Justice R. JACKSON, pronunciada en su voto concurrente en el caso *Brown v. Allen*, 344 U. S. 443, 540 (1953): "We are not final because we are infallible, but we are infallible only because we are final" ("No tenemos la última palabra porque seamos infalibles, sino que somos infalibles porque tenemos la última palabra").

[9] Cfr. ATIENZA, MANUEL, "Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos", en VÁSQUEZ, RODOLFO (compilador), *Interpretación jurídica y decisión judicial*, México, Fontamara, 1998, p. 187. Esta particularidad sugiere que la interpretación constitucional responde a dos cuestiones separables, aunque íntimamente relacionadas entre sí. Por una parte, puede hablarse de una interpretación "de" la Constitución en estricto sentido, que tiene como base la fijación, discernimiento y establecimiento de reglas o subnormas constitucionales a partir de los enunciados normativos encontrados en el texto mismo de la Constitución. Por otra parte, se puede hablar de una interpretación "desde" la Constitución, queriéndose con ello plantear los respectivos contrastes que pueden ser encontrados entre las normas constitucionales y las restantes normas (infraconstitucionales), o el juzgamiento de conductas, actos y comportamientos a partir la propia Constitución. Sobre esta distinción véase PÉREZ LUÑO, ANTONIO ENRIQUE, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, *op. cit.*, pp. 268-283; VIGO, RODOLFO L., *Interpretación constitucional*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993, pp. 83-84.

problemas que serán tratados en esta investigación[10]– ha sido clara en manifestar que el alcance de su interpretación es superior al de los otros jueces y órganos del poder público, hasta el punto que entre sus interpretaciones y la propia Constitución no puede interponerse ni siquiera "una hoja de papel"[11]. Ha sostenido, en esta misma línea de aproximación al tema, lo siguiente:

> "[A] diferencia de la jurisprudencia de los demás jueces, en cuanto desentraña el significado de la Constitución, [la interpretación de la Corte Constitucional] no puede tener valor opcional o puramente ilustrativo, puesto que sirve de vehículo insustituible para que ella adquiera el *status* activo de norma de normas (...). Frente a la interpretación de la Constitución plasmada en una sentencia de la Corte Constitucional no puede concurrir ninguna otra, ni siquiera la del Congreso de la República (...). A diferencia de lo que acontece con los demás órganos judiciales, las sentencias de la Corte Constitucional tienen la virtualidad de desplazar la ley o incluso de excluirla del ordenamiento, cuando no la mantie-

---

[10] La jurisprudencia completa de la Corte Constitucional colombiana puede ser consultada en línea en su sitio oficial: http://www.constitucional.gov.co/corte/. Téngase presente, en lo sucesivo, que su referencia responde a los criterios adoptados por la propia Corte para designar la "clase" o "naturaleza" del fallo, su número cronológico y el año correspondiente. Las sentencias precedidas de la letra "C" se refieren a fallos de constitucionalidad; las precedidas de la letra "T" son aquellas que resuelven una acción de tutela o amparo; las precedidas de las letras "SU", finalmente, son aquellas que unifican la jurisprudencia en materia de tutela o amparo.

[11] Este principio de supremacía hermenéutica fue enunciado en la Sentencia C-113 de 1993, Magistrado Ponente JORGE ARANGO (en lo sucesivo M. P.), considerando VI-F (en lo sucesivo se citará consid.; se cita según la enumeración o convención adoptada por el M. P. en la respectiva decisión), cuando la Corte declaró contrarias a la Constitución varias normas de rango legal que fijaban límites temporales a sus propias decisiones. El principio ha sido reiterado en otros fallos: cfr. por ejemplo las sentencias C-270 de 2000 y C-1316 de 2000, ambas con ponencia del Magistrado CARLOS GAVIRIA (la primera versó sobre si una norma legal que disponía la participación de los municipios en los ingresos corrientes de la Nación, provenientes de los servicios de concesión de telefonía móvil celular, se ajustaba o no a un fallo previo de la Corte Constitucional. La segunda consistió en si el legislador podía conceder atribuciones legislativas al Gobierno sobre la base de una normatividad previamente declarada inconstitucional por la propia Corte).

nen dentro de ciertas condiciones, todo en razón de su calidad de juez del Congreso"[12].

Esta posición de privilegio de los tribunales constitucionales lleva a considerar una cuarta y no menos importante característica, relativa a la especial trascendencia que dichos tribunales tienen en el contexto de los órganos del poder público, su "acusado carácter político"[13] y las consecuencias políticamente relevantes que se derivan de sus decisiones[14]. Esto se manifiesta tanto en la pronunciada capacidad que poseen de asumir tareas de tipo "legislativo", especialmente a través de la creación de subnormas constitucionales cuando está en juego la defensa de los derechos fundamentales[15], como en su capacidad de tomar decisiones divergentes o contrarias a las que son tomadas por el legislador ordinario[16], todo lo cual parece suficiente para afirmar, como lo hace LUCAS VERDÚ, que la interpretación constitucional resulta siendo "mucho más ardua y grave que la propia del derecho privado", pues el juzgamiento de los temas constitucionales

---

[12] Sentencia SU-640 de 1998, M. P. EDUARDO CIFUENTES, consid. 12. En esa ocasión la Corte Constitucional revocó una sentencia emitida por el Consejo de Estado, al considerar que había desconocido su interpretación sobre el período de alcaldes y gobernadores elegidos popularmente.

[13] Cfr. PRIETO SANCHÍS, LUIS, "Notas sobre la interpretación constitucional", cit., p. 178.

[14] Cfr. *ibidem*, pp. 177-178; véase también DÍAZ REVORIO, FRANCISCO J., *Valores superiores e interpretación constitucional*, *op. cit.*, pp. 304-307.

[15] Cfr. ALONSO GARCÍA, ENRIQUE, *La interpretación de la Constitución*, *op. cit.*, pp. 2-6; AJA, ELISEO (ed.), *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*, Barcelona, Ariel, 1998, p. xxix.

[16] Cfr. ALONSO GARCÍA, ENRIQUE, La *interpretación de la Constitución*, *op. cit.*, pp. 24-26. Esto plantea el denominado dilema "contramayoritario": los jueces constitucionales no son elegidos popularmente y, sin embargo, pueden decidir en contra de las decisiones adoptadas por el legislativo, órgano popular por excelencia. Sobre esto último véase ELY, JOHN HART, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Harvard University Press, 1980; ed. castellana *Democracia y desconfianza. Una teoría del control constitucional*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores-Universidad de los Andes, trad. de M. Holguín, 1997, pp. 19-27.

es susceptible de generar tensiones entre los órganos del poder público[17]. Sostiene a este respecto BACHOF, que la interpretación constitucional es una tarea de extremo cuidado y llena de responsabilidad, que "requiere personas de notoria experiencia en cuestiones de Derecho y de práctica constitucionales; una experiencia –en definitiva– que no tiene el juez ordinario, ni puede tenerla"[18].

Con relación a esta cuarta característica, es pertinente señalar que de ella deriva un tema que ha sido objeto de legendarias discusiones: la determinante cuestión sobre la naturaleza, *política* o *jurídica*, o *mixta*, de los tribunales constitucionales y, consecuentemente, el carácter –político, jurídico o mixto– de la propia interpretación constitucional[19]. En el trasfondo de este tema puede residir la viabilidad de plantear exigencias, condiciones y límites específicos a la actividad que desarrollan los tribunales constitucionales, valga decir, en un distinto sentido de los deberes y responsabilidades que caracterizan el oficio de todos los demás jueces.

3. LA JUSTIFICACIÓN Y FUNDAMENTACIÓN DE LAS DECISIONES CONSTITUCIONALES Y EL OBJETO DE ESTA INVESTIGACIÓN DOCTORAL

Las anteriores características o particularidades de la interpretación constitucional constituyen un problema ciertamente no menor de la actual ciencia jurídica, y son suficientemente ilustrativas para comprender por qué se ha convertido en un lugar privilegiado, y también paradigmático, de los estudios jurídicos que abordan los temas relacionados con la actividad y el oficio de los jueces. Se cues-

---

[17] Cfr. LUCAS VERDÚ, PABLO, *Curso de Derecho Político*, *op. cit.*, p. 530.

[18] BACHOF, OTTO, *Jueces y Constitución*, *op. cit.*, p. 55.

[19] Sobre el tema véase SANTIAGO, ALFONSO, *La Corte Suprema y el control político. Función política y posibles modelos institucionales*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 1998, *passim*.

tiona principalmente si tales características –o, si se prefiere, *anomalías*– permiten aún mantener la idea de una actividad guiada por criterios racionales, o si, por el contrario, obligan replantear el marco de exigencias justificativas y responsabilidades predicables de los jueces que se dedican a ella.

Lo explicado se debe a que, como parece resultar claro a la luz de lo escrito en el epígrafe anterior, el *núcleo problemático* de la interpretación constitucional estriba en que se trata de un ámbito en el que, eventualmente, podría permitir la toma de decisiones indiscriminadas, o ser particularmente propenso para un juego de manipulaciones. La precaria o poca información normativa de las cláusulas constitucionales, junto a la presencia plural de valores y el juzgamiento de temas políticamente relevantes, abona fácilmente el terreno para que en este ámbito se presente, más que en otros, una lucha ideológica entre sus principales actores y la tentación de convertir la Constitución en un instrumento puesto al servicio de intereses personales y parcializados, en lugar del instrumento jurídico para realizar la justicia que en realidad es. Además, cuando se trata de tribunales de última instancia, lo anterior ocurre sin que existan posibilidades de controvertir, judicialmente, las decisiones tomadas de la manera descrita, es decir, en la eventualidad de que tales cosas acontezcan en un caso. Por lo anterior, el primer objetivo de esta tesis doctoral es bucear en estas dificultades, identificarlas, clasificarlas e indagar en sus causas.

Tras exponer esas anomalías o dificultades, en este trabajo se busca en segundo lugar demostrar que lo expuesto en relación a las mismas puede ser ejemplarizado a través de algunos casos concretos, mediante los cuales se obtienen suficientes elementos de juicio para plantear la existencia de manipulaciones y la imposición de determinadas ideologías y concepciones personales de los jueces. La característica común a dichos casos, como se expondrá en su momento, reside en que las decisiones así tomadas son “arropadas” mediante diversos tipos de argumentos y técnicas interpretativas o, lo que es lo mismo, descansan en razones meramente “aparentes”, cuyo resulta-

do no es otro que la producción de fallos arbitrarios, indebidamente justificados en Derecho.

En correlación con lo expuesto anteriormente, en la tesis se intenta en tercer término analizar con detalle las teorías jurídicas generalmente aceptadas, las cuales parecen estar brindando una cobertura intelectual a esa interpretación constitucional cuajada de anomalías y dificultades, estudiando sus aportes y sus problemas y carencias.

Sin minusvalorar los problemas serios que se derivan de las particularidades anteriormente anotadas de la interpretación constitucional, ni la cobertura intelectual que le brindan las teorías del Derecho más usuales en la actualidad, el cuarto y *principal objetivo* de esta investigación doctoral es explorar y proponer vías alternativas para juzgar, de manera correcta o justa, las cuestiones constitucionales, procurando demostrar que existen soluciones tendientes a contrarrestar ese uso indebido de la interpretación constitucional, las cuales pueden encontrarse a partir de las exposiciones de distintos modelos del razonamiento práctico. Al exponer dichas vías y soluciones, se intenta fijar para ello un entorno de limitaciones, exigencias y condiciones que deben ser observadas por los jueces y tribunales constitucionales en el juzgamiento de los casos concretos.

De modo particularmente relevante, esta investigación se concentra en estudiar la fecunda relación entre la "justificación" y la "fundamentación" de la sentencia judicial sobre asuntos de naturaleza constitucional, como se explica en los siguientes párrafos. De esta manera, la tesis procura elaborar una teoría de la legitimidad de la interpretación y toma de decisiones de los jueces en materia constitucional, en aras de encolumnarlas tras la realización real y eficaz de la justicia en los casos concretos.

En consecuencia, se estudiará aquí, por un lado, la dimensión propiamente racional del proceso decisorio –el *iter* interpretativo–, a la luz de lo que la doctrina denomina la "justificación" de las decisiones judiciales, término que, por regla general, es empleado como

sinónimo de "fundamentación"[20]. La teoría de la justificación está dirigida a mostrar la necesidad y exigencia que tienen los jueces de "soportar" o "cimentar" los razonamientos jurídicos que emplean para la toma de decisiones concretas, es decir, a que sustenten debidamente "por qué se debe actuar, o no actuar, de determinada manera" en el seno de las relaciones jurídicas, a partir del cumplimiento de ciertos estándares, tanto de orden formal como material, mediante los cuales puedan sustentar y motivar debida y adecuadamente sus decisiones concretas[21].

Dicha teoría de la justificación está, por una parte, anclada en una perspectiva práctica del razonamiento jurídico. Una perspectiva práctica del razonamiento jurídico –o las nociones relacionadas como razón práctica, razonamiento práctico, naturaleza práctica del razonamiento jurídico, y otras de similar tenor– está caracterizada por el empleo de razones dirigidas a la acción, o bien, consiste en pre-

---

[20] Cfr. por todos, ALEXY, ROBERT, *Teoría de la argumentación jurídica: La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, trad. al castellano de M. Atienza e I. Espejo, 1989, pp. 52 y 213. ALEXY sostiene que entre ambas nociones existen algunas diferencias, pero, al mismo tiempo, importantes coincidencias. Si bien no es del todo claro en explicar en qué residen dichas diferencias, su tesis parece implicar que una fundamentación operaría en un contexto de validez intersubjetiva, es decir, frente a premisas u oraciones que no generan desacuerdos, mientras que la justificación está ligada a las razones para afrontar dudas u objeciones en un diálogo racional. Más allá de esta indicación sobre este aspecto diferencial entre justificación y fundamentación, lo cierto es que ALEXY –y así lo dice expresamente– emplea ambos términos de modo equivalente, en el sentido en que en esta tesis, como en la generalidad de los autores, se usa la palabra justificación: como medio para sustentar, cimentar o soportar las decisiones, o bien, como exigencia para depurar las razones empleadas para tomar decisiones concretas.

[21] Como afirma AARNIO, en nuestras sociedades modernas la gente pide a los jueces "razones"; su propia actividad "se ha convertido cada vez más en la responsabilidad de justificar sus decisiones": AARNIO, AULIS, *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, trad. de E. Garzón Valdés, 1991, p. 29. En similar sentido ATIENZA, MANUEL, "El Derecho como argumentación", en *Isegoría. Revista de Filosofía moral y política*, Madrid, núm. 21, 1999, p. 39.

sentar razones cuya finalidad es la elección de medios adecuados para tomar decisiones y actuar correctamente. En consecuencia, un razonamiento práctico es un razonamiento orientado a la *praxis*, que prescribe conductas y no, por el contrario, un razonamiento que meramente las "describe". En esta investigación, especialmente en la segunda parte, se desarrollarán estos elementos con mayor profundidad, y particularmente, se estudiarán los dos grandes "modelos" que existen sobre el razonamiento práctico, el procedimental y el prudencial, de orientación kantiana el primero, y aristotélica el segundo.

Por otra parte, la teoría de la justificación es abordada por la doctrina desde dos ángulos. El primero plantea una exigencia de tipo *formal* al razonamiento de los jueces, consistiendo básicamente en el respeto por las reglas de la lógica deductiva[22]. En este sentido, el núcleo de la decisión judicial es visto como una interconexión de premisas cuyo trasfondo está constituido por el conjunto de inferencias necesarias entre aquellas y la decisión[23]. A esta clase de exigencia, meramente formal, se le conoce con el nombre de "justificación interna", o también, "racionalidad" de la decisión judicial[24].

El segundo ángulo de análisis relativo a la justificación plantea una exigencia de tipo *material*, consistente, a grandes rasgos, en el peso o fuerza de las premisas empleadas por los jueces y la conexión de su razonamiento con valores y valoraciones que realizan sobre los elementos constitutivos de un caso concreto. Aunque sobre este punto hay de por medio, como puede suponerse, un amplio repertorio sobre el significado del "peso" o "fuerza" de una premisa, o una

---

[22] Cfr. ITURRALDE SESMA, VICTORIA, *Aplicación del derecho y justificación de la decisión judicial*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2003, p. 370.

[23] Cfr. AARNIO, AULIS, "La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico", trad. de J. Aguiló, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* 8 (1990), p. 28.

[24] Cfr. ITURRALDE SESMA, VICTORIA, *Aplicación del Derecho y justificación de la decisión judicial*, *op. cit.*, p. 370.

decisión "valiosa" o "valoraciones correctas", su núcleo central remite a una cualidad del acto de razonamiento y de la decisión. Plantea, con otras palabras, que los jueces deben aportar *buenas razones* para tomar una decisión justa. A esta exigencia se le conoce como "justificación externa", o también, como "razonabilidad" de la decisión judicial[25].

La teoría de la justificación representa, por así decirlo, el "estado del arte" en cuanto a las explicaciones más relevantes hoy en día sobre las exigencias que deben ser observadas por los jueces en los procesos de decisión. Sin embargo, en esta investigación se busca avanzar ese "estado del arte", mediante la distinción clara entre "justificación" y "fundamentación" judicial, nociones que la teoría más representativa al respecto, como se decía previamente, emplea de manera intercambiable. Dicha distinción apunta, en términos generales, a mostrar que *razonar justificadamente* supone en último término *razonar según un fundamento*, o lo que es lo mismo, que *una justificación requiere de una fundamentación*.

En sí misma considerada, la distinción entre ambas puede ser explicada brevemente de la siguiente forma: mientras la *justificación* se refiere al ámbito del "razonar" de los jueces propiamente dicho, la *fundamentación* está orientada a hacer explícitos los "soportes" de las propias razones empleadas en la justificación. O, para expresarlo de otra manera, mientras la justificación se concentra en la estructura "formal" del razonamiento de los jueces, como en la "calidad" de las razones, estándares de juicio o motivos por su fondo, la fundamentación, en cambio, da un paso más al exigir que el propio razo-

---

[25] Cfr. *ibidem*, pp. 251-252. Algunos autores plantean la "racionalidad" como término comprensivo de ambas exigencias, aunque para ello distingan entre varios tipos de racionalidad, según se refieran a cuestiones meramente lógicas, o al ámbito de las valoraciones. Sobre el particular consúltese el importante trabajo de SEGURA ORTEGA, MANUEL, *La racionalidad jurídica*, Madrid, Tecnos, 1998, pp. 15-27. Así mismo, CALVO, RAÚL y VENIER, CARLOS, "Racionalidad de las justificaciones consecuencialistas en las decisiones judiciales", *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho* 19 (2003), pp. 156-158.

namiento sea "construido" a la luz de determinados puntos de partida o datos que, por sí mismos, implican limitaciones y a la vez orientaciones para el desarrollo del razonamiento jurídico justificado. La fundamentación, en consecuencia, se concentra en los supuestos, bases o fundamentos en que descansan o se apoyan dichas razones, estándares o motivos en el marco de una justificación[26].

Un último punto a tratar en este epígrafe tiene que ver con el origen mismo de esta distinción que se busca exponer y proponer entre justificación y fundamentación. En rigor, dicha distinción no aparece como tal expresada o elaborada en ninguna teoría del razonamiento judicial. Sin embargo, entiendo que la misma está "latente" en la tradición filosófico-jurídica realista (clásica), principalmente en aquellos planteamientos que se nutren de las exposiciones éticas y jurídicas, con profundas bases antropológicas y metafísicas, de ARISTÓTELES y TOMÁS DE AQUINO. Dicha tradición, por lo demás, encuentra actualmente, en un importante grupo de autores, trascendentales y novedosos estudios que me han permitido delinear los rasgos esenciales de la fundamentación en el campo del razonamiento jurídico práctico y la adjudicación constitucional.

4. LA INTERPRETACIÓN CALIFICADA DE LA CONSTITUCIÓN. EL CASO COLOMBIANO

La interpretación constitucional no está circunscrita con exclusividad al solo texto la Constitución. Quizá sea más preciso hablar de una interpretación del *orden constitucional*, para con ello dar cuenta de una realidad mucho más rica que aquella que lo limita al

[26] Si bien en los primeros capítulos de esta tesis no se plantea la distinción entre justificación y fundamentación, sino su uso equivalente, paulatinamente se irá mostrando que la misma termina siendo crucial en el razonamiento de los jueces, en particular en determinados casos constitucionales en los que aparecen en juego bienes fundamentales de las personas.

texto de unas cuantas cláusulas. Aunque esto no haga parte del objeto de análisis de esta investigación, por interpretación constitucional se tendrá en cuenta este hecho. De todos modos, conviene hacer notar que en los países que cuentan con una Constitución escrita, los jueces dedicados a su interpretación *suelen* tener como primera referencia o punto de apoyo de su actividad hermenéutica a las normas contenidas en el documento constitucional. Buena parte de esta investigación, al menos en cuanto a la mayoría de los ejemplos que serán planteados, girará en torno a distintos problemas encontrados alrededor de textos constitucionales.

Así mismo, es importante dejar en claro que, si bien una Constitución puede ser interpretada por cualquier persona –expertos del Derecho o no–, existe a su vez una interpretación *calificada* o *autoritativa* de ella, circunscrita comúnmente a jueces designados (con competencia) para llevarla a cabo. En algunos Estados, porque gozan de un control difuso de constitucionalidad (caso paradigmático es el de los Estados Unidos), dicha interpretación la puede hacer cualquier funcionario judicial; en un sistema de control concentrado, en cambio, la interpretación judicial de la Constitución está reservada a una Corte o Tribunal especializado, como acontece en la mayoría de los países europeos.

Hay sistemas, como el colombiano, en el que se presenta un control de constitucionalidad mixto, del siguiente modo: (1) *difuso*, en la medida en que todos los jueces del país pueden conocer (i) de acciones constitucionales para la defensa de los derechos fundamentales (llamadas en Colombia *acciones de tutela*, o en México y otros países, *amparo*) y, además, (ii) de excepciones de inconstitucionalidad formuladas dentro de cualquier proceso de su conocimiento (ésta última es la típica función de un sistema difuso); por otra parte, existe un control (2) *concentrado* en cabeza de la Corte Constitucional, cuya competencia versa sobre: (i) las acciones públicas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra leyes y algunos decretos dictados por el Gobierno Nacional; (ii) el ejercicio del control constitucional obligatorio sobre cierto tipo de proyectos de

ley (como las estatutarias y aprobatorias de tratados públicos, o los proyectos objetados por el Gobierno), y sobre otros actos legislativos como las convocatorias a referendos de reforma de la Constitución, referendos sobre leyes, consultas populares y plebiscitos (éstos últimos sólo por vicios de forma); (iii) finalmente, tiene competencia para *revisar eventualmente* las decisiones proferidas por cualquier juez de la República en los casos de acciones de tutela (esta competencia opera según distintos criterios, aunque prevalece el principio de la libertad de selección de la Corte). En (i) y (ii) los efectos de las decisiones de la Corte Constitucional son *erga omnes*, y además la ley, si es declarada inconstitucional, es expulsada del ordenamiento jurídico. Esto es contrario a lo que sucede, por ejemplo, en México o en Argentina: de ahí que en Colombia se emplee también el término, no usado en la mayoría de países de habla hispana, de "inexequibilidad" de la ley, esto es, de inconstitucionalidad de la misma, con efecto de expulsión del ordenamiento jurídico.

Aunque lo consignado en esta investigación pueda ser referido a todo tipo de control constitucional realizado por cualquier juez o tribunal constitucional, su derrotero está enmarcado dentro de un conjunto de decisiones emanadas de la Corte Constitucional colombiana como tribunal de última instancia. A efectos de la temática de fondo a ser tratada en esta investigación, el caso colombiano puede ser mirado de manera semejante al de otros países en los que se han debatido y decidido temas constitucionales de gran importancia y que han servido, o podrían servir, para dilucidar *problemas* puntuales que suscita este tipo de interpretación en el Derecho.

Aun así, la elección del caso colombiano puede ser de gran interés para el estudioso de estos temas. No sólo por lo que se acaba de apuntar sobre los "amplios" poderes que la Constitución colombiana le ha conferido a la Corte Constitucional, manifestado en su capacidad de anular leyes o de decidir como tribunal de última instancia en temas sobre derechos fundamentales, sino además porque, en

poco más de quince años de funcionamiento, la Corte ha tenido que resolver gran cantidad de temas del más variado repertorio[27]. Si bien es sensato afirmar que el grueso de sus decisiones han sido notoriamente beneficiosas para resolver tantos y tan graves problemas que afectan a los colombianos, o que su trabajo ha enriquecido considerablemente –y con creces– la jurisprudencia nacional, hasta el punto que ha forjado una manera *novedosa* tanto de estudiar el Derecho como de practicarlo, también es obligado manifestar que algunas de sus decisiones evidencian serios problemas de "justicia" o "legitimidad", causados principalmente –como se intenta demostrar en esta investigación– por una *notable* presencia ideológica y "pugna de concepciones" particulares. La elección de la mayoría de casos que son objeto de estudio en este trabajo, busca poner en evidencia que esta presencia de ideologías y concepciones, si bien ejemplifican dificultades hermenéuticas en la interpretación constitucional, como las reseñadas atrás, también constituyen explicaciones del por qué se torna indispensable estudiar, con toda la seriedad posible, una teoría de la justificación y fundamentación racional de las decisiones judiciales enmarcada en el contexto de las exigencias del razonamiento práctico, para así estar en condiciones de distinguir el "juego" de argumentos para "arropar" o "manipular" fallos, del uso de buenas y consistentes razones de justicia.

Resulta oportuno, para rematar este epígrafe, ofrecerle al lector un panorama básico, muy general y breve, sobre el entorno en el cual se ha desarrollado el caso colombiano relativo al juzgamiento constitucional. Lo primero que se debe mencionar es que antes de 1991 no existía en Colombia –más allá de estudios aislados y sin mayor trascendencia– una preocupación seria por abordar asuntos

---

[27] Sostiene MANUEL J. CEPEDA ESPINOSA que "la Corte se ha pronunciado sobre toda suerte de problemas. Casi todos los temas o problemas de la convulsionada realidad colombiana han sido de alguna manera tocados por una sentencia de la Corte. Coloquialmente se podría decir que no es que la Corte se meta en todo: es que la meten en todo": *Derecho Constitucional Jurisprudencial. Las grandes decisiones de la Corte Constitucional*, Bogotá, Legis, 2001, p. 24.

relacionados con la interpretación hecha por jueces o tribunales constitucionales, y ni siquiera por explorar espacios de discusión sobre la interpretación jurídica en general. Nuestros profesores y textos jurídicos seguían las mismas orientaciones y derroteros conceptuales de la cultura jurídica predominante en la mayor parte de los países del continente, que hacía descansar todo el andamiaje de la interpretación en un conjunto de reglas decimonónicas, las cuales se encuentran contenidas, para el caso colombiano, en el Código Civil y en algunas leyes de finales del siglo XIX[28].

Desde el punto de vista del control constitucional, que con anterioridad a 1991 era ejercido por la Corte Suprema de Justicia, la interpretación en esta materia tuvo un enfoque predominantemente orgánico, es decir, destinado a analizar "quién" había expedido el acto sometido al control y "cómo" lo había adoptado[29]. En este sentido, como sostiene CEPEDA, el "contenido mismo de los actos controlados pierde trascendencia y la defensa de derechos y principios se torna excepcional"[30]. Este enfoque no sólo se debió a la carencia de instrumentos procesales de naturaleza judicial, que permitieran a las personas hacer valer sus derechos fundamentales mediante acciones específicas de defensa –como la tutela o amparo–, sino además al valor reducido que tenía la denominada "parte dogmática" de la Constitución entonces vigente (desde 1886), la cual era considerada como una especie de "pacto político" y por lo tanto un asunto "extraño a

---

[28] Sobre esta "cultura jurídica" –que por supuesto abarca innumerables aspectos y temas adicionales–, extendida a la mayoría de los países latinoamericanos, véase LÓPEZ MEDINA, DIEGO, *Teoría impura del Derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Bogotá, Legis, 2004.

[29] Cfr. CEPEDA ESPINOSA, MANUEL J., *Derecho Constitucional Jurisprudencial*, *op. cit.*, en esp. pp. 4-8.

[30] *Ibidem*, p. 5.

las competencias judiciales de administración de justicia en concreto"[31].

Las cosas cambiaron en 1991 con la sanción de la nueva Constitución, cuyo surgimiento estuvo vinculado al entorno de violencia que ha sufrido Colombia durante varias décadas. La creación que hiciera el constituyente de la Corte Constitucional (que empezó formalmente a operar en febrero de 1992[32]) y la acción de tutela (amparo) para la defensa y protección de los derechos fundamentales, constituyeron dos hechos particularmente significativos, cuyo efecto ha sido la rápida consolidación de una especie de "cultura constitucional de los derechos humanos" en la que la Corte ha jugado un papel de capital importancia[33]. A esto debe sumarse la variación cualitativa que hiciera el constituyente de la naturaleza misma del Estado co-

---

[31] ORTIZ G., JULIO CÉSAR, "Las modernas tendencias del Derecho del Estado y la Interpretación de la Constitución de 1991", en AA.VV., *Nuevas corrientes del Derecho Constitucional Colombiano*, Bogotá, Diké, 1994, pp. 35-67.

[32] En ese año, y conforme a lo señalado por el artículo transitorio 22 de la Constitución Política de Colombia (en lo sucesivo C. P.), funcionó una Corte provisional integrada por siete Magistrados, mientras se surtían los trámites de elección señalados para tal efecto en el artículo 239 de la C. P. Desde el primero de marzo de 1993, la Corte ha estado integrada por nueve Magistrados (según lo dispuso la Ley 5 de 1992 en su artículo 317). Conforme al artículo 239 de la C. P., su elección corresponde al Senado de la República, de ternas que presentan el Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, para períodos individuales de ocho años, sin la posibilidad de que sean reelegidos. Hoy su reglamentación se encuentra en la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia (artículos 43 a 49).

[33] Las decisiones de la Corte Constitucional, en cifras, son extraordinariamente elevadas en comparación con otros tribunales, según lo afirma CEPEDA ESPINOSA en su obra *Derecho Constitucional Jurisprudencial, op. cit.*, en esp. pp. 11-14. Sobre esto mismo, véase el estudio preparado por el "Observatorio de Justicia Constitucional" de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, recogido en *La Corte Constitucional. El año de la consolidación*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores-Universidad de Los Andes, 1998, pp. 3-40. Según la *Relatoría* oficial de la Corte Constitucional, el manejo estadístico a junio de 2004 muestra una producción de fallos de constitucionalidad y tutela superior a los 11.200: http://www.constitucional.gov.co/corte/ (consultada en abril 4 de 2006).

lombiano, al calificarlo de *social* y *democrático* de Derecho, lo que ha exigido una lectura de la realidad ya no desde la óptica del poder y sus expresiones legales, sino desde la centralidad de la persona humana[34]. A partir de la nueva Constitución no ha resultado extraño escuchar entre especialistas la proclamación de un "nuevo Derecho", dándose a entender por esto un Derecho *constitucionalizado*[35], respecto del cual la Corte Constitucional ha tenido la mayor incidencia sobre los más variados temas.

Como podrá suponerse, las circunstancias descritas han exigido replantear muchos temas jurídicos y asumir las transformaciones experimentadas desde hace más de una década en el terreno de la interpretación constitucional. A partir de 1991 se replantea allí –lo que ya sucediera en otros países–, la propia noción de Constitución y su fuerza normativa; el papel del juez en el Estado social y democrático de Derecho; los tipos de sentencias constitucionales; las reglas y métodos de la interpretación jurídica y, más específicamente, de la interpretación constitucional; la legitimidad del Estado a partir de la dignidad de la persona humana; el valor de los precedentes judiciales; e incluso se ha abierto camino, aunque tímidamente, una visión renovada de las fuentes del Derecho.

Uno de los temas "novedosos" en Colombia a partir de 1991 lo constituye también el que es objeto de esta tesis doctoral. Afirmada y aceptada la nueva figura del juez constitucional, su papel preponderante y aun la incidencia de sus propias convicciones en la determi-

---

[34] Cfr. CIFUENTES MUÑOZ, EDUARDO, "Derechos fundamentales e interpretación constitucional", en AA.VV., *Nuevas corrientes del Derecho Constitucional Colombiano*, *op. cit.*, p. 7.

[35] Cfr. UPRIMNY, RODRIGO, "El dilema de la interpretación constitucional", cit., p. 455; CEPEDA ESPINOSA, MANUEL J., *Introducción a la Constitución de 1991. Hacia un nuevo constitucionalismo*, Bogotá, Presidencia de la República, 1993, *passim;* RODRÍGUEZ GARAVITO, CÉSAR, *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores-Universidad de los Andes, 1997, en esp. p. 17, n. 4.

nación de los fallos, aparece obligatoriamente a su lado la cuestión de sus límites interpretativos[36].

5. LA ESTRUCTURA DEL TRABAJO Y EL ORDEN DE LA EXPOSICIÓN

Determinado lo anterior, conviene ahora señalar cuál será el itinerario a seguir en esta tesis doctoral, no sin antes mencionar su estructura.

El trabajo consta de dos partes, cada una integrada por tres capítulos. La primera parte está destinada a mostrar los problemas más relevantes que acontecen alrededor de la interpretación constitucional. Se desarrollará la temática relativa a las anomalías o problemas de dicha interpretación a partir de ejemplos tomados de la jurisprudencia constitucional colombiana (capítulo I), de las explicaciones que ofrecen las principales doctrinas sobre el particular (capítulo II) y de una puesta a prueba de estas explicaciones (capítulo III). En contraste, la segunda parte intentará ofrecer soluciones a las dificultades detectadas en la interpretación constitucional y al poder de decisión de los jueces y tribunales con competencia constitucional.

---

[36] Entre muchos otros, los siguientes estudios son útiles para profundizar en el Derecho Constitucional colombiano posterior a 1991, algunos de los cuales enfatizan en los problemas que han surgido alrededor del papel desempeñado por la Corte Constitucional colombiana: HERNÁNDEZ, JOSÉ GREGORIO, *Poder y Constitución. El actual constitucionalismo colombiano*, Bogotá, Legis, 2001; CEPEDA, MANUEL J., además de sus ya citadas obras, *Derecho Constitucional Jurisprudencial* e *Introducción a la Constitución de 1991*, véase *Los derechos fundamentales en la Constitución de 1991*, Bogotá, Temis, 1992; LÓPEZ MEDINA, DIEGO, *El Derecho de los jueces. Obligatoriedad del precedente constitucional*, Bogotá, Legis, 2000; MORELLI R., SANDRA, *La Corte Constitucional: un papel institucional por definir*, Bogotá, Academia Colombiana de Jurisprudencia, 2001; *ibidem*, "Interpretación constitucional e ideología (la neutralidad del juez)", en AA.VV., *Nuevas corrientes del Derecho Constitucional Colombiano*, *op. cit.*, pp. 213-242; RODRÍGUEZ GARAVITO, CÉSAR, "Los casos difíciles en la jurisprudencia constitucional colombiana", en AA.VV., *Nueva interpretación constitucional*, Medellín, Biblioteca Jurídica Diké-Universidad de Antioquia, 1997, pp. 17-116.

Allí, en la *pars construens*, se planteará en primer término una teoría de la interpretación jurídica en general y sus implicaciones en la interpretación propiamente constitucional (capítulo IV), luego un estudio sobre el razonamiento práctico en su relación con el Derecho (capítulo V) y, por último, una propuesta que recoge los desarrollos anteriores desde la perspectiva de la justificación y fundamentación de las sentencias para aplicarlos al oficio propio de los jueces con jurisdicción constitucional (capítulo VI).

De una forma más detallada, cabe decir que el primer capítulo ofrece un panorama de problemas básicos de justificación a los que se ven enfrentados los tribunales constitucionales, es decir, las distintas formas de sustentar posiciones y lecturas alternativas a los casos que deben juzgar, todo lo cual se analiza a la luz de algunos fallos concretos. Como telón de fondo de este primer capítulo está la idea de cómo es posible manipular textos constitucionales o interpretaciones consolidadas en el pasado y, con ello, hacer prevalecer una posición en concreto, no necesariamente jurídica. Debo advertir que el tratamiento que se le da a cada uno de los fallos elegidos no es exhaustivo ni detallado, sino más bien –debido al propósito que guía y justifica su tratamiento– orientado a aspectos puntuales que ejemplifican cada uno de los problemas presentados.

El segundo capítulo ofrece una visión general sobre las principales tesis que la doctrina plantea para explicar los problemas surgidos en el capítulo primero, a la vez que se señalan algunas incoherencias, inconsistencias y dificultades de dichas teorías. Las doctrinas elegidas, las cuales denomino globalmente como "teorías estándar del Derecho", responden al siguiente criterio: se trata de un conjunto de expositores –teóricos y filósofos del Derecho en su mayoría– que han ejercido una influencia notable sobre la manera de entender la interpretación del Derecho, las normas jurídicas y la forma de resolver los casos constitucionales. Así mismo, los autores elegidos han impactado de forma notable el ambiente constitucional colombiano a partir de 1991.

En el capítulo tercero se ponen a prueba las anteriores tesis a través del análisis del caso del aborto, tal como ha sido discutido y decidido por la Corte Constitucional de Colombia, el cual, como se verá en su momento, permite una combinación especialmente clara de todas ellas. Con este capítulo se intenta "poner al descubierto" los ropajes racionales que emplean algunos jueces constitucionales para hacer prevalecer sus concepciones e ideologías por encima de las exigencias de su oficio, y cómo las diferentes tesis doctrinales, analizadas previamente en el capítulo anterior, terminan siendo insuficientes, a la par que defectuosas, para dar cuenta de una debida justificación y fundamentación a los fallos.

La segunda parte está orientada, como se indicaba, a la búsqueda de soluciones a los problemas planteados en los tres capítulos anteriores. En primer lugar, se busca allí desarrollar una teoría de la interpretación jurídica que tome en consideración los distintos aspectos problemáticos sobre los que gira la actividad de los jueces en los casos concretos. Se procura formular dicha teoría como una doctrina capaz de dar cuenta de las ya mencionadas "particularidades" o "anomalías" presentes en materia constitucional, sin que por esto se afecten las exigencias y el estatuto de responsabilidades de la judicatura en general. El capítulo cuarto, en consecuencia, está dedicado a sentar las bases propiamente hermenéuticas del oficio de los jueces, teniendo como mira los problemas advertidos en la parte anterior. Se estudia allí, por tanto, la interpretación constitucional en el entorno más amplio de la interpretación jurídica, para determinar los ámbitos específicos de la primera, y los puntos de la interpretación jurídica que no pueden faltar en la argumentación y toma de decisiones constitucionales, para que continúen siendo un acto propiamente jurisdiccional, esto es, un acto relativo al Derecho y que procure la adjudicación de justicia.

En el capítulo quinto se aborda la que aquí se postula como *la forma racional propia* del oficio de los jueces, consistente en la perspectiva práctica del razonamiento jurídico. Dicho estudio se hace a la luz de dos corrientes particularmente importantes. La primera es

aquella que plantea un conjunto de reglas formales del discurso o argumentación jurídica como medio para determinar la corrección de las razones empleadas en los casos concretos. Es la corriente que denomino "modelo procedimental" del razonamiento práctico. La segunda es aquella de orientación *realista clásica*, que llamo "modelo prudencial" del razonamiento práctico, la cual desarrolla una propuesta "material" o "de contenidos" en la actividad de los jueces.

Finalmente, en el último capítulo se ordenan y se ponen a prueba los distintos elementos y desarrollos esbozados en los dos capítulos anteriores. Se estudia, por una parte, todo lo relacionado con el ámbito del *razonamiento de los jueces* propiamente dicho, a través de la denominada teoría de la justificación. La importancia de esta teoría es resaltada de distintas maneras, entre las cuales se encuentra la formulación de un conjunto de pautas o reglas precisas que indican su relevancia en el contexto de toda interpretación jurídica. Sin embargo, a la vez de su importancia, se demuestra la necesidad de contar con una ulterior forma de discriminación de las razones judiciales, lo cual es analizado a partir de algunos ejemplos sobre derechos fundamentales. Esta distinción ulterior de las razones lleva a plantear a fondo la denominada teoría de la fundamentación.

El último capítulo concluye con dos temas, que intentan recoger los planteamientos formulados en las discusiones previas. Por una parte, se estudia el ámbito *decisorio* propiamente dicho, a través de la noción de justicia entendida como elemento convergente del razonamiento judicial. Con esto se busca demostrar la especial importancia que adquiere el fin del proceso de interpretación jurídica y la necesidad de caracterizarlo desde ciertos estándares de *realidad*, en contraste con otras posturas que apenas lo divisan desde unas coordenadas meramente *racionales*. Por otra parte, se finaliza con unas reflexiones sobre la denominada *prudencia de los jueces*, la cual es planteada como una especial cualificación del arte de decir y dar a cada uno lo suyo y, más concretamente, como una exigencia del razonamiento práctico que recoge las exigencias, límites y condiciones de la interpretación constitucional anteriormente formuladas.

PRIMERA PARTE

LAS DIFICULTADES
DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL
Y LA SOLUCIÓN QUE PROPONEN
LAS “TEORÍAS ESTÁNDAR DEL DERECHO”

CAPÍTULO I

UNA MIRADA INICIAL A LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL: ENTRE EL DERECHO Y LAS MANIPULACIONES JUDICIALES

El propósito de este capítulo es brindar un panorama general de las dificultades más relevantes en torno a la interpretación constitucional. Se busca en primer término hacer un planteamiento básico de la cuestión de fondo, la importancia y responsabilidad de los jueces y tribunales constitucionales y su difícil tarea en la defensa de la Constitución. Luego se pasa al estudio de algunos casos concretos fallados por la Corte Constitucional colombiana, acompañados de algunas reflexiones centrales que fijen los aspectos principales de la temática central de esta investigación.

1. PLANTEAMIENTO: LAS DOS CARAS DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Un sistema de control constitucional fuerte trae consigo enormes ventajas para la vida y desarrollo de una sociedad democrática. Por control constitucional fuerte se quiere expresar la idea de un conjunto de medios de defensa de la Constitución, generalmente ju-

rídicos y ejercido por jueces o tribunales de justicia con jurisdicción constitucional, no limitados a resolver sólo cuestiones de inconstitucionalidad de las leyes, sino además asuntos relativos a los derechos fundamentales[37]. Especialmente en sociedades conflictivas, el papel que cumplen los jueces constitucionales representa una instancia en la que los ciudadanos acuden con la seria esperanza de que sus derechos fundamentales sean efectivamente respetados por las autoridades públicas y por otros particulares. Un aspecto significativo de esto consiste en que la defensa de los derechos fundamentales, en el constitucionalismo contemporáneo, no está limitada a las libertades "clásicas", sino también a los denominados derechos de segunda generación. A manera de ejemplo, la Corte Constitucional colombiana ha concedido acciones de tutela (amparo) para hacer efectivos determinados *derechos sociales y económicos* que garantizan un mínimo de subsistencia, en casos donde peligra la supervivencia misma de una persona o se encuentra en una situación de debilidad manifiesta. La importancia de la cuestión radica en que, por regla general, la acción de tutela no prospera en Colombia para reivindicar derechos de "segunda generación", a no ser que se presenten circunstancias como las descritas[38].

---

[37] Las bondades de este sistema, como lo demuestran distintos estudios estadísticos, son apreciables desde el punto de vista de las cifras que reflejan la utilización de acciones que protegen derechos fundamentales, como sucede con la denominada *acción de tutela* en Colombia. Cfr. para el caso colombiano, CEPEDA ESPINOSA, MANUEL J., *Derecho Constitucional Jurisprudencial*, *op. cit.*, pp. 11-24.

[38] Entre otras, cfr. las siguientes sentencias: T-426 de 1992, M. P. EDUARDO CIFUENTES, T-534 de 1998, M. P. ALEJANDRO MARTÍNEZ y T-240 de 2000, M. P. JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ (en las tres decisiones se tuteló el derecho a la seguridad social de personas de la tercera edad que se encontraban en condiciones precarias de subsistencia); SU-062 de 1999, M. P. VLADIMIRO NARANJO (se tutelan los derechos de la dignidad y seguridad social a una persona del servicio doméstico, de escasos recursos, que fue despedida sin las liquidaciones salariales correspondientes); T-569 de 1999, M. P. CARLOS GAVIRIA (se concede el derecho a una pensión al padre de una familia que se hallaba en condiciones de debilidad manifiesta por razones de edad y enfermedad psíquica de su hijo); SU-995 de 1999, M. P. CARLOS GAVIRIA (se ordena el pago de salarios atrasados porque se compromete el mínimo vital de los trabaja-

Un sistema de control constitucional entendido en el anterior contexto permite afirmar, como lo ha hecho GARCÍA DE ENTERRÍA, que la justicia constitucional está presente en situaciones sociales críticas y que, además, "contribuye poderosamente a su pacificación", lo cual se traduce en "un instrumento incomparable de 'paz jurídica' y de renovación de los 'consensos fundamentales'"[39]. Así, no son pocas las veces en que decisiones constitucionales aparezcan ante los ojos de la sociedad como una forma idónea y eficaz, si no la única, para garantizar los derechos fundamentales, ni son pocas, por cierto, sus decisiones correctoras de tantos desvíos y abusos en que incurren algunos funcionarios públicos.

El control constitucional definido en los anteriores términos es consecuencia necesaria de la "pérdida de la posición central" de las categorías jurídicas tradicionales forjadas al amparo del Estado liberal decimonónico (supremacía de la ley y del legislador, prevalencia del interés público sobre el particular, concepto de Derecho entendido como órdenes respaldadas por amenazas, principio y prevalencia de las mayorías sobre las minorías, entre otras), y del consecuente carácter normativo, supremo y soberano de la Constitución en el Estado contemporáneo[40]. El constitucionalismo de hoy está inspirado ante todo en la centralidad de los derechos humanos, en la búsqueda de una convivencia pacífica y pluralista, en hacer prevalecer las exigencias sustanciales de la justicia por encima de las formalidades legales, en el respeto por la diversidad, la inclusión y participación

---

dores accionantes); y T-033 de 2001, M. P. ALEJANDRO MARTÍNEZ (se concede la tutela a varios docentes con el argumento según el cual se afecta el mínimo vital no sólo a causa del pago no oportuno del salario, sino además porque su cuantía es muy baja).

[39] Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1991, p. 195.

[40] Sobre la importancia de estas transformaciones y sus implicaciones en el Derecho Constitucional, véase ZAGREBELSKY, GUSTAVO, *El derecho dúctil*, *op. cit.*, en esp. pp. 9-45.

social de los diferentes grupos sociales, incluidas las minorías, y en hacer efectivo un orden social justo[41].

Este "constitucionalismo de nuestro tiempo" tiene la fortuna de contar con defensores calificados y orgánicamente establecidos, cuya importancia no debe ser menospreciada ni pasada por alto. Al fin de cuentas es altamente significativo que existan jueces especializados que tengan como misión el cuidado de la Constitución. Afirma GARCÍA DE ENTERRÍA que "una Constitución sin un Tribunal Constitucional que imponga su interpretación y la efectividad de la misma en los casos cuestionados es una Constitución herida de muerte"[42]. Naturalmente, deben incluirse por extensión a los tribunales constitucionales de control concentrado, de tipo europeo y surgidos en el siglo XX, también a los jueces facultados para el control de constitucionalidad y la resolución de problemas y casos relativos a derechos fundamentales, y en especial a las Cortes Supremas, como ocurre en el sistema de control difuso, surgido en el siglo XIX, y de amplia utilización, a este efecto, en países como Estados Unidos y Argentina.

La importancia e incuestionable protagonismo que han adquirido los tribunales constitucionales no ha estado, sin embargo, ausente de dificultades. Tienen la misión de cuidar una Constitución cuyo texto está caracterizado por tener una "textura abierta", con un notorio contenido axiológico reflejado en múltiples normas susceptibles de desarrollos alternativos y divergentes, junto a disposiciones que al ser aplicadas en casos concretos, pueden generar fácilmente

---

[41] Estos son apenas algunos de los "rasgos característicos" del constitucionalismo contemporáneo, cuyo trasfondo apela, como sostiene LUIS PRIETO SANCHÍS, a que la Constitución ya no sea mirada como un mero instrumento de "distribución formal del poder entre los distintos órganos estatales", sino más bien como un orden de valores, "dotada de un contenido material, singularmente principios y derechos fundamentales": *Constitucionalismo y Positivismo*, México, Fontamara, 1997, p. 17.

[42] GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, *op. cit.*, p. 186.

tensiones entre los órganos del poder público[43]. El terreno es, a simple vista, bastante movedizo: su protagonismo es reclamado para la defensa de una Constitución prolija en la enumeración de derechos y garantías fundamentales, a la par que deben interpretarla sobre la base de cláusulas generalmente indeterminadas[44].

A los jueces ordinarios, por supuesto, también se les presentan dificultades en el ejercicio de sus funciones. Sin embargo, en materia constitucional los problemas de interpretación jurídica parecen potenciarse considerablemente. A este respecto JUAN VICENTE SOLA sostiene que en este campo existen "factores de perturbación" en razón de los temas esenciales regulados por la Constitución, la indeterminación de sus normas y la proximidad de temas políticos que consagra[45]. A esto se suma la tensión entre los valores perseguidos constitucionalmente y la "influencia inevitable de la ideología" de los jueces[46]. Otro elemento indispensable a tener en cuenta aquí es la imposibilidad –cuando se trata de tribunales situados en la cúspide de la administración de justicia– de que sus decisiones sean revisadas por otras instancias judiciales[47].

Así las cosas, a la vez que es reclamada como una instancia indispensable para el buen funcionamiento de la sociedad, la interpre-

---

[43] Cfr. ALONSO GARCÍA, ENRIQUE, *La interpretación de la Constitución*, *op. cit.*, pp. 1-11 y 23-28; LUCAS VERDÚ, PABLO, *Curso de Derecho Político*, *op. cit.*, p. 530.

[44] A juicio de ALONSO GARCÍA, la indeterminación de los preceptos constitucionales es la característica central que determina los problemas de la interpretación constitucional: Cfr. *La interpretación de la Constitución*, *op. cit.*, p. 26. De lo anterior se deriva, según PRIETO SANCHÍS, que las prescripciones constitucionales aparezcan en la mayoría de los casos como "estándares débiles o simples razones para decidir": "Notas sobre la interpretación constitucional", cit., p. 176.

[45] Cfr. SOLA, JUAN VICENTE, *Control judicial de constitucionalidad*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2001, p. 73.

[46] *Ibidem*.

[47] Cfr. UPRIMNY, RODRIGO, "El dilema de la interpretación constitucional", cit., p. 460.

tación constitucional presenta ciertas características que eventualmente podrían dificultar la consecución de los valiosos fines que las constituciones consagran. La cuestión de fondo, en realidad, radica en que aquellos "factores de perturbación", o "anomalías", pueden generar un espacio propicio para que la Constitución sea eventualmente convertida en un instrumento puesto al servicio de intereses indiscriminados. Esto es, a que sus intérpretes lleven a cabo manipulaciones de cualquier tipo amparados en la indeterminación de lo regulado, en la sola ambigüedad del texto o en la incidencia que tiene la fuerte carga ideológica de los jueces en materias de alto contenido moral o político. Como afirma SAGÜÉS, un juez ingenioso puede ser capaz de "hacerle decir" a las normas constitucionales cualquier cosa, en realidad tantas como quisiera para hacer prevalecer una postura ideológica determinada[48]. En este tipo de situaciones la interpretación constitucional fácilmente puede ser transformada en algo "tramposo", puesta al servicio de motivaciones políticas o sectoriales, ajenas a consideraciones de justicia[49].

Determinar los casos en los cuales los jueces constitucionales procedan de esa forma no es una tarea del todo fácil, por la sola razón de que los fallos constitucionales, incluidos aquellos que son producto de manipulaciones o intereses ocultos, suelen estar arropados con una buena dosis de razones y argumentos, esto es, de motivaciones encaminadas a mostrar, así sea pretendidamente, que se ha alcanzado una decisión correcta o que la misma está debidamente justificada. En este contexto, la pregunta pertinente salta a la vista: ¿cómo pueden ser evaluadas y distinguidas las decisiones constitucionales "tramposas" de las que no lo son? Y más precisamente, ¿có-

---

[48] Cfr. SAGÜÉS, NÉSTOR P., *La interpretación judicial de la Constitución*, *op. cit.*, pp. 1-6.

[49] Manifiesta SAGÜÉS que si bien "las manipulaciones interpretativas pueden practicarse en todo el mundo jurídico", en materia constitucional este hecho suele ser más común como consecuencia de ser el "ámbito del Poder, y específicamente, del Poder político, un elemento tradicionalmente renuente a ser domesticado por preceptos legales": *ibidem*, p. 3.

mo se pueden distinguir las buenas razones –o las razones verdaderamente justificativas–, de las razones aparentes o manipulativas?[50].

Ante las anteriores circunstancias la doctrina ha considerado con toda razón que la interpretación constitucional se ha convertido, por un lado, en el tema central del Derecho Constitucional[51], e incluso, con la carga que esto sugiere, de la propia Teoría del Derecho[52]. Así mismo, por el otro, ha insistido en que su abordaje presenta notas de extraordinaria dificultad teórica[53]. En efecto, en la medida en que realizan una actividad de naturaleza jurídica, y de que, por tanto, realizan una función jurisdiccional, a los tribunales constitucionales –tanto que estén dentro del Poder Judicial, como en Colombia, como que se alojen fuera del mismo, como en España– se les exige motivar y razonar sus decisiones de tal forma que es-

---

[50] Los interrogantes son aún más pertinentes si se repara en la excesiva independencia de la que gozan los tribunales constitucionales, junto a la ausencia de controles jurídicos eficaces –más allá de los provenientes de la "opinión pública" y la "doctrina", no siempre tan efectivos como se quisiera–. En palabras de DIETER SIMON, "[e]l tribunal constitucional cuida de la constitución, mas ¿quién cuida del tribunal constitucional?" (*La independencia del juez*, Barcelona, Ariel, trad. de C. Ximénez-Carrillo, 1985, p. 173). Esta frase, algo recurrente en esta materia, fue acuñada originalmente por JUVENAL en sus *Sátiras* (VI, 346-348): "¿quién custodia a los custodios?" (*Sed, quis custodiet ipsos custodes?*).

[51] Cfr. TOLLER, FERNANDO, "La resolución de los conflictos entre derechos fundamentales. Una metodología de interpretación constitucional alternativa a la jerarquización y el *balancing test*", en FERRER MAC-GREGOR, EDUARDO (Coord.), *Interpretación Constitucional*, México, Porrúa, dos tomos, 2005, t. II, pp. 1200-1202.

[52] Cfr. RUBIO LLORENTE, FRANCISCO, *La forma del poder*, *op. cit.*, p. 588; también el *Prólogo*, de su autoría, a la obra ya citada de ALONSO GARCÍA, ENRIQUE, *La interpretación de la Constitución*, p. XVII; véase también LUCAS VERDÚ, PABLO, "Constitución de 1978 e interpretación constitucional. Un enfoque interpretativo de la Constitución española", en IGARTUA, IGNACIO (ed.), *La interpretación de la Constitución. Demarcación y perspectivas*, San Sebastián, Universidad del País Vasco, 1985, pp. 210 ss.

[53] Ver al respecto la bibliografía referida en la introducción a esta investigación doctoral, cuando se abordaron las características especiales de la interpretación jurídica en materia constitucional.

tén justificadas y fundamentadas en el marco del Derecho vigente. Pero al contar con unas particularidades propias en esta materia, como las señaladas atrás, se torna difícil llevar a cabo un estudio que evalúe sus aciertos y defectos, o que señale los límites y condiciones hermenéuticas que debieran ser observadas en este campo.

Con esta descripción, por supuesto, no se desconoce que los tribunales constitucionales también aciertan en la mayoría de los casos. Pero aun así parece estar fuera de discusión que se trata de un ámbito particularmente propenso a generar dificultades de ese tipo. Esto plantea un tema crucial, que es el objeto de esta tesis doctoral. Se trata de examinar, a pesar de sus dificultades teóricas, cómo pueden ser justificadas y fundamentadas las decisiones constitucionales de manera consistente con el oficio de los jueces, valga decir, con la tarea de encontrar la solución correcta en los casos concretos, o de producir decisiones no arbitrarias en los supuestos en que poseen cierto margen de respuestas posibles o alternativas[54].

La solución a este problema depende de muchos elementos que irán apareciendo a lo largo de esta obra. En lo que sigue de este capítulo me propongo mostrar, mediante ejemplos extraídos de casos concretos fallados por la Corte Constitucional colombiana, los ras-

---

[54] Las nociones "oficio de los jueces", "interpretación jurídica" y decisiones "acertadas, correctas o justas", junto con la afirmación sobre el "margen de respuestas posibles o alternativas" a los casos concretos, serán objeto de un detenido análisis más adelante. He considerado, sin embargo, indispensable hacer esta caracterización provisional a partir de una idea regulativa que afirma que los jueces son los juristas por antonomasia, responsables de administrar justicia y de proveer respuestas que consulten los más preciados valores del Derecho. Esta idea no es plenamente consistente con una supuesta "imagen" por mantener la neutralidad e imparcialidad de los jueces, si por esto se entiende un oficio mecánico que supone que *todas las decisiones* a los casos concretos ya han sido tomadas previamente por una instancia de producción jurídica. Por el contrario, los jueces, como se sostendrá a lo largo de este trabajo, son protagonistas centrales de la trama jurídica: su oficio mediador cuenta con su participación activa en la determinación del *ius* en litigio, junto con una inevitable y sana indeterminación jurídica parcial *antes* de su pronunciamiento. Pero, a pesar de ello, siguen teniendo el deber ante la sociedad de cumplir debidamente con el oficio al que están llamados: administrar justicia y acertar en sus decisiones.

gos esenciales de aquellas anomalías o particularidades presentes en la interpretación constitucional, conjuntamente con algunos comentarios y propuestas que permitan fijar derroteros para tratar la temática.

2. VARIEDAD DE CRITERIOS INTERPRETATIVOS Y ARGUMENTACIONES "FORZOSAS" EN LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

Los casos siguientes, sobre el consumo personal de drogas alucinógenas y el uso obligatorio del cinturón de seguridad en el tránsito de vehículos, son especialmente interesantes para mostrar algunas dificultades en la interpretación constitucional, no sólo por los aspectos específicos, desde luego esenciales, allí tratados, sino por las variaciones en los argumentos justificativos que empleó la Corte Constitucional en uno y en otro fallo. Además de lo anterior, estos casos, que son llamados por la doctrina "difíciles" o "no rutinarios", permiten dilucidar algunos datos sobre el significado de las razones justificativas en materia judicial. Una explicación teórica de lo que significan estos casos "difíciles" se hará más adelante[55].

a) El caso del consumo personal de drogas alucinógenas

En 1994 la Corte Constitucional colombiana declaró contrarias a la Constitución, por cinco votos a cuatro, algunas normas del Estatuto Nacional de Estupefacientes que sancionaban, con arresto y multa, el porte y consumo de dosis personales de drogas alucinóge-

---

[55] Cfr. *infra*, II, 4; para una crítica a esta denominación, véase III, 3.b; IV, 3.e. Una introducción al tema en AARNIO, AULIS, *Lo racional como razonable*, *op. cit.*, pp. 23-25.

nas[56]. Advirtamos los argumentos principales del fallo, como los correspondientes al salvamento de voto[57].

i. La visión del voto mayoritario

El eje central de la argumentación contenida en la sentencia consistió en desarrollar una visión específica de la libertad humana, en virtud de la cual los demás temas discutidos en el fallo pasaron a depender, conceptualmente, de esa visión. En efecto, la mayoría de la Corte sostuvo, como criterio específico, que el legislador no podía interferir en la órbita personal de un individuo que quisiera causarse daño a sí mismo, como consecuencia de la propia "filosofía" que inspira a la Constitución, "libertaria y democrática y no autoritaria y mucho menos totalitaria"[58]. A juicio suyo:

> "El legislador puede prescribirme la forma en que debo comportarme con otros, pero no la forma en que debo comportarme conmigo mismo, en la medida en que mi conducta no interfiere con la órbita de acción de nadie"[59].

---

[56] Sentencia C-221 de 1994, M. P. CARLOS GAVIRIA. Salvaron el voto los Magistrados (en lo sucesivo Ms.) JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ, HERNANDO HERRERA, FABIO MORÓN y VLADIMIRO NARANJO. Cabe anotar que esta decisión no declaró contraria a la Constitución la norma que define la cantidad o "dosis personal" de estupefacientes, sino sólo las medidas punitivas a las que estaban sujetos los consumidores. Con esto la Corte distinguió entre el traficante de drogas y el poseedor para su consumo propio.

[57] En Colombia un Magistrado (o varios, en conjunto o por separado), "salva el voto" cuando está en desacuerdo con el fallo; y "aclara" el voto (en conjunto con otros Ms., o por separado), cuando está de acuerdo con la decisión pero se aparta de una parte o todos los argumentos en que se sustenta la misma.

[58] Sentencia C-221 de 1994, M. P. CARLOS GAVIRIA, consid. 6.2.2.

[59] *Ibidem*, consid. 6.2.1.

Si el legislador, por el contrario, lo hiciera, según la Corte estaría traspasando "fronteras que ontológicamente le están vedadas"[60]. Dijo además que en Colombia resultaba abusivo que el Estado tipificara como delictiva una conducta que sólo incumbe a cada quien:

> "Si yo soy dueño de mi vida, *a fortiori* soy libre de cuidar o no de mi salud cuyo deterioro lleva a la muerte que, lícitamente, yo puedo infligirme"[61].

Las normas constitucionales que respaldaron esta postura están consagradas en los artículos 1 y 16 de la C. P que regulan, respectivamente, el respeto a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad. Esta última fue particularmente relevante para la Corte. Dice la norma:

> "Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico".

La frase "sin más limitaciones (...)" le mereció al tribunal, según sus propias palabras, llevar a cabo un "examen reflexivo" que supuso una caracterización doble de la autonomía individual, según se tratara de (i) una limitación que pudiera interferir con autonomías ajenas y el orden jurídico, o según se presentara como (ii) un espacio de individualidad o aislamiento. A partir de ambas premisas la Corte elaboró sus argumentos para declarar la inconstitucionalidad de las normas que penalizaban el porte y consumo de drogas:

> "La primera consecuencia que se deriva de la autonomía, consiste en que es la propia persona (y no nadie por ella) quien debe darle sentido a su existencia y, en armonía con él, un rumbo. Si a la persona se le reconoce esa autonomía, no puede limitársela sino en la medida en que entra en conflicto con la autonomía ajena (...). El considerar a la persona como

---

[60] *Ibidem*.

[61] *Ibidem*, consid. 6.2.3.

autónoma tiene sus consecuencias inevitables e inexorables, y la primera y más importante de todas consiste en que los asuntos que sólo a la persona atañen, sólo por ella deben ser decididos. Decidir por ella es arrebatarle brutalmente su condición ética, reducirla a la condición de objeto, cosificarla, convertirla en medio para los fines que por fuera de ella se eligen"[62].

Esta interpretación de la libertad humana llevó a la Corte a afirmar que la prohibición al porte y consumo de drogas consistía en un "capricho del legislador", un "truco ilusorio" impregnado de una visión moral o proyecto de vida que el Estado quería imponerles a las personas:

> "Reconocer y garantizar el libre desarrollo de la personalidad, pero fijándole como límites el capricho del legislador, es un truco ilusorio para negar lo que se afirma. Equivale a esto: 'Usted es libre para elegir, pero sólo para elegir lo bueno y qué es lo bueno, se lo dice el Estado'"[63].

Para respaldar su postura el Magistrado Ponente no sólo presentó datos estadísticos y comparaciones con hechos que consideró análogos (como el consumo de tabaco, alcohol y sustancias grasas), frente a los cuales elevó cuestionamientos concretos tendientes a mostrar que su no prohibición era discriminatoria[64], sino además una buena cantidad adicional de razones provenientes de distintas fuentes de autoridad, como tratadistas de Derecho, filósofos y psiquiatras, que

---

[62] *Ibidem*, consid. 6.2.4.

[63] *Ibidem*.

[64] Frente al alcoholismo, por ejemplo, la mayoría de la Corte planteó el siguiente interrogante (consid. 6.2.2):

> "¿No es acaso un hecho empíricamente verificable que la ingestión de alcohol, en un elevado número de personas, ocasiona el relajamiento de lazos inhibitorios y la consiguiente exteriorización de actitudes violentas reprimidas hasta entonces, y es factor eficiente en la comisión de un sinnúmero de delitos? ¿Por qué, entonces, el tratamiento abiertamente distinto, irritantemente discriminatorio, para el alcohólico (quien puede consumir sin medida ni límite) y para el drogadicto?".

definían la libertad según su propio contexto argumentativo. Por ejemplo, sostuvo que ERIC FROMM nos hace ver que el "profundo temor del individuo a ejercer su propia libertad y a que los demás ejerzan las suyas" conlleva a que cada uno entre en "pánico de asumirse como persona", de decidir y hacerse cargo de sus propias decisiones, "esto es, a ser responsable". Este miedo, agrega la Corte, es lo que ha llevado a las personas a esconderse detrás de las distintas modalidades de la colectividad, como el partido, la iglesia o el gremio, "porque allí se me indica qué debo creer y se me libera entonces de esa enorme carga de decidirlo yo mismo"[65].

Esta noción de la libertad humana, tan fuerte o extrema, podría ponerse en entredicho si se toma en consideración la norma del artículo 49 de la Constitución, que establece que "toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad". Para mantener intacto el ámbito operativo del libre desarrollo de la personalidad por ella interpretada, la Corte consideró que el valor normativo de esa cláusula consistía tan solo en "la expresión de un deseo del constituyente, de mera eficacia simbólica (...) llamado a producir efectos psicológicos que se juzgan plausibles, pero en modo alguno generador de un deber jurídico genérico, susceptible de plasmarse en la tipificación de una conducta penal"[66].

Ante las anteriores consideraciones –la noción extrema de libertad humana como norma constitucional operante y la (a su turno) norma no vinculante del artículo 49–, la Corte se preguntó acerca de las posibilidades que tiene el Estado colombiano para frenar el consumo de drogas alucinógenas:

> "Cabe entonces preguntar: ¿qué puede hacer el Estado, si encuentra indeseable el consumo de narcóticos y estupefacientes y juzga deseable evitarlo, sin vulnerar la libertad de las personas? Cree la Corte que la

---

[65] *Ibidem*, consid. 6.2.4. La obra de E. FROMM a la que alude la Corte es *El miedo a la libertad*, que cita por la edición de Buenos Aires, Paidós, 1962.

[66] Sentencia C-221 de 1994, M. P. CARLOS GAVIRIA, consid. 6.2.2.

única vía adecuada y compatible con los principios que el propio Estado se ha comprometido a respetar y a promover, consiste en brindar al conglomerado que constituye su pueblo, las posibilidades de educarse"[67].

Este apartado podría ser visto como una contradicción en que incurre la mayoría de la Corte, pues al tiempo de prohibirle al Estado establecer límites al libre desarrollo de la personalidad (que, como se vio, constituiría un "truco ilusorio" para negarla), sugiere vías de educación tendientes a evitar el consumo de estupefacientes, admitiéndose con esto la posibilidad, por vía estatal, de determinar o encausar conductas deseables y no deseables (buenas y malas) de las personas. Sin embargo, la mayoría de la Corte no dudó en afirmar seguidamente, en concordancia con la noción de libertad que había construido a lo largo del fallo, que "si una sociedad de hombres educados y libres resuelve vivir narcotizada, nada ético hay que oponer a esa decisión"[68].

Estos esfuerzos argumentativos, tendientes a mantener hasta el máximo la coherencia racional de la sentencia, presentaron un escollo adicional al momento en que la Corte entró a distinguir entre "consumo" y "tráfico" de estupefacientes. A este respecto sostuvo que lo inconstitucional derivaba de las normas que penalizaban el consumo en cuanto tal (las normas sancionatorias con arresto y multa al drogadicto), porque eran violatorias del núcleo esencial de la libertad. Por el contrario, no lo era la que fijaba las cantidades clasificatorias por gramos, pues permitían distinguir, precisamente, entre una actividad lícita y una ilícita. Sostuvo lo siguiente:

"[La norma que define las cantidades de uso personal de estupefacientes] constituye un ejercicio de la facultad legislativa inscrito dentro de la órbita precisa de su competencia. Porque determinar una dosis para consumo personal, implica fijar los límites de una actividad lícita (que sólo toca con la libertad del consumidor), con otra ilícita: el narcotráfico

---

[67] *Ibidem*, consid. 6.2.5.

[68] *Ibidem*.

que, en función del lucro, estimula tendencias que se estiman socialmente indeseables"[69].

ii. Las razones de los jueces disidentes

Cuatro jueces integrantes de la Corte (de un total de nueve) se apartaron de la decisión contenida en este fallo[70]. Una parte importante del salvamento de voto estuvo destinada a controvertir las bases ideológicas en que se sustentó la decisión finalmente tomada. A este respecto, la opinión de la minoría estructuró su posición a través de elementos conceptuales y definiciones de signo contrario a los señalados por los jueces que conformaron la mayoría: la libertad entendida como una facultad "medida" y limitada en tanto no podría llegar a ser contraria a "la naturaleza humana"; la "dignidad humana" como una exigencia de perfectibilidad del ser del hombre; la autonomía del hombre "ajustada" en razón de su "naturaleza racional"; la no "indiferencia" del Estado y de la sociedad en el cuidado de la salud de sus miembros, etc. Una buena síntesis de lo dicho en este salvamento de voto puede ser ésta:

> "Los filósofos clásicos –de todas las corrientes– coinciden en que no hay libertad contra el género humano, así como también en que toda libertad es responsable. De suerte que afirmar que hay libertad para el vicio, equivale a decir que el vicio, de una u otra forma, es un objeto jurídico protegido. Siendo que el vicio no puede considerarse como un bien, sino causa y origen de males, tal aserto resulta absurdo. La libertad, no puede ir contra la naturaleza humana, porque, en la esencia del hombre, como principio de operación, encuentra ella su razón de ser. La naturaleza humana es racional, y en tal virtud el hombre puede medir y regular

---

[69] *Ibidem*, consid. 8. La cuestión, como se verá en el epígrafe siguiente, no pasó desapercibida por quienes salvaron el voto a esta sentencia.

[70] Salvamento de voto a la sentencia C-221 de 1994, Ms. JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ, HERNANDO HERRERA, FABIO MORÓN y VLADIMIRO NARANJO.

sus actos y tendencias; por eso la libertad presupone el dominio de la persona sobre su ser"[71].

Los jueces disidentes también apelaron a una buena cantidad de argumentos de autoridad, llevando a cabo un extenso análisis *iusfilosófico* de los supuestos en que descansa el Estado y el orden constitucional colombiano. Cabe destacar en este punto la amplia referencia a algunos planteamientos del psicoanalista E. FROMM, quien fuera citado, como se vio en el epígrafe anterior, por los jueces que conformaron la mayoría, con el objeto de determinar ciertos rasgos de la libertad humana. En un sentido contrario a lo sostenido en la sentencia, la minoría consideró, sobre este punto, lo siguiente:

> "[FROMM] también explica, desde otra perspectiva, cómo la libertad es perfeccionante, y censura el falso ideal de libertad que lleva consigo la facultad de destruirnos, individual o colectivamente. 'Sabemos –dice Fromm– que la pobreza, la intimidación, el aislamiento, están dirigidos contra la vida: que todo lo que sirve a la libertad y desarrolle el valor y la fuerza para ser uno mismo es algo en favor de la vida. Lo que es bueno o malo para el hombre no constituye una cuestión metafísica, sino empírica, y puede ser resuelta analizando la naturaleza del hombre y el efecto que ciertas condiciones ejercen sobre él'. Vemos, pues, cómo el famoso científico coincide con los clásicos en el sentido de no reconocer una supuesta libertad que niegue los valores humanos"[72].

Así mismo, los jueces disidentes acudieron a una interpretación sistemática de la Constitución, cuyo propósito no fue otro que demostrar la existencia de distintas normas constitucionales no consideradas por la mayoría, y que resultaban relevantes para sustentar o apoyar la penalización al porte y consumo personal de las drogas. En este orden de ideas, para los Magistrados minoritarios la noción ge-

---

[71] *Ibidem*, apartado 1.

[72] *Ibidem*, apartado 2. La referencia del voto minoritario a E. FROMM es tomada de una edición más reciente de su obra *El miedo a la libertad:* Buenos Aires, Paidós, 15ª. ed., 1991, pp. 253-254.

neral de libertad humana y su regulación específica contenida en el artículo 16 de la C. P., analizada desde esta óptica, suponía un alcance distinto al considerado en la decisión que finalmente se impuso. Esto fue demostrado no sólo tomando en consideración los efectos nocivos que acarrea el consumo de drogas al drogadicto, por ejemplo afectándose su vida, salud y trabajo diario, sino también la convivencia, la paz y el orden justo, valores que la Constitución protege desde el propio Preámbulo:

> "[N]o necesita de mayor demostración que la vida, la convivencia, el trabajo y la paz, entre otros valores, se ven gravemente comprometidos por efectos de la drogadicción. No es compatible la coexistencia de un verdadero orden justo, con la destrucción paulatina de un sector de la población víctima del consumo de drogas, el cual por lo demás, mucho tememos se verá incentivado con la despenalización, así ésta se limite a la llamada 'dosis personal'"[73].

De modo particular, plantearon la importancia de la penalización de la dosis personal de las drogas en consideración a los derechos fundamentales de los niños y adolescentes en el contexto de sus relaciones familiares, que en la Constitución de 1991 han gozado de una especial protección. A este respecto afirmaron:

> "Es la familia la primera que padece, y no de cualquier manera, los efectos negativos que propicia el consumo de drogas por parte de cualquiera de sus miembros. La drogadicción destruye la unidad familiar, hace perder el respeto entre sus miembros, genera violencia, implica pérdida del autocontrol por parte de quien la usa, elimina todo valor y hace desaparecer en la persona cualquier concepción edificante (...). Ningún sentido tiene, entonces, que mientras la Constitución busca proteger a la familia con tanto énfasis, pueda invocarse el libre desarrollo de la personalidad de uno de sus miembros como argumento que prevalezca sobre tales concepciones institucionales, dentro de un criterio individualista

[73] *Ibidem*, apartado 4.

> que resulta a todas luces extraño a una concepción contemporánea del derecho"[74].

El salvamento de voto también dio cuenta del principio consagrado en la Constitución colombiana que obliga interpretar los derechos y deberes fundamentales "de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia" (artículo 93, inciso 2). En este caso la minoría aludió específicamente a la "Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas"[75], cuyo artículo 3-2 establece que los Estados firmantes adoptarán las medidas necesarias para tipificar como delitos penales la posesión, adquisición o cultivo de estupefacientes para uso personal. Para la minoría, en concordancia con esta norma, "no otra cosa fue lo que hizo el legislador colombiano mediante la Ley 30 de 1986 en los artículos declarados inexequibles [inconstitucionales]"[76].

Finalmente, los jueces minoritarios consideraron que la mayoría había incurrido en una clara contradicción, pues al tiempo de haber permitido el consumo personal de drogas, mantuvo la penalización del narcotráfico:

> "De la decisión mayoritaria se desprende una paradoja y una ambigüedad muy difíciles de entender: Por un lado se autoriza el consumo de la dosis personal, pero por otro se mantiene la penalización del narcotráfico. Es decir que se permite a los individuos consumir droga, pero se prohibe su producción, distribución y venta. Carece de toda lógica que la

---

[74] *Ibidem*, apartado 4.5.

[75] Esta Convención fue celebrada en Viena, el 20 de diciembre de 1998, y luego incorporada al ordenamiento jurídico colombiano mediante la Ley 67 de 1993.

[76] Salvamento de voto a la sentencia C-221 de 1994, Ms. JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ, HERNANDO HERRERA, FABIO MORÓN y VLADIMIRO NARANJO, apartado 4.6.

ley ampare al consumidor de un producto y, en cambio sancione a quien se lo suministre"[77].

b) El caso del uso obligatorio del cinturón de seguridad

Tres años más tarde del caso relativo a las drogas, la Corte Constitucional colombiana (integrada por los mismos jueces) tuvo que resolver una demanda de inconstitucionalidad de una norma de tránsito vehicular que sancionaba con multa al conductor que no utilizara el cinturón de seguridad[78].

La Corte era consciente que el caso presentaba demasiadas similitudes con las cuestiones de fondo acaecidas en torno a la dosis personal de sustancias alucinógenas, es decir, en cuanto a la delimitación del ámbito de aplicabilidad legítima de una norma que pudiera interferir con el libre desarrollo de la personalidad consagrado en el artículo 16 de la Constitución. El propio demandante se encargó de insistirle a la Corte que debía retirar del ordenamiento jurídico la norma de tránsito como consecuencia de la "reiterada" jurisprudencia constitucional sobre la autonomía de las personas, delimitada a partir de aquel famoso fallo de 1994[79]. Afirmó el demandante, en efecto, lo siguiente (se cita textualmente):

---

[77] *Ibidem*, apartado 7.

[78] Sentencia C-309 de 1997, M. P. ALEJANDRO MARTÍNEZ. Aclararon el voto, por separado, los Ms. VLADIMIRO NARANJO y HERNANDO HERRERA. No estuvo presente en la sesión que decidió el fallo el M. JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ.

[79] Los argumentos esgrimidos en el fallo C-221 de 1994, ya vistos en los epígrafes precedentes, han sido recurrentes en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. Consúltese a modo ilustrativo las sentencias C-239 de 1997, con ponencia del mismo Magistrado GAVIRIA, en la que se resuelve declarar la constitucionalidad condicionada de una norma penal que consagra el tipo de "homicidio por piedad", y la C-087 de 2000, M. P. ALFREDO BELTRÁN, en la que se declara la inconstitucionalidad de una norma de policía que facultaba a los comandantes y subcomandantes de las estaciones de policía a prohibir el ingreso de personas a sitios

> "Uno de los reflejos más amplios del libre desarrollo de la personalidad se nota en la total autonomía que posee la persona para disponer de la integridad y conservación de su propio cuerpo, como por ejemplo ante la eventualidad de una enfermedad terminal poder decidir morir dignamente sin tener en cuenta, edad, sexo, estado civil, etc., y sin padecer la ignominia de una vida artificial, inútil, costosa y mal prestada por corazones y respiradores artificiales. Nadie está obligado a tomar medidas de seguridad si no quiere (...) [y nadie] tiene que comprar un seguro de vida o contra robo para protegerse a sí mismo y a sus bienes, ni está obligado a lavarse las manos antes de comer a pesar de las recomendaciones de la higiene, en fin nadie puede ser forzado a cuidar de su salud, ni ir al médico, ni al odontólogo, ni a tomar medicamentos...".

Sin embargo, a pesar de *esa* "reiterada jurisprudencia" sobre la "total autonomía" de los particulares, el caso fue resuelto de manera contraria a las pretensiones del demandante, considerando la Corte que se trataba de una medida legítima impuesta por el legislador colombiano. ¿Por qué en este caso la norma resultó ajustada a la Constitución, mientras que en el caso de 1994 no?

Los enormes esfuerzos argumentativos presentados por la Corte no dejaron de lado la gran variedad de los temas esenciales que formaban parte del problema de fondo. Comenzó por reconocer:

> "[E]n el presente caso estamos en frente de una obligación que se impone a un individuo esencialmente en su propio provecho, pues la afectación de derechos de terceros y del interés general es muy indirecta"[80].

Reconoció además que se trataba de una política de protección a los intereses de las personas a través de la cual "el Estado, respetando la autonomía de las personas, busca realizar los fines de protección que la propia Carta le señala", entre los cuales destaca la vi-

---

públicos o abiertos al público, entre otras cosas, en razón de su estado de salud física o mental.

[80] Sentencia C-309 de 1997, M. P. ALEJANDRO MARTÍNEZ, consid. 6.

da, la salud, la integridad física y la educación. Estos fines no son sólo "derechos de la persona", sino también "valores que el ordenamiento busca proteger y maximizar, en cuanto opta por ellos". En este sentido (que es contrario a lo dicho en la sentencia C-221 de 1994), afirmó:

> "La Carta no es neutra entonces frente a valores como la vida y la salud sino que es un ordenamiento que claramente favorece estos bienes. El Estado tiene entonces un interés autónomo en que estos valores se realicen en la vida social, por lo cual las autoridades no pueden ser indiferentes frente a una decisión en la cual una persona pone en riesgo su vida o su salud. Por ello el Estado puede actuar en este campo, por medio de medidas de protección, a veces incluso en contra de la propia voluntad ocasional de las personas, con el fin de impedir que una persona se ocasione un grave daño a sí mismo"[81].

Sin embargo, el argumento de los "valores" –en este caso el carácter vinculante del artículo 49, relativo al "deber que tiene toda persona de procurar el cuidado integral de su salud"– no fue el que inclinó la balanza para que la Corte declarara la constitucionalidad de la norma vehicular. Al fin de cuentas ese argumento hubiese bastado para declarar la constitucionalidad de las normas que prohibían el porte y consumo de estupefacientes, el cual, como se ha visto, había sido considerado en aquella ocasión como un "mero deseo" del constituyente, sin mayor alcance que el de "una eficacia simbólica".

A los tribunales de justicia les pesan mucho sus argumentos y decisiones tomadas en el pasado, lo que les obliga a mostrarse ante la opinión pública como tribunales que pronuncian fallos "coherentes" y que mantienen una línea decisional más o menos consistente a través de los años. La insistencia y reiteración acerca del ámbito de protección, casi ilimitado, del libre desarrollo de la personalidad, constituía para la Corte constitucional colombiana una enorme carga "del

---

[81] *Ibidem*, consid. 9.

pasado" que tenía que soportar con altura, y la única manera de hacerlo consistió en recordar el peso de sus argumentos en torno a la libertad humana. De ahí que, a la par que afirmara la no neutralidad axiológica del Estado colombiano, debió decir seguidamente lo siguiente:

> "[E]llo no significa que cualquier medida de esta naturaleza sea admisible, puesto que, en ocasiones, el Estado o la sociedad, con el argumento de proteger a la persona de sí misma, terminan por desconocer su autonomía. Por ello la Corte, al reconocer la posibilidad de estas medidas, había sido muy cuidadosa en señalar que éstas perdían toda legitimidad constitucional cuando se convertían en políticas 'perfeccionistas' (...), en la imposición coactiva a los individuos de modelos de vida y de virtud contrarios a los que ellos profesan, lo cual obviamente contradice la autonomía, la dignidad y el libre desarrollo de la persona, fundamentos esenciales de nuestro ordenamiento jurídico"[82].

El Magistrado Ponente no escatimó, entonces, en presentar sus propias convicciones, reiterativas, acerca de los enunciados constitucionales que regulan la libertad y la autonomía personal:

> "[N]o corresponde al Estado ni a la sociedad sino a las propias personas decidir la manera como desarrollan sus derechos y construyen sus proyectos de vida y sus modelos de realización personal. En eso consiste el derecho al libre desarrollo de la personalidad"[83].

Luego de establecer su definición antiperfeccionista de la libertad humana, pasó la Corte a decir que la obligación de utilizar el cinturón de seguridad presentaba un ingrediente adicional: se trataba de una medida que "no impone un modelo de vida" y que, en cuanto tal, no viola el contenido esencial del libre desarrollo de la personalidad. Un "modelo de vida" para la Corte consiste en una activi-

---

[82] *Ibidem*, consid. 10. Cfr. además la sentencia T-477 de 1995, también con ponencia del Magistrado MARTÍNEZ, en donde aparece este mismo argumento.

[83] Sentencia C-309 de 1997, M. P. ALEJANDRO MARTÍNEZ, consid. 7.

dad o "proyecto de realización personal y de una opción vital" determinada y configurada autónomamente por cada uno, donde la persona, "con su persistencia", haya mostrado que "esa actividad constituye un elemento esencial de su proyecto personal"[84]. El criterio del "modelo de vida" le sirvió, en consecuencia, para llevar a cabo distinciones singularizadas acerca de cuáles medidas debían ser permitidas y cuáles no. Las medidas que penalizan el porte y consumo de sustancias alucinógenas serían medidas que interfieren indebidamente la órbita de la libertad personal en tanto imponen "un determinado proyecto de realización personal y de una opción vital". En cambio, la medida que obliga el uso del cinturón de seguridad constituye "una defensa de la misma autonomía", como sea que evita "que las personas asuman graves riesgos, cuando en realidad enfrentar esos peligros no era un elemento importante para sus proyectos vitales"[85].

Esta argumentación le valió a la Corte para matizar el elemento definicional de la libertad humana contenido en la sentencia del porte y consumo de sustancias alucinógenas, con lo cual sólo le restaba enunciar la propia justificación que tenía el legislador para imponer medidas como la del cinturón de seguridad, asunto que presentó mediante las ideas de "negligencia", "incoherencia" y "debilidad de la voluntad" de la persona. Lo hizo del siguiente modo:

> "[Existen eventos en los que una persona] acepta que un determinado bien es valioso para ella y no desea afectarlo, pero se niega a evitar un comportamiento que lesiona ese interés, o no tiene la voluntad actual suficiente para realizar una conducta que es necesaria para proteger el bien. En estos casos, la intervención coactiva del Estado, frente a esa momentánea 'debilidad de voluntad', se justifica a fin de impedir que la persona, por una incompetencia temporal, afecte intereses personales que ella misma juzga más importantes que los móviles actuales de su comportamiento. Esto explica además que las medidas de protección encuentren

[84] *Ibidem*, consid. 16.

[85] *Ibidem*, consid. 18.

> mayores posibilidades de justificación en relación con intereses o bienes, como la vida o la integridad física, frente a los cuales es lógico considerar que la casi totalidad de las personas los aceptan como elementos valiosos de su propio proyecto de realización personal, por lo cual resulta razonable suponer que presenta una debilidad de voluntad o una incompetencia puntual la persona que, a pesar de tener la información relevante, se comporta de una manera que afecta gravemente esos intereses propios"[86].

Una lectura descontextualizada de este apartado supondría, necesariamente, plantear abiertamente las contradicciones argumentativas entre este fallo y el de 1994. Por eso la recurrencia al "modelo de vida" se constituyó en el criterio determinante para realizar este tipo de "juegos argumentativos", tendientes a mostrar el tratamiento diferenciado en uno y otro caso, a pesar de haber apelado a un sustrato común en la definición de la libertad humana. El criterio debía, sin embargo, sortear otro inconveniente, pues descansa en los propios elementos definitorios que cada persona posea sobre el modelo de vida. Alguien podría, en efecto, sostener "persistentemente" que su "modelo de vida" consiste justamente en realizar actividades riesgosas, en conducir sin el cinturón de seguridad o en hacerlo a altas velocidades. La Corte, conciente de estas posibilidades (sostuvo, por ejemplo, que respetaba "profundamente esas opiniones"), resolvió la cuestión mediante un argumento desconcertante, pero que en último término le sirvió para justificar su tratamiento diferenciado en ambos supuestos:

> "[L]a Corte destaca que quien quiera verdaderamente asumir los riesgos de la velocidad, por cuanto lo considera un elemento esencial de su forma de vida, puede hacerlo en otros contextos, por ejemplo convirtiéndose en corredor de autos"[87].

---

[86] *Ibidem*.

[87] *Ibidem*, consid. 19.

Este argumento, en la mente de los Magistrados, cumplió con un doble propósito: por una parte, la Corte podía mostrar su propia coherencia definicional de la libertad humana al mostrar su respeto al libre desarrollo de la personalidad en todos los casos, aun en aquellos eventos en que alguien quisiera asumir un "grave riesgo" al considerar que se trataba de un "elemento importante para su proyecto vital". Con el argumento se salvaguardaba un "espacio" de libertad en dicho supuesto. En segundo lugar se trataba de un argumento que tenía un alcance mayor, precisamente destinado a justificar la variación de trato respecto de la libertad para la tenencia de una dosis personal de las drogas:

> "La obligación de utilizar ese dispositivo de seguridad es distinta de la penalización del consumo de drogas, lo cual justifica la diferente decisión tomada por la Corte en los dos casos. En efecto, las normas declaradas inexequibles [inconstitucionales] en la sentencia C-221/94 no se limitaban a obstaculizar el consumo de sustancias sicoactivas haciendo difícil el acceso a ellas, o no eran prohibiciones a su uso en determinados ámbitos, caso en el cual muy posiblemente se hubieran ajustado a la Carta como formas legítimas de protección coactiva, sino que eran disposiciones que prohibían en forma absoluta todo consumo de determinadas sustancias sicoactivas. Por tal razón, esas normas del Estatuto de Estupefacientes configuraban una típica medida perfeccionista, ya que se excluía un determinado modo de vida (...). Por ende, el presente análisis y la declaratoria de exequibilidad [constitucionalidad] de la obligación de llevar cinturón de seguridad no implican ningún cambio de jurisprudencia en relación con la referida sentencia"[88].

En consecuencia, para la Corte el Estado no puede prohibir de manera absoluta nada que atente contra la libertad basada en un modelo de vida. Si alguien llegara a afirmar que su proyecto de vida es "asumir riesgos de velocidad" o "conducir sin cinturón de seguridad", la Corte podía responderle que su decisión no le afectaba, pues tenía el derecho constitucional de acudir a otros contextos para

---

[88] *Ibidem*, consid. 20.

realizarse como persona (convirtiéndose, por ejemplo, en corredor de autos). Y si alguien le llegase a recriminar su fallo pasado, podía responderle diciendo que en el caso de la dosis personal de estupefacientes no le quedó otra alternativa que declarar la inconstitucionalidad de la medida, como consecuencia de que el legislador no "otorgó espacios suficientes" o "contextos" alternativos para que cada quien pudiera tener un lugar apropiado para "drogarse tranquilamente"[89].

3. LA NECESIDAD DE SUPERAR EL PUNTO DE VISTA ESCÉPTICO

Los casos que se acaban de presentar, el de la dosis personal de drogas y el del uso del cinturón de seguridad, son apenas dos de los tantos ejemplos que están disponibles para dar cuenta de algunos problemas que conciernen a la interpretación constitucional. El primero de ellos sirvió para mostrar al menos uno: cómo distintos jueces (o grupo de jueces) pueden llegar a distintas soluciones –radicalmente contrarias entre sí– como consecuencia de la diversa lectura que cada uno de ellos (o cada grupo) realiza sobre los elementos que constituyen el caso, o según el grado de importancia y relevancia que le otorgan a uno o varios de tales elementos por encima o en menoscabo de otros. El segundo sirvió para mostrar las dificultades de tipo argumentativo que deben enfrentar los jueces constitucionales para decidir aspectos que, en principio, podrían suponer

[89] Si bien los Ms. VLADIMIRO NARANJO y HERNANDO HERRERA compartieron la decisión tomada en esta sentencia, sus respectivas aclaraciones de voto, aunque breves, estuvieron encaminadas a demostrar, por una parte, que la mayoría posee una noción "extrema" y "absoluta" de la libertad humana; por la otra, que la obligación de usar el cinturón de seguridad no deriva de distinciones como las introducidas en la sentencia, sino de límites necesarios e indispensables a la autonomía y al libre desarrollo de la personalidad, en razón de los deberes que cada uno posee consigo mismo (NARANJO), o en razón a los derechos de los demás, el orden jurídico y la prevalencia del interés general sobre el particular (HERRERA).

una variación sustancial de los criterios utilizados en decisiones anteriores. En el caso de la obligatoriedad de usar el cinturón de seguridad se puede advertir, por ejemplo, la necesidad que tienen los jueces constitucionales de emplear razones forzadas o desconcertantes, juegos argumentativos difíciles de digerir, pero que eran requeridos para dejar intacta alguna noción desarrollada por ellos en decisiones anteriores.

Ahora bien, que los jueces constitucionales (o a la postre todos los jueces) lleguen a decisiones contradictorias entre sí, o que lleven a cabo esfuerzos monumentales para no perder la coherencia y consistencia con sus decisiones pasadas, no constituyen más que aspectos puntuales –o como los he llamado, de ejemplificación– de la clase de dificultades por las que atraviesan a la hora de resolver las cuestiones que tienen ante sí. Cualquiera que sea el catálogo de dificultades a las que se pudiera llegar, o los problemas que pueden ser encontrados en los fallos judiciales, no debería llevarse a cabo, sin embargo, al margen de lo que realmente es importante y significativo, o lo que constituye el fondo de los problemas que conciernen a la judicatura. Dicho fondo implica dar cuenta de interrogantes como los siguientes: ¿pueden ser *calificados*, y cómo, los argumentos que emplean los jueces, y en el caso que nos ocupa, los tribunales constitucionales para decidir? ¿Existen elementos (y de qué tipo, *v. gr.* normativos o extranormativos) que permitan evaluar las distintas razones empleadas por ellos cuando deciden los casos? Y con relación a los fallos recién expuestos: ¿se hizo justicia constitucional?

Responder este tipo de interrogantes requiere de un marco conceptual más definido, en particular requiere de la articulación de algún elemento central que posibilite su propia viabilidad teórica. En efecto, la posibilidad de calificar argumentos o razones usadas por los jueces para sustentar sus posturas, o evaluar si un fallo hizo justicia o no, supone admitir o considerar *prima facie*, por algún motivo o explicación, que los jueces no pueden tomar decisiones de cualquier forma, o que deben respetar determinadas condiciones mínimas, o que existen algunas exigencias, criterios o parámetros para

decidir los casos concretos. Se trata de algún elemento teórico externo al caso y al sujeto decisor para entrar a calificar, por ejemplo, que la libertad humana puede o no puede ser comprendida como lo hicieron los jueces en los casos de la dosis personal de estupefacientes y del uso obligatorio del cinturón de seguridad.

Sin ese motivo o explicación, o mediante la incorporación de un soporte teóricamente deficiente, las posibilidades para evaluar el acierto o desacierto de un fallo constitucional se truncan. La *inexistencia* de ese elemento es equivalente a negar, de modo absoluto, que es posible determinar el sentido, calidad o grado que tiene o debe tener un argumento o una razón empleada por los jueces para sustentar sus decisiones en los casos concretos. La idea según la cual los jueces fallan como fallan "porque sí", o porque dan un golpe sobre la mesa, o simplemente por el poder que ostentan, constituyen ejemplos concretos de ese tipo[90].

Por su parte, un motivo o explicación teóricamente deficiente asume como punto de partida la idea de que los jueces deben producir fallos legítimos, pero, al mismo tiempo, sus explicaciones acerca de cómo hacerlo generan ulteriores preguntas que se dejan sin resolver. Sin perjuicio de volver más adelante sobre este mismo asunto, explicaciones de este tipo han sido comunes en la Teoría del Derecho contemporánea. Por ejemplo, está aquella proveniente del positivismo jurídico que considera que los jueces gozan, en determinados casos, de *discrecionalidad* para fijar el sentido de las cuestiones que tienen que decidir (*v. gr.*, cómo debe entenderse la "libertad humana" consagrada en la Constitución en casos como la droga o el cinturón de seguridad)[91]. Para el positivismo jurídico este ejercicio de

---

[90] En nuestros días no existe a nivel doctrinal una postura semejante, más próxima al papel que cumplirían los jueces en Estados despóticos o autocráticos, o que evocan algún estado imaginario, como el contenido en *El Proceso* de FRANZ KAFKA, en el que finalmente se condena a Josef K. sin que él mismo, o el propio lector, se enteren jamás de los motivos por los cuales eso sucede.

[91] Un estudio más detenido de esta tesis positivista se hará más adelante, en II, 5.d y en III, 3.

discrecionalidad se explica, entre otras cosas, por la carencia o insuficiencia de información normativa de la que disponen los jueces a la hora de resolver ciertos casos. Así ocurre, por ejemplo, si una norma constitucional sólo habla genéricamente del derecho de libertad y no de regulaciones o especificaciones concretas. Una regulación o especificación sería, por ejemplo, que la norma dijera que las personas gozan de libertad "excepto para drogarse".

Con base en estas circunstancias el positivismo jurídico afirma que, en casos como los anteriores, los jueces son verdaderos protagonistas del proceso de decisión judicial en la medida en que completan, configuran o atribuyen un sentido específico a eso que la norma ha expresado sólo de manera genérica. Un sentido específico de la libertad humana, viable según esta tesis positivista, sería por ejemplo decir que las personas tienen "libertad para drogarse" en estos y aquellos eventos o en estas y aquellas circunstancias. La única exigencia que se le formula a los jueces es que motiven, argumenten y expliquen el por qué han tomado la decisión del modo en que lo hicieron, labor que puede ser realizada sin mayores dificultades, es decir, en la medida en que se puede "completar", "configurar" o "atribuir" un sentido *cualquiera* a eso que la norma expresó genéricamente.

Ésta es, sin embargo, una explicación teóricamente deficiente, porque no dice mayor cosa acerca del fondo de la cuestión planteada. El fondo de la cuestión planteada no está en exigir que los jueces motiven o argumenten sus fallos al margen de cuál sea la decisión tomada, sino más bien en determinar cuáles son los elementos que permiten distinguir entre motivaciones, argumentaciones y explicaciones mejores que otras a partir del ejercicio discrecional de los jueces. Para decirlo de manera distinta, el fondo de la cuestión no se resuelve con la sola idea de que los jueces son protagonistas que motivan, argumentan y explican sus decisiones, o que gozan de discrecionalidad para fijar, a partir de una disposición constitucional genérica, alguno de los tantos sentidos de ella. ¿Por qué, en realidad, el sentido "A" de la libertad humana es más acertado, plausible, justo o

correcto que el sentido "B"? Los sentidos de la libertad humana en los casos de la dosis personal para el consumo de estupefacientes y del uso del cinturón de seguridad fueron (y de hecho pueden ser) motivados y argumentados de diferentes maneras. Y las respectivas decisiones podrían (o pudieron) ser distintas a las que efectivamente llegaron los jueces constitucionales. Pero de ahí no se sigue, sin embargo, que la sola carga argumentativa o motivacional de los jueces sea suficiente para dar cuenta del grado de acertabilidad de las decisiones judiciales. Que una disposición constitucional genérica sea susceptible de "desarrollo infinito" –como sostiene ALONSO GARCÍA[92]– o susceptible de ser definida o concretizada de *distintas maneras*, no significa que pueda ser definida o concretizada de *cualquier manera*, con la sola exigencia de que sea de algún modo motivada o argumentada por los jueces.

Una postura como la anterior sólo puede ser explicada en virtud de los supuestos epistemológicos de los que parte, a saber: la imposibilidad de determinar y calificar racionalmente el carácter justo, acertado o correcto de los argumentos jurídicos que emplean los jueces al fallar sus casos. Que los jueces gocen de un especial rol protagónico o discrecionalidad, sin ofrecer elementos adicionales de análisis, termina siendo una forma encubierta para dar a entender que existe un espacio teóricamente infranqueable acerca de la legitimidad de dichos argumentos y de las decisiones judiciales mismas[93]. Una idea más adecuada sobre el protagonismo de los jueces, por el contrario, debe estar acompañada de algún elemento adicional que permita establecer (a pesar de dicho protagonismo o discrecionalidad) niveles

---

[92] Cfr. *La interpretación de la Constitución*, *op. cit.*, p. 26.

[93] En HANS KELSEN (cfr. *Teoría pura del Derecho*, México, Porrúa, trad. de R. J. Vernengo, 7ª. ed., 1993, pp. 349-356) esta idea está recogida en relación a los que él considera son los verdaderos criterios ("normas metajurídicas") en los cuales se asientan las decisiones de los jueces, no susceptibles de ser evaluados racionalmente porque dependen por entero de un ejercicio de voluntad discrecional. El tema será mirado más adelante: cfr. II, 5.d.i; y, en cuanto a los supuestos epistemológicos de esta tesis, véase III, 5.

de corrección, de acierto o de justicia de las decisiones judiciales. Por ejemplo, se puede acudir a una teoría de los límites al poder protagónico de los jueces, más allá de que deban partir, a la hora de resolver un caso, de "disposiciones constitucionales genéricas"[94].

Así las cosas, plantear un estudio sobre el razonamiento de los jueces constitucionales, o responder a interrogantes como los formulados anteriormente, exige sobrepasar cualquier perspectiva escéptica sobre las respuestas judiciales que pueden ser dadas a los casos concretos. Una perspectiva escéptica, como la que está presente en el positivismo jurídico, niega la posibilidad de evaluar, determinar o discernir en definitiva aspectos de corrección o de justicia de las decisiones judiciales, y principalmente de aquellas que tienen que ver con cuestiones no definidas o especificadas suficientemente por un estatuto normativo, como ocurre con los temas que usualmente conocen los tribunales constitucionales. Ésta ha sido una perspectiva recurrente en la Teoría del Derecho contemporánea, donde el positivismo jurídico ha pasado del legalismo decimonónico del juez como quien meramente pronuncia las palabras de la ley, a un positivismo judicial caracterizado, en ciertos casos, por un absoluto decisionismo del órgano jurisdiccional. En tal sentido, una vez identificadas las causas que originan la participación activa o el papel protagónico de los jueces, la teoría jurídica ha venido considerando que en último término, es decir, en un grado de fundamentabilidad o justificabilidad definitiva, no es posible determinar si una decisión judicial puede ser considerada como "ciertamente" justa, adecuada o sustancialmente correcta.

---

[94] Hay muchos ejemplos adicionales que podrían ser mencionados, aunque el caso de la discrecionalidad judicial, siendo hasta cierto punto paradigmático dentro de la teoría jurídica actual, permite abordar buena parte de los interrogantes que existen sobre la legitimidad de las decisiones judiciales. En los capítulos II y III de esta investigación se estudian a fondo otros "elementos de análisis" que son ofrecidos por las teorías contemporáneas (o estándar) del Derecho para explicar los problemas de interpretación constitucional.

Por lo tanto, las explicaciones escépticas no logran establecer criterios lo suficientemente fuertes para articular adecuadamente la racionalidad de las decisiones constitucionales. A lo que llegan, a pesar del grado de sofisticación que tales posturas han alcanzado en la Teoría del Derecho, es a una suerte de "callejones sin salida", a la paradójica constatación de tratarse de teorías que se muestran como *normativas* de la función judicial, pero incapaces de afianzar dicha normatividad en algún parámetro distinto al de la sola capacidad argumentativa de los jueces surgida al amparo de un ejercicio discrecional en los casos complicados.

La superación del punto de vista escéptico va de la mano de una apertura racional a la realidad jurídica, como se tratará más adelante[95]. Así mismo, negar la perspectiva escéptica no supone en este trabajo asumir la tesis de la única respuesta correcta, al estilo de RONALD DWORKIN[96]. Como se expone paulatinamente en esta investigación, el punto de vista de la teoría de la razón práctica sobre la función judicial juega un papel preponderante, entre otras cosas, en que en algunos casos existe una sola respuesta correcta, mientras que en otros existe una legítima articulación de (varias) "buenas respuestas" (y no sólo una) a los casos concretos. Desde luego, la misma teoría no sugiere que cualquiera de las respuestas sean simplemente respuestas correctas. Lo que plantea es que existen elementos que permiten diferenciar una y otra cosa.

---

[95] Cfr. *infra*, III, 5; V, 5.i.iii; VI, 8. Una introducción al tema en OLLERO TASSARA, ANDRÉS, *¿Tiene razón el Derecho? Entre método científico y voluntad política*, Madrid, Publicaciones del Congreso de los Diputados, 1996, en esp. pp. 471-473.

[96] Cfr. *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, trad. M. Guastavino, 1984, *passim*. La cuestión es tratada más adelante: cfr. II, 5.e; III, 5.d; IV, 5.b; V, 1.e, 4.e, 5.c y d; VI, 6.a.

4. LAS INSUFICIENCIAS DE UNA INTERPRETACIÓN MERAMENTE "SEMÁNTICA" DE LA CONSTITUCIÓN

a) Interpretación "conforme a Derecho"

La afirmación según la cual hay mejores respuestas que otras en los casos constitucionales, y aun que hay respuestas correctas y respuestas incorrectas, plantea serios interrogantes que remiten, tarde o temprano, a cuestiones sobre los propios cimientos (*foundations*) en que descansan las premisas que hacen valer los jueces en sus decisiones[97]. Por supuesto que el argumento de la "mejor respuesta", y más aún el de la respuesta correcta, dice mucho o muy poco dependiendo de nuestro interlocutor. Un escéptico radical que sea consecuente con su postura no estaría dispuesto a conceder que existen respuestas mejores que otras, y menos respuestas correctas e incorrectas, ni en el Derecho ni en ningún otro ámbito de la vida. A un escéptico radical consecuente le costaría bastante comprender que pueden ser distinguidas las decisiones erróneas de las que no lo son. Si quisiera señalar condiciones de legitimidad y de corrección de las decisiones echaría por tierra su escepticismo, toda vez que estaría suponiendo que existirían, efectivamente, algunas respuestas correctas y, dentro de éstas, algunas respuestas "mejores" que otras.

La superación del punto de vista escéptico abre las puertas a una discusión enriquecedora sobre la posibilidad de calificar y evaluar las razones que soportan las decisiones de los jueces, aunque, desde luego, no es suficiente para establecer si tales razones son acertadas, correctas o justas, o si son consistentes con la realización de la justicia. Para esto se requieren elementos adicionales. Quizás el más recu-

---

[97] Una explicación sobre este tema de los *fundamentos* constitucionales en WALKER, GRAHAM, *Moral Foundations of Constitutional Thought. Current Problems, Augustinian Prospects*, Princeton, Princeton University Press, 1990. Las implicaciones de este tema serán analizadas detenidamente en otra parte. Cfr. *infra*, III, 5; V, 5.g, 5.i; VI, 5.

rrente consista en afirmar que las decisiones debidamente justificadas son aquellas que están en correspondencia con el "ordenamiento jurídico vigente" o son "conforme a Derecho", como se ha sugerido más arriba cuando se planteaba genéricamente el oficio de los jueces. Este elemento es importante si se tiene en cuenta que los jueces *suelen* mostrar sus decisiones como producto de un razonamiento anclado en "el Derecho", o bien, que todo el abanico de razones que presentan para resolver un caso determinado encuentra su apoyo en alguna disposición de ese ordenamiento jurídico vigente. En este punto la cuestión determinante es saber qué se quiere decir con ordenamiento jurídico vigente[98]. Una tesis muy extendida considera que, en último término, lo anterior responde a un problema de "semántica" o "significación" de las palabras contenidas en los textos legislados. Veamos esta "tesis semántica" con algún detalle, a partir del contexto de las denominadas razones justificativas.

b) Las razones de los jueces y sus respaldos

A las razones que esgrimen los jueces para justificar sus decisiones, es decir, para afirmar que alguien "tiene que hacer esto o aque-

---

[98] ALEXY ha sugerido que esta fórmula es insuficiente en la medida en que no presupone la existencia de un sistema unitario y fácilmente identificable de valoraciones internas a él: cfr. *Teoría de la argumentación jurídica*, *op. cit.*, pp. 31-32. NINO consideraba algo similar, esto es, sobre la insuficiencia de fundamentar decisiones en el ordenamiento jurídico vigente. Sostenía, en efecto, lo siguiente (NINO, CARLOS SANTIAGO, *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito*, Buenos Aires, Astrea, 1980, p. 7):

> "Los jueces, como todos nosotros, son moralmente responsables por sus actos y decisiones. El fundar sus decisiones en el sistema jurídico vigente en su ámbito no los exime de esa responsabilidad. La vigencia de unas normas jurídicas y no de otras constituye un hecho y los hechos no configuran razones suficientes u operativas para justificar una acción o decisión".

llo", o para justificar un derecho o una obligación concreta, se les llama "argumentos" o "razones justificativas"[99].

Hay varios tipos de razones justificativas. Las más importantes son aquellas que expresan, manifiestan o aluden a las distintas fuentes de los derechos y obligaciones, entre las cuales están las normas consagradas en el ordenamiento jurídico. Así, por ejemplo, una razón justificativa puede ser aquella que afirma que "la norma del artículo 16 –libre desarrollo de la personalidad– significa esto o aquello o se interpreta de esta o aquella forma"[100]. A este tipo de razones justificativas sobre normas jurídicas se les puede llamar, siguiendo a MENDONCA, "enunciados interpretativos", donde se determina "el significado de una formulación normativa"[101]. Los jueces suelen articular estos enunciados mediante diferentes criterios –llamados también "directrices" o "cánones de interpretación"– empleados de forma combinada o por separado. Se trata de un conjunto de reglas "metodológicas" que orientan la actividad interpretativa, la mayoría de las cuales opera sobre enunciados o normas del Derecho legisla-

---

[99] Cfr. ATIENZA, MANUEL, *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, 1ª. ed. española, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, *passim*. Tales razones también pueden ser denominadas "argumentos interpretativos" o simplemente "dar un argumento": Cfr. MENDONCA, DANIEL, *Las claves del derecho*, Barcelona, Gedisa, 2000, pp. 165-166.

[100] Ésta es una formulación general, meramente indicativa, de este tipo de argumentos, los cuales revisten distintas *formas* especiales (o de mayor especificación) destinadas, según el caso, a lograr una determinación de significados controvertidos a normas jurídicas. Las formas tradicionales de argumentos empleados en la interpretación jurídica (como los argumentos *a simile*, *a fortiori*, *a contrario*, *a rubrica*, *sedes materiae*, *a coherentia*, etc.), junto a los cánones de interpretación, se ubican en este contexto. Una consideración detenida de este punto excede el ámbito de este trabajo. Para una profundización consúltese la obra de GUASTINI, RICCARDO, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho*, Barcelona, Gedisa, trad. de J. Ferrer i Beltrán, 1999, en esp. pp. 211-235; también MENDONCA, DANIEL, *Las claves del derecho*, *op. cit.*, pp. 166-172.

[101] MENDONCA, DANIEL, *Las claves del derecho*, *op. cit.*, p. 152.

do. Son, por ejemplo, los tradicionales criterios gramatical, histórico, lógico y sistemático[102].

Al lado de estos enunciados existen aquellas razones justificativas que ofrecen los jueces adicionalmente "para apoyar o respaldar la interpretación propuesta"[103], razones que no necesariamente pertenecen al tipo de los enunciados interpretativos anteriores. Son ejemplo de estas razones adicionales aquellas que provienen del entorno "valorativo" de los jueces, las que soportan determinadas interpretaciones con estudios de diversa naturaleza (*v. gr.*, científica, sociológica, histórica, etc.), o aquellas que apelan a alguna autoridad determinada, como fue el caso de "Eric Fromm" en la sentencia C-221 de 1994.

Se tiene, entonces, que los jueces articulan sus propias decisiones sobre la base de distintos *tipos de razones*. Esas razones, denominadas justificativas, son razones esgrimidas sobre las "fuentes de producción jurídica" y sobre cualquier "respaldo" adicional que les permite a los jueces explicar y argumentar sus decisiones.

c) La "tesis semántica" sobre la interpretación

Ahora bien, la "tesis semántica" considera que entre los tipos anteriores de razones justificativas ocupan un lugar predominante las que manifiestan normas jurídicas concretas, particularmente contenidas en algún documento autoritativo, y que las valoraciones de los jueces o las razones de apoyo adicionales encuentran siempre un sustento definitivo en los enunciados interpretativos sobre normas jurídicas vigentes. Esta tesis es explicable sobre todo en países que

---

[102] Cfr. *infra*, IV, 5.c.ii.

[103] MENDONCA, DANIEL, *Las claves del derecho*, *op. cit.*, p. 165. Debe tenerse en cuenta que las "razones justificativas" se sitúan por ahora al margen de si responden o no a una actividad cognoscitiva, o si tienen una naturaleza estipulativa (decisoria), tema acertadamente expuesto por el propio MENDONCA en el mismo libro (pp. 151-157). Se volverá sobre esto mismo en la Segunda Parte de esta investigación.

cuentan con una fuerte tradición legislada del Derecho, donde los textos legales son considerados fuentes jurídicas de primera importancia, cuando no de exclusiva utilización. Una Constitución escrita, en tal sentido, permitiría afianzar de una manera mucho más clara una determinada interpretación, pues en cierto modo está respaldada por la autoridad del documento, por la permanencia y significado de los signos empleados en él.

La tesis semántica tiene dos variantes principales. La primera considera que la fuerza del texto, al denotar propiedades de significación y, por ende, una considerable estabilidad, da lugar a establecer características constitutivas "verdaderas" a las normas jurídicas en todos los casos. Esta tesis ha tenido grandes defensores a lo largo de la historia. Puede ser agrupada bajo denominaciones tales como interpretación *textualista*, *literalista*, *gramatical* u *originalista*[104]. Sin embargo, el principal problema de esta variante de la tesis radica en que no da cuenta de las transformaciones naturales del lenguaje acaecidas por el paso prolongado del tiempo, ni tampoco de los desacuerdos de "significado" existentes entre los miembros de una comunidad.

De ahí que una segunda vertiente aparezca en escena. Sostiene que la perspectiva semántica no debe ser abandonada si se logra distinguir entre aquellos casos en los que sea posible predicar una "ver-

---

[104] Un ejemplo clásico de esta manera de comprender la interpretación está contenido en el voto mayoritario del Justice O. ROBERTS en *United States v. Butler*, 297 U. S. 1 (1936):

> "La Constitución es la ley suprema del país ordenada y establecida por el pueblo. Toda la legislación debe conformarse a los principios que ella establece. Cuando una ley del Congreso es adecuadamente impugnada en los tribunales como no conforme al mandato constitucional, el brazo judicial del gobierno tiene solamente un deber; poner el artículo de la Constitución que es invocado junto a la ley que es impugnada y decidir si la última se ajusta a la primera (...). Esta Corte ni aprobará ni condenará cualquier política legislativa. Su oficio delicado y difícil es determinar y declarar si la legislación está de acuerdo con, o en contravención con, las provisiones de la Constitución; y, habiéndolo hecho, su deber termina".

dad lógica" a los enunciados normativos, de aquellos en los que se requiera hacer uso de una predicación diferente, aunque de todos modos ligada al texto constitucional. Se plantea, con otros términos, la distinción entre casos fáciles y difíciles. Los primeros serían aquellos cuya solución está dada por un texto normativo "claro", frente al cual sólo sería posible una única interpretación. Frente a estos casos se predicaría una "verdad lógica", es decir, una correspondencia absoluta o forzosa entre los enunciados normativos y los hechos y consecuencias jurídicas regulados por ellos. En cambio, los casos difíciles serían aquellos cuya solución, si bien puede ser establecida apelando a un texto normativo, existen dudas sobre el significado de sus términos o expresiones. En este evento, la tesis semántica puede ser sostenida de una manera "débil": el intérprete atribuye el significado que él considere se ajusta a las "expresiones" dudosas.

Esta segunda vertiente de la tesis la plantea, entre otros, JOSÉ J. MORESO[105]. Siguiendo de cerca a HART, afirma que en ocasiones el lenguaje constitucional es *significativo*, en el sentido de que es posible apreciar suficiente "objetividad" y "determinación" de las normas constitucionales a ser aplicadas (casos fáciles); en otras ocasiones, en cambio, existirán serios desacuerdos acerca del significado de dichos textos (casos difíciles), con lo que la justificación de la interpretación deberá ser dejada a la discrecionalidad del fallador, aunque basada, por ejemplo, en una "práctica comunicativa sólida"[106]. Si bien asume una postura "modestamente objetiva" respecto de la verdad predicable de los enunciados normativos, MORESO cree que en último término el sentido de una Constitución radica en establecer significados a sus textos por alguna de las vías anteriores[107].

---

[105] Cfr. *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, en esp. pp. 183-238.

[106] Cfr. *ibidem*, pp. 218-223.

[107] Sostiene, en efecto, lo siguiente: "Lo que importa es cuál sea el significado de [los] textos y, dado que en este trabajo se ha adoptado una posición según la cual

d) Los inconvenientes de la "tesis semántica" y algunos casos ilustrativos

Esta tesis semántica, sobre la que se volverá en varias ocasiones, es en principio plausible si se considera que los casos judiciales *suelen ser fallados* por los jueces en consideración a significados normativos extraídos de documentos escritos, como se decía con anterioridad. Sin embargo, la tesis presenta algunos inconvenientes. Uno de ellos tiene que ver con aquellas decisiones que sean tomadas sobre la base de razones no articuladas con referencia a una Constitución escrita, lo que incluye las razones adicionales que incorporan "valores" o de apoyo tipo "Eric Fromm". En estos eventos los jueces presentan razones justificativas que apelan a fuentes extrasistemáticas (o extra-textuales), sobrepasando la perspectiva de los "enunciados interpretativos" basados en textos y en sus significados. Así mismo, otro inconveniente consiste en que la tesis no incorpora un criterio que permita establecer la calidad de las razones que apoyan el conjunto de significados en los casos en que existan diferentes y aun contradictorias "prácticas comunicativas sólidas" entre distintos jueces[108].

---

las normas son entidades abstractas, lo que importa es determinar cuáles son las *normas* de la constitución, i.e. *la constitución semántica*, un conjunto de significados. Sólo atendiendo al significado del texto constitucional puede entenderse la idea de la primacía de la constitución (...)": *ibidem*, p. 184.

[108] Éste es un problema, como afirma MORESO, que sobrepasa la propia práctica de la adjudicación para situarse de lleno en el ámbito de la Filosofía jurídica: responde a una visión filosófica y su respuesta dependerá enteramente de ella, según se trate, por ejemplo, de una visión escéptica o de una visión realista del mundo: cfr. *ibidem*, pp. 185-187. Sostiene allí, siguiendo nuevamente a HART, que existen tres tesis que permiten identificar propuestas acerca de las formas de atribución de significado a los textos constitucionales: la tesis del "Noble Sueño", la tesis de la "Pesadilla" y la tesis de la "Vigilia". La primera es aquella posición *realista* de carácter metafísico, según la cual existe un mundo jurídico "independiente de nuestro conocimiento, que es capaz de hacer nuestras proposiciones constitucionales verdaderas" (*ibidem*, p. 186). La segunda es la posición *escéptica* que afirma todo lo contrario (cfr. *ibidem*, pp. 186-187). La tercera, finalmente, es aquella que, a pesar de compartir la tesis básica (filosófica) de los escépticos, afirma que en ocasiones es posible ads-

Estos inconvenientes pueden ser constatados en los casos concretos con bastante facilidad. Como se pudo apreciar en los fallos ya reseñados, cada grupo de jueces da una extensión diferente o atribuye significados de manera *distinta* a los *mismos* textos. Pero hay algo más, sobre lo cual me ocuparé enseguida: es posible encontrar casos concretos en que distintos jueces arriban a decisiones contrarias entre sí aunque basados en *idénticos* significados atribuidos a un *mismo* texto constitucional. Y no faltan sentencias en las que se pueden advertir interpretaciones de significado *contrarias* al propio texto constitucional. Los siguientes casos fallados por la Corte Constitucional evidencian las dificultades anteriores, y por lo tanto el carácter insuficiente de hacer descansar las justificaciones judiciales en una interpretación *semántica* de la Constitución.

i. El caso de la libertad religiosa

En la sentencia C-088 de 1994[109], la Corte se pronunció sobre la constitucionalidad del Proyecto de Ley Estatutaria (en lo sucesivo, LE) sobre libertad religiosa y de cultos (hoy LE 133 de 1994). La consagración constitucional de la libertad religiosa es la siguiente:

> "Artículo 19. Se garantiza la libertad de cultos. Toda persona tiene derecho a profesar libremente su religión y a difundirla en forma individual o colectiva. Todas las confesiones religiosas e iglesias son igualmente libres ante la ley".

Se presentaron entre los jueces serias discrepancias en torno a definiciones puntuales acerca de la extensión del término "religión". La disposición más comprometedora era la del artículo 5 del mencionado proyecto, que establecía por vía negativa el ámbito de apli-

---

cribir significados correctos a los enunciados constitucionales, aunque en ocasiones no (cfr. *ibidem*, p. 187).

[109] Sentencia C-088 de 1994, M. P. FABIO MORÓN.

cación de la ley, según el cual no quedaban comprendidas dentro de la protección al derecho de libertad religiosa y de cultos "las actividades relacionadas con el estudio y experimentación de los fenómenos psíquicos o parapsicológicos; el satanismo, las prácticas mágicas o supersticiosas o espiritistas u otras análogas ajenas a la religión".

Tanto los jueces que conformaron el voto mayoritario, como un grupo de jueces que salvaron su voto, analizaron el tema partiendo de la misma definición de "religión", contenida en el *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española* (1ª. acepción), según la cual ésta consiste en el "conjunto de creencias y dogmas acerca de la divinidad, de sentimientos de veneración y temor hacia ella, de normas morales para la conducta individual y social y de prácticas rituales, principalmente la oración y el sacrificio para darle culto"[110].

Sin embargo, conforme a esta definición, la mayoría juzgó que las actividades contenidas en el artículo 5 no podían considerarse como pertenecientes a la experiencia religiosa, y por ende no formaban parte de una determinada "confesión religiosa". En efecto, según la mayoría de la Corte las actividades consagradas en el artículo 5 del Proyecto son "expresiones del comportamiento humano" que están permitidas por el ordenamiento jurídico colombiano, pero, sin embargo, "no alcanzan a constituir lo que la experiencia destaca como religión, ni como confesión religiosa", razón por la cual "no pueden gozar de los beneficios especiales que les concede el Estado" y, por lo tanto, "deben someterse al régimen general de la personería jurídica predicable de asociaciones, agremiaciones y sociedades"[111].

Para los jueces minoritarios, en cambio, la misma definición les valió de soporte para afirmar lo contrario. Manifestaron lo siguiente:

---

[110] Ambas partes transcribieron este mismo texto, aunque la mayoría no lo presentó como una definición "tomada" del *Diccionario de la Real Academia*, cosa que sí hizo expresamente el salvamento de voto de los Ms. EDUARDO CIFUENTES, CARLOS GAVIRIA y ALEJANDRO MARTÍNEZ.

[111] Cfr. sentencia C-088 de 1994, consid. E.

> "[M]agia y religión comparten una sustancia mítica igualmente ajena a la razón y a la ciencia. Desde este punto de vista, la idea del juicio final, o de la resurrección de los muertos no es menos mítica que la idea de reencarnación o de determinación astrológica del destino. Todo intento por demostrar la mayor racionalidad o fundamento de la dogmática eclesiástica en relación con otros animismos viejos y modernos, se encuentra condenado al fracaso. La religión debe ser definida desde el punto de vista del creyente y no, como lo hace el artículo 5 de la ley, a partir de una concepción sesgada del legislador sobre el contenido de lo religioso (...)"[112].

A renglón seguido plantearon lo que a su juicio constituye el núcleo esencial del derecho de libertad religiosa, determinado por la absoluta inclusión de cualquier creencia, siempre que concurran dos elementos, uno subjetivo ("la sinceridad del creyente y su dependencia vital del dogma") y otro objetivo ("elementos sagrados y normativos o morales")[113]. Estos elementos, a juicio de los Magistrados disidentes, se dan en las manifestaciones "de tipo mágico, psíquico, parapsicológico e incluso satánico", mientras que la enumeración establecida por el legislador y aceptada por la mayoría sería no sólo discriminatoria (violaría el principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución), sino que estaría "fundada más en prejuicios maniqueos, que en la intención descriptiva y conceptual que debe inspirar la distinción entre lo que es y lo que no es religioso"[114].

Así las cosas, con este ejemplo puede verse cómo un mismo significado, una propuesta *idéntica* para definir un texto normativo, adquirió una extensión diferente según el alcance otorgado por cada grupo de jueces para regular el derecho fundamental de libertad religiosa. Lo cual demuestra, sin mayores dificultades, que la "tesis se-

---

[112] Salvamento de voto a la sentencia C-088 de 1994 de los Ms. EDUARDO CIFUENTES, CARLOS GAVIRIA y ALEJANDRO MARTÍNEZ, punto 2.

[113] *Ibidem*, punto 3.

[114] *Ibidem*, punto 5.

mántica" es insuficiente para explicar, en casos como el anterior, la justificación de fallos que remiten a textos de la Constitución.

ii. Los casos sobre el derecho a la vida del nasciturus

Los problemas interpretativos relacionados con la *Constitución semántica* no son sólo del estilo "según el diccionario se puede definir la expresión que contiene esta norma (...) de esta manera", y, por lo tanto, según cada grupo de jueces "estas conductas están/no están permitidas o prohibidas por la Constitución". También se encuentran aquellos problemas relacionados con conceptos generales, frente a los cuales cada juez "construye" o "asigna" su propia definición. Los casos sobre el libre desarrollo de la personalidad y la autonomía, contenidos en las sentencias sobre el consumo personal de drogas y el uso obligatorio del cinturón de seguridad pertenecen a este grupo. Pero tal vez son los casos sobre el aborto en los que se puede advertir con mayor facilidad un conjunto de interpretaciones dispares sobre las nociones "derecho a la vida" y "persona", que la Constitución colombiana regula de modo general[115]. En efecto, y al margen de otras disposiciones consagradas en la Constitución o en tratados internacionales sobre Derechos Humanos, las normas constitucionales que a continuación se mencionan son suficientemente ilustrativas para mostrar dicha generalidad:

> "Artículo 5. El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad".

---

[115] Un estudio importante, que introduce en el tema del derecho a la vida y la persona en relación a su desarrollo jurisprudencial en Colombia, es el de HOYOS CASTAÑEDA, ILVA M., *La persona y sus derechos. Consideraciones bioético-jurídicas*, Bogotá, Temis-Instituto de Humanidades de la Universidad de La Sabana, 2000, en esp. pp. 49-71.

> "Artículo 11. El derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte".

> "Artículo 14. Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica".

> "Artículo 94. La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos".

Puede verse claramente que en estas disposiciones transcritas no aparece una regulación *clara* y *expresa*, de significación semántica, que permita corroborar o establecer la situación del *nasciturus* en el régimen constitucional colombiano.

Ante este hecho, las discusiones surgidas en el seno de la Corte Constitucional han dado lugar a diferentes posturas, articuladas tanto en posiciones mayoritarias como en salvamentos y aclaraciones de votos. Los fallos considerados en este apartado, que representan las principales líneas y desarrollos al respecto, son las sentencias C-133 de 1994[116], C-013 de 1997[117], C-647 de 2001[118] y C-355 de 2006[119]. Las primeras dos sentencias declararon la constitucionalidad de las nor-

---

[116] Sentencia C-133 de 1994, M. P. ANTONIO BARRERA; salvaron el voto los Ms. CARLOS GAVIRIA, EDUARDO CIFUENTES y ALEJANDRO MARTÍNEZ.

[117] Sentencia C-013 de 1997, M. P. JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ; aclaró el voto el M. JORGE ARANGO; salvaron el voto los mismos tres Ms. de la sentencia C-133 de 1994.

[118] Sentencia C-647 de 2001, M. P. ALFREDO BELTRÁN; aclararon el voto los Ms. JAIME ARAÚJO, ALFREDO BELTRÁN, MANUEL JOSÉ CEPEDA y CLARA INÉS VARGAS; salvaron el voto los Ms. MARCO GERARDO MONROY y RODRIGO ESCOBAR.

[119] Sentencia C-355 de 2006, Ms. Ps. JAIME ARAÚJO y CLARA INÉS VARGAS; aclararon el voto, por separado, los Ms. JAIME ARAÚJO y MANUEL JOSÉ CEPEDA; salvaron el voto tres Magistrados: conjuntamente los Ms. RODRIGO ESCOBAR y MARCO GERARDO MONROY, y por separado el M. ÁLVARO TAFUR.

mas del Código Penal (anterior) que tipificaban el aborto como delito y la graduación de penas en determinados supuestos. La sentencia C-647 de 2001 declaró conforme a la Constitución un parágrafo contenido en la nueva legislación penal colombiana (Ley 599 de 2000, art. 124), que establece la facultad del juzgador del delito de aborto de prescindir de la pena cuando se realice en una cualquiera de las circunstancias de atenuación punitiva[120], en extraordinarias condiciones anormales de motivación, y además, que la pena a imponer no sea necesaria en el caso concreto. La última de las sentencias mencionadas, la C-355 de 2006, declaró contrarias a la Constitución las normas penales que tipifican el aborto en los siguientes eventos: (i) cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico; (ii) cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; y, (iii) cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto.

En este desarrollo jurisprudencial se han presentado, como se dijera anteriormente, diferentes posiciones al respecto. Las principales han sido las siguientes[121]:

(1) Que el *nasciturus* es persona, y por lo tanto es titular del derecho a la vida. Esta concepción aparece en la sentencia C-013 de 1997. Afirmó allí la Corte:

---

[120] Tales circunstancias se refieren al embarazo como producto de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial no consentida por la mujer, o que haya ocurrido una transferencia de óvulo fecundado sin su consentimiento.

[121] Sobre el tema del aborto véase un análisis más detenido en el capítulo III, en donde se considerarán asuntos adicionales a la luz de la sentencia C-355 de 2006 (Ms. Ps. JAIME ARAÚJO y CLARA INÉS VARGAS).

> "La Constitución protege la vida como valor y derecho primordial e insustituible, del cual es titular todo ser humano, desde el principio y hasta el final de su existencia física (...). En criterio de esta Corte, la vida que el Derecho reconoce y que la Constitución protege tiene su principio en el momento mismo de la fecundación y se extiende a lo largo de las distintas etapas de formación del nuevo ser humano dentro del vientre materno, continúa a partir del nacimiento de la persona y cobija a ésta a lo largo de todo su ciclo vital"[122].

(2) Que el *nasciturus* no es persona, *pero* es titular del derecho a la vida. En la sentencia C-133 de 1994 se afirmó al respecto:

> "La vida del nasciturus encarna un valor fundamental, por la esperanza de su existencia como persona que representa (...). No se requiere ser persona humana, con la connotación jurídica que ello implica, para tener derecho a la protección de la vida, pues el nasciturus (...) tiene el derecho a la vida desde el momento de la concepción, independientemente de que en virtud del nacimiento llegue a su configuración como persona"[123].

(3) Que el *nasciturus* no es persona, *pero* es titular de intereses. Esta noción aparece en el salvamento de voto a la sentencia C-133 de 1994. Allí manifiestan los disidentes que resulta indispensable distinguir entre el derecho fundamental a la vida y la protección a la vida:

> "La [mayoría de la] Corte no logra diferenciar la protección a la vida del derecho fundamental a la vida consagrado en el artículo 11 de la Carta. La vida humana es un valor que goza indiscutiblemente de protección constitucional (Preámbulo, artículo 2). Cuestión diferente es la consagración del derecho fundamental a la vida (C. P. art. 11), del que sólo puede ser titular la persona humana nacida, esto es, aquel sujeto susceptible de ejercer derechos y contraer obligaciones. Lo anterior no significa que la vida humana, latente en las diferentes etapas del embarazo –cigoto, em-

---

[122] Sentencia C-013 de 1997, M. P. JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ, consid. 4.

[123] Sentencia C-133 de 1994, M. P. ANTONIO BARRERA, considerandos 4 y 5.2.

brión, feto–, no sea merecedora de protección estatal. Sin embargo, dicha protección no debe necesariamente discernirse mediante el expediente de atribuir derechos fundamentales a quien no ostenta titularidad jurídica para su goce y ejercicio"[124].

Este mismo argumento fue reiterado en la disidencia de la sentencia C-013 de 1997, añadiéndose lo siguiente:

> "La personificación precoz del embrión humano, es en realidad el recurso hermenéutico al que se apela para negar en absoluto toda posibilidad de ponderación con los derechos de la mujer, pues a éstos siempre se opondrá el derecho a la vida del *nasciturus* como sujeto autónomo (...). [L]a personificación jurídica del embrión se quiere presentar como la única forma de protección jurídica de la vida humana cuando nadie ha negado que ésta exige respeto y protección constitucional"[125].

Por vía de la posición mayoritaria de la Corte, los anteriores argumentos fueron recogidos en la sentencia C-355 de 2006. Allí la Corte sostuvo que la distinción entre la vida y el derecho a la vida era la pieza clave para considerar que cada etapa de "la vida humana" tiene "una protección jurídica distinta", lo que le sirvió para despenalizar el aborto en las circunstancias señaladas anteriormente. Sostuvo al respecto lo siguiente:

> "El ordenamiento jurídico, si bien es verdad, que otorga protección al *nasciturus*, no la otorga en el mismo grado e intensidad que a la persona humana. Tanto es ello así, que en la mayor parte de las legislaciones es mayor la sanción penal para el infanticidio o el homicidio que para el aborto. Es decir, el bien jurídico tutelado no es idéntico en estos casos y,

---

[124] Salvamento de voto a la sentencia C-133 de 1994, Ms. CARLOS GAVIRIA, EDUARDO CIFUENTES y ALEJANDRO MARTÍNEZ, apartado 2.

[125] Salvamento de voto a la sentencia C-013 de 1997, Ms. CARLOS GAVIRIA, EDUARDO CIFUENTES y ALEJANDRO MARTÍNEZ, apartado IV.

por ello, la trascendencia jurídica de la ofensa social determina un grado de reproche diferente y una pena proporcionalmente distinta"[126].

(4) El cuarto argumento interpretativo, contenido en la aclaración de voto a la sentencia C-647 de 2001[127], plantea la tesis de la "viabilidad del feto". Se consideró lo siguiente:

> "[El *nasciturus* es] un ser en potencia que gradualmente se va conformando y a partir de cierto momento de la gestación alcanza la capacidad de sentir y, luego, otras capacidades y condiciones sin las cuales no podría llegar a ser persona".

Esta cuarta postura manifiesta que el *nasciturus* no es persona, aunque la Constitución lo protege en algún sentido ("la Constitución no sólo protege la vida de las personas sino también del feto"), dependiendo del momento de su desarrollo y de las diferentes circunstancias que estén afectando a la mujer (*v. gr.*, el embarazo como producto de una violación, de inseminación artificial o de transferencia no consentida de óvulo fecundado). Los argumentos allí esbozados, que responden a una clara visión "conflictivista" de los derechos humanos, apuntan a justificar situaciones de choque entre el feto y los derechos de la mujer[128]. Así, los Magistrados que realizaron

---

[126] Sentencia C-355 de 2006, Ms. Ps. JAIME ARAÚJO y CLARA INÉS VARGAS.

[127] Aclaración de voto a la sentencia C-647 de 2001, Ms. JAIME ARAÚJO, ALFREDO BELTRÁN, MANUEL JOSÉ CEPEDA y CLARA INÉS VARGAS.

[128] Esta visión "conflictivista", tan común entre los Magistrados de la Corte Constitucional colombiana (sobre esto se volverá más adelante: III, 4), concibe los derechos fundamentales como instrumentos de colisión (entre sí mismos o en relación con bienes públicos), de tal manera que el razonamiento de los jueces estaría encaminado a determinar la primacía de alguno de los derechos enfrentados –de alguna de esas "armas que ambos contendientes poseen", o, jurídicamente, son titulares–, por su incapacidad de ver el real derecho presente en el caso o los espacios legítimos de coordinación armónica entre los mismos. Sobre este importante tema consúltese, al menos, las siguientes tres obras destinadas a mostrar los errores conceptuales, metodológicos y racionales del conflictivismo, junto a las metodologías para tomar decisiones constitucionales adecuadas en este ámbito: CIANCIARDO, JUAN, *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, Pamplona, Eunsa, 2000; SERNA,

la aclaración de voto sostuvieron que, en el momento de la concepción, "sólo hay potencialidad de ser y los derechos constitucionales de la mujer pesan mucho más", pero cuando el feto ha alcanzado cierta etapa de desarrollo (cuando es viable), lo que "ocurre aproximadamente entre la semana veintidós y veinticuatro (...) la protección de su vida digna prevalece sobre los derechos de la mujer".

Determinadas las cuatro posturas centrales con relación a la calidad de persona de quien está por nacer, y su derecho a la vida, la pregunta obligada parece apuntar a cómo son posibles tantas lecturas alternativas, y tan diferentes, a partir de unos mismos textos constitucionales o en consideración a un mismo problema jurídico. La articulación de otros significados (como sería el caso de acudir al "respeto de la dignidad humana", consagrado en el artículo 1 de la C. P.[129]), agregaría a lo anterior una cadena extensa de enunciados interpretativos dependientes de lo que cada juez o grupo de jueces entienda y tenga en mente respecto de cada uno de ellos. Esto pone de relieve que ante "prácticas comunicativas" poco sólidas, o contradictorias entre sí, la importancia de los textos constitucionales es algo precaria, e incluso podría sostenerse que, en ocasiones, son simples palabras vacías que son "rellenadas" según los distintos criterios y perspectivas que sobre las mismas manejen los jueces.

PEDRO, y TOLLER, FERNANDO, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*, Buenos Aires, La Ley, 2000, y TOLLER, FERNANDO, "La resolución de los conflictos entre derechos fundamentales. Una metodología de interpretación constitucional alternativa a la jerarquización y el *balancing test*", cit., pp. 1199-1284.

[129] Constitución Política de Colombia, artículo 1:

> "Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general".

Si esto último es cierto, su *significación* última, por supuesto, dependerá de las mayorías circunstanciales que logren imponerla, pudiendo ser modificada posteriormente cuando cambien esas mayorías de decisión judicial. El interrogante que a este respecto puede ser formulado apunta al *para qué*, en último término, están esos textos "consagrados" o "escritos" en la Constitución, y así mismo, si son "realmente normativos" de la conducta humana. Si los "textos" no dicen mayor cosa, o si su "ambigüedad" los hace ser portadores de tantos sentidos tan diferentes, cabría la posibilidad de exigirle a sus redactores –con mayor razón tratándose de *derechos fundamentales*– que fueran "más precisos" y explícitos a la hora de establecerlos en un texto autoritativo como lo es la Constitución.

El asunto, sin embargo, no es tan sencillo como parece, ni tampoco está resuelto con una mayor precisión "semántica" que posean los redactores de los textos constitucionales. Una "pista" del por qué esto es así, y cómo podríamos resolver interrogantes como los anteriores, nos la da el salvamento de voto a la sentencia C-133 de 1994, al afirmar que "las discrepancias en torno a la protección de la vida en potencia (*sic*) reflejan profundas diferencias en las visiones metafísicas sobre el valor y el sentido de la vida"[130]. Sobre esta pista, relativa a los planteamientos metafísicos de base, se volverá en otros momentos de esta investigación (cfr. *infra*, V, 5.i y VI, 5.a).

iii. El caso de los partidos y movimientos políticos

En materia de derechos políticos y régimen del Estado también se han presentado lecturas alternativas y contradictorias con relación a un mismo problema. Fue lo que ocurrió con el proyecto de LE que reguló el "Estatuto Básico de los Partidos y Movimientos Políticos en Colombia" (hoy LE 130 de 1994).

---

[130] Apartado 7.

El proyecto establecía en una de sus normas que los partidos y movimientos políticos, para obtener el reconocimiento de su personería jurídica por el órgano electoral, debían "presentar un documento que contenga la plataforma política (...) expresando su filosofía y principios, así como los programas y aspiraciones democráticas que lo identifiquen". La parte problemática de esta norma era la expresión "democráticas". En efecto, muy a pesar de que una Constitución sea democrática, que consagre mecanismos de participación democrática y que democratice distintos ámbitos de la vida comunitaria, como acontece en Colombia, puede sin embargo ser depositaria de una controversia referida a si es constitucionalmente admisible que existan partidos y movimientos políticos cuya plataforma ideológica, su filosofía y principios, sean *antidemocráticos*[131]. Para decirlo de manera distinta, se trataría de ver si la democracia misma, dada su naturaleza participativa, abierta a distintas opciones políticas, puede abrigar cualquier tipo de expresión ideológica, aun cuando una de ellas pueda eventualmente traducirse en su propia aniquilación.

La solución a este problema, dada por la Corte Constitucional en la sentencia C-089 de 1994[132], consistió en atribuir a dicha expresión un significado interpretativo de tipo formal o procedimental. En efecto, la Corte consideró en este punto lo siguiente:

---

[131] El asunto es importante porque la Constitución colombiana consagra el régimen de la democracia participativa como valor fundamental (Preámbulo), principio esencial (artículo 1), fin del Estado (artículo 2), formación educativa del colombiano (artículos 41 y 67) y de los integrantes de la fuerza pública (artículo 222), como derecho político (artículos 40 y 103-106) y, en general, extiende sus principios a distintas instituciones públicas o privadas, como a los colegios de profesionales (artículo 26), los sindicatos (artículo 39), las organizaciones deportivas (artículo 52), las ligas de consumidores (artículo 78), los partidos y movimientos políticos (artículo 107), entre otros, cuya estructura interna y funcionamiento deben ser, según las normas anteriores, democráticos.

[132] Sentencia C-089 de 1994, M. P. EDUARDO CIFUENTES.

> "[E]l fundamento del sistema democrático no se encuentra en un conjunto de nociones que determinen el contenido de las decisiones políticas, sino más bien en un método, o en un grupo de reglas de procedimiento a partir de las cuales se establece la manera cómo deben ser tomadas dichas decisiones"[133].

De acuerdo con esto, afirmó la Corte:

> "La democracia no se ocupa de qué es lo que se debe decidir sino de cómo se debe decidir. Por lo tanto, la democracia es compatible con la existencia de contenidos ideológicos diferentes tanto en las decisiones políticas como en la actividad política (...). El hecho de que la voluntad popular, por abrazar una ideología no democrática haya podido –y todavía pueda– adoptar un régimen autocrático o incluso tiránico y no lo haga, es una justificación de la democracia basada en el procedimiento que se suma a la justificación axiológica, formando de esta manera un fundamento sólido y coherente"[134].

En esta sentencia se declaró contraria a la Constitución la expresión "democráticas", por lo que se avaló constitucionalmente la existencia de partidos y movimientos políticos ant*idem*ocráticos. Lo anterior provocó una reacción de cuatro magistrados –entre ellos del propio ponente–, quienes plantearon una interpretación adversa, basada en una concepción sustancial o no procedimental de la democracia[135]. Lo hicieron en estos términos:

---

[133] *Ibidem*, consid. 2.2.5.

[134] *Ibidem*. Esta tesis también es defendida, entre otros, por ARAGÓN REYES, MANUEL, *Constitución y Democracia*, Madrid, Tecnos, 1990; véase también, del mismo autor, *La democracia como forma jurídica*, Barcelona, Institut de Ciències Politiques I Socials, Working Papers, n. 32, 1991. Para una crítica del fallo y de la tesis de ARAGÓN, véase MORA RESTREPO, GABRIEL, "La dimensión axiológica del principio constitucional democrático", *Díkaion. Revista de Fundamentación Jurídica* 6 (1997), pp. 277-308.

[135] Los proyectos de LE, respecto de los cuales la Constitución establece la exigencia de control previo por parte de la Corte Constitucional, suelen involucrar un articulado extenso sobre la materia específicamente tratada allí. Esto conlleva, por lo general, a que las votaciones entre los Magistrados sean discrepantes en muchos as-

"Los partidos y movimientos cuyos programas y aspiraciones se caractericen por su orientación ant*idem*ocrática y su propósito de poner término a la libertad, no se concilian con la Constitución que postula justamente los valores contrarios. Si bien la democracia puede definirse desde un punto de vista procedimental, como se hace en la sentencia, no puede desconocerse que, incluso bajo esta perspectiva, los actores políticos deben aceptar precondiciones esenciales para el funcionamiento de las reglas del juego. Estas reglas de juego básicas, en el actual momento histórico, corresponden a los derechos fundamentales, particularmente en el campo político a las libertades de expresión y asociación, entre otras. Aunque se acepte que la democracia admite que se pongan en discusión sus propias reglas, es aventurado siquiera conjeturar que todas ellas puedan cambiarse. La democracia, como cualquier otro sistema, define los límites máximos de lo posible. La destrucción de la democracia, como opción política, se coloca por fuera de las posibilidades de previsión de la democracia. Se trata de un planteamiento ad-extra que no proviene de su lenguaje ni de su lógica"[136].

---

pectos, lo cual explica que se presenten, como en el caso que ahora ocupa, varios salvamentos *parciales* de voto sobre varios de los artículos aprobados o no, y que, en conjunto, no pueda decirse que la sentencia en cuanto tal se decidió por una votación de "tantos" Magistrados a favor y "tantos" en contra. En esta decisión que se comenta, y sobre el punto específicamente "semántico" que se quiere hacer ver enseguida, se presentó solamente un salvamento parcial de voto (es decir, sobre ese aspecto puntual de la decisión mayoritaria), de los Ms. EDUARDO CIFUENTES, HERNANDO HERRERA, ALEJANDRO MARTÍNEZ y VLADIMIRO NARANJO. Nótese, por lo demás, que al ser un *salvamento parcial de voto* y no de todo lo decidido en la sentencia, el propio Ponente puede eventualmente hacer parte del mismo, como en efecto sucedió en este caso. Otros salvamentos parciales de voto, sobre otros aspectos no considerados en esta investigación, fueron presentados así: de forma conjunta, los Ms. JORGE ARANGO y JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ; los Ms. JORGE ARANGO y CARLOS GAVIRIA; los Ms. JORGE ARANGO, ANTONIO BARRERA, CARLOS GAVIRIA y JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ; de forma separada, se presentaron salvamentos parciales de voto de los Ms. ALEJANDRO MARTÍNEZ y JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ. En este fallo, además, se presentaron dos aclaraciones de voto, por separado, de los Ms. VLADIMIRO NARANJO y FABIO MORÓN.

[136] Salvamento parcial de voto a la sentencia C-089 de 1994, Ms. EDUARDO CIFUENTES, HERNANDO HERRERA, ALEJANDRO MARTÍNEZ y VLADIMIRO NARANJO, apartados 1 a 3.

En esta misma sentencia se dio otra discusión alrededor de la obligación que tienen los partidos y movimientos políticos de defender y difundir los derechos humanos (LE 130 de 1994, artículo 6, inciso 1). Esta norma es un desarrollo explícito del artículo 95-4 de la Constitución colombiana, que establece que son deberes de la persona y del ciudadano, entre otros, "defender y difundir los derechos humanos como fundamento de la convivencia pacífica". La claridad de esta norma supondría una sentencia declarando la constitucionalidad de la norma consagrada en el proyecto, como de hecho ocurrió. Sin embargo, dada la concepción "formal" o "procedimental" de la democracia que la Corte manejó en esta sentencia, la contradicción se tornó inevitable: si la democracia es *forma*, ¿por qué razón se mantiene la norma sobre la defensa y difusión de los derechos humanos, que implica alguna medida de concepción sustancial sobre el Estado, el poder, la democracia y la persona? Ésta fue la objeción central a la decisión mayoritaria, expuesta por uno de los salvamentos de voto, sosteniendo la incoherencia de la Corte en este punto[137].

La posibilidad de advertir dos enunciados interpretativos –uno que considera que la democracia es apenas un procedimiento formal para la toma de decisiones, y otro que considera que la democracia contiene principios y valores (mínimos y/o máximos) que la condicionan–, plantea una vez más el interrogante acerca de cuáles son los parámetros (gnoseológicos y reales) para determinar que uno de tales enunciados es correcto, o que es mejor, o más plausible, o más consistente con el régimen constitucional democrático, que su contrario. ¿Existen, en realidad, parámetros de naturaleza conceptual que permitan identificar ciertos enunciados interpretativos a partir de un análisis semántico de los textos constitucionales?

---

[137] Cfr. el salvamento parcial de voto a la sentencia C-089 de 1994, de los Ms. JORGE ARANGO y CARLOS GAVIRIA.

iv. El caso de las uniones de hecho y las parejas homosexuales

En el siguiente caso algunos jueces parecen no estar de acuerdo con el propio texto de una norma constitucional. Se trata de la sentencia C-098 de 1996, donde la Corte resolvió una demanda de inconstitucionalidad sobre algunas expresiones contenidas en varios artículos de la Ley 54 de 1990, "Por la cual se definen las uniones maritales de hecho y el régimen patrimonial entre compañeros permanentes"[138]. Las expresiones impugnadas tenían que ver con la definición legislativa de la pareja, conformada según la ley por la unión entre un hombre y una mujer, en un texto que reproduce con iguales términos lo consagrado en el inciso primero del artículo 42 de la Constitución, que establece lo siguiente:

> "La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla".

El demandante consideró que las normas legales eran violatorias del pluralismo (art. 1 de la C. P.), del derecho de igualdad (art. 13), del derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 16), de la libertad de conciencia y del derecho a la honra (art. 21), todas ellas justificadoras, según él, de la aceptación legal de las parejas homosexuales.

La Corte declaró que las normas demandadas se ajustaban a la Constitución, sosteniendo que su propósito era corregir algunas desigualdades en torno a ciertas relaciones entre parejas heterosexuales, confiriendo derechos y deberes patrimoniales a las uniones libres o no vinculadas por matrimonio. Sin embargo, las explicaciones con-

---

[138] Sentencia C-098 de 1996, M. P. EDUARDO CIFUENTES; salvó el voto el M. JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ; aclararon el voto, en escrito conjunto, los Ms. EDUARDO CIFUENTES y VLADIMIRO NARANJO, y por separado, el M. HERNANDO HERRERA.

tenidas en la motivación de la sentencia estuvieron en su mayoría destinadas a plantear una defensa sistemática de las parejas homosexuales, a mostrar el carácter injusto de quienes, mediante un "consenso mayoritario" o por "prejuicios fóbicos", han relegado a los que practican ese tipo de conducta "al nivel de ciudadanos de segunda categoría". La Corte, incluso, le sugiere al legislador que elimine "todas las injusticias, discriminaciones y males existentes" que aquejan a los homosexuales[139].

Desde luego, el fondo de estas aseveraciones no era otro que el de proponer una reforma a la propia noción de familia recogida en la Constitución, sobre la cual no existe, desde el punto de vista lingüístico, duda alguna. El propio ponente (a quien se le sumó otro de los Magistrados) se encargó de hacer explícitos sus argumentos en una aclaración de voto a dicha sentencia. Allí sostuvo:

> "[L]a idea de familia, su estructura, tipología y funciones, no responden a un concepto único, sino que por el contrario se trata de una institución que con distintas particularidades ha evolucionado y sigue evolucionando en el tiempo y en el espacio históricos. Contemporáneamente se ha impuesto la familia nuclear, luego de que por largo tiempo rigiera la denominada 'familia troncal' o extensa. Sin embargo, nada asegura que aquélla sea inmutable y que con el transcurso del tiempo y los cambios económicos y sociales, vayan surgiendo otras formas y tipos de convivencia. El derecho de familia, por lo visto, aún incorporando valores sociales legítimos, debe también seguir el curso de la realidad histórica y ser respetuoso del pluralismo y del derecho a la libre opción sexual"[140].

Los términos en que fue redactada la sentencia dejaron la sensación de que la Corte tenía "una suerte de obligación" de declarar la constitucionalidad de las normas impugnadas pero, al mismo tiempo, de cuánto hubiera querido que no existiera el artículo 42 de la

---

[139] Cfr. *ibidem*, considerandos 4.1 y 4.2.

[140] Aclaración de voto a la sentencia C-098 de 1996 de los Ms. EDUARDO CIFUENTES y VLADIMIRO NARANJO.

Constitución, en cuanto a que sólo reconocía las uniones entre un varón y una mujer. ¿Por qué –es la pregunta obligada–, ante la claridad lingüística de este artículo, los Magistrados entraron a hacer propuestas y sugerencias como las anteriores, a poner en duda su letra, o a llevar a cabo una defensa sistemática de una supuesta "idea" de familia no consagrada en la norma constitucional?

La circunstancia descrita (la redacción del fallo) provocó, respectivamente, una aclaración de voto y un salvamento de voto de parte de dos Magistrados, quienes afirmaron estar de acuerdo con la parte resolutiva de la sentencia, pero no con sus motivaciones[141]. Uno de ellos manifestó lo siguiente (se transcribe textualmente, incluidos los subrayados en el original):

> "Para el suscrito Magistrado, es claro que las normas legales acusadas son exequibles desde cualquier perspectiva, pues su contenido corresponde de manera integral e incontrovertible a los preceptos constitucionales. La Corte no tenía que entrar en especulaciones mucho más extensas y altamente discutibles, para llegar a concluir que la demanda incoada carecía de todo sentido frente a la Constitución Política vigente. Como lo propuse sin éxito a la Sala Plena, estimo que la constitucionalidad de las normas acusadas puede establecerse sólidamente sin dificultad sobre la base de que en ellas se plasmó apenas una regulación jurídica del fenómeno que es normal en la sociedad colombiana, acogido por la Constitución de manera expresa. En efecto, de acuerdo con el claro texto de la Carta, que por tanto no admite interpretaciones distintas de las que surgen de su letra, '<u>la mujer y el hombre</u>' (subrayo), 'tienen iguales derechos y oportunidades' (artículo 43 C. P.) y 'las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes <u>de la pareja</u>' (subrayo. Artículo 42 C. P.). El concepto de 'pareja' tiene en la Carta Política por único y taxativo alcance, el de 'un hombre y una mujer', pues la familia es definida por la misma Constitución (artículo 42) a partir de la "decisión libre

[141] El M. que aclaró el voto, por la razón anotada, fue HERNANDO HERRERA. Quien lo salvó fue el M. JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ.

de un hombre y una mujer (subrayo) de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla"[142].

Ante la claridad de lo discutido en este proceso, los cuestionamientos que podrían aquí hacerse tendrían que ir en la misma dirección de este salvamento de voto. Aún más: esas objeciones a los fundamentos de la decisión de la Corte tendrían que interrogar directamente sobre el verdadero alcance que tienen los textos constitucionales, y en particular si constituyen límites efectivos al proceder hermenéutico de los jueces en aquellos eventos en los que sus conceptos tienen un *único y taxativo alcance*.

e) Balance: el fracaso de la "tesis semántica" ante lo *realmente significativo*

Desde el punto de vista descriptivo de la forma como algunos jueces atribuyen significados a los textos constitucionales, una perspectiva meramente semántica de la interpretación constitucional parece estar condenada al fracaso. Y esto por dos razones: la primera, porque en algunos casos (como los reseñados sobre libertad religiosa, democracia y derecho a la vida y persona humana) la información que brinda la normativa constitucional es precaria, es decir, porque algunas normas constitucionales, tal como fueron de hecho redactadas (podrían haber sido mejor definidas, pero no lo fueron), están caracterizadas por poseer cierta vaguedad, indeterminación o ambigüedad (la denominada textura abierta del lenguaje jurídico), o porque existe una tensión entre distintas normas de rango constitucional, *prima facie* depositarias de lecturas alternativas. La segunda razón estriba en que, aun en casos en que el propio constituyente haya expresado algún tema con suficiente claridad (literalmente), la Corte ha empleado (o podría emplear) distintos tipos de argumentos para

[142] Salvamento de voto a la sentencia C-098 de 1996, M. JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ, apartado 1.

significarlo en sentido contrario o radicalmente distinto (caso de las uniones de hecho).

La superación del punto de vista escéptico permite sostener que ni la textura abierta del lenguaje jurídico efectivamente empleado, ni la tensión entre normas constitucionales, serían excusas suficientes para afirmar que cualquier atribución de significado o elaboración de un concepto por parte de los jueces es constitucionalmente legítimo y admisible. El escepticismo de hecho hace que tampoco sea suficiente que la Constitución exprese con absoluta claridad el significado de una institución jurídica cualquiera, por lo cual se hace sentir la necesidad de que, *además* de textos lo más claro posibles, exista algún o algunos elementos adicionales para guiar de modo acertado a la interpretación constitucional. En efecto, podría ocurrir, por ejemplo, que los autores del artículo 42 hubiesen omitido las expresiones "hombre y mujer", o que hubiesen simplemente dicho "personas", o haber guardado total silencio sobre la noción de pareja y de familia. O que los redactores del artículo 16 hubiesen expresado con mayor claridad algunos datos que posibilitaran una concreción mayor de la libertad humana. Que estas cosas hubiesen llegado o no a suceder no resta importancia a lo realmente significativo de la cuestión: ¿qué hace *ser* a una familia? ¿Qué límites pueden ser establecidos en torno a la libertad humana? ¿Quién es persona humana y qué derechos tiene? ¿Hay algún punto de apoyo –por "fuera" o por "dentro" de los textos jurídicos– desde el cual pueda manifestarse la existencia de respuestas correctas, o de una mejor respuesta que otra en la interpretación constitucional? En este trabajo se procura brindar los elementos para guiar la toma de decisiones en materia constitucional, de modo tal que el decisor y el intérprete puedan dar una respuesta adecuada a esas y a otras muchas preguntas del Derecho Constitucional.

5. EL USO ESTRATÉGICO O MANIPULATIVO DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

En nuestros días se ha abierto paso una importante doctrina que afirma que las respuestas a interrogantes como los que se han venido formulando hasta ahora, y cuya importancia puede verse en aspectos como los acabados de exponer ("quién es persona", "qué es la libertad", "qué hace ser a una pareja o familia", etc.), no pueden ser encontradas por fuera de las propias ideologías personales de los jueces que componen los tribunales constitucionales y, más precisamente, que en los casos difíciles no es posible presentar exigencias, condiciones o límites al oficio de los jueces. Ésta es la tesis a explorar en lo que resta de este capítulo. Se trata de ver, en efecto, que las diferentes "lecturas" e interpretaciones, o la distinta manera de atribuir significados a los textos constitucionales, no responde a un problema meramente semántico, sino más bien a una especie de "manipulación" de dichos textos que los jueces realizan para hacer prevalecer sus propias ideologías en los casos concretos.

Lo anterior encuentra su explicación en las peculiaridades de la interpretación constitucional, las cuales, como fue insinuado al comienzo de este capítulo, pueden convertirla en algo indebido cuando se verifica una suerte de *estrategia* de los jueces para imponer sus propios intereses por encima de las exigencias de la justicia[143]. Hablar de un ejercicio estratégico, por sí sólo, no es suficiente para generar un reproche a la conducta de los jueces que proceden de esa forma, por la razón de que las posibilidades de significación de los textos jurídicos no anulan la capacidad de emitir respuestas acertadas o co-

---

[143] Se planteaba anteriormente, en este mismo capítulo, lo considerado por NÉSTOR P. SAGÜÉS al respecto, quien sostiene que, en ocasiones, algunos han hecho de la interpretación constitucional algo "tramposo". Más detenidamente, sostiene con toda razón, y de manera contundente, que "un jurista ingenioso podrá hacerle decir a la misma cláusula de la ley suprema blanco o negro, verde o azul, según ese 'intérprete' guste, o el gobernante de turno prefiera": *La interpretación judicial de la Constitución*, *op. cit.*, p. 2.

rrectas en el Derecho. Sin embargo, la cuestión adquiere un matiz diferente cuando dicho ejercicio es llevado a cabo de tal forma que, según el caso, sea difícil, o hasta imposible, establecer criterios de corrección a lo decidido y, en su lugar, pueda constatarse un ejercicio ilegítimo o arbitrario de la interpretación constitucional. En este sentido, la tesis a explorar sostiene que el proceder justificativo que realizan los jueces, en casos como esos, es tan sólo aparente, y que las verdaderas razones o motivos de sus fallos terminan por ser indicativas de la presencia de intereses privados que ellos mismos desean imponer en determinadas circunstancias. Analicemos este tema con más detenimiento.

a) La interpretación constitucional como un instrumento de un campo de batalla

CÉSAR RODRÍGUEZ, en un sugestivo trabajo de investigación sobre los primeros años de la Corte Constitucional colombiana, ha expuesto la tesis según la cual, en los casos difíciles, los jueces constitucionales llevan a cabo un uso manipulativo o estratégico de la interpretación, caracterizado por la "lucha política" que los enfrenta por fijar el sentido a los textos constitucionales[144]. Sostiene que "no sólo la argumentación jurídica desplegada en las sentencias, sino también los fines de diversa índole (políticos, éticos, sociales, etc.) que determinan la escogencia de las premisas jurídicas"[145], permite arribar a la conclusión de que la "interpretación de la Constitución es un campo de enfrentamiento político entre diversas fuerzas que tienen intereses encontrados"[146].

---

[144] RODRÍGUEZ GARAVITO, CÉSAR, "Los casos difíciles en la jurisprudencia constitucional colombiana", cit., pp. 17-116.

[145] *Ibidem*, p. 35.

[146] *Ibidem*.

Ahora bien, a juicio suyo, dicho enfrentamiento es explicable si se consideran los problemas que subyacen a toda sociedad democrática y pluralista, la cual se edifica en el Estado contemporáneo sobre la base del respeto a la diferencia, la tolerancia, las diferentes opciones de vida de los asociados y la mayor realización de los proyectos personales. Esto se manifiesta en las constituciones actuales a través de la consagración de principios y valores que, en su aplicación, pueden dar lugar a antagonismos en distintos ámbitos del Derecho. La actuación de los jueces constitucionales sería solo un reflejo o reproducción de los enfrentamientos de una sociedad en donde existe una amalgama de intereses opuestos, y la Corte Constitucional no haría nada distinto que servir de árbitro supremo de ellos[147].

El uso estratégico y manipulativo de la interpretación constitucional, para RODRÍGUEZ, es empleado por todos los Magistrados de la Corte Constitucional, hasta tal punto que ellos eligen "un método de interpretación por los resultados que produzca su utilización, y no a la inversa"[148]. Una manifestación clara de este fenómeno se constata en aquellos eventos en los cuales algunos jueces no mantienen una línea uniforme en relación con los argumentos que emplean, justificando determinadas situaciones que, en principio, no tendrían por qué ser tratadas de manera distinta. En este caso no se está aludiendo a los cambios jurisprudenciales (aunque pudiera eventualmente comprenderlos, según se verá luego), sino al hecho de que los jueces sustenten un planteamiento basado en determinadas premisas que, sin embargo, son abandonadas por ellos mismos en casos poste-

---

[147] Cfr. *ibidem*, pp. 35-36. Véase también, sobre el carácter ideológico de la interpretación constitucional, PRIETO SANCHÍS, LUIS, *Ideología e interpretación jurídica*, Madrid, Tecnos, 1987, *passim;* KENNEDY, DUNCAN, *Libertad y restricción en la decisión judicial. El debate con la teoría crítica del Derecho (CLS)*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, estudio preliminar de C. Rodríguez Garavito, trad. Diego López M. y Juan M. Pombo, 1999, *passim*.

[148] "Los casos difíciles en la jurisprudencia constitucional colombiana", cit., p. 39.

riores, dependiendo de los valores o bienes que se encuentren en juego en cada situación.

RODRÍGUEZ presenta dos decisiones de la Corte Constitucional en las que se evidencia este uso alternativo de argumentos puntuales. En la primera, la sentencia C-543 de 1992[149], algunos jueces que formaron parte de la mayoría que declaró la inconstitucionalidad de la acción de tutela contra sentencias judiciales, con base una interpretación literal de una frase del artículo 86 de la Constitución, salvaron el voto en una sentencia posterior (C-301 de 1993), que declaró la inconstitucionalidad de una norma penal que limitaba las causales de libertad provisional en la justicia regional, empleando un argumento contrario al sostenido en la decisión previa. En la primera de tales decisiones, en efecto, se niega la acción de tutela contra sentencias judiciales sobre la base de una argumentación que gira alrededor de las expresiones "literales" del artículo constitucional respectivo, que no menciona, explícitamente, la posibilidad de instaurar dicha acción contra decisiones judiciales[150]. Un apartado significativo de esta sentencia, que no el único en cuanto a la misma argumentación de base, ya señalada, es éste:

> "Se comprende, en consecuencia, que cuando se ha tenido al alcance un medio judicial ordinario y, más aún, cuando ese medio se ha ago-

---

[149] Sentencia C-543 de 1992, M. P. José Gregorio Hernández. Salvaron el voto los Ms. Ciro Angarita, Eduardo Cifuentes y Alejandro Martínez.

[150] Dice así, en lo pertinente al punto, el artículo 86 de la Constitución:

> "Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública (...). El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable".

> tado y se ha adelantado un proceso, no puede pretenderse adicionar al trámite ya surtido una acción de tutela, pues al tenor del artículo 86 de la Constitución, dicho mecanismo es improcedente por la sola existencia de otra posibilidad judicial de protección, aún sin que ella haya culminado en un pronunciamiento definitorio del derecho"[151].

Por el contrario, en el salvamento de voto a la sentencia C-301 de 1993, sostuvieron lo siguiente:

> "[L]as supremas conveniencias e intereses de la Nación (...) están por encima de interpretaciones aferradas al sentido literal y formalista de las normas, en perjuicio de los valores de la convivencia, la paz, y la seguridad de los colombianos"[152].

Para RODRÍGUEZ este hecho mostraría un uso claramente contradictorio de las razones que emplean los jueces en casos puntuales, pues "lo que en la primera sentencia era reivindicado como objetivo, general y abstracto, en la segunda es calificado de formalista e inadecuado"[153]. Las contradicciones son explicadas, a su juicio, por la utilización estratégica de la interpretación constitucional, según los distintos intereses en juego o los temas debatidos en los casos concretos.

El estudio de RODRÍGUEZ –que incluye referencias a más de un centenar de decisiones comprendidas entre 1992 y 1996–, muestra no sólo que las discrepancias entre los jueces responden a las categorías anteriores, sino además que la Corte se ve necesitada de emplear

---

[151] Sentencia C-543 de 1992, M. P. JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ, consid. IV-2.

[152] Salvamento parcial de voto a la sentencia C-301 de 1993 (M. P. EDUARDO CIFUENTES), de los Ms. FABIO MORÓN y VLADIMIRO NARANJO y HERNANDO HERRERA. Cabe resaltar que, en realidad, el único Magistrado que participó de ambos fallos fue MORÓN, no así NARANJO ni HERRERA, quienes no hacían parte de la Corte Constitucional en 1992. De todos modos, lo que quiere hacer notar RODRÍGUEZ es suficientemente ilustrativo. En la última parte de este capítulo se procura constatar esto mismo en otros fallos constitucionales.

[153] "Los casos difíciles en la jurisprudencia constitucional colombiana", cit., pp. 39-40.

en los casos difíciles una "lógica estratégica" mediante la cual los textos constitucionales son usados como "herramientas para hacer efectivos propósitos y convicciones éticas y políticas bien determinadas"[154].

b) Formalistas y antiformalistas: la lucha entre el "viejo" y el "nuevo" Derecho

A igual conclusión que RODRÍGUEZ llegan otros autores colombianos. MAURICIO GARCÍA VILLEGAS, por ejemplo, sostiene que "la creación y aplicación del derecho aparecen como fenómenos mediatizados por una estrategia que antecede al mismo derecho y que hace de sus normas especies de herramientas utilizables para diferentes fines y de diferentes maneras"[155]. Para DIEGO LÓPEZ MEDINA, en idéntica línea de aproximación al tema, "las contradicciones y ambigüedades del derecho son inexplicables si no se acepta que, en éste, como en otras esferas sociales, se libran intensas luchas políticas e ideológicas"[156].

Una manera de explicar este enfrentamiento consiste en mostrar que el fondo del problema radica en una pugna que se libra entre concepciones jurídicas muy definidas, particularmente entre "formalistas" y "anti-formalistas", categorías que pueden ser correspondientes a lo que también se ha denominado en Colombia, a partir de la vigencia de la Constitución de 1991, la confrontación entre el "viejo" y el "nuevo" Derecho[157]. Los jueces partidarios del forma-

---

[154] *Ibidem*, p. 37.

[155] *La eficacia simbólica del Derecho. Examen de situaciones colombianas*, Bogotá, Universidad de los Andes, 1993, p. 267.

[156] *El Derecho de los jueces*, *op. cit.*, p. 2.

[157] Cfr. RODRÍGUEZ GARAVITO, CÉSAR, "Los casos difíciles en la jurisprudencia constitucional colombiana", cit., *passim; ibidem*, "El test de razonabilidad y el derecho a la igualdad", en AA.VV., *La Corte Constitucional. El año de la consolidación*, *op. cit.*, pp. 257-269. La caracterización entre "nuevo y viejo Derecho" ha sido

lismo (el viejo Derecho) serían aquellos que consideran que todo problema jurídico está contenido y determinado, de modo predominante o exclusivo, por reglas de origen legislativo debidamente promulgadas. Los anti-formalistas serían los jueces que defienden un espacio amplio de juzgamiento jurídico, una mayor libertad en la comprensión de la realidad del Derecho, junto con un papel predominantemente activo de los jueces[158].

Estos distintos enfoques interpretativos, basados en concepciones diversas del Derecho, han sido expresados en algunas decisiones de la Corte Constitucional, especialmente mediante salvamentos de voto. Tal vez la decisión más importante que abordó el tema en estos términos fue la que declaró la inconstitucionalidad de una norma que permitía el ejercicio de la acción de tutela contra sentencias judiciales, ya citada en el epígrafe anterior[159]. En aquella oportunidad la mayoría de la Corte sustentó sus argumentos en las ideas de certeza y seguridad jurídica, orden, autoridad, cosa juzgada, etc., mientras que el extenso salvamento de voto fundamentó su interpretación en la primacía de los derechos fundamentales y de la prevalencia de la justicia material sobre los procesos judiciales.

Algunos apartes del salvamento de voto aluden expresamente a esta pugna de concepciones, en la que los propios Magistrados disidentes afirman que sus discrepancias son de fondo, referidas no propiamente a un problema específico de interpretación constitucional (como el caso que consideraban), sino a una "empecinada concepción del derecho que se resiste al cambio introducido por la nueva

---

resaltada también por CEPEDA ESPINOSA, MANUEL J., en la citada obra *Derecho Constitucional Jurisprudencial*, p. 2, como también en *Introducción a la Constitución de 1991*, *op. cit.* En el mismo sentido, LÓPEZ MEDINA, DIEGO, *El Derecho de los jueces*, *op. cit.*, *passim*, quien además califica la pugna como establecida entre tendencias "tradicionalistas" y "anti-tradicionalistas".

[158] Una sucinta exposición de la historia de este enfrentamiento puede verse en PRIETO SANCHÍS, LUIS, *Ideología e interpretación jurídica*, *op. cit.*, pp. 31-45.

[159] Sentencia C-543 de 1992, M. P. JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ. Salvaron el voto los Ms. CIRO ANGARITA, EDUARDO CIFUENTES y ALEJANDRO MARTÍNEZ.

Constitución". Allí se lee, con expresiones no excesivamente respetuosas hacia la mayoría, lo siguiente:

> "El formalismo y la estólida servidumbre a la autoridad, notas características de esta sentencia –paradójicamente proferida bajo la égida de la Constitución de 1991 cuyo eje es el derecho sustancial y el respeto a la persona y a sus derechos– llegan a un momento de éxtasis cuando, la mayoría, sin aportar prueba alguna de su aserto, proclama que la cosa juzgada tiene 'carácter metapositivo' y que 'hay un verdadero derecho constitucional fundamental a la sentencia firme y, por tanto a la autoridad de la cosa juzgada' (...). De haber profesado la mayoría no un concepto puramente formalista y autoritario del interés general y de la justicia, seguramente habría disipado su infundado temor (...). Por el contrario, el interés general y la justicia se favorecen con la implantación de mecanismos –como la tutela contra sentencias– orientados a depurar el contenido de injusticia y de inconstitucionalidad de las sentencias (...). El formalismo es una mera técnica de dominación social, lamentablemente muy extendida entre los jueces del país. Como toda ideología de esa estirpe sólo confía en el nudo procedimiento del poder del cual emana y al cual sirve. No puede por tanto creer en la justicia material. No falta en la sentencia la confesión de ese credo y la reserva mental inextinguible que profesan sus ilustres conmilitones"[160].

El aspecto central de las luchas que se libran en la Corte Constitucional tendría, en consecuencia, este carácter relativo a cuestiones de fondo, sobre posiciones acerca de los más importantes problemas del Derecho, enmarcados dentro de paradigmas conceptuales muy definidos y que condicionan, cada uno a su manera, las distintas formas de producir decisiones constitucionales. Todo esto parece entonces confirmar la tesis, ya esbozada con anterioridad, sobre la insuficiencia de anclar las razones justificativas de los jueces constitucionales en aspectos meramente semánticos de la interpretación. Pero, al mismo tiempo, parece también confirmar que en la realidad de las cosas lo que impera es un empeño por hacer prevalecer con-

---

[160] Sentencia C-543 de 1992, salvamento de voto de los Ms. CIRO ANGARITA, EDUARDO CIFUENTES y ALEJANDRO MARTÍNEZ, apartados 12, 16 y 17.

cepciones particulares que tienen los jueces sobre las cuestiones que tienen que resolver.

c) Estrategia o arbitrariedad: el naufragio de la Constitución ante el posible uso indebido de la interpretación constitucional

La importancia de la investigación de RODRÍGUEZ no debe sobrepasar, sin embargo, las propias expectativas fijadas por él mismo, consistentes en llevar a cabo una "descripción" de casos difíciles para extraer de allí "modelos" que permitan dar cuenta de las discrepancias entre los jueces de la Corte Constitucional colombiana. Miradas las cosas desde esta perspectiva, meramente descriptiva, las discrepancias advertidas entre los jueces, o los distintos paradigmas interpretativos, no sugieren necesariamente una descalificación *a priori* de su actividad. El estudio anterior tan solo intenta *registrar* un estado de cosas, sin que haya sido su objeto evaluar o criticar, en algún sentido, las diferentes posturas asumidas por los jueces constitucionales. A esto puede agregarse, además, la relevancia que adquieren los casos concretos en todo proceso de juzgamiento, con sus propias y singulares exigencias, aspectos que podrían sugerir usos alternativos, o incluso estratégicos, de los criterios interpretativos empleados según la materia específica sobre la cual se juzga. En efecto, nada obsta para que, en ciertas circunstancias, un criterio "literal" de la interpretación sea el más conducente para proferir una decisión justa, en tanto que en otras ocasiones sea indispensable su abandono o el empleo de otro criterio[161].

Así las cosas, el verdadero problema no estaría en que los jueces sean partidarios de un viejo o nuevo Derecho, que den distintas lecturas a los textos constitucionales, o que exista una estrategia orientada a la consecución de ciertos objetivos. Tampoco que los jueces

---

[161] Estos puntos son desarrollados, en el marco de una teoría específica de la interpretación jurídica, en capítulos posteriores. Cfr., principalmente, IV, 3.b y 5.c.

posean sus propios ideales políticos y criterios sobre los más variados temas, producto de su formación personal y su cultura. Lo importante está, más bien, en advertir si tales cosas son susceptibles de una debida justificación jurídica, o si los ideales políticos y objetivos que posean los jueces pueden tener cabida desde el punto de vista de la justicia constitucional. Lo sostenido por RODRÍGUEZ, y secundado por otros, entonces, no puede servir más que como un intento de clasificar modelos de juzgamiento en algunos casos difíciles, sin que se pueda desprender de allí lo que parece ser el tema de fondo, el cual es pasado de largo en su investigación: si tal uso estratégico se transforma en un uso arbitrario o ilegítimo de la interpretación constitucional.

Ahora bien, ¿es posible realizar un estudio de ese tipo, que supere una perspectiva meramente descriptiva de la interpretación constitucional? ¿Constituyen los casos anteriores sobre la libertad humana, la libertad religiosa, el aborto, la democracia, las uniones de hecho, las acciones de tutela contra sentencias judiciales, y tantos otros, tipos o ejemplos de un uso de ese estilo? ¿Qué posiciones, mayoritarias o minoritarias, podrían ejemplificarlo?

Un uso arbitrario o ilegítimo, o si se prefiere "maquiavélico", de la interpretación constitucional, parece implicar una desnaturalización del oficio de los jueces, no sólo porque se causa daño al orden jurídico establecido (o al orden habitual de las cosas jurídicas), sino además porque se hace con determinación. Esto ocurre cuando los jueces, por ejemplo, con la intención de hacer prevalecer sus propias ideologías o intereses privados, eligen premisas falsas e incorrectas, tergiversan la realidad de los casos o sus implicaciones, distinguen aspectos sin una razón suficiente, imponen exigencias no contempladas con anterioridad y sin un soporte justificativo para hacerlo, o tejen un conjunto de argumentos de tal forma que, lejos de ofrecer resultados consistentes con la justicia constitucional, obedecen a criterios injustificados. Con ejemplos como éstos podría resultar viable un estudio como el propuesto, es decir *evaluativo* y no meramente *descriptivo*, porque se da a entender que la interpretación estratégi-

ca es sobrepasada intencionalmente por criterios que tocan el fondo y la forma del razonamiento de los jueces, y además, porque con dicho proceder se modifican aspectos centrales que conciernen al motor mismo de la actividad jurídica, como lo es la voluntad de administrar la justicia en los casos concretos.

Podría pensarse, y en principio es válido hacerlo, que esta caracterización presenta una gran dificultad, en la medida en que si bien es posible plantear la existencia de interpretaciones incorrectas, no parece tan fácil hacerlo desde el punto de vista de las intenciones reales que posean los jueces en esos casos. Es difícil, con otras palabras, establecer si un juez constitucional, que ha elegido premisas falsas o tejido argumentos injustificados, lo ha realizado con la intención o determinación de causar daño al ordenamiento jurídico, porque ha buscado, por ejemplo, favorecer un determinado grupo político, o porque posee un sentimiento de aversión hacia determinada creencia religiosa, asuntos estos que podrían caracterizar con mayor contundencia el tipo arbitrario, incluso "perverso" o "maquiavélico", de la interpretación constitucional. Un juez no afirma abiertamente cosas como las anteriores, sino que, por el contrario, sus decisiones están siempre sustentadas o arropadas por razones y referencias tanto de tipo normativo como extra-normativo, acudiendo no sólo a normas jurídicas o precedentes judiciales, sino además a distintos estudios que buscan apoyar sus premisas, como referencias históricas, argumentos de autoridad, datos estadísticos o estudios provenientes de otras ciencias. Además de lo anterior, suelen redactar sus sentencias con una buena dosis de persuasión y de retórica. Así las cosas, ¿cómo podría calificarse de "arbitraria" o "ilegítima" una interpretación en concreto, si los jueces no manifiestan sus verdaderos motivos del fallo?

Estas consideraciones, desde luego válidas, no imposibilitan del todo una aproximación al tema desde la perspectiva anunciada. La propia Corte Constitucional colombiana, excepcionalmente, ha tutelado sentencias judiciales en razón de las denominadas *vías de hecho*, es decir, cuando ella misma comprueba que una decisión ju-

dicial contiene un defecto de tal magnitud, que resulta posible sostener que allí se produjo un ejercicio arbitrario del juez que la profirió. En efecto, cuando la Corte se ha referido a las *vías de hecho*, ha dejado claro que se trata de aquel "comportamiento ostensiblemente arbitrario, ajeno al orden jurídico en vigor", el cual implica que, "en vez de realizar la voluntad del legislador en la solución del asunto objeto de resolución judicial", se satisface "el deseo o el interés del fallador"[162]. Ha sostenido también, en otra ocasión, que tal conducta significa que el juez "antepone de manera arbitraria su propia voluntad a aquella que deriva de manera razonable del ordenamiento jurídico, por lo cual sus actuaciones, manifiestamente contrarias a la Constitución y a la Ley, no son providencias judiciales sino en apariencia"[163]. En casos como estos, ha dicho además que la conducta del juez "carece de fundamento objetivo" porque "obedece a su sola voluntad o capricho"[164].

Si la propia Corte Constitucional califica fallos judiciales según estos criterios, parece viable, ahora, aplicarle a ella misma sus propias categorías sobre las vías de hecho, o como se ha denominado en este trabajo, intentar ver si en algunos casos concretos se produce un uso arbitrario o indebido de la interpretación constitucional[165].

---

[162] Sentencia T-680 de 1997, M. P. JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ, consid. 2.

[163] Sentencia T-572 de 1994, M. P. ALEJANDRO MARTÍNEZ, consid. 4.

[164] Sentencia T-079 de 1993, M. P. EDUARDO CIFUENTES, consid. 6.

[165] Muchos de los elementos definitorios del uso arbitrario o ilegítimo, tal como han sido descritos, podrían ser evidenciados en los fallos atrás mencionados. Sin embargo, acudir a esta clase de ejemplos relativos a ciertos derechos fundamentales como la vida o la libertad, o a instituciones como la familia o la democracia, en los que aparecen cuestiones altamente discutidas en las sociedades contemporáneas, pueden no ser los más indicados a causa de las implicaciones morales que subyacen allí. Si bien esta posibilidad no debe descartarse de plano –de hecho, un intento por hacerlo se hará más adelante, en el capítulo III–, es preferible por ahora dejarla de lado, como consecuencia de que resulta indispensable superar ciertas visiones filosóficas que les sirven de base.

d) Algunos casos relativos a cambios jurisprudenciales

Algunos fallos constitucionales que pueden resultar útiles para dar cuenta de elementos claves sobre la corrección de los argumentos que utilizan los jueces constitucionales, desde la óptica del uso indebido de la interpretación, son aquellos en los que se producen cambios jurisprudenciales importantes. La razón de esto estriba en la centralidad de los valores de certeza, seguridad jurídica e igualdad de trato que imperan en los Estados contemporáneos, o con otras palabras, por la exigencia que pesa sobre los jueces de ser consistentes en sus decisiones. Esta exigencia, que podría denominarse "respeto *prima facie* al precedente judicial", no está consagrada con el mismo alcance u obligatoriedad en todo Estado contemporáneo. Esto es así pues la misma depende en cierta medida del modelo judicial adoptado o de su desarrollo histórico. Sin embargo, desde el punto de vista de la teoría de la justificación de las decisiones judiciales, la misma está fuertemente arraigada en principios constitutivos del razonamiento práctico, abriéndose paso, cada vez con más fuerza, como uno de los pilares centrales de la actividad de los jueces en todos los campos del Derecho. Para el caso colombiano, el principio ha tenido un gran desarrollo, como se verá en lo sucesivo, en la jurisprudencia de la Corte Constitucional[166].

---

[166] Sobre esta perspectiva asumida en esta investigación, véase las siguientes obras: ALEXY, ROBERT, *Teoría de la argumentación jurídica*, *op. cit.*, en esp. pp. 170-171, 191-193, 214-215 y 261-266; PERELMAN, CHÄIM y OBRECHTS-TYTECA, LUCIE, *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, Madrid, Gredos, trad. cast. de J. Sevilla Muñoz, 1994, pp. 340-342; 536-537. Una explicación suficiente de la cuestión, a la luz de PERELMAN, en MANASSERO, MARÍA DE LOS ÁNGELES, *De la argumentación al derecho razonable. Un estudio sobre Chaïm Perelman*, Pamplona, Eunsa, 2001, pp. 130-133. Sobre la relevancia de la exigencia, sucintamente, véase ASÍS ROIG, RAFAEL DE, *Jueces y normas. La decisión judicial desde el Ordenamiento*, Madrid, Marcial Pons, 1995, pp. 284-285. Un estudio más comprensivo es el de GASCÓN ABELLÁN, MARINA, *La técnica del precedente y la argumentación racional*, Madrid, Tecnos, 1993. Una introducción a los distintos modelos en los que se afirma en mayor o menor medida esta exigencia, en SAGÜÉS, NÉSTOR P., *La interpretación judicial de la Constitución*, *op. cit.*, pp. 217-236. Para el caso

Un cambio jurisprudencial exige, en efecto, un ejercicio de justificación acentuado, determinado por circunstancias especiales que demuestren la necesidad de abandonar líneas de argumentación sostenidas en el pasado[167]. Hay, por supuesto, razones válidas para sostener la viabilidad de los tribunales de abandonar sus propios precedentes, o de ampliar o estrechar las doctrinas dispuestas en decisiones anteriores[168]. Sin embargo, para que esto ocurra, los jueces tienen el deber de aportar "datos" o "elementos" interpretativos relevantes mediante los cuales puedan sustentar una u otra cosa, buscando demostrar con ello que se deben dejar de lado las razones que sirvieron de sustento a las decisiones tomadas en el pasado, o que resulta indispensable ampliar o estrechar la *ratio decidendi* de las mismas. Desde el punto de vista de la teoría del razonamiento práctico, sostiene ALEXY que un cambio jurisprudencial está regido por el principio perelmaniano de *inercia*, según el cual "una decisión sólo puede ser cambiada si puede aducirse razones suficientes para ello"[169], lo que se traduce en una carga *adicional* de argumentación para quien se aparte de ella[170].

En la Corte Constitucional colombiana se han presentado fallos en los cuales se han abandonado líneas jurisprudenciales consolidadas, provocando importantes reacciones en el interior de la propia Corte a través de fuertes salvamentos de voto, y también en la opi-

---

colombiano y su importancia, véase LÓPEZ MEDINA, DIEGO, *El Derecho de los jueces*, *op. cit.*, *passim*, y BERNAL PULIDO, CARLOS, *El Derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, pp. 149-227.

[167] Cfr. ALEXY, ROBERT, *Teoría de la argumentación jurídica*, *op. cit.*, pp. 262-266.

[168] Véase LÓPEZ MEDINA, DIEGO, *El Derecho de los jueces*, *op. cit.*, en esp. pp. 89-133. Sobre las dificultades en torno a este tema, cfr. ALONSO GARCÍA, ENRIQUE, *La interpretación de la Constitución*, *op. cit.*, pp. 165-183.

[169] *Teoría de la argumentación jurídica*, *op. cit.*, p. 263.

[170] La exigencia, elevada a regla de argumentación jurídica, es formulada por ALEXY en los siguientes términos: "(J.14) Quien quiera apartarse de un precedente, asume la carga de la argumentación" (*ibidem*, p. 265).

nión pública, como consecuencia de que la nueva decisión no aportó mayores razones de peso para sustentar su cambio de perspectiva. Por el contrario, esos fallos dejaron la sensación de haber sido tomados por algún interés oculto, o por alguna motivación ajena al orden jurídico vigente.

i. Casos relativos al control de constitucionalidad sobre tratados internacionales

Uno de tales casos consistió en el cambio jurisprudencial que llevó a cabo la Corte en la sentencia C-276 de 1993, dictada el 22 de julio[171]. En ese fallo se declaró la constitucionalidad de la Ley Aprobatoria del Tratado de Derecho Civil Internacional y del Tratado de Derecho Comercial Internacional, suscrito en Montevideo en 1889. Lo relevante es que en esa sentencia la Corte revocó su anterior doctrina sobre el control constitucional de los tratados internacionales perfeccionados con anterioridad a la vigencia de la Constitución de 1991. Dicho control había sido aceptado el 5 de febrero de ese mismo año 1993 en la sentencia C-027, donde se declararon contrarias a la Constitución algunas normas contenidas en la Ley Aprobatoria del Concordato con la Santa Sede y en el Protocolo Final suscrito entre ésta y el Gobierno colombiano[172].

En ésta decisión la Corte afirmó que su competencia para ejercer el control sobre tratados internacionales vigentes con anterioridad a 1991, derivaba tanto de la "intención inequívoca del constitu-

---

[171] Sentencia C-276 de 1993, M. P. VLADIMIRO NARANJO. Salvaron su voto los Ms. EDUARDO CIFUENTES, FABIO MORÓN, CARLOS GAVIRIA y ALEJANDRO MARTÍNEZ.

[172] Sentencia C-027 de 1993, M. P. SIMÓN RODRÍGUEZ. Salvó su voto el M. JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ.

yente"[173], como del principio de *supremacía de la Constitución*. Éste principio, consagrado en el artículo 4 de la C. P., establece que la Constitución "es norma de normas" y que, si se presenta una "incompatibilidad entre ésta y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales". En consecuencia, la Corte sostuvo que si un tratado internacional generaba alguna "violación de nuestra Carta Política, aún después de perfeccionado", era "competente para pronunciarse sobre su inconstitucionalidad"[174], lo que aconteció, según su parecer, en el caso del Concordato. A su juicio, éste creaba privilegios a la Iglesia Católica en perjuicio del principio de igualdad hacia otras religiones, y así mismo, entendió que se afectaban ciertas instituciones –relativas, principalmente, al régimen matrimonial y a la educación religiosa– cuya regulación había sido sustancialmente modificada en la Constitución de 1991.

El breve tiempo que transcurrió entre ambas decisiones generó en algunos sectores del país la sensación de que el primero de los fallos (relativo al Concordato) fue discriminatorio, asunto que, premonitoriamente, había sugerido el Magistrado HERNÁNDEZ en el salvamento de voto a esa sentencia. Cuestionó, en efecto, si la decisión tomada se debía al hecho de tratarse del Concordato o si, a futuro, se estaba abriendo la posibilidad inaceptable, según él, de un control constitucional sobre todos los tratados internacionales ya perfeccionados por los diferentes actos jurídicos que los componen. Entre otras cosas, expuso lo siguiente:

---

[173] Cfr. *ibidem*, considerandos IV y IX. Este mismo argumento fue utilizado, como se verá enseguida, por la mayoría de la Corte Constitucional en la sentencia C-276 de 1993.

[174] Cfr. sentencia C-027 de 1993, consid. II-3. Allí se lee, además, lo siguiente:

> "Nuestra Constitución no reconoce la supremacía de los tratados internacionales sobre la Constitución Política. Por tanto la Carta no autoriza a su guardiana a abstenerse de pronunciar la inexequibilidad de un tratado que aún perfeccionado viola los postulados fundamentales que estructuran la organización jurídico-política e ideológica del Estado colombiano".

> "De allí la preocupación con la cual mira el suscrito la sentencia en cuestión: o se está discriminando este Tratado respecto de los otros, lo cual riñe con todo postulado de rigor jurídico, o se ha abierto la posibilidad inaceptable de un control por vía de acción sobre todos los tratados y convenios internacionales celebrados por Colombia (...). Dicho sea de paso, ignoro si el criterio aquí usado para que la Corte se haya tomado la competencia con el fin de declarar inexequibles varias normas del Concordato aprobado mediante la Ley 20 de 1974 será el mismo que aplique en el futuro respecto de los demás tratados sobre derechos humanos que, a la luz de la Constitución, prevalecen en el orden interno (artículo 93 C. P.) y no pueden suspenderse ni siquiera durante los estados de excepción (artículo 214-2)"[175].

Cinco meses después, en la sentencia C-276, la Corte pareció confirmar la primera hipótesis, manifestando que no procede su juzgamiento constitucional respecto de los tratados "perfeccionados o ratificados con anterioridad a la vigencia de la Carta", pues ésta sólo previó el mecanismo del "control previo a la ratificación del respectivo tratado"[176].

Que se haya producido un giro jurisprudencial en tan poco tiempo no deja de causar cierta sospecha acerca de que en verdad se produjo alguna discriminación en el caso del Concordato. Pero la relevancia del tiempo no puede constituirse sin más en el criterio determinante para pasar, de allí, a la idea de que se trató de un uso *intencionadamente* injusto de la interpretación constitucional. Debe tenerse presente, además, un hecho que a simple vista es bien significativo. Durante el transcurso de esos meses, es decir, entre los dos fallos mencionados, y como consecuencia del régimen de transición dispuesto en la Constitución de 1991, se amplió de siete a nueve el

---

[175] Salvamento de voto del M. JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ a la sentencia C-027 de 1993, apartados 13 y 14.

[176] Sentencia C-276 de 1993, M. P. VLADIMIRO NARANJO, consid. 3.4.

número de integrantes de la Corte Constitucional. De esos nueve miembros, sólo cuatro habían participado en el primer fallo[177].

Aunque el respeto al precedente, como se verá luego, se deriva de cuestiones que sobrepasan la composición personal de los tribunales de justicia, la anterior circunstancia habría sido quizá suficiente para despejar la mencionada sospecha si no fuera por el hecho según el cual, en la segunda sentencia, la Corte no expuso de manera suficiente o sólida cuáles eran las razones de peso que ahora tenía para abandonar la doctrina construida en la sentencia del Concordato. Por el contrario, manifestó que había sido la "intención inequívoca del constituyente" excluir a la Corte Constitucional del control de los tratados internacionales vigentes con anterioridad a 1991, criterio que, como se vio antes, también había sido empleado por la anterior Corte, aunque, por supuesto, en un sentido contrario al que ahora defendía[178]. Por si fuera poco, y sin mediar para ello un análisis

---

[177] Este régimen de transición, tal como fue explicado en la introducción a esta obra, supuso que tres Magistrados salieran de la llamada "Primera Corte", entre ellos el ponente de la sentencia del Concordato, el M. SIMÓN RODRÍGUEZ, y también quien fuera el gestor principal de la doctrina allí sentada –como la propia Corte lo manifestó–, el M. CIRO ANGARITA. Sobre éste punto, en efecto, hace notar la Corte Constitucional, al comienzo de sus considerandos, que toda la fundamentación que hace en relación con su competencia para controlar los tratados internacionales, aun celebrados con anterioridad a 1991, proviene de un estudio (interno) preparado por el M. CIRO ANGARITA BARÓN, denominado "El control de constitucionalidad de los Tratados Públicos y de sus Leyes Aprobatorias en las Constituciones de 1886 y 1991". Cfr. sentencia C-027 de 1993, consid. A-I.

[178] En la sentencia C-276 de 1993, M. P. VLADIMIRO NARANJO, se manifiesta, brevemente, la síntesis de su decisión en los siguientes términos:

> "No le corresponde [a la Corte Constitucional] conocer del contenido de los Tratados objeto de la Ley aprobatoria, por haber sido ellos perfeccionados antes de la promulgación de la Constitución Política de 1991. Por consiguiente, la Corte habrá de inhibirse, en este caso, por cuanto ya el Estado colombiano había manifestado su consentimiento en obligarse por los Tratados objeto de la Ley aprobatoria, a través de su adhesión a los mismos. En consecuencia, la Corte no entrará a dilucidar si eventualmente se presentan o no en alguna, o algunas, de las cláusulas de los Tratados, causales de inexequibilidad, porque

detenido, citó un breve apartado de un Acta de la Subcomisión de Relaciones Internacionales de la Asamblea Nacional Constituyente, en donde se decía que los delegados habían alcanzado un consenso "respecto a que la Constituyente no puede modificar unilateralmente un Tratado Internacional como lo es el Concordato" (nótese que la cita hace parte de la Sentencia C-276, relativa al Tratado de Montevideo). De esto la Corte deriva que, si no era esa la intención de los delegatarios, tampoco podía serlo de la Corte Constitucional[179]. Dicho apartado, que no fue objeto de análisis alguno por parte de la Corte, y que, además, ni siquiera fue citado en la sentencia del Concordato, parece corroborar que lo manifestado por el M. HERNÁNDEZ, en relación a su discriminación, tenía un claro sustento en la realidad.

No está demás decir que cinco años más tarde, y con apenas un cambio en la composición personal del alto Tribunal, se modificó de nuevo la línea jurisprudencial sobre el punto, afirmando la Corte que sí era competente para juzgar la constitucionalidad de esos tratados internacionales celebrados por Colombia antes de 1991. Esto ocurrió en la sentencia C-400 de 1998, que enjuició la Ley Aprobatoria que incorporó al ordenamiento jurídico colombiano la "Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales" de 1986[180]. En este caso, sin embargo, la Corte tuvo suficiente

---

antes que ello la Corte debe definir su propia competencia, como en efecto lo hace en la presente Sentencia".

[179] El punto es apenas mencionado, sin que la mayoría, o la minoría, hayan tomado en cuenta la cita para mostrar su relevancia en la anterior sentencia sobre el Concordato. Cfr. sentencia C-276 de 1993, M. P. VLADIMIRO NARANJO, consid. 3.4.

[180] Sentencia C-400 de 1998, M. P. ALEJANDRO MARTÍNEZ. Salvaron el voto, por separado, los Ms. JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ y, parcialmente, HERNANDO HERRERA y VLADIMIRO NARANJO. La Ley Aprobatoria era de 1997, pero la Corte extendió su pronunciamiento al fondo mismo del respectivo tratado. En esta sentencia la Corte amplió sus competencias para conocer tratados ya celebrados con anterioridad a 1991, y lo hizo nada menos que enjuiciando el denominado "Tratado de los Tratados", una de cuyas disposiciones señala que los Estados parte no pueden invo-

cuidado en desarrollar diferentes argumentos, al margen de qué tan ciertos o discutibles hayan sido, para sustentar su giro jurisprudencial, y además fue enfática en señalar que una modificación al precedente exigía de su parte una carga de justificación acentuada. Manifestó, en efecto, lo siguiente:

> "[P]ara justificar un cambio jurisprudencial no basta que el tribunal considere que la interpretación actual es un poco mejor que la anterior, puesto que el precedente, por el solo hecho de serlo, goza ya de un *plus*, pues ha orientado el sistema jurídico de determinada manera. Por ello, para que un cambio jurisprudencial no sea arbitrario es necesario que el tribunal aporte razones que sean de un peso y una fuerza tales que, en el caso concreto, primen no sólo sobre los criterios que sirvieron de base a la decisión en el pasado sino, además, sobre las consideraciones de seguridad jurídica e igualdad que fundamentan el principio esencial del respeto del precedente en un Estado de derecho"[181].

---

car las disposiciones del ordenamiento interno como justificación de su incumplimiento. La Corte no tuvo reparos en modular dicha disposición, al decir que era conforme a la Constitución pero "en el entendido de que esta norma no excluye el control judicial de constitucionalidad de las leyes aprobatorias de los tratados". El Magistrado HERNÁNDEZ, en su salvamento de voto, aprovechó esta circunstancia para señalar la paradoja, en los siguiente términos:

> "Lamento que la decisión ahora tomada se produzca precisamente cuando la Corte examina la Convención de Viena II, sobre el Derecho de los tratados, que paradójicamente, en normas declaradas exequibles, ratifica el principio según el cual 'todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe' (artículo 26) y el que estipula que 'un Estado parte en un tratado no podrá invocar las disposiciones de su Derecho interno como justificación del incumplimiento del tratado' (artículo 27-1) (...). Cabe preguntar si no hay una profunda contradicción entre acatar o aceptar la aludida cláusula –que justamente prohíbe la invocación de disposiciones de Derecho interno para evadir el cumplimiento de los tratados– y simultáneamente reservar, a favor del Derecho interno, la posibilidad de desconocer en el futuro obligaciones internacionalmente contraídas pero eventualmente declaradas inconstitucionales en virtud del control judicial indiscriminado que la Corte reclama".

[181] Sentencia C-400 de 1996, M. P. ALEJANDRO MARTÍNEZ, consid. 57.

Naturalmente, la reacción de la opinión pública no fue tan severa frente a esta sentencia, quizá porque la materia discutida no le era tan cercana –como puede ser la religiosa–, o quizá porque entre ésta decisión de 1998 y las anteriores de 1993, había transcurrido un considerable margen en cuanto al tiempo se refiere. Así mismo, si bien entre los especialistas –la comunidad jurídica del país– se reaccionó de distinta manera frente a este nuevo fallo, quedó al menos en claro que los cambios jurisprudenciales exigen de parte de la Corte un esfuerzo de argumentación suficiente, tendiente a mostrar que sus razones obedecen a criterios jurídicos y no al juego de mayorías circunstanciales.

ii. El caso de la Representante Morales

La sentencia SU-047 de 1999[182] permite, quizá como ninguna otra, tomar en cuenta todas las circunstancias aducidas anteriormente, relativas tanto al tiempo transcurrido, a los integrantes de la Corte, a las razones dadas y, además, a la materia sobre la que recaen las decisiones constitucionales. Esta sentencia, a diferencia de otras ya vistas, como las relativas al aborto, a la tenencia de drogas o a la libertad religiosa, no tiene relación con diferentes posturas filosóficas, sino con interpretaciones constitucionales manipulativas que afectan la operatividad misma del Derecho ordinario, dando así ventajas a personajes del poder político o cercanos al mismo. Por cierto, esta decisión ha sido considerada la más controvertida en toda la historia de la Corte Constitucional colombiana, por las implicaciones políticas que tuvo y por el cuestionable cambio de jurisprudencia que llevó a cabo a través de un uso argumentativo altamente desconcertante.

---

[182] Sentencia SU-047 de 1999, Ms. Ps. CARLOS GAVIRIA y ALEJANDRO MARTÍNEZ. Salvaron el voto, por separado, los Ms. HERNANDO HERRERA y EDUARDO CIFUENTES. No participaron de esta decisión, por impedimento, los Ms. JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ y VLADIMIRO NARANJO.

La sentencia resolvió la acción de tutela interpuesta por la congresista de la Cámara de Representantes Viviane Morales, para impedir que la Corte Suprema de Justicia continuara un proceso penal por prevaricato y otros delitos en su contra. En este proceso estaban involucrados otros ciento diez congresistas, y se buscaba determinar la responsabilidad penal de todos ellos por haber votado a favor de la preclusión de la investigación penal en contra del entonces Presidente de la República, Ernesto Samper, por el sonado caso del ingreso de dineros del narcotráfico a su campaña política. Los denunciantes de los delitos consideraron que dicha votación había sido motivada por razones políticas y no jurídicas, las cuales iban "desde la disciplina de partido hasta el alegado cambio de favores *quid pro quo* con el Presidente de la República"[183].

La argumentación utilizada por la Representante, y sobre la cual la Corte Constitucional llevó a cabo su juicio, se basó en el artículo 185 de la Constitución, que consagra el derecho a la inviolabilidad de los congresistas por las opiniones y los votos que emitan en el ejercicio de su cargo. Sin embargo, la Corte Constitucional había manifestado de manera clara y contundente, en nueve decisiones anteriores, que la inviolabilidad únicamente estaba circunscrita a los casos del ejercicio de funciones políticas de los congresistas, y no era aplicable cuando ellos ejercían funciones judiciales de instrucción y juzgamiento de altos funcionarios del Estado[184]. El tribunal expresó sobre el punto:

---

[183] La frase es de LÓPEZ MEDINA, DIEGO, *El Derecho de los jueces*, *op. cit.*, p. 95.

[184] Si bien la mayoría, en la sentencia SU-047 de 1999, limitó su análisis a dos fallos previos, las sentencias C-222 de 1996 (M. P. FABIO MORÓN) y C-245 de 1996 (M. P. VLADIMIRO NARANJO), lo cierto es que los principios recogidos en éstas habían sido centrales en las siguientes decisiones: C-025 de 1993, M. P. EDUARDO CIFUENTES (sobre el fuero especial de los congresistas); C-037 de 1996, M. P. VLADIMIRO NARANJO (se revisó el proyecto de Ley Estatutaria sobre administración de justicia y se planteó, entre otras cosas, la función judicial que compete al Congreso, junto con el valor de la cosa juzgada constitucional); C-385 de 1996, M. P. ANTONIO BARRERA (sobre la función judicial del Congreso); C-386 de 1996, M. P.

> "[En el caso del ejercicio de funciones judiciales es imperioso] hacer extensivos a éstos [los congresistas] el régimen aplicable a los jueces, como quiera que lo que se demanda es una decisión objetiva e imparcial en atención a los efectos jurídicos que ha de tener. Sin perjuicio de que las decisiones que se adopten sean colegiadas, los miembros de las Cámaras, en su condición de jueces, asumen responsabilidad personal, que incluso podría tener implicaciones penales"[185].

Desde luego, la Corte había llevado a cabo esta reiterada interpretación a través del uso de diversos criterios –una combinación de exégesis, historia constituyente, interpretación sistemática y teleológica de la Constitución, entre otros– que apuntaban, en conjunto, a establecer la distinción entre las funciones cumplidas por el Congreso de la República y, consecuentemente, a la diferenciación del régimen aplicable en cada una de ellas, cuestión que nadie discutía con anterioridad a 1999[186]. Además, lo había hecho a la luz de distintos supuestos normativos en los cuales se afirmaba la diversa responsabilidad de los congresistas, argumentando en cada caso, de manera

---

ALEJANDRO MARTÍNEZ (sobre el alcance de las funciones judiciales del Congreso y fuero de los congresistas); C-563 de 1996, M. P. HERNANDO HERRERA (sobre la función judicial del Congreso); C-148 de 1997, M. P. VLADIMIRO NARANJO (sobre los tipos de actuaciones judiciales del Congreso); también se hizo lo propio en una sentencia de tutela, la T-322 de 1996, M. P. ALEJANDRO MARTÍNEZ (se consagró que la garantía de la inviolabilidad parlamentaria no es absoluta).

[185] Sentencia C-222 de 1996, exponiendo una doctrina que fue reiterada por la Sentencia C-245 de ese año.

[186] La doctrina consolidada había declarado la exequibilidad de distintas normas legales, como las contenidas en el propio Reglamento del Congreso (Ley Orgánica 5 de 1992) que consagró todo lo relacionado con la "función judicial" que cumple el Representante investigador, junto con sus facultades, atribuciones y deberes, además de las exigencias sustanciales y procedimentales del juicio. Las normas constitucionales pertinentes son las consagradas en el artículo 116, que establece de manera inequívoca en su segundo inciso que "el Congreso ejercerá determinadas funciones judiciales" (todo el artículo, por lo demás, consagra lo relativo a *quiénes* administran justicia en Colombia), y el artículo 178-3, que señala las atribuciones especiales de la Cámara de Representantes, entre las cuales se encuentra la de adelantar investigaciones a altos funcionarios del Estado.

a todas luces evidente, que la propia declaratoria de constitucionalidad (o no) de las normas juzgadas dependían enteramente de las razones y argumentos desarrollados en la respectiva parte de motivación de la sentencia. En pocas palabras, resultaba claro que se trataba de la *ratio decidendi* de sus fallos[187].

Así las cosas, la Corte parecía obligada a negar las pretensiones de la demandante. Sin embargo, ello no ocurrió así. En la sentencia SU-047 de 1999 la Corte Constitucional no sólo reelaboró su doctrina acerca de la inviolabilidad parlamentaria, en el sentido de considerarla de carácter absoluto, diluyendo a su paso la distinción entre las funciones judiciales y las funciones políticas de los congresistas, sino que además se mostró necesitada de hacer distinciones acerca de los precedentes que ella misma estaba desconociendo. Para llevar a cabo lo anterior, la Corte tuvo que acudir a un malabarismo argumentativo compuesto de varios pasos, no del todo coherentes entre sí. Por un lado, intentó mostrarse como *respetuosa* de sus propios precedentes, sin acudir a la que LÓPEZ denomina *estrategia de negación*, que consiste en manifestar abiertamente que desconoce sus propias decisiones previas[188]. Para la Corte resultaba claro que la observancia del precedente constituía una prueba de la racionalidad de sus fallos, como lo pone presente la sentencia que se comenta:

> "Esta exigencia de universalidad de la argumentación jurídica es tan importante, que muchos teóricos contemporáneos hacen de ella el requisito mínimo de racionalidad que debe tener una decisión judicial en una

---

[187] Por ejemplo, declarando la inconstitucionalidad de una norma del Reglamento del Congreso que permitía la votación secreta en el cumplimiento de las funciones judiciales, señalando que lo hacía "en los términos de esta providencia": cfr. C-245 de 1996, M. P. VLADIMIRO NARANJO. Así mismo, en la sentencia C-222 de 1996, la Corte señaló el alcance de las competencias del Senado y la Cámara de Representantes cuando ejercen funciones judiciales, manifestando que la exequibilidad de las normas demandadas "se supeditará a la interpretación que se hace en esta providencia". Estas alusiones precisas confirmaban, por lo tanto, que la decisión misma dependía de la *ratio* desarrollada en la sentencia respectiva.

[188] Cfr. LÓPEZ MEDINA, DIEGO, *El Derecho de los jueces*, *op. cit.*, pp. 99-104.

> sociedad democrática (...). Por ende, la existencia de una *ratio decidendi* en una sentencia resulta de la necesidad de que los casos no sean decididos caprichosamente sino con fundamento en normas aceptadas y conocidas por todos, que es lo único que legitima en una democracia el enorme poder que tienen los jueces –funcionarios no electos– de decidir sobre la libertad, los derechos y los bienes de las otras personas"[189].

Este primer paso, en consecuencia, estaba destinado a aceptar que, en Colombia, "la decisión de un caso nuevo, pero análogo a uno ya decidido, está restringida de manera importante por la doctrina del precedente"[190], y en tal sentido, que la Corte no podía negar lo que había sentenciado en sus decisiones anteriores sobre la responsabilidad que tienen los congresistas en el ejercicio de sus funciones. Sin embargo, ante la contundencia de aquellas decisiones, la Corte tuvo que dar un nuevo paso en el que pudiera sentenciar en contra de lo sostenido, sin que el nuevo fallo fuera percibido de una manera ilegítima, en el sentido de estar violentando su línea precedencial. Para lograr esto, la Corte acudió a alguna doctrina del Derecho anglosajón en la que, a su juicio, sus propios precedentes podían ser válidamente modificados, a partir del alcance que los jueces dieran, en el nuevo caso, a la *ratio decidendi* de las decisiones anteriores[191]. A este respecto manifestó:

> "Por ello, en realidad, son los jueces posteriores, o el mismo juez en casos ulteriores, quienes precisan el verdadero alcance de la *ratio decidendi* de un asunto, de suerte que la doctrina vinculante de un precedente 'puede no ser la *ratio decidendi* que el juez que decidió el caso

---

[189] Sentencia SU-047 de 1999, Ms. Ps. CARLOS GAVIRIA y ALEJANDRO MARTÍNEZ, consid. 50.

[190] LÓPEZ MEDINA, DIEGO, *El Derecho de los jueces, op. cit.*, p. 99.

[191] El sustento de esta postura lo hace a partir de KEENAN, DENIS, *English Law*, London, Pitman, 1989.

hubiera escogido sino aquélla que es aprobada por los jueces posteriores'"[192].

Este argumento habría bastado para que la Corte –en gracia de discusión y al margen de otras consideraciones– sostuviera seguidamente que la *ratio decidendi* de las decisiones anteriores era modificada por el nuevo alcance que ella misma le estaba dando en el presente caso, sobre la base de una doctrina extranjera, como la señalada. Para sostener esto debía, como es lógico, partir de la existencia misma de la línea jurisprudencial, es decir, reconocer la *ratio* previamente establecida ("porque es respetuosa del precedente"), y realizar con base en ella las variaciones que considerara importantes, otorgándole una "vinculación distinta" a la que había sido otorgada por los jueces en las decisiones anteriores. Sin embargo, la mayoría dio un nuevo paso en el que, a pesar de haberse "auto-habilitado" para modificar la doctrina constitucional del precedente, decidió desconocerla abiertamente. Sorprendentemente, sostuvo lo siguiente:

> "Un examen detenido de las citadas sentencias muestra que la tesis según la cual la inviolabilidad no cubre las actividades de los congresistas cuando ejercen funciones judiciales no es vinculante para la propia Corte como precedente, por la sencilla razón de que en ninguno de los dos casos tal afirmación fue la *ratio decidendi* de las decisiones que fueron tomadas (...). [Esto permite] entonces concluir que la interpretación que excluye la inviolabilidad parlamentaria del ejercicio de las funciones judiciales no pasó de ser un *dictum*, apresurado, innecesario y desafortunado, formulado por esta Corte en decisiones anteriores"[193].

La argumentación zigzagueante de la mayoría, que alterna distintas opciones como las anteriores ("La Corte respeta el precedente"; pero "lo puede modificar otorgándole un nuevo alcance al seña-

---

[192] Sentencia SU-047 de 1999, Ms. Ps. CARLOS GAVIRIA y ALEJANDRO MARTÍNEZ, consid. 52.

[193] *Ibidem*, considerandos 54 y 57.

lado previamente"; y sin embargo no lo hace en este caso porque "no había tal precedente"), denota graves defectos de justificación y deja importantes elementos de juicio que podrían estar cercanos a un uso indebido de juzgar, o a una interpretación constitucional que podría calificarse de *perversa*[194]. El salvamento de voto del M. CIFUENTES parece llegar a una conclusión semejante[195]. En efecto, su tesis central apunta a sostener que el "plus argumentativo", como exigencia de todo cambio de jurisprudencia, no puede llevarse a cabo mediante la articulación de premisas falsas, en la que se da una lectura abiertamente contraria a decisiones anteriores que admitían, sin lugar a discusión, la responsabilidad de los congresistas cuando cumplen funciones judiciales[196]. Para el M. CIFUENTES no es suficiente declarar que son los jueces quienes determinan qué constituye *ratio decidendi* y qué constituye *obiter dictum* de las decisiones anteriores, si con dicha declaración se desconoce una doctrina sólida, reiterada y evidente, o sin aportar razones poderosas que determinen la modificación de un precedente[197]. La mayoría de la Corte, a su juicio, buscó "deliberadamente" ignorar el principio normativo interpreta-

---

[194] El *Diccionario de Lengua Española* (Real Academia Española, Madrid, 21ª ed., 1992, T. II) define "perverso", para lo que acá interesa, como aquello "que corrompe (...) el orden y estado habitual de las cosas", *ibidem*, p. 1585. La "perversión constitucional" es una expresión que suele acuñarse en situaciones en las cuales las normas constitucionales dejan de ser observadas a causa de su violación reiterada, o como consecuencia de interpretaciones reiteradamente incorrectas. En esta investigación puede entenderse que se ha modificado el "reiteradamente incorrectas", por "una sola decisión sobre cuestiones reiteradamente interpretadas", con lo cual se mantiene una mayor cercanía a la definición anteriormente dada. Sobre este tema, desde la primera perspectiva enunciada, véase LINARES QUINTANA, SEGUNDO V., *Tratado de interpretación constitucional*, *op. cit.*, en esp. el epígrafe que denomina "Inobservancia y perversión constitucionales", pp. 784-792. En el capítulo III de esta investigación se profundizará de nuevo sobre este tema.

[195] Cfr. Salvamento de voto del M. EDUARDO CIFUENTES a la sentencia SU-047 de 1999, en esp. apartados 7 y siguientes.

[196] Cfr. *ibidem*, apartado 19.

[197] Cfr. *ibidem*, *passim*, en esp. apartados 19-21.

do tan claramente por ella[198], lo cual denota un acto de "extrema irresponsabilidad"[199] (se volverá enseguida sobre este salvamento de voto).

Desde luego, dentro de la propia lógica de la sentencia sobre la Representante Morales, el alcance de la distinción hecha por la Corte (entre lo que era *ratio* y *dictum*) tenía que estar acompañada de un estudio selectivo y sesgado sobre lo que se había sostenido en las decisiones pasadas y al por qué de las mismas, para demostrar con esto que, efectivamente, lo que se consideraba *ratio* era, en su lugar, un simple *dictum* "apresurado" e "innecesario". La situación fue sorteada mediante distinciones rápidas acerca de los problemas "esenciales" acaecidos en cada fallo. Así, por ejemplo, se entendió que en la sentencia C-222 el problema "central" era que se habían impugnado unos artículos, pero en consideración a las competencias de las "Plenarias" de las cámaras, no a la responsabilidad individual de los congresistas, aunque la propia sentencia aludía, claramente, a ello.

Cuando se refirió a la sentencia C-245, la cuestión fue más problemática para la Corte. En efecto, en dicha sentencia se habían demandado algunas normas del Reglamento del Congreso en las que se consagraba el voto secreto de los congresistas en tres casos especiales: cuando eligen a ciertos funcionarios públicos, cuando realizan votaciones sobre amnistías e indultos en procesos de paz y, por último, cuando ejercen funciones judiciales. La sentencia fue lo suficientemente clara en manifestar que la inconstitucionalidad se predicaba *solamente* del tercer caso, para lo cual sostuvo que, precisamente por tratarse de una función judicial en donde resultaba imperioso establecer la responsabilidad personal del congresista, era indispensable el ejercicio abierto y público de la misma.

En la sentencia SU-047 de 1999, la mayoría de la Corte sostuvo que lo relevante de esa decisión anterior había consistido en preser-

---

[198] Cfr. *ibidem*, apartado 14.

[199] Cfr. *ibidem*, apartado 27.

var el principio de "publicidad" de las actuaciones de los congresistas en relación con su inviolabilidad parlamentaria, y no así en que la inconstitucionalidad de la norma se debía al ejercicio de la función judicial desempeñada por ellos. En sus propios términos, la razón principal de la decisión radicó en que la inviolabilidad no podía llegar a traducirse en "una erosión del principio de publicidad de la actividad de las cámaras".

Esta observación es a todas luces insostenible. En efecto, como lo hizo notar el M. EDUARDO CIFUENTES en su memorable y extenso salvamento de voto a la sentencia SU-047 de 1999, la mayoría no sólo realizó un "uso selectivo" de citas de las sentencias anteriores, sino que, además, arribó a sus propias conclusiones a partir de la construcción de premisas inexistentes, lo que dio como resultado un "hallazgo hermenéutico" según el cual, a partir de la nueva sentencia, la inviolabilidad absoluta conferida a los congresistas termina siendo la creación de "un juez con licencia constitucional para prevaricar"[200].

Estas "citas selectivas" y "premisas inexistentes", obligaron al M. CIFUENTES a hacer una transcripción completa de los puntos relevantes de aquellos fallos, para mostrar justamente lo contrario a lo sostenido por la mayoría. Recordando la sentencia C-245 de 1996, CIFUENTES afirmó:

> "La *ratio decidendi* es tan manifiesta e inequívoca en este sentido, que la Corte Constitucional que reconoce en la sentencia un vasto campo a la inviolabilidad del voto, precisa que ella como principio sufre una

---

[200] *Ibidem*, apartado 3.4. La cita completa dice así:

"La posición de la mayoría se nutre de una concepción absoluta de la inviolabilidad. Por ello su resultado o hallazgo hermenéutico –'juez con licencia constitucional para prevaricar'–, que a ello conduce la restricción que se impone a la Corte Suprema de Justicia de no investigar los 'hechos delictivos inescindiblemente unidos al voto', no puede admitirse a la luz de una interpretación integral de la Constitución Política, a la cual no se puede atribuir semejante despropósito".

> excepción cuando los congresistas cumplen funciones judiciales y sus decisiones son objeto de investigación para los efectos de establecer si se han sometido al imperio del derecho. Podría inclusive aplicarse la prueba ácida del derecho inglés a esta sentencia para comprobar cuál es su *ratio decidendi*: si se excluyera el principio de responsabilidad individual de carácter judicial aplicable a los Congresistas cuando ejercen las funciones judiciales atribuidas al Congreso por la Constitución, la sentencia no sería de inexequibilidad sino de exequibilidad"[201].

Este mismo argumento lo desarrolló CIFUENTES citando extractos de las nueve sentencias que contienen la misma *ratio decidendi*, para concluir lo siguiente:

> "El resumen de las providencias de la Corte Constitucional es concluyente a este respecto. Las caras de este asunto son únicamente dos: (1) poderes judiciales en cabeza de los congresistas, (2) pero bajo la condición de que se asuma por ellos una responsabilidad igualmente judicial. Sin lo segundo, lo primero carece de todo asidero y, sin ambas, se desfigura la función judicial. No es sorprendente, por lo anterior, que la *ratio decidendi* del primer fallo de la Corte en esta materia se repitiera en todos los demás y que sirviera de presupuesto esencial de todas las decisiones, terminando por consolidarse como doctrina constitucional de obligatorio cumplimiento"[202].

¿Cómo pudo pasar por alto la Corte Constitucional la "manifiesta" e "inequívoca" *ratio decidendi* contenida en las sentencias anteriores? ¿Se presentó algún interés oculto de tipo político, o existieron presiones "coyunturales" que obligaron a la mayoría a la construcción de premisas falsas, o por lo menos carentes de sentido común, para decidir lo contrario? ¿Acaso no habría sido preferible que la Corte empleara la denominada *estrategia de arrepentimiento* so-

---

[201] *Ibidem*, apartado 12.

[202] *Ibidem*, apartado 15.

bre la línea de precedentes elaborada, e intentar corregir el rumbo?[203].

Un ingrediente adicional que presentó este caso consistió en que *el abogado* de la Representante Morales, JORGE ARANGO, había renunciado poco tiempo antes a su cargo de Magistrado de la Corte Constitucional, habiendo *concurrido* como juez en las argumentaciones que justificaban una de las decisiones previas que ahora la Corte dejaba de lado. La importancia de este hecho estuvo dada por el tipo de justificación que presentó el ahora *abogado*, mediante el uso de la técnica del "arrepentimiento expreso", ante esta incómoda situación. En memorial dirigido a la Corte sostuvo, en efecto, que se había equivocado como juez constitucional, y que el error debía ser enmendado mediante una nueva interpretación:

> "Acepto que me equivoqué y no me devanaré los sesos buscando excusas, que sólo son defensas de la vanidad. Bástame reconocerlo, y buscar que se enmiende la tesis contraria a la Constitución"[204].

Esta explicación, a la postre, resulta más significativa, y quizá honesta, en comparación con la técnica tortuosa que finalmente utilizó la Corte para llevar a cabo el cambio de su jurisprudencia.

Desde luego que la contundencia de las decisiones anteriores a la SU-047 de 1999 era tan fuerte que a la Corte no le resultaba fácil encontrar "nuevas razones de peso" para justificar su giro jurisprudencial. En algunos puntos de la sentencia, como se vio anteriormente, la Corte misma se mostró dudosa (¿remordimiento?) de lo que se proponía hacer, pues a la par que recordaba la importancia de los precedentes judiciales y su sometimiento *prima facie* a ellos, manifestó que son los jueces posteriores los que determinan su ver-

---

[203] Cfr. LÓPEZ MEDINA, DIEGO, *El Derecho de los jueces, op. cit.*, p. 101.

[204] ARANGO, JORGE, "Memorial enviado a la Corte Constitucional", Octubre 13 de 1998, p. 57, citado por LÓPEZ MEDINA, DIEGO, *El Derecho de los jueces, op. cit.*, pp. 101-102.

dadero alcance y, además, que los precedentes "no deben ser sacralizados" porque ello produciría un estancamiento del ordenamiento jurídico, generando "inaceptables injusticias en la decisión de un caso"[205]. La cuestión importante, sin embargo, es que la mayoría no se encargó "posteriormente" de aducir razones que demostraran que en el caso de la Representante Morales podía suceder esto, ni aportó "razones de peso", ni elaboró un test que le permitiera tal cambio jurisprudencial. LÓPEZ considera que lo anterior demuestra una cierta "ambivalencia" y "contradicción" de la sentencia, en la medida en que afirma cosas opuestas: por un lado, que es respetuosa de los precedentes, aunque no los seguirá en este caso al considerarlos *dicta*; pero al mismo tiempo, que no obstante ese respeto que muestra a su línea jurisprudencial, le parece legítimo su abandono[206].

Por encima de sus propias dudas, las dificultades para encontrar "nuevas razones" implicaron a la Corte hacer uso de la habilidosa, aunque ruinosa, técnica de la manipulación *injustificada* e *ilegítima* de sus fallos anteriores, con el consecuente daño a la legitimidad de la nueva decisión. A este respecto sostuvo el Magistrado CIFUENTES en su salvamento de voto:

> "Por elementales razones de ética pública, un cambio de jurisprudencia no puede nunca operar al amparo de premisas falsas, como la inexistencia de una doctrina anterior cuando esta es evidente y reiterada. Si esto llega a ocurrir, el costo que tendría que pagar la Corte Constitucional sería de tal magnitud que su legitimidad resultaría evidentemente minada y, con ella, el poder real de defender, con vigor y credibilidad, los valores, principios y derechos del orden constitucional. En casos como el planteado, es de tal dimensión la afectación a la legitimidad de la Corte, que no resulta exagerado afirmar que se amenaza la existencia misma del control constitucional (...). Para ello, y esto no sobra recordarlo a quienes pueden olvidar la trascendencia histórica de su función, el juez debe sustraerse de las presiones coyunturales y postergar sus propias vanidades,

---

[205] Sentencia SU-047 de 1999, Ms. Ps. CARLOS GAVIRIA y ALEJANDRO MARTÍNEZ, consid. 44.

[206] Cfr. LÓPEZ MEDINA, DIEGO, *El Derecho de los jueces*, *op. cit.*, p. 130.

para no incurrir en el imperdonable error de preterir principios como el de coherencia y universalidad y decidir un caso conforme, simplemente, a sus propios intereses"[207].

El carácter vinculante y obligatorio de los precedentes judiciales no significa, como se ha dicho, que los jueces no puedan sacrificar la coherencia con el pasado cuando median nuevas percepciones de justicia, de constitucionalidad o de corrección. Sin embargo, para que esto ocurra deben aportar razones de peso mediante una argumentación que justifique dicha incoherencia, razones que intenten mostrar por qué no están ya dispuestos a aplicar los anteriores principios reguladores a situaciones de hecho semejantes. Las argumentaciones judiciales desde premisas falsas no sólo manifiestan un defecto en la racionalidad de los fallos, sino además denotan una falta de tal magnitud que la propia credibilidad de los jueces, como sostuvo el M. CIFUENTES, "fatalmente se erosiona"[208].

---

[207] Salvamento de voto a la sentencia SU-047 de 1999, M. EDUARDO CIFUENTES, apartado 19. El propio CIFUENTES no escatimó esfuerzos en mostrar la arbitrariedad e ilegitimidad del fallo a partir de frases como éstas:

"El desacato a la cosa juzgada constitucional, por parte de la propia Corte o de una simple mayoría episódica como sucede en este caso, no puede ser más perniciosa y perjudicial para el Estado de Derecho" (apartado 26).

"[S]i la propia Corte Constitucional, o una simple mayoría de sus miembros sin competencia para hacerlo, quebrantan el precepto que impone el acatamiento universal a la cosa juzgada constitucional, sus actos sólo sirven de causa eficiente a la destrucción del Estado de Derecho" (*ibidem*).

"Una Sala de Revisión de la Corte Constitucional o una simple mayoría de sus miembros, sólo en un acto de extrema irresponsabilidad podrían hacer caso omiso de la cosa juzgada constitucional" (apartado 27).

[208] *Ibidem*, apartado 26. Allí afirmó, en efecto, lo siguiente:

"[L]a credibilidad de la Corte Constitucional es un valor constitucional y una reserva moral que debe preservarse como prenda de su legitimidad y de su imparcialidad, indispensable para el cumplimiento de su alta misión institucional. Cuando sus propios miembros se rebelan contra la cosa juzgada constitucional, esa credibilidad fatalmente se erosiona".

Aquí estamos ante un grave problema que, más que de posturas filosóficas o de estrategias, estaría en el talante, en la sinceridad y en el conjunto de hábitos y disposiciones de los jueces[209].

En síntesis de lo dicho, un fallo como el de la SU-047 de 1999 permite sostener que en efecto existen, cuando median intereses poco claros, interpretaciones manipulativas o "maquiavélicas", "tramposas", y que se hace imprescindible recuperar una noción legítima del oficio de los jueces como dispensadora de la justicia y de su proceder racional en los casos concretos.

e) Balance: la difícil línea que divide un uso indebido de una legítima dimensión subjetiva en la interpretación constitucional

Un intento por presentar exigencias a la justificación de las sentencias no desconoce el grado de dificultad que hay en trazar una línea divisoria entre las decisiones debidamente razonadas (compártase o no sus motivos o el fallo mismo) y las decisiones que son producto de argumentaciones inconsistentes e ilegítimas. El caso contenido en la SU-047 de 1999 puede ser un buen ejemplo de aproximación para dar cuenta de esto último, de un uso manipulativo de la interpretación constitucional difícilmente aceptable, no tanto por la firmeza de una línea jurisprudencial bien definida, que de hecho existía, sino más bien por las razones que fueron empleadas como sustento del fallo (afirmar que lo que era *ratio* no pasó de ser una mero e infortunado *dictum*, algo que no se compadece con la realidad contenida en las decisiones previas), y por las motivaciones e intereses políticos que pudieron estar atrás de la toma de posición de la mayoría de la Corte.

---

[209] He abordado detenidamente estos aspectos en *Ciencia jurídica y arte del Derecho*, *op. cit.*, en esp. pp. 324-336. Se insistirá en este asunto en los capítulos V y VI.

Pero la SU-047 de 1999 es un caso excepcional. De allí no se sigue que todo uso estratégico de la interpretación constitucional constituya necesariamente un defecto del oficio de los jueces, sino más bien el carácter manipulativo o "perverso" de la interpretación. Por supuesto, si éste carácter aislado de casos como el de la Representante Morales fuera asumido o estudiado desde una óptica acrítica, es decir, sin que se pudiera dar cuenta del entorno de sus defectos, todo intento teórico por presentar aspectos de justificación racional carecería de sentido. Forzaría a aceptar que, en realidad, las constituciones siguen siendo lo que FERDINAND LASALLE afirmara en 1862: la suma de los *factores reales de poder* que rigen en un país[210].

En su dimensión correcta, es posible caracterizar el uso estratégico a través de una legítima dimensión opinable y personal en la interpretación jurídica, y recurrir válidamente a la idea de que, en muchos casos, es posible plantear distintas razones justificativas a distintas decisiones posibles. Más detenidamente, y presumiendo la buena fe de los jueces en el cumplimiento de su labor, la interpretación que realizan responde, en buena medida, a su propia concepción del Derecho, del mundo y de las cosas de la realidad[211]. Desde este supuesto, la mirada al razonamiento de los jueces puede ser planteada, "críticamente", desde un punto de vista que no esté conforme con la forma específica como los jueces fallan un caso determinado (o todo lo contrario, *id est*, estar plenamente conforme con la manera como fue resuelto el mismo caso), todo esto como consecuencia de que se haya participado (o no) de los mismos planteamientos a los que los jueces han acudido en ese determinado caso

---

[210] Cfr. LASALLE, FERDINAND, *¿Qué es una Constitución?*, Barcelona, Ariel, estudio preliminar de Eliseo Aja, 1984, p. 92.

[211] Las teorías de la interpretación constitucional presuponen, como afirma JOSÉ JUAN MORESO, "una determinada teoría respecto de la naturaleza del Derecho", a lo que se puede agregar que presuponen una concepción de la realidad misma. Cfr. *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, *op. cit.*, p. 185.

(valores, metodología interpretativa, premisas desarrolladas en el procedimiento racional y, por último, decisión alcanzada). Nótese, por lo tanto, que al plantear la existencia de una legítima dimensión opinable y personal en el razonamiento judicial, no se alude, *per se*, a un fenómeno de arbitrariedad, sino más bien a la idea de participación: los jueces participan con todo su ser, sus experiencias, su cultura, su catálogo axiológico, su formación, en la configuración del Derecho vigente y en esa medida, pueden tener "percepciones" diversas sobre múltiples aspectos a ser juzgados en casos concretos. Una teoría de la justificación tendría que darle cabida a estas cuestiones como parte del proceso de juzgamiento, es decir, reconocer que los casos judiciales pueden ser decididos de múltiples formas o mediante razonamientos diversos, como consecuencia de que son personas humanas las que los fallan.

Sin embargo, al tiempo que se reconoce esa característica de la "personalidad" de los jueces, una teoría de la justificación no puede dejar de ser crítica ante los distintos razonamientos, ni puede dejar de contar con criterios para discriminar entre decisiones justas e injustas, y con ello ver que existen fallos, no sólo "tramposos" o arbitrarios, sino además indebida o pobremente justificados. Es posible que la pregunta de fondo de la interpretación constitucional estribe en si es posible contar con esos criterios que permitan llevar a cabo esa discriminación, o para decirlo con otras palabras, que posibiliten saber en qué consisten las *buenas razones* y las *buenas decisiones* para fallar los casos constitucionales concretos.

Con los anteriores ejemplos, en todo caso, han quedado al descubierto un número considerable de dificultades especiales en la interpretación constitucional, algunas de las cuales están ligadas a problemas de significación de enunciados normativos, otras a las estrategias e ideologías de los jueces constitucionales, y otras, finalmente, a su talante y responsabilidad para juzgar los casos sometidos a su consideración.

6. RECAPITULACIÓN

Este capítulo inicial ha tenido como propósito central exponer diferentes problemas que afectan la interpretación constitucional, a la luz del relato de algunos fallos, caracterizados como "difíciles", juzgados por la Corte Constitucional colombiana. Recapitulemos lo expuesto en los siguientes puntos:

1) En primer lugar, fueron planteados los casos sobre la despenalización del consumo personal de drogas alucinógenas y el uso obligatorio del cinturón de seguridad en automóviles. El primero de ellos sirvió para poner de relieve las distintas y opuestas interpretaciones que realizan distintos jueces sobre los problemas que deben resolver, y, consecuentemente, las distintas razones que son usadas para sustentar sus posiciones en concreto. El caso de la despenalización de las drogas mostró también que es posible articular, en cada una de las visiones respectivas y opuestas, "razones de apoyo" semejantes, lo cual fue evidenciado al señalarse que tanto la posición mayoritaria como la minoritaria acudió a una misma autoridad ("ERIC FROMM") para hacer valer un punto específico de su argumentación. El caso sobre el uso obligatorio del cinturón de seguridad, por su parte, permitió poner en evidencia que los jueces, exigidos por mantener intacta una noción previamente determinada en otros fallos, recurren a "juegos argumentativos" y a razones "forzosas" para salvaguardar su coherencia decisional, constituyéndose en un defecto de su razonamiento como consecuencia de no haber delimitado sus propias nociones a la luz de una distinción de supuestos, respecto de los cuales pueden ser aplicadas.

2) El interés central en estudiar los casos señalados en el punto anterior, y a la postre todos los casos que fueron reseñados posteriormente, tuvo como telón de fondo el problema de la justificación racional de las decisiones judiciales y la clase de argumentos empleados en ellas. Con relación a esto, el capítulo se detuvo en esbozar un elemento teórico indispensable para poder "evaluar" y "calificar" las razones y los argumentos que emplean los jueces en sus sentencias.

Se mostró que la cuestión, ciertamente crucial en una investigación como la presente, opera como condición para sostener que de las distintas y eventualmente posibles interpretaciones a los casos judiciales, no puede seguirse que todas ellas sean igualmente correctas, acertadas o justas.

Esto llevó a exponer el elemento mencionado a través de la idea de la superación de todo punto de vista *escéptico* en el estudio del razonamiento judicial. Un punto de vista escéptico significa que no es posible saber con certeza y en definitiva la calidad de las razones y argumentos de los jueces, o que existe un espacio infranqueable para determinar la legitimidad de los mismos. En cambio, la superación de ese punto de vista permite darle viabilidad a la discusión sobre el acierto o justicia de las decisiones, en la medida en que posibilita incorporar criterios para determinar si una decisión está o no está debidamente justificada. Si bien dichos criterios no han sido expuestos aún, resulta claro que su propia posibilidad depende de este importante elemento, pues lleva a una indispensable *apertura* teórica para evaluar crítica y reflexivamente las decisiones constitucionales.

3) El siguiente tema desarrollado en el capítulo consistió en mostrar la importancia que ha tenido, en la teoría jurídica, la justificación racional entendida como una cuestión relacionada con los "textos" normativos y los signos lingüísticos empleados por los autores de las normas constitucionales. Este tema se expuso a través de lo que se llamó la "interpretación semántica" de la Constitución. El desarrollo de este punto estuvo destinado a mostrar que, contrariamente a lo que comúnmente se sostiene, el criterio de la interpretación semántica es insuficiente por varias razones. En primer lugar, porque existen casos en los cuales los jueces pueden emplear un *mismo texto* o *definición* sobre un aspecto específico, y sin embargo *otorgarle* un sentido o alcance diferente. Esto se demostró a través del caso sobre la libertad religiosa. En segundo lugar, porque existen normas constitucionales que, al estar redactadas mediante expresiones genéricas o no especificadas suficientemente, lleva a que distintos jueces les atribuyan distintos significados y les otorguen, en con-

secuencia, una extensión diferente. Esto se demostró a la luz de los casos sobre el aborto y la democracia. Por último, en tercer lugar, porque a pesar de la existencia de normas claras, precisas y suficientemente determinadas lingüísticamente, es posible que algunos jueces las interpreten en sentido contrario a su literalidad. El caso de las uniones de hecho, frente a las "parejas homosexuales", fue el ejemplo utilizado para demostrar este punto.

4) Se prosiguió luego al estudio de una tesis que ha cobrado una gran importancia en los estudios sobre la interpretación constitucional y que, así parece, explica en buena medida la mayoría de los problemas que afectan el razonamiento de los jueces en dicho campo. La tesis afirma que lo que en realidad sucede es que los jueces constitucionales libran intensas luchas de poder para hacer prevalecer sus ideologías personales. Se agrega a esto que las normas constitucionales son "instrumentos manipulables" y que, en tal sentido, las explicaciones concernientes a toda justificación judicial no se deben buscar en argumentos de "justicia" o de "corrección", sino más bien en las concepciones que posean los jueces sobre todos los temas y la utilización estratégica de la interpretación constitucional.

La exposición a este respecto se completó con dos temas. Por un lado, se dio cuenta de las denominadas "pugnas" entre "formalistas" y "anti-formalistas", para demostrar que, efectivamente, detrás de toda interpretación existe una forma de entender el Derecho y una concepción acerca del significado de los más relevantes temas jurídicos, como la ley y la justicia. Por otro lado, se mostró que las concepciones e ideologías personales de los jueces no sólo implicaban un uso "estratégico" o "manipulativo", sino además, en ciertos casos, un uso "indebido" o "ilegítimo" de la judicatura.

5) En cuanto al anterior punto se refiere, que constituyó el núcleo de las explicaciones sobre lo problemático de la interpretación constitucional, se sostuvo que los jueces de una Corte Constitucional o Corte Suprema llevan a cabo, en determinados casos, un uso estratégico de su oficio, porque tienen concepciones, intereses o ideologías personales que quieren hacer prevalecer en las decisiones

concretas. Esto dio pie para plantear si dicho uso interpretativo podía ser calificado *prima facie* como ilegítimo e inconsistente con el oficio al que están llamados a cumplir los jueces. Se sostuvo que, para ser calificado negativamente, tenía que estar acompañado de la idea de que los jueces interpretaran con la intención de producir un daño al orden jurídico establecido, manifestado, por ejemplo, en la elección de premisas erróneas o falsas con las cuales construyen su argumentación. A esto se le dio el nombre de uso "arbitrario", "tramposo", "maquiavélico", e incluso "perverso", de la interpretación constitucional.

Con este elemento de análisis, el capítulo podía haber retomado los casos analizados con anterioridad (dosis personal de drogas, uso del cinturón de seguridad, libertad religiosa, derecho a la vida, democracia, uniones de hecho, etc.), para intentar ver si en ellos se configuraba un uso "arbitrario" de parte de los jueces. Sin embargo, esta posibilidad fue obviada por la sola razón de que los temas allí tratados presentaban una fuerte carga moral, y por ello mismo exigía incorporar otros elementos adicionales, principalmente de tipo *iusfilosófico*, a través de los cuales se arribara al fondo de la cuestión planteada. Este hecho habría producido una inevitable desviación del problema hacia otros asuntos, que en todo caso tendrán que ser retomados más adelante (los capítulos III y VI analizan más a fondo estas cuestiones).

En su lugar, se prefirió presentar dos tipos de casos adicionales, uno sobre el control de los tratados internacionales y otro sobre un resonado caso que involucró a diferentes actores políticos de la vida nacional en Colombia. Ambos resultaron extraordinariamente importantes por el solo hecho de que poseen un elemento de análisis significativo para abordar la cuestión: un cambio de jurisprudencia manifiestamente inconsistente, junto a salvamentos de voto que cuestionaron la propia legitimidad de la decisión de la Corte Constitucional, como consecuencia del poco tiempo transcurrido entre los fallos o por la existencia de una línea jurisprudencial fuertemente definida, que se intentó tergiversar u ocultar. Se advirtió, particu-

larmente con el segundo caso, que es posible ejemplificar de modo paradigmático una interpretación constitucional indebida, ilegítima y erróneamente justificada.

6) El capítulo concluyó con la constatación y necesidad de dar con una teoría de la interpretación constitucional en la que se rescate la naturaleza del oficio de los jueces como realizadores de la justicia en los casos concretos. Dicha teoría tendrá que apuntar al establecimiento de condiciones, límites y exigencias que deben ser observadas por los tribunales de justicia constitucional, valga decir, para que sus decisiones sean efectivamente correctas, acertadas o justas y que puedan ser calificadas de manera consistente con un ejercicio racional de justificación jurídica. Sin esta teoría queda abierta la puerta a la arbitrariedad y a la forma tramposa de ejercer el oficio de los jueces.

CAPÍTULO II

JUECES "POLÍTICOS" Y JUECES "VINCULADOS" AL DERECHO: PRINCIPALES TEORÍAS SOBRE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA Y LA RESOLUCIÓN DE LOS CASOS CONSTITUCIONALES

1. INTRODUCCIÓN

Al hilo de algunos casos fallados por la Corte Constitucional colombiana, el capítulo anterior estuvo destinado a mostrar problemas concernientes a la forma como distintos jueces justifican sus decisiones en algunos casos concretos. El enfoque allí presentado, que daba cuenta de un conjunto de argumentos extraídos de la jurisprudencia, contrasta con el que se hará en este capítulo que ahora se introduce. En efecto, de lo que ahora se trata es de ofrecer un *panorama general* sobre el "estado del arte" de aquellas doctrinas y elaboraciones teóricas que mayor impacto han tenido sobre los temas tratados en esta investigación, las cuales habré de llamar indistintamente "teorías estándar del Derecho", junto al esbozo de una rápida crítica de cada una de ellas, mostrando sus inconsistencias y los problemas que dejan sin resolver.

Este panorama, desde luego, no tiene la intención de ser exhaustivo. Está limitado a tomar en consideración, por demás de forma algo esquemática, algunas líneas representativas de la teorización sobre la interpretación constitucional, que intenten explicar el marco de peculiaridades presentes en este campo. En tal sentido, el capítulo se concentra en cuestiones puntuales que permitan delinear aquel "estado del arte" según el criterio de la "estandarización" o "mayor incidencia", y hasta hegemonía, que han tenido o tienen para plantear el oficio de los jueces constitucionales. Se verá, así mismo, que el grueso de esas cuestiones son bastante similares a las que fueron apareciendo en el capítulo anterior, aunque en lo sucesivo son abordadas desde una perspectiva diferente, más teórica o conceptual y menos ligada a casos constitucionales concretos. Desde este punto de vista, este capítulo procura llevar a cabo una profundización de las mismas.

Aclarado esto, el orden a seguir es el siguiente: en primer término, se hará una descripción general del problema y su tratamiento teórico; en segundo lugar, se analizará todo lo concerniente a los problemas de los enunciados constitucionales y la forma de su interpretación; en tercer lugar, se dará cuenta de lo que constituye la manera más recurrente de explicar la teoría de la interpretación constitucional, mediante la distinción que la mayoría de los autores contemporáneos llevan a cabo entre casos "fáciles" y casos "difíciles"; por último, se desarrollarán algunos modelos de interpretación jurídica –como la discrecionalidad judicial y la respuesta correcta–, que han tenido una especial relevancia en las discusiones sobre el tema, los cuales serán brevemente criticados.

2. Una recurrente descripción de lo que hacen los jueces constitucionales

Las dificultades advertidas en el proceso de justificación racional en casos como los relatados en el capítulo anterior, suelen ser expli-

cadas mediante los denominados *factores de perturbación* o *anomalías* presentes en la interpretación constitucional. Se afirma, a este respecto, que el contenido político de la Constitución, la textura abierta del lenguaje constitucional, el carácter marcadamente axiológico o la presencia de valores plurales allí recogidos, junto al papel institucional de una Corte Constitucional o una Corte Suprema, entre otros, son aspectos que inciden notablemente en este tipo de actividad judicial. La mayoría de autores contemporáneos no desconocen que en las demás formas de interpretación jurídica dichos factores podrían estar presentes en mayor o en menor medida. Sin embargo, en materia constitucional parece constituir una constante a la que tienen que hacer frente los jueces con competencia para juzgar asuntos en dicho campo.

Hay que destacar, como se dijera en el capítulo anterior, que estos factores no sólo potencian considerablemente los problemas de justificación racional en las decisiones constitucionales, sino además que pueden ser aprovechados por algunos jueces para manipular injustificadamente sus fallos. Una parte de la doctrina considera que, a pesar de tales dificultades o riesgos, es posible determinar parámetros y establecer condiciones para que los jueces estén en capacidad de solucionar correctamente los casos, o bien, de forma similar, se afirma que los jueces actúan sobre la base de estar siempre sometidos al ordenamiento jurídico vigente. Para otra parte de las teorías estándar del Derecho, en cambio, la manipulación es inevitable, pues los jueces constitucionales son no sólo jueces, sino también "actores políticos" que actúan estratégicamente en procura de alcanzar los más variados fines. La expresión "actores políticos" no significa que estén comprometidos con un partido político, aunque podría también suceder. Es un concepto mucho más amplio: abarca toda la personalidad del juez, su cultura, su forma de pensar en todos los temas, su ideología e intereses personales, sus creencias religiosas, su formación jurídica, y cosas semejantes. Como consecuencia de esto, se afirma que un juez intentará aprovechar las oportunidades que le brindan los casos concretos para plasmar allí su forma de pensa-

miento, preferencias y creencias personales. Puede entonces denominársele indistintamente "juez estratégico", "juez con intereses e ideologías personales", "juez activista de una causa", "juez oportunista", etc. Acá he usado la expresión "actor" o "juez político", porque entiendo que es el término que mayor difusión ha tenido[212].

Esta segunda descripción del proceder de los jueces constitucionales, sobre la cual se habrá de insistir en adelante, ha sido particularmente destacada por distintos autores. El profesor colombiano GARCÍA VILLEGAS, por ejemplo, afirma que en los modelos contemporáneos de interpretación constitucional no sólo resulta imprescindible reconocer la estrecha vinculación entre Derecho y Política, sino además aceptar que el sólo saber jurídico no explica todo lo relacionado con la decisión judicial. Sobre este punto ha manifestado lo siguiente:

> "La explicación de la decisión [constitucional] debe ser buscada en la tensión propia de las valoraciones políticas, no jurídicas (...). Comprender las razones por las cuales los jueces constitucionales deciden 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 explicación"[213].

---

[212] La expresión "juez político", como la he usado, parcialmente tiene que ver con el "carácter institucional" de una Corte Constitucional o Corte Suprema, esto es, como órgano que ejerce un control frente a las otras ramas del poder público. En este sentido está claro que la politicidad constituye una nota esencial de su proceder ordinario. Sin embargo, la expresión como tal, si bien no desconoce esta faceta, está siendo referida predominantemente a los criterios justificativos que emplean los jueces constitucionales para resolver sus asuntos, y es en este sentido en el que aparece su cercanía con las expresiones alternativas empleadas (juez oportunista, estratégico, etc.). Las relaciones y distinciones entre lo político y lo jurídico en la adjudicación constitucional, serán retomadas en IV, 5.

[213] GARCÍA VILLEGAS, MAURICIO, "Las fronteras del Derecho", en *Pensamiento Jurídico. Revista de Teoría del Derecho y Análisis Jurídico* 8 (1997), pp. 41-42.

Desde el punto de vista jurídico esto plantea varios interrogantes, casi todos relacionados con la responsabilidad que tienen los jueces constitucionales al asumir su tarea de "guardianes de la Constitución". Hasta qué punto, para decirlo de otra forma, un "juez político" puede realmente cumplir sus funciones desde las exigencias naturales de su oficio si, como parece deducirse de lo anterior, su labor está influenciada de manera sobresaliente por sus posiciones ideológicas, sus creencias personales o sus preferencias valorativas.

Como consecuencia de esto, la postura que se comenta se ve necesitada de acompañar a la tesis anterior, del "juez político", la tesis del "juez vinculado", con lo cual se pretende hacer ver que sus actuaciones estratégicas pueden, de alguna manera, ser "racionalizadas" desde el punto de vista del Derecho. En efecto, la tesis del "juez vinculado", que es planteada como contrapartida de la anterior, consiste básicamente en afirmar que los jueces ("políticos") proceden *jurídicamente* siempre y cuando hagan uso de un ejercicio argumentativo, en el cual sean empleadas "razones jurídicas" que busquen demostrar que cada fallo está debidamente justificado "en Derecho". Para expresarlo de otra forma, la tesis plantea que el "juez vinculado" es tal porque apela a un discurso enmarcado dentro del ordenamiento jurídico vigente, y porque intenta convencer y persuadir mediante diversas razones que la decisión alcanzada está fundamentada en elementos jurídicos que de alguna manera le anteceden. Ahora bien, en esta perspectiva del "juez vinculado", la idea de corrección de las premisas o razones jurídicas empleadas por los jueces es planteada de modo secundario. Lo principal de la tesis, como se verá luego, consiste en exigir *argumentos* y *motivaciones* a los jueces cuya *forma* sea jurídica, al margen de su propio fondo o de su propia justicia. Así las cosas, todos los casos presentados en el capítulo anterior, y más aún, *cualquier caso* que uno quisiera escoger, muestran como característica uniforme la efectiva "vinculación" de los jueces que los fallaron, porque en todos ellos hay referencias, argumentos y motivaciones en las cuales se articulan elementos jurídicos concretos. Incluso la sentencia SU-047 de 1999, con todos los defectos que tiene, ya señala-

dos en el capítulo I, fue construida desde premisas que giran alrededor de distintas *normas jurídicas* o *precedentes judiciales*, con lo cual sus jueces habrían demostrado, desde la postura que se comenta, que el fallo tuvo una pretendida fundamentación jurídica y que no respondió a sus caprichos e ideologías personales.

La descripción anterior, la tesis del "juez político" y del "juez vinculado", puede sonar como si se tratara de un ejercicio "solapado" o "mentiroso" realizado por los jueces constitucionales al momento de decidir, o que la construcción argumentativa es una mera "fachada" o "ropaje" que les sirve para encubrir sus propias ideologías e intereses[214]. Desde cierto punto de vista, como se procura mostrar más adelante, esta conclusión es acertada[215]. Sin embargo, desde el punto de vista de las teorías estándar del Derecho, la cuestión es más compleja que eso. Estas teorías afirman que, de modo inevitable, el propio ordenamiento jurídico permite combinar las dimensiones "política" y "vinculada" de los jueces, ya que, en algunos casos, les otorga un margen de actuación lo suficientemente amplio para verter en ellos sus propios intereses, pero al mismo tiempo, en la medida en que articulen formalmente argumentos jurídicos, el propio ordenamiento se encarga de "racionalizarlos" o validarlos. En dicho sentido, para las teorías estándar del Derecho los jueces pueden llevar a cabo en algunos casos concretos sus propios proyectos e intereses personales, sobre la base de un ordenamiento jurídico que lo posibilita. La argumentación de "fachada" o "solapada" termina "justificándose", entonces, gracias al Derecho vigente.

---

[214] Cfr. *ibidem*, pp. 42 y 46. La tesis del razonamiento jurídico como "fachada" o "ropaje" puede verse claramente en el realismo jurídico norteamericano, y con mayor insistencia y elaboración, en las escuelas críticas del Derecho. Consúltese al respecto, por todos, KENNEDY, DUNCAN, *A Critique of Adjudication*, Cambridge, Harvard University Press, 1997; *ibidem*, *Libertad y restricción en la decisión judicial. El debate con la teoría crítica del Derecho (CLS)*, *op. cit.*, *passim*.

[215] Cfr. *infra*, III, *passim*.

Esta es, *grosso modo*, la descripción teórica más recurrente en nuestros días sobre el proceder de los jueces constitucionales, cuyas piezas o elementos centrales se pasa a explorar a continuación.

3. EL CARÁCTER PROBLEMÁTICO DEL LENGUAJE CONSTITUCIONAL

a) Generalidad y precisión del lenguaje normativo

La explicación inicial a la que acuden las teorías estándar del Derecho para mostrar cómo proceden los jueces constitucionales, descrita en el epígrafe anterior, consiste en observar las formas mediante las cuales el legislador o el constituyente comunican sus normas, y a partir de esto, señalar cuáles son sus implicaciones a la hora de aplicarlas e interpretarlas. A este respecto, se afirma que el órgano productor de una norma jurídica emplea básicamente dos formas de comunicación. La primera consiste en señalar con suficiente precisión el ámbito de regulación de un hecho o estado de cosas en particular. La segunda es todo lo contrario, cuando comunica sus normas empleando un lenguaje sin la suficiente información regulativa de un hecho o estado de cosas. Cada una de estas formas implica a sus receptores, y en particular a quienes las aplican o las interpretan, una diversa manera de comprenderlas desde el punto de vista racional.

Así, por ejemplo, cuando una norma constitucional establece cosas como "la ciudadanía se ejercerá a partir de los dieciocho años", o "los magistrados de la Corte Constitucional no podrán ser reelegidos", se afirma que, de inmediato, nuestra inteligencia capta un sentido de regulación respecto del cual hay ya la suficiente información para saber qué decidir si en un futuro alguien intenta ejercer la ciudadanía a los diecisiete años, o si el Congreso quisiera reelegir a un juez de la Corte. Desde el punto de vista de los casos que se expusieron en el capítulo anterior, esto lleva a sostener que si el constitu-

yente hubiese manifestado, por ejemplo, que el libre desarrollo de la personalidad no cobijaba el consumo de sustancias alucinógenas, o que la democracia implicaba límites sustanciales, entre los cuales estaba la prohibición de constituir partidos políticos con plataformas ant*idem*ocráticas, o que la libertad religiosa no comprendía prácticas de hechicería y adoración de demonios, los jueces de la Corte Constitucional habrían argumentado de manera distinta sus fallos y opiniones particulares. Sus inteligencias habrían captado, con total precisión, cómo habrían de ser resueltos los casos sometidos a su juicio.

El problema es que tales cosas, que podrían haber ocurrido, de hecho no ocurrieron. Ésta es la principal explicación presentada por los partidarios del "juez político": la causa por la cual los jueces actuaron de la manera como lo hicieron en casos como los explicados en el capítulo anterior, radica en el carácter particularmente indeterminado de las normas constitucionales que estaban en juego. Entre otras cosas, forma parte de las enseñanzas del Derecho que una buena técnica para redactar un cierto tipo de normas jurídicas es la de hacer abstracción de eventos particulares y especiales, porque con ello no se pone en riesgo la función regulativa a que las mismas normas apuntan. Las normas constitucionales que regulan derechos fundamentales, valores o principios de ordenación política suelen estar dominadas por esta idea de generalidad y abstracción. El riesgo de una regulación precisa frente a estos temas podría dar como resultado que otros eventos no contemplados por el órgano productor quedaran no regulados, cuando es posible que tuvieran que haber estado cobijados por dicha regulación. Los seres humanos –incluidos los legisladores– poseemos, como dijera HART, una *relativa ignorancia* de los hechos futuros, y en razón de esto, una *relativa indeterminación de propósitos*[216]. Quiere esto decir que podemos "pensar" y "contemplar" ciertos eventos como necesitados de algún tipo de regulación, y además tenemos en mente cierto objetivo por el cual

[216] HART, H. L. A., *El concepto de Derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot (1963), ed. cast. de G. Carrió, reimpr. 1998, p. 160.

esos mismos eventos deben ser regulados. Sin embargo, no poseemos más que eso: somos incapaces de anticipar todos los posibles casos que pudiesen poner en tela de juicio nuestro propósito inicial de regular algo, y no sabemos lo que quisiéramos regular al respecto.

Así las cosas, en eventos como los señalados en el capítulo I se advierte la presencia de elementos normativos genéricos o indefinidos, en razón de los cuales la labor interpretativa exige ser orientada hacia su clarificación y hacia la determinación de las soluciones jurídicas posibles. El lenguaje constitucional finalmente usado para regular esos asuntos parece hasta sugerir que el propio constituyente quiso que fueran otros órganos competentes, como el legislador o el juez constitucional, quienes determinaran las soluciones a las distintas maneras de concretizar sus normas generales. Veamos más detenidamente las explicaciones puntuales y matices que ofrecen las *teorías estándar del Derecho* sobre el carácter problemático del lenguaje constitucional.

b) El "núcleo duro" y la "zona de penumbra"

La primera explicación a la que acuden los partidarios del "juez político" y del "juez vinculado" para mostrar las distintas maneras de razonar jurídicamente con las normas jurídicas (y por extensión con los precedentes judiciales), proviene de H. L. A. HART. Su penetrante estudio sobre las formas de comunicar pautas generales de conducta, en el que se refleja una preocupación sobre los problemas del lenguaje humano, planteó la necesidad de distinguir entre el *core* o núcleo duro y la *penumbra* o zona marginal de las expresiones usadas en el lenguaje jurídico[217].

La idea central para HART radica en que todas las normas jurídicas, al estar expresadas mediante palabras y símbolos del lenguaje, tienen una limitación natural que es inherente al propio lenguaje.

---

[217] Cfr. *ibidem*, pp. 14-15.

Dicha limitación consiste en que los términos empleados poseen una zona clara de determinación por la cual sabemos qué objetos, propiedades, fenómenos, actividades, etc., están cubiertos por los mismos, pero a su lado aparece otra zona que no es tan clara, en la medida en que no estamos tan seguros si otros objetos, propiedades, fenómenos, actividades, etc., estarían también siendo referidos por dichos términos. A esto se le conoce con el nombre de la *textura abierta* del lenguaje[218]. Es una noción que plantea la existencia de interrogantes sobre lo que se quiso decir con una determinada palabra, expresión o frase[219].

Uno de los ejemplos a los que acude HART –que se ha vuelto ya clásico– consiste en una norma que prohíbe la entrada de vehículos a un parque. La pregunta pertinente apunta a qué puede entenderse por la expresión "vehículo", si con ella aludimos no sólo a los automóviles sino también a los aeroplanos, bicicletas y patines. Dice HART:

> "Habrá por cierto casos obvios, que aparecen constantemente en contextos similares, a los que las expresiones generales son claramente aplicables. ('Es indudable que un automóvil es un vehículo'). Pero habrá también casos frente a los que no resulta claro si aquéllas se aplican o no

---

[218] Cfr. *ibidem*, pp. 155-169.

[219] La *textura abierta del lenguaje* plantea un problema de generalidad, indeterminación o vaguedad, que es suficientemente ilustrativo para dar cuenta de la gran mayoría de los problemas que aquejan al lenguaje jurídico. HART se concentra particularmente en esto. Desde luego, existen otros factores que permiten plantear otras dificultades del lenguaje, sobre las que no me voy a detener. Sólo a manera de ejemplo, valga recordar a las palabras "ambiguas", que son aquellas que pueden entenderse de varios modos, sin que sepamos cuál de todos ellos es el que debe prevalecer. Sobre estos factores que aquejan al lenguaje véase CARRIÓ, GENARO, *Notas sobre Derecho y Lenguaje* (1964), Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 4ª. ed., 1994; ITURRALDE SESMA, VICTORIA, *Aplicación del Derecho y justificación de la decisión judicial*, *op. cit.*, pp. 46-89.

('La palabra 'vehículo', tal como se la usa aquí, ¿comprende aeroplanos, bicicletas, patines?')"[220].

Y más adelante agrega:

"Cualquiera sea la técnica, precedente o legislación, que se escoja para comunicar pautas o criterios de conducta, y por mucho que éstos operen sin dificultades respecto de la gran masa de casos ordinarios, en algún punto en que su aplicación se cuestione las pautas resultarán ser indeterminadas; tendrán lo que se ha dado en llamar una 'textura abierta'. Hasta aquí hemos presentado esto, en el caso de la legislación, como una característica general del lenguaje humano; la falta de certeza en la zona marginal es el precio que hay que pagar por el uso de términos clasificatorios generales en cualquier forma de comunicación relativa a cuestiones de hecho; los lenguajes naturales muestran, cuando se los usa así, una irreductible textura abierta"[221].

Por lo tanto, las normas jurídicas suponen, desde consideraciones sobre el lenguaje, una diferencia de aplicabilidad, con mayor o menor certeza, a lo regulado por ellas. Al "núcleo duro" pertenecerán los casos obvios, claros y familiares, "que se repiten en forma constante en contextos semejantes, respecto de los cuales existe acuerdo general sobre la aplicabilidad de los términos clasificatorios"[222]. En cambio, los demás casos, sobre los cuales tenemos dudas o incertidumbre, pertenecerán a la "zona marginal" o de "penumbra"[223].

---

[220] HART, H. L. A., *El concepto de Derecho*, *op. cit.*, pp. 157-158.

[221] *Ibidem*, pp. 159-160.

[222] *Ibidem*, p. 158. Para un análisis detallado de esta aproximación de HART al lenguaje jurídico, véase MARMOR, ANDREI, *Interpretación y Teoría del Derecho*, Barcelona, Gedisa, trad. de M. Mendoza Hurtado, 2001, pp. 165-200.

[223] Cfr. HART., H. L. A., *El concepto de Derecho*, *op. cit.*, pp. 15 y 159. Este análisis está presente en la obra de HART desde su propio inicio, cuando ya advierte la distinción entre el núcleo y la penumbra para definir el Derecho: "Las reglas jurídicas pueden tener un núcleo central de significado indiscutido (...). Sin embargo todas las reglas poseen una penumbra de incertidumbre donde el juez tiene que ele-

c) Los "conceptos" y las "concepciones"

La distinción acabada de presentar, relativa al lenguaje jurídico, permite plantear que, en principio, los desacuerdos que tienen los jueces en los casos concretos serían de tipo semántico, surgidos por la existencia de una zona marginal o de penumbra. Sin embargo, cabría preguntarnos si tales desacuerdos están únicamente relacionados con el significado de los términos empleados por el autor de una norma jurídica, o si existen otros tipos de controversias jurídicas donde se vinculen cuestiones más de fondo.

RONALD DWORKIN ha sido partidario de esto último. Sugiere que los desacuerdos versan sobre cuestiones de más peso, que sobrepasan asuntos relacionados con la sola "vaguedad" o identificación "semántica" de un texto normativo. Sostiene incluso que los propios constituyentes eligieron deliberadamente una redacción "vaga" de algunas cláusulas constitucionales, en lugar de haberlas delimitado con mayor precisión, a pesar de que seguramente tenían suficientes ejemplos sobre su aplicación al momento de redactarlas[224]. Para este autor es más importante entender que el Derecho (y en este caso las cláusulas constitucionales "vagas") presenta una dinámica propia, la cual se va delineando y enriqueciendo mediante una práctica social

---

gir entre alternativas", *ibidem*, p. 15. De las importantes y famosas discusiones entre HART y DWORKIN surgieron algunos temas adicionales que han venido a clarificar muchos aspectos relacionados con los "materiales" que conforman el Derecho y soportan las prácticas judiciales. Uno de los puntos claves consistió en mirar si, además de la distinción entre "core" y "penumbra", el ordenamiento jurídico contenía otro tipo de normas además de las reglas, como lo sugirió DWORKIN al llamar la atención sobre los principios (cfr. *infra* II, 3.d). En el "Postscript" (*The Concept of Law*, Oxford, The Clarendon Press [1961], 1994) HART concede finalmente que en su trabajo inicial (*El concepto de Derecho*) no había puesto la suficiente atención a los principios, aunque ello no significaba –como lo pretendía DWORKIN– minar los pilares centrales de sus tesis. Estas discusiones puntuales no serán objeto de estudio en esta investigación doctoral. Sobre el particular, puede verse el trabajo de RODRÍGUEZ GARAVITO, CÉSAR, *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*, *op. cit.*, pp. 15-88.

[224] Cfr. DWORKIN, RONALD, *Los derechos en serio*, *op. cit.*, pp. 214-215.

compartida que valora constantemente su sentido o propósito, o desde la cual se construyen nuevas ideas y discusiones[225]. El eje de tal dinámica está constituido por una *actitud interpretativa* hacia los elementos que conforman la práctica social. Veamos esto más detenidamente.

El autor norteamericano elabora su argumentación en torno a este punto, a partir de sus críticas a las que él mismo denomina *teorías semánticas* del Derecho[226], las cuales consideran que los desacuerdos más importantes entre los juristas radican en si existen reglas compartidas que señalen criterios para identificar o significar expresiones, por ejemplo "derecho". A juicio suyo estas teorías plantean desacuerdos meramente verbales[227]. Por el contrario, DWORKIN afirma que los desacuerdos son algo más que "semánticos", pues el Derecho reposa en una práctica compartida (en una historia común) que constantemente se reinterpreta a través de paradigmas surgidos en cada época[228]. Lo que las personas hacen es *discutir* propuestas de mejora desde esas prácticas y esos paradigmas[229]. Así las cosas, el Derecho sería algo más que un significado semántico: consiste en una práctica constante de interpretación, o como expresamente lo afirma, es un "concepto interpretativo"[230] que implica, por la dinámica anterior, una actitud igualmente interpretativa[231].

---

[225] Cfr. DWORKIN, RONALD, *El imperio de la justicia*, Barcelona, Gedisa, trad. de C. Ferrari, 1988, p. 61.

[226] Cfr. *ibidem*, pp. 35-43.

[227] Cfr. *ibidem*, p. 41.

[228] Cfr. *ibidem*, p. 62.

[229] Cfr. *ibidem*, pp. 72-74.

[230] Cfr. *ibidem*, p. 72.

[231] Cfr. *ibidem*, p. 45. La actitud interpretativa, que DWORKIN desarrolla a la luz del ejemplo de una práctica como la "cortesía", posee dos componentes. El primero es la suposición según la cual la propia práctica no sólo existe sino que, además, tiene un valor. El segundo es la suposición de que los requisitos para cumplir dicha práctica "no son necesaria o exclusivamente lo que siempre han sido", sino que "son sensibles a su sentido", es decir, que pueden ser reinterpretados sucesiva-

Pues bien, lo que los constituyentes hacen es proponer "tipos" ("conceptos") generales de comportamientos que son precisamente los que van conformando paulatinamente la práctica social mediante la actitud interpretativa. Y ésta, que forja el dinamismo de la práctica social, implica que en cada momento histórico se lleven a cabo discusiones sobre cuál sería la mejor manera ("concepción") de interpretar ese "tipo" de comportamiento. Por esto, afirma DWORKIN, los desacuerdos no versan sobre el "tipo enunciado" (semántico), sino más bien sobre su mejor uso en un momento determinado (su práctica compartida)[232].

En esto reposa la distinción que hace DWORKIN entre *concepto* y *concepción*, la cual ha venido a constituirse en otro de los elementos centrales de las explicaciones estándar del Derecho. Los conceptos son –para emplear la misma metáfora del autor– como el tronco de un árbol, mientras que las concepciones serían sus ramas. Los conceptos constituyen la base desde la cual se construyen interpretativamente las concepciones que puedan tener los miembros de una comunidad; aquellos serían las "proposiciones más abstractas y generales" compartidas por todos, en tanto que éstas serían los "refinamientos o subinterpretaciones más concretas" de los conceptos[233].

El ejemplo que ofrece DWORKIN sobre la cortesía sirve para explicar lo anterior. Sostiene que "el público está de acuerdo sobre las proposiciones más generales y abstractas" de la cortesía, a la que se

---

mente: cfr. *ibidem*, pp. 45-46. Esta doctrina de DWORKIN es desarrollada más detenidamente en la última parte de este capítulo.

[232] Cfr. DWORKIN, RONALD, *El imperio de la justicia*, *op. cit*., pp. 60-62.

[233] Cfr. *ibidem*, p. 60. En *Los derechos en serio*, *op. cit.*, p. 215, había desarrollado la cuestión de esta forma:

> "La diferencia no es simplemente una diferencia en el detalle de las instrucciones que se han dado, sino en el *tipo* de instrucciones que se han dado. Cuando apelo al concepto de equidad, apelo a lo que significa equidad, y no doy especial importancia a mis opiniones al respecto. Cuando formulo una concepción de la equidad, especifico lo que yo entiendo por equidad y, por consiguiente, mi opinión es lo esencial del asunto".

entiende como una "cuestión de respeto". Este sería el concepto, el "tronco inicial del árbol". Sin embargo, no todos estarían de acuerdo en cuanto a quiénes se les debe dar ese respeto, si "a las personas de un cierto rango", o si, por el contrario, debe ser ganado por mérito propio. Estos desacuerdos serían, por tanto, las concepciones particulares, las "ramas del árbol"[234]. Si se piensa en el derecho de libertad en relación con el caso de las drogas, visto en el capítulo I, se entendería la distinción de DWORKIN de la siguiente forma: sobre la base de un mismo concepto de libertad, entendido como autodeterminación, se arriban a dos concepciones distintas, una como total autonomía y la otra como autonomía limitada por el deber de cuidado de la salud[235].

Esta distinción podría no parecer tan diferente de la que hace HART entre *core* y *penumbra*[236]. Sin embargo, desde la perspectiva de DWORKIN sí lo es, porque el fondo no está en distinguir entre "el significado de una palabra y su extensión", sino más bien entre las interpretaciones existentes sobre las prácticas compartidas que con-

---

[234] Cfr. DWORKIN, RONALD, *El imperio de la justicia*, *op. cit*., pp. 60-61.

[235] Para un estudio más detenido de las implicaciones de esta distinción véase, entre otros, ALONSO GARCÍA, ENRIQUE, *La interpretación de la Constitución*, *op. cit.*, pp. 100-103; GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, *op. cit.*, pp. 226-238; ARANGO, RODOLFO, *¿Hay respuestas correctas en el Derecho?*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores-Universidad de Los Andes, 1999, pp. 11-19; CALSAMIGLIA, ALBERT, "El concepto de integridad en Dworkin", publicado en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* 12 (1992), pp. 155-176.

[236] HART, en el "Postscriptum" (se sigue la traducción de M. Holguín, contenida en la obra de RODRÍGUEZ GARAVITO, CÉSAR, *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*, *op. cit.*, pp. 89-141), alude expresamente al hecho de que él también traza la distinción entre concepto y concepción:

> "[A]l explicar el concepto de justicia, llamo expresamente la atención al hecho de que los criterios de aplicación de un concepto con un significado constante pueden variar y son controvertibles. Para aclarar lo anterior, trazo la misma distinción entre un concepto y diferentes concepciones de un concepto que ocupa un lugar tan prominente en la obra posterior de Dworkin". *Ibidem*, pp. 100-101.

cretan el concepto[237]. Si alguien reclama, por ejemplo, que determinadas interpretaciones no son las que mejor se ajustan a dicha práctica, su reclamo no es sobre las "reglas lingüísticas que todos deben seguir", sino sobre la justificación misma de la interpretación[238]. Con esto lo que se reclama es "asegurar una *verdad interpretativa* más que un concepto válido 'por definición'"[239].

Nótese que a pesar de las anteriores (y posibles) discrepancias sobre qué es aquello sobre lo cual se interpreta constitucionalmente, si sobre "expresiones" o "tipos de instrucciones" dadas, en estas teorías estándar del Derecho existe sin embargo un punto de partida para la interpretación misma: la familiaridad de los casos que ellas cobijan (núcleo duro de HART), o la propia base (concepto de DWORKIN) sobre las que se asientan las interpretaciones particulares (zona de penumbra y concepciones, respectivamente). Lo primero parece sugerir que toda interpretación está precedida de una limitación inicial y, por lo tanto, el juez está "vinculado" a ella. Lo segundo, en cambio, parece diluirla de alguna manera, posibilitando así un ejercicio interpretativo más amplio, o más "político". Las soluciones específicas sobre la forma como cada autor entiende esta vinculación de los jueces al Derecho, se verá más adelante (cfr. *infra*, II, 5.d y e).

d) Las "reglas" y los "principios" constitucionales

Existe una distinción muy difundida que ayuda también a mostrar las dificultades por las que atraviesa el razonamiento constitucional. Consiste en plantear que toda norma jurídica responde a una singular estructura, dependiendo de las soluciones que provee en los

---

[237] Cfr. DWORKIN, RONALD, *El imperio de la justicia*, *op. cit.*, p. 61.

[238] Cfr. *ibidem*.

[239] ARANGO, RODOLFO, *¿Hay respuestas correctas en el derecho?*, *op. cit.*, p. 12.

casos concretos. En términos un poco más tradicionales, la distinción depende del supuesto de hecho y la consecuencia jurídica que la norma regula. Así, cuando el supuesto de hecho no está lo suficientemente determinado ni es lo suficientemente claro como para saber cuándo es aplicable la norma o bajo qué circunstancias, ni qué sanción o consecuencia jurídica se sigue de su incumplimiento, se afirma que la norma en cuestión tiene una estructura de *principio* (*principle*). Cuando, por el contrario, el supuesto de hecho de la norma establece con suficiente claridad la aplicación al caso concreto y su consecuencia jurídica, se habla de una norma que tiene la estructura de *regla* (*rule*)[240].

De acuerdo con esta distinción, la cuestión estaría en advertir la forma lingüística empleada por el autor que crea la norma o el tipo de mensaje que emana de ella. La forma de "regla" contiene un tipo de mensaje claro o con la suficiente exactitud y, sobre todo, intenta describir el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica. En razón de esto, un juez no debería tener mayores dificultades en aplicarla al caso concreto[241]. La forma de "principio", por su parte, es todo lo contrario: su mensaje y la información que provee no son lo suficientemente precisos para saber cuándo es aplicable o en qué circunstancias o bajo qué condiciones o modalidades, así como qué respuesta concreta debe dar el Derecho ante las circunstancias donde el mismo pueda ser aplicable.

Existen criterios adicionales que distinguen las reglas de los principios, como lo ha señalado la doctrina especializada. A modo de ejemplo, se afirma que los principios poseen un contenido moral,

---

[240] Cfr. DWORKIN, RONALD, *Los derechos en serio*, *op. cit.*, en esp. pp. 72-80. Una exposición de esta distinción se encuentra en RODRÍGUEZ GARAVITO, CÉSAR, *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*, *op. cit.*, pp. 35-38 y 48-53.

[241] Puede agregarse a lo dicho en el texto que, naturalmente, aún en la aplicación de reglas, puede haber serias y fundadas discrepancias científicas con relación a la determinación del significado, alcance, modos de operación, etc., de reglas determinadas, lo cual no impide lo señalado arriba, y su distinción con respecto a los principios.

mientras que el contenido de las reglas es diversificado; que aquellos no están siempre regulados positivamente, mientras que las reglas sí; que la validez de los principios está dada en razón de su propio contenido, en tanto que la validez de las reglas depende de otras reglas o principios, etc.[242]. Estos criterios adicionales plantean serios retos a la tarea de justificación jurídica, como se verá más adelante. Sin embargo, el énfasis puesto en este trabajo en relación al criterio inicial para distinguir reglas y principios, expuesto al comienzo de este epígrafe, se debe precisamente al hecho de tratarse del criterio más recurrente para explicar las diversas interpretaciones que los jueces realizan sobre las normas jurídicas. Los casos estudiados en el capítulo I se caracterizaron por esto mismo, por la idea de una "forma lingüística" que implicaba mirar qué tan claros o no, precisos o no, eran los "textos" consagrados en las normas constitucionales o en los precedentes judiciales escritos con anterioridad y, además, cuánta información proveían[243].

Ahora bien, las consecuencias que se derivan de la distinción entre reglas y principios, en el ámbito de la interpretación, plantean como posible no sólo una diversa aproximación para resolver los ca-

---

[242] Algunos de estos criterios estarán evidenciados en el desarrollo de este capítulo. Sobre estos criterios véase VIGO, RODOLFO L., "Una teoría distintiva 'fuerte' entre normas jurídicas y principios jurídicos", en *idem*, *Interpretación jurídica. Del modelo iuspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1999, pp. 131-143; también ALEXY, ROBERT, "Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica", en su libro *Derecho y razón práctica*, México, Fontamara, trad. de M. Atienza, 1998, pp. 7-20 [publicado originariamente en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* 5 (1988), pp. 139-151]; y en *idem*, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, trad. de E. Garzón Valdés, reimpr. 2001, pp. 82-86.

[243] El criterio de la mayor o menor claridad de las expresiones usadas en las normas constitucionales, no implica sostener que la interpretación se agote en el texto de la Constitución, pero sí implica, en cambio, afirmar que el texto *suele ser* su punto de partida, y que representa para el intérprete su lugar de referencia, al margen de cuál sea la lectura que considere particularmente relevante a partir del mismo. Al respecto véase BALAGUER CALLEJÓN, MARÍA LUISA, *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*, Madrid, Tecnos, 1997, p. 24.

sos concretos, sino además una mayor libertad para configurar una respuesta judicial a partir del juzgamiento de principios, sin que por esto los jueces dejen de estar vinculados al ordenamiento jurídico vigente. La distinta aproximación racional es consecuencia, desde luego, de la propia estructura que posee cada una de las normas. Sobre esto sostiene ALEXY lo siguiente:

> "[L]os principios son *mandatos de optimización*, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos. En cambio, las *reglas* son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces debe hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos"[244].

De acuerdo con esto, mientras los principios son "normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes"[245], las reglas, por el contrario, contienen mandatos definitivos que implican una mayor determinación "en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible"[246]. A este respecto DWORKIN ha manifestado que las reglas son aplicables en su totalidad, a la manera disyuntiva de "todo o nada"[247], y por lo tanto no podrían existir sobre un mismo supuesto de hecho dos reglas [válidas y aplicables] que solucionaran el mismo caso, porque habría una ineludible contradicción. Por eso, cuando ocurre dicha contradicción, una de las dos reglas debe aplicarse en su totalidad y

---

[244] ALEXY, ROBERT, *Teoría de los derechos fundamentales*, *op. cit.*, pp. 86-87.

[245] *Ibidem*, p. 86.

[246] *Ibidem*, p. 87.

[247] Cfr. DWORKIN, RONALD, *Los derechos en serio*, *op. cit.*, p. 75. A esto agrega (*ibidem*):

> "Si los hechos que estipula una regla están dados, entonces o bien la regla 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".

la otra debe ser preterida completamente. Esto mismo es planteado por ALEXY en estos términos:

> "[N]o puede ser el caso que valgan dos juicios concretos de deber ser recíprocamente contradictorios. Si se constata la aplicabilidad de dos reglas con consecuencias recíprocamente contradictorias en el caso concreto y esta contradicción no puede ser eliminada mediante la introducción de una cláusula de excepción, hay entonces que declarar inválida, por lo menos, a una de las reglas"[248].

Los principios, en cambio, son aplicables para estos autores en la mayor medida posible, dependiendo de los principios contrarios, a través de la idea de la "ponderación" o "pesaje" cuya evaluación le corresponde hacer al juez en cada caso concreto. Esto permite que, ante un conflicto entre principios, no opere la lógica del "todo o nada", sino de un "más y un menos", lo cual posibilita que uno de los dos ceda parcialmente ante el otro sin que deba desaparecer del ordenamiento jurídico[249]. Dos normas con estructura de principio pueden, por consiguiente, coexistir en el ordenamiento y le corresponderá al juez, en cada caso, privilegiar a una de ellas, sin que esto implique que la otra norma pierda su eficacia normativa para otros casos[250].

---

[248] *Teoría de los derechos fundamentales*, *op. cit.*, p. 88.

[249] Sobre el tema del "pesaje", cfr. DWORKIN, RONALD, *Los derechos en serio*, *op. cit.*, pp. 77-78. Afirma allí lo siguiente (p. 77):

> "Los principios tienen una dimensión que falta en las reglas: la dimensión de peso o importancia. Cuando los principios se interfieren (...), quien debe resolver el conflicto tiene que tener en cuenta el peso relativo de cada uno".

Sobre la "ponderación" entre principios, consúltese también ALEXY, ROBERT, *Teoría de los derechos fundamentales*, *op. cit.*, pp. 81-115.

[250] Habría un conflicto entre dos reglas cuando una de ellas permitiera, por ejemplo, la circulación de todos los vehículos y otra regla lo prohibiera. Un conflicto así se soluciona mediante una cláusula de excepción, *v. gr.*, atendiendo a horas de congestión para determinados días y para determinados vehículos. La inexistencia de una cláusula de excepción no permite la subsistencia de dos reglas contradictorias. En casos como estos una regla tiene que ser declarada inválida, o inaplicable, al me-

Aparentemente, esta caracterización de las normas jurídicas, dividiéndolas entre reglas y principios, permitiría solucionar los casos que se le presentan al juez al momento de fallar, bien sea a través de una regla clara que lo regule, bien a través de un principio que debe ser aplicado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades existentes para su realización. Y como se acaba de mencionar, frente a los principios parece darse una mayor libertad de configuración de una respuesta a un caso concreto, mientras que en aquellos supuestos regulados por una regla la decisión parece depender de las propias indicaciones de ella. Veamos esto con un ejemplo sencillo.

Si suponemos que existen dos normas, una de las cuales establece que "se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones" (artículo 20 de la C. P.), y otra norma que prescribe que "no habrá pena de muerte" (artículo 11 de la C. P.), las explicaciones anteriores llevan a que se puedan realizar dos

---

nos para el caso concreto que se encuentra *sub iudice*. Un conflicto entre principios aparece cuando, por ejemplo, se garantiza el derecho a la intimidad, por una parte, y la libertad de prensa sin censura, por la otra. En estos casos, esas normas pueden subsistir sin ningún problema en el ordenamiento jurídico, pero, según DWORKIN y ALEXY, en casos de conflicto, deberá una ceder ante la otra –sólo para el caso en concreto– a través de la ponderación o sopesamiento de los derechos que están en juego. Habrá ocasiones, por cierto, en que el juez, dependiendo de los hechos, favorezca la intimidad, pero en otras la libertad de prensa. Este modo de ver la relación entre dos principios, solucionando las cosas mediante la ponderación o *balancing test*, no tiene en cuenta que, si no se busca dar a cada uno lo suyo y defender el derecho *real* que existe en cada caso, implicar preterir un derecho fundamental válido de una persona concreta, en aras de otro, y allí también hay una irreductible contradicción. Al respecto véase TOLLER, FERNANDO, "Refutaciones lógicas a la teoría de los conflictos de derechos", en CIANCIARDO, JUAN (Coord.), *La interpretación en la era del neoconstitucionalismo"*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 2006, pp. 133-181. Existen metodologías mejores que la ponderación para solucionar lo anterior, como se propone en SERNA, PEDRO y TOLLER, FERNANDO, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales*, *op. cit.*, en esp. pp. 37-105, y en TOLLER, FERNANDO, "La resolución de los conflictos entre derechos fundamentales. Una metodología de interpretación constitucional alternativa a la jerarquización y el *balancing test*", cit., *passim*. Sobre esto se volverá nuevamente, *infra*, III, 4.

juicios a partir de los supuestos de hecho y las consecuencias jurídicas que cada norma regula. La segunda de las normas parece regular con carácter más definitivo y preciso una situación. Se trata de una norma que prohíbe con carácter absoluto que en Colombia se pueda imponer la pena de muerte, razón por la cual si una persona es condenada a muerte (supuesto de hecho), tal condena es absolutamente nula y puede ser impugnada con éxito (consecuencia jurídica).

En cuanto a la primera norma, si bien contiene una regulación que garantiza la libertad de expresión, no resulta del todo claro determinar los supuestos en los que una persona puede, de acuerdo con esta garantía constitucional, expresar sus pensamientos y opiniones, y no sufrir *ningún* tipo de consecuencia jurídica negativa, o qué expresiones pueden incluso ser promovidas con subsidios y otras medidas por parte del Estado. Preguntas alrededor de esta cuestión pueden ser: ¿cabe cualquier tipo o clase de expresión personal?; ¿tienen las opiniones, por ejemplo de los medios de comunicación, la misma protección en estado de guerra que en estado de paz?; ¿están incluidas dentro de esta protección las opiniones personales que involucren juicios de cualquier índole frente a las demás personas?; ¿caben las opiniones temerarias e infundadas?; ¿puede colegirse, desde esta norma constitucional, la protección constitucional de la pornografía y el desnudo?

Así las cosas, y ya expuesto claramente esta estructura diferencial de las normas constitucionales, separándolas entre reglas y principios, puede ahora señalarse que la misma ha venido a constituir una de las explicaciones más recurrentes para afirmar las dificultades especiales a las que debe hacerle frente un juez constitucional. La razón estriba en que las constituciones están redactadas de una manera que tiene *por lo general* (especialmente en el reconocimiento de los derechos fundamentales), una estructura de principio y no de regla, y, por lo tanto, el juzgamiento de casos concretos a la luz de esos textos que enuncian sobre todo principios y no reglas, es mucho más dificultoso que el juzgamiento a partir de los Códigos del Derecho

ordinario, donde la situación suele ser a la inversa, pues sus normas suelen estar más bien redactadas como reglas que como principios[251].

El recurso a los principios constituye, como puede desprenderse de lo anterior, "un instrumento que ofrece un amplio margen de discrecionalidad" a los jueces[252]. Esto, si bien permite afirmar su vinculación *prima facie* al ordenamiento jurídico, demuestra al mismo tiempo que su uso no siempre está exento de dificultades. Desde el punto de vista de lo establecido al comienzo de este capítulo, sobre la mayor o menor vinculación de los jueces al Derecho, una interpretación basada en principios constitucionales les posibilita una mayor proyección estratégica, con el consecuente riesgo de que la misma se transforme en una interpretación arbitraria en manos de algunos jueces. Lo relevante está en que, debido a su carácter abierto

---

[251] Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que esta estructura diferencial entre reglas y principios, aunque refleje una de las particularidades de la interpretación constitucional, no debe llevarse hasta el extremo. La principal razón consiste en que hay "reglas" en la Constitución y hay "principios" en el Derecho legislado, y tanto los jueces ordinarios como los constitucionales tienen que dar cuenta de ambos tipos de normas. La expresión "por lo general" es, entonces, determinante. Sobre el tema véase, entre otros, ALONSO GARCÍA, ENRIQUE, *La interpretación de la Constitución*, *op. cit.*, p. 24; ELY, JOHN HART, *Democracia y desconfianza*, *op. cit.*, p. 31; ZAGREBELSKY, GUSTAVO, *El derecho dúctil*, *op. cit.*, p. 110; y BALAGUER CALLEJÓN, MARÍA LUISA, *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*, *op. cit.*, pp. 39-41. La diferencia, al decir de PRIETO SANCHÍS, sería de carácter cuantitativo, "pues ni el Derecho ordinario desconoce las cláusulas elásticas, ni el constitucional carece de mandatos precisos y concluyentes" ("Notas sobre la interpretación constitucional", *cit.*, p. 176, n. 9). También expone este punto TAMAYO Y SALMORÁN, ROLANDO, "*Interpretación Constitucional*. La falacia de la interpretación cualitativa", en VÁSQUEZ, RODOLFO (Comp.), *Interpretación jurídica y decisión judicial*, *op. cit.*, pp. 89-133. Tanto las normas constitucionales como las demás normas y materiales jurídicos, pueden ser caracterizadas como enunciados que regulan y ordenan el comportamiento humano en sociedad, bien mediante "reglas" o bien mediante "principios". La caracterización de las normas jurídicas entendidas como "reglas" y como "principios" alude, por lo tanto, a un problema general de todas las normas jurídicas.

[252] Cfr. ITURRALDE SESMA, VICTORIA, *Aplicación del Derecho y justificación de la decisión judicial*, *op. cit.*, p. 249.

o de mayor indeterminación, los principios pueden servir tanto a "malabarismos conceptuales", como "propósitos ideológicos"[253].

4. LA DISTINCIÓN ENTRE CASOS "FÁCILES" Y CASOS "DIFÍCILES"

a) Planteamiento

Con los anteriores elementos se puede abordar el eje de las explicaciones que las teorías estándar del Derecho realizan sobre el razonamiento de los jueces, en particular los que tienen competencia en materia constitucional. Se trata de una formulación que, al menos para una buena parte de sus expositores, describiría acertadamente este oficio, la cual consiste en sostener que en el Derecho deben distinguirse los casos judiciales entre fáciles y difíciles. Esta clasificación, que se torna cada vez más recurrente en la teoría jurídica contemporánea[254], plantea que todo ejercicio de interpretación reali-

---

[253] Cfr. PRIETO SANCHÍS, LUIS, *Ley, principios, derechos*, Madrid, Dykinson, 1998, p. 47.

[254] Afirma ATIENZA que esta distinción "juega un papel esencial en lo que cabría denominar como 'teorías estándar' de la argumentación jurídica y también, más en general, en la teoría del derecho contemporánea": "Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos", cit., pp. 188-189. En efecto, son muchos los autores que han abordado sus estudios desde esta distinción entre casos fáciles y difíciles. A modo ilustrativo están, entre otros, AARNIO, AULIS, *Lo racional como razonable*, *op. cit.*, *passim;* ATIENZA, MANUEL, en el citado escrito "Los límites de la interpretación constitucional", y en *Tras la justicia. Una introducción al Derecho y al razonamiento jurídico*, Barcelona, Ariel, 1993, en esp. pp. 23-32; CARRIÓ, GENARO, *Notas sobre Derecho y lenguaje*, *op. cit.*, en esp. pp. 55-62; HART, H. L. A., *El concepto de Derecho*, *op. cit.*, en esp. pp. 155-183, y particularmente su "Postscriptum", cit., en esp. pp. 106-112 ("El positivismo suave") y 135-141 ("Discrecionalidad judicial"); MACCORMICK, NEIL, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 1978, *passim*; MARMOR, ANDREI, *Interpretación y Teoría del Derecho*, *op. cit.*, en esp. pp. 165-200; MORESO, JOSÉ JUAN, *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, *op. cit.*, en esp. pp. 183-238; PRIETO SANCHÍS, LUIS, *Ideología e interpretación ju-*

zado por los jueces admitiría dos "tipos" o "clases" de razonamiento, dependiendo del caso que tengan que resolver. Un primer "tipo", relativo a los casos fáciles, consistiría en un razonamiento meramente *aplicativo* de la norma; el segundo tipo sería un razonamiento *creativo* o *interpretativo*, como consecuencia de tratarse de un caso difícil[255].

Los casos fáciles serían los ordinarios, reiterativos, rutinarios o familiares, respecto de los cuales los jueces no llevan a cabo, en rigor, una labor interpretativa sino de verificación de los hechos, para luego ser subsumidos en una regla jurídica (que describe el hecho ocurrido y señala la consecuencia jurídica aplicable). Los casos fáciles admiten una sola respuesta y cualquier juez estaría en la capacidad de llegar a ella mediante un procedimiento lógico-deductivo, a través de la formulación de un silogismo: la premisa mayor es una regla jurídica, la premisa menor son los hechos acaecidos y la conclusión,

---

rídica, op. cit., en esp. pp. 88-101; RODRÍGUEZ GARAVITO, CÉSAR, "Los casos difíciles en la jurisprudencia constitucional colombiana", cit., pp. 17-116; STREETER PRIETO, JORGE, "El razonamiento jurídico", en AA.VV., *Interpretación, integración y razonamiento jurídicos, op. cit.*, pp. 99-116; ZAGREBELSKY, GUSTAVO, *El derecho dúctil, op. cit.*, en esp. pp. 138-144. Un estudio comprensivo del tema, es el de NAVARRO, PABLO E., "Sistema jurídico, casos difíciles y conocimiento del Derecho", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* 14 (1993), pp. 243-268.

[255] ATIENZA manifiesta, por ejemplo, lo siguiente ("Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos", cit., p. 189):

> "[C]asos fáciles son aquellos (que ciertamente existen) en los que no hay más que aplicación pura y simple del derecho, mientras que en los casos difíciles la cuestión en litigio no está determinada por los estándares jurídicos existentes; por eso, estos últimos requieren, a diferencia de los primeros, una labor interpretativa".

Una excepción importante a esta caracterización de casos "fáciles" y "difíciles" es RONALD DWORKIN. En efecto, si bien en *Los derechos en serio* dedica un capítulo entero al estudio de los "casos difíciles", para esbozar la tesis del deber de los jueces de encontrar la respuesta correcta *aun* en dichos casos (cfr. *ibidem*, pp. 146-208), en el *Imperio de la justicia* concederá que el razonamiento judicial no varía en ninguno de los dos casos. E incluso afirma allí que la distinción entre casos "fáciles" y "difíciles" no es tan importante en el Derecho ni tan clara: cfr. *ibidem*, p. 191. La cuestión es tratada más adelante: cfr. IV, 3.e.

contenida en la premisa mayor, deriva lógicamente de su conformidad o adecuación con los hechos.

En consecuencia, en los casos fáciles los jueces realmente no tendrían mayores problemas para tomar la decisión, pues ésta consistiría, literalmente, en la aplicación de la ley[256]. Desde un punto de vista cognoscitivo o epistemológico, tampoco habría mayores dificultades en apreciar la similitud de este tipo de proceso con una noción de verdad en sentido teórico: se trata de una conformidad o adecuación entre los hechos y la norma, similar a la de un objeto y su reflejo[257].

Como en parte se ha adelantado, el soporte fundamental de esta caracterización de los casos fáciles y su manera de resolverlos es bastante similar al establecido anteriormente con relación a los tipos de normas jurídicas. Los casos fáciles se encuentran con un tipo de mensaje en la forma de "regla". Y en este sentido, en la medida en que definen con especial precisión la manera como deben ser resueltos los casos, no hacen menos que facilitarle al juez su tarea de decidir.

Por su parte, los casos difíciles serían aquellos complejos, marginales, únicos o inusuales, respecto de los cuales los jueces deben realizar esfuerzos considerables de interpretación como consecuencia de que no resulta posible saber con certeza cuál es la decisión que debe ser tomada por ellos. Uno de los elementos más sobresalientes para hablar de un caso difícil consiste en la presencia de normas jurídicas que poseen términos vagos e imprecisos (generalmente redactadas como principios), aunque existen otras circunstancias adicionales que los caracterizan. Lo esencial de estos casos, para las teorías estándar del Derecho, radica en dos notas centrales: por un lado, en el hecho de que admiten varias respuestas o soluciones a los casos concretos; por el otro, a que los jueces se ven imposibilitados de re-

---

[256] Cfr. AARNIO, AULIS, *Lo racional como razonable*, *op. cit.*, p. 23.

[257] Cfr. *ibidem*.

currir a la formulación metodológica de un silogismo judicial, porque alguna de las premisas contiene elementos que la hacen ser especialmente problemática (generalmente las mayores dificultades se presentan alrededor de la premisa mayor[258]).

b) Los seis tipos de casos "difíciles"

Veamos con detenimiento las distintas razones o causas por las cuales puede hablarse de un caso difícil en el Derecho[259]:

1) En primer lugar, el ya referido tema de los problemas del lenguaje en que están formuladas las normas jurídicas (textura abierta, vaguedad, ambigüedad, generalmente en normas jurídicas expresadas bajo la forma de "principio"). La dificultad de estos casos se potencia notablemente cuando tras en uno u otro contenido posibles para esos términos "abiertos", se encuentran involucradas nociones filosóficas y consecuencias morales. Sobre estos casos afirma CARRIÓ:

---

[258] También es posible hablar de un caso difícil con relación a las dificultades sobre los hechos (premisa fáctica), aunque generalmente se habla de caso difícil, desde las teorías estándar del Derecho, con relación a la premisa normativa. Cfr. ATIENZA, MANUEL, "Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos", cit., pp. 188-194.

[259] Con algunas modificaciones que he introducido, estas razones para la existencia de casos difíciles han sido elaboradas a partir del escrito de CÉSAR RODRÍGUEZ GARAVITO, "Los casos difíciles en la jurisprudencia constitucional colombiana", cit., pp. 28-30. Con referencias a este mismo tema, véase también del mismo autor, *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*, *op. cit.*, pp. 68-69. Una clasificación algo similar puede verse en ITURRALDE SESMA, VICTORIA, *Aplicación del Derecho y justificación de la decisión judicial*, *op. cit.*, pp. 103-104. Sobre las dificultades que existen para clasificar los casos difíciles véase, por todos, NAVARRO, PABLO E., "Sistema jurídico, casos difíciles y conocimiento del Derecho", cit., pp. 252-262. La tesis central de este autor, sobre el punto, consiste en sostener que la identificación de un caso difícil o fácil sólo es posible después de identificar las propiedades de un sistema normativo (cfr. *ibidem*, p. 260).

> "[El intérprete] se ve forzado a decidir, bajo su responsabilidad, si esos hechos están o no comprendidos por las expresiones lingüísticas que, a ese respecto, son indeterminadas. Su decisión, en consecuencia, no está controlada por ellas (...). Se ve forzado a adjudicar [a la norma] un sentido que, en lo que hace al caso presente, hasta ese momento no tenía"[260].

2) En segundo lugar, puede hablarse de caso difícil cuando no existe norma aplicable al caso concreto. En este evento de ausencia de regulación, a causa de las denominadas "lagunas del Derecho" o, mejor aún, del carácter no completo del ordenamiento jurídico, los jueces se ven obligados a "echar mano" de criterios que permitan "completar" el ordenamiento para resolver el caso concreto. Acuden por lo general a mecanismos de integración, como la analogía[261].

3) Así mismo, están los casos que pueden ser resueltos *prima facie* a partir de dos o más normas jurídicas. Esta posibilidad plantea la existencia de tensiones o conflictos entre las normas, por ejemplo una regla contra otra regla, contra un principio o contra un valor, o bien, un principio contra otro principio o contra un valor, o valores enfrentados entre sí. Este tipo de casos han sido particularmente abundantes en la jurisprudencia de los distintos tribunales constitucionales. La forma de resolverse varía dependiendo de lo que esté juego. Al lado de las ya explicadas, esto es, establecer una cláusula de excepción a una regla o invalidar una de las dos, o bien, ponderar los principios encontrados, la doctrina y la jurisprudencia han elaborado algunos "tests"[262] y criterios[263] orientadores de la interpretación

---

[260] CARRIÓ, GENARO, *Notas sobre Derecho y lenguaje*, *op. cit.*, p. 57.

[261] Cfr. RODRÍGUEZ GARAVITO, CÉSAR, *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*, *op. cit.*, p. 68.

[262] El denominado "test de razonabilidad", cuyo objeto principal consiste en determinar si una norma jurídica viola o no el principio de igualdad, aparece en la escena del constitucionalismo contemporáneo como el ejemplo paradigmático. Además de examinar si una medida es "adecuada" o "idónea", "necesaria" y "eficaz" para alcanzar una finalidad constitucionalmente válida, el "test" se orienta a analizar cuáles serían las implicaciones de un trato desigual respecto de otros valores y prin-

constitucional en estos casos, mediante los cuales se busca ofrecer pautas que permitan justificar la decisión elegida.

4) Una cuarta razón de caso difícil se presenta cuando, a pesar de la existencia de una regla jurídica clara, y en general legítima, su aplicación, por las circunstancias del caso concreto, produce una evidente injusticia (el clásico tema de la equidad en el Derecho). Hay quienes plantean, como posibilidad adicional, la aplicación de una regla jurídica clara que a pesar de su justicia, puede resultar políticamente inconveniente al ser aplicada. En estos eventos, como es natural, los jueces deben justificar su decisión contra una norma válida que, además, es clara[264].

---

cipios constitucionales. Sobre este "test", sus clases (europea y norteamericana), pasos, niveles de intensidad y desarrollo en Colombia, véase la sentencia C-093 de 2001, M. P. ALEJANDRO MARTÍNEZ (considerandos 4 a 15), donde se hace una muy bien lograda explicación al respecto. Así mismo, cabe mencionar el denominado "principio de proporcionalidad", que la Corte Constitucional colombiana aplica para enjuiciar la constitucionalidad de las actuaciones de la Administración Pública en general, y particularmente las restricciones legislativas a los derechos fundamentales. Sobre las diferencias y relaciones entre ambos, que no son objeto de esta investigación, consúltese BERNAL PULIDO, CARLOS, *El Derecho de los derechos*, *op. cit.*, pp. 61-92. Sobre las diferencias entre "razonabilidad" y "proporcionalidad", CIANCIARDO sostiene que son "poco importantes": cfr. *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, *op. cit.*, p. 285, n. 569.

[263] A manera de ejemplo, la sentencia C-916 de 2002, M. P. MANUEL JOSÉ CEPEDA, señala criterios como los siguientes: "unidad de la Constitución, fuerza normativa, fuerza integradora, concordancia práctica, armonización concreta, inmunidad de los derechos constitucionales e interpretación conforme a la Constitución" (consid. 8). La importancia de estos criterios será dejada para más adelante (cfr. *infra*, IV, 5.c.iii).

[264] Al margen de que la distinción entre casos "fáciles" y casos "difíciles" no sea del todo la más apropiada para plantear aspectos sobre el razonamiento de los jueces y la interpretación jurídica (como se analiza en detalle más adelante, *infra*, III, 3.b y IV, 3.e), el punto específico sobre la *equidad* es expuesto de forma notable por ARISTÓTELES, en *Ética Nicomaquea* (en adelante *Et. Nic.)*, V, 1137a 5-1138a (se sigue por la edición de Gredos, Madrid, introd. de Emilio Lledó, trad. y notas de J. Pallí Bonet, 1988), y también por TOMÁS DE AQUINO, en *Summa Theologiae* (en adelante *Sum. Theo.)*, II-II, q. 120; véase también, *ibidem*, I-II, q. 96, a. 6 y II-II, q. 60, a. 5 ad. 2 (se sigue por la edición de BAC, Madrid, cinco tomos, 1994). Un estu-

5) Otro tipo de caso difícil se presenta cuando los jueces deben aplicar normas jurídicas injustas. Este caso es distinto del anterior, en la medida en que plantea una posible injusticia *per se* (la injusticia de la norma deviene por así decirlo de sí misma), mientras que en el anterior la norma por sí sola no es injusta, sino su aplicación eventual en un caso determinado (*v. gr.*, el caso de cumplimiento de alguna obligación tributaria en medio de algún hecho desafortunado del obligado). Una norma jurídica injusta constituye tal vez el caso más difícil entre los anteriores, y tiene implicaciones claras desde ciertas doctrinas del Derecho, como ocurre desde la tradición *iusnaturalista*[265].

---

dio importante sobre el tema en MASSINI, CARLOS IGNACIO, *Sobre el Realismo Jurídico. El concepto de Derecho. Su fundamento. Su concreción judicial*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1978, pp. 73-107.

[265] Este caso difícil sería lo que MANUEL ATIENZA denomina *caso trágico:* cfr. "Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos", cit., pp. 187-213. ATIENZA considera que los casos trágicos se distinguen de los difíciles en que en aquellos el juzgador se ve ante la disyuntiva de decidir conforme al ordenamiento o conforme a su propia moralidad, o bien, en que el ordenamiento jurídico no le permite llegar a ninguna solución correcta. Son conflictos respecto de los cuales a los jueces se les presenta un "genuino dilema moral". Un ejemplo de dicho dilema es la categoría de las leyes injustas. ATIENZA considera que los jueces deciden estos casos violentando, necesariamente, algún valor del ordenamiento jurídico (o "sacrifican la ley" o "sacrifican la justicia"). Para ATIENZA, lo trágico ocurre porque resulta imposible encontrar un grado de corrección suficiente de las decisiones judiciales y, por lo tanto, éstas terminan expresando un lúgubre fallo entre "lo malo y lo menos malo", sin que sea posible predicar una justificación basada, en último término, en la idea de justicia concreta. Esta distinción, sin embargo, es al parecer innecesaria. En esta investigación se intentará demostrar, por el contrario, (i) que la categoría de caso "difícil", si bien no es plenamente consistente con la realidad de la interpretación del Derecho, representa un recurso para exponer algunos de los problemas a los que se ven enfrentados los jueces; (ii) que dicha categoría cobija los casos donde son aplicables leyes injustas; (iii) que los jueces, a pesar de las dificultades implicadas en el razonamiento jurídico sobre este tema, pueden apoyar sus decisiones en términos de justicia (o en una dimensión de la bondad de los actos humanos), no en elegir lo "malo o lo menos malo". Si lo anterior es cierto, se seguirá de allí (iv) que la categoría de "caso trágico" es innecesaria, y además inconsistente con las exigencias del razonamiento jurídico práctico.

6) Por último, puede hablarse de la presencia de un caso difícil cuando se presenta, en un mismo tribunal o con un mismo juez, una modificación de su línea jurisprudencial. El caso es difícil por la tensión que subyace entre el hecho de mantener un precedente y la necesidad de modificarlo por razones de peso, que deben ser justificadas suficientemente por el juez, porque puede comprometer tanto la seguridad jurídica como el derecho a la igualdad.

c) Tres consecuencias de la distinción entre casos "fáciles" y "difíciles"

Como se ha dicho, la clasificación entre distintos casos judiciales, según sean "fáciles" o "difíciles", ha sido recurrente en las teorías jurídicas más difundidas para explicar algunos de los más importantes problemas de la interpretación jurídica. Veamos las consecuencias principales que, a partir de las teorías estándar del Derecho, se derivan de allí:

1) La primera consecuencia consiste en que, frente a los casos difíciles, no se puede saber de antemano cuál decisión debe ser tomada por los jueces. Dos jueces distintos, frente a un mismo caso difícil, pueden de hecho llegar a resultados contradictorios[266]. Esto significa que, en este tipo de casos, no es fácil saber cuáles son las respuestas correctas, razón por la cual se plantea, en su lugar, que los jueces llegan a respuestas posibles o alternativas. Por el contrario, de los casos fáciles se desprende una única respuesta correcta (posible).

2) La clasificación plantea una diferenciación entre una actividad de aplicación pura en los casos fáciles y una actividad interpretativa frente a los difíciles. Esto trae como consecuencia una diferenciación de "razonamientos" en sede judicial, dependiendo del tipo de caso frente al que nos encontremos. Frente a los primeros, una

---

[266] Cfr. RODRÍGUEZ GARAVITO, CÉSAR, "Los casos difíciles en la jurisprudencia constitucional colombiana", cit., p. 26.

operación lógica-deductiva de parte de los jueces daría cuenta de la única respuesta correcta. Frente a los segundos, existiría la necesidad de incorporar criterios metodológicos diferentes, a través de los cuales pueda ser consistente plantear las posibles respuestas alternativas a los casos judiciales.

3) En tercer lugar, y como consecuencia de las anteriores notas, las teorías estándar del Derecho entienden por "interpretación" (en los casos difíciles), la actividad de los jueces mediante la cual deben llevar a cabo un ejercicio de determinación y configuración de los derechos y deudas concretas, pues no cuentan con mensajes legislativos suficientemente claros y contundentes. En este evento el juez se considera "un tanto legislador", con capacidad de determinar el "deber ser" del ordenamiento jurídico, contrariamente a lo que sucede en los casos fáciles, en los que su actividad es meramente confirmadora o verificadora de un derecho que "es"[267]. De acuerdo con esto, en los casos fáciles la actividad judicial está simplemente limitada a verificar la norma que es "aplicada", mientras que en los difíciles, al no ser posible constatar la presencia de una norma clara para fundar el fallo, dicha actividad confiere a los jueces una libertad para configurar la respuesta según su criterio discrecional: ellos establecen, por la inexistencia de claridad, el derecho como "debe ser".

5. A LA BÚSQUEDA DEL JUEZ "VINCULADO" AL DERECHO

Si bien para las teorías estándar del Derecho es posible que en un mismo caso difícil dos jueces lleguen a respuestas contradictorias, dicha doctrina plantea al mismo tiempo que, de todas formas, es posible que ambas respuestas sean consideradas como decisiones admisibles desde el ordenamiento jurídico, pues al final de cuentas, como

---

[267] Cfr. MARMOR, ANDREI, *Interpretación y Teoría del Derecho*, *op. cit.*, pp. 165-166.

se viera con anterioridad, que eso ocurra es consecuencia directa de la estructura de ciertas normas –los principios–, de la consagración de "conceptos" o "tipos" generales, y de la textura abierta del lenguaje jurídico. En lo que sigue de este capítulo se mostrará cuáles son las explicaciones que estas teorías ofrecen para sostener esta posibilidad, es decir, la vinculación de los jueces al Derecho vigente en los casos difíciles. Antes de esto, sin embargo, es necesario dar algunas indicaciones, o aclaraciones, que permitan orientar el desarrollo de las discusiones siguientes.

a) Una explicación preliminar del tema

Se ha presentado hasta ahora una caracterización general sobre las dificultades que acontecen en los casos constitucionales, empleando las mismas explicaciones a las que acuden las teorías estándar del Derecho contemporáneo. Sin embargo, a pesar de encontrar rasgos comunes en dichas explicaciones, no todos formulan las mismas propuestas para solucionarlos, aunque sus resultados, desde ciertas coordenadas teóricas que serán explicadas oportunamente, terminen coincidiendo en aspectos importantes. DWORKIN, por ejemplo, según se verá luego, no concede que los jueces sean "actores políticos" en el mismo sentido expresado con anterioridad, ni que en los casos difíciles los jueces posean discrecionalidad para fallar, ni tampoco que existan dos tipos de racionalidades judiciales dependiendo de los casos, fáciles o difíciles, a resolver. Entre los autores se discute, además, si es cierta la afirmación de que en los casos difíciles no existen respuestas correctas sino respuestas posibles, pero sobre todo las condiciones para determinar en qué consiste una respuesta correcta y cuáles serían los criterios para justificarla. ROBERT ALEXY, por ejemplo, acepta la tesis de la respuesta correcta pero sólo en un nivel de exigencia regulativa de la función judicial y no como un pos-

tulado que lo caracterice[268]. Para ALEXY los jueces "debieran" actuar de tal manera como si pretendieran encontrar una respuesta correcta, aunque lo cierto sea que en materia jurídica es posible justificar correctamente distintas respuestas a los casos concretos (cfr. *infra*, V, 1.e y 4.e).

Así mismo, debe tenerse en cuenta el manejo dispar de metodologías y elementos epistemológicos entre los autores, hasta tal punto que no resulta posible realizar una presentación uniforme de sus respectivas propuestas. Algunos, como HART, caracterizan sus estudios desde un plano meramente *descriptivo*, y con ello quieren expresar, por contraste, que sus tesis no son valorativas, estimativas o prescriptivas de la función judicial, sino más bien que intentan responder a la pregunta sobre "cómo fallan los jueces", y no sobre cómo deben o debieran fallar en los casos concretos[269]. Esto no ocurre con DWORKIN, quien mezcla elementos descriptivos y prescriptivos[270], o con ALEXY, quien formula una teoría procedimental compuesta por reglas de discusión racional, cuya finalidad radica en mostrar que una decisión puede estar debidamente justificada en Derecho (cfr. *infra*, V, 4).

A todas las anteriores propuestas le acompañan además discusiones puntuales sobre si el razonamiento judicial es "teórico" o "práctico", todo lo cual ha dado como resultado la introducción de nuevas y enriquecedoras perspectivas para analizar el tema.

El panorama resulta, como puede apreciarse, bastante complejo. Es posible que el punto de encuentro entre todas las posturas anteriores lo constituya la idea de mostrar que, a pesar de las dificultades que se verifican en el razonamiento constitucional, los jueces termi-

---

[268] Cfr. ALEXY, ROBERT, *Derecho y razón práctica*, *op. cit.*, pp. 19-20; *Teoría de la argumentación jurídica*, *op. cit.*, pp. 302-303.

[269] Cfr. "Postscriptum", cit., pp. 91-98.

[270] Como se verá en la última parte de este capítulo, DWORKIN explica las etapas de la interpretación jurídica a través de una propuesta que intercala esta doble perspectiva: cfr. *El imperio de la justicia*, *op. cit.*, pp. 57-58.

nan de alguna manera –más o menos fuerte, dependiendo del enfoque del que se trate– sometidos al ordenamiento jurídico vigente. Esto explica, por cierto, el hecho de que distintos autores colombianos hayan orientado sus estudios hacia teorías como las anteriores, mediante las que han intentado iluminar los diferentes aspectos problemáticos que rodean la interpretación constitucional a partir de la sanción de la Constitución de 1991. En particular, el rol protagónico de la Corte Constitucional, manifestado en casos controvertidos como los reseñados en el capítulo I –que la mayoría denomina "difíciles"–, ha exigido replantear los postulados decimonónicos sobre la interpretación jurídica (nutridos del modelo formalista o de la subsunción), hasta entonces dominantes en Colombia. Tales postulados "dominantes" no permitían considerar que algunos casos judiciales podrían ser "difíciles", ni menos aún que los jueces tuvieran que asumir en ocasiones un papel protagónico, como el que se evidencia en ellos.

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, en lo que resta de este capítulo se desarrollarán separadamente las teorías mencionadas (junto a la formulación de algunas críticas), con las siguientes indicaciones. En primer término, se procura mostrar el estado general de la interpretación jurídica en Colombia con anterioridad a 1991, a través del estudio del modelo formalista, que hacía del intérprete un funcionario completamente vinculado al Derecho y le señalaba una precisa y única manera de razonar. El estudio de este modelo se hace conjuntamente con propuestas antagónicas de interpretación jurídica (anti-formalistas), como las provenientes del denominado "Movimiento del Derecho libre" y del "realismo norteamericano", las cuales han servido de referencia para la formulación de una crítica "estándar" a la forma tradicional de concebir la interpretación jurídica, y así mismo, para formular nuevas alternativas en este campo.

En segundo lugar, se da cuenta del modelo que, posiblemente, ha tenido mayor éxito entre los expertos colombianos, y que ha estado presente, en mayor o en menor medida, en las discusiones ante-

riores. Se trata del modelo de la discrecionalidad judicial, que será estudiado a partir de las explicaciones dadas por sus dos principales expositores, KELSEN y HART.

En tercer lugar, se estudia el modelo de DWORKIN, que en esta investigación se denomina "modelo de los principios y la respuesta correcta". Es un modelo que, a pesar de emplear categorías y conceptos contrarios al de la discrecionalidad judicial, deja sin resolver problemas centrales de la actividad de los jueces, en algunos casos similares al anterior. Finalmente, debe decirse que dada su riqueza conceptual y sus desarrollos, se dejará para más adelante, en capítulo aparte (V) el tratamiento de los principales modelos de razonamiento práctico (entre los que aparece la teoría de ALEXY y de varios más)[271].

b) El formalismo jurídico decimonónico como modelo dominante

El modelo formalista ha sido por tradición el modelo dominante de interpretación jurídica en Colombia, como también del Derecho español y latinoamericano en general, desde el momento en que se importa allí, desde mediados del siglo XIX, un Código Civil al estilo francés[272]. En Colombia, salvo contadas excepciones (proveniente de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia entre los años

---

[271] Una razón adicional para dejar el estudio de los modelos de razonamiento práctico para más adelante, radica en que el grueso de sus planteamientos implica un estudio según unas coordenadas científicas, conceptuales y epistemológicas diferentes. Debido a esto, sus explicaciones no forman parte, rigurosamente hablando, de las que he denominado "teorías estándar del Derecho". En el capítulo V se aclara esto con mayor detalle.

[272] Empleo el término "formalismo jurídico" como una doctrina paradigmática que surge en primer lugar como una "forma de explicar" y "operar" el Código Civil. Una lectura más detenida del siglo XIX y el entorno de enfoques surgidos al amparo de ese Código, puede hacerse en LÓPEZ MEDINA, DIEGO, *Teoría impura del Derecho*, *op. cit.*, en esp. pp. 135-233.

1936 a 1940), el empleo de este modelo fue casi unánime en las sentencias judiciales promulgadas durante más de un siglo en todos los niveles jerárquicos de la administración de justicia[273].

Por modelo formalista puede entenderse la idea de que el Derecho responde a una categoría comprensiva denominada "formas legales" (o "lo que produce el legislador"), mediante la cual todo problema y fenómeno jurídico se resuelve a través de un ejercicio de comparación de lo acontecido –los hechos– con dichas formas legales. Otra manera de decirlo es ésta: para el enfoque formalista todo el Derecho emana de la voluntad de un legislador y los jueces se limitan a realizar una operación lógico-deductiva a través de la cual se identifican los hechos del caso concreto para ser subsumidos en una norma jurídica que contiene, previamente, la consecuencia a ser aplicada[274]. Para esta doctrina los problemas relativos a la interpretación jurídica tienen un carácter verificador: los jueces observan los hechos y los *verifican* a la luz de la norma jurídica que expresa los elementos configuradores del caso de manera clara, coherente y completa. Y en tal sentido, el silogismo lógico-deductivo aparece como el instrumento central de los jueces, por medio del cual pueden constatar las decisiones legislativas tomadas en el pasado. Por estas razones, al modelo también se le ha llamado "positivismo legalis-

---

[273] Cfr. LÓPEZ MEDINA, DIEGO, *El Derecho de los jueces*, *op. cit.*, p. 167.

[274] Una definición alternativa, pero sustancialmente coincidente, referida a la vida académica colombiana, es la de DIEGO LÓPEZ MEDINA (*ibidem*, p. 137):

> "Por 'formalismo' entiendo el hábito intelectual de los estudiosos de derecho para quienes un problema jurídico se resuelve predominante o exclusivamente mediante el análisis más o menos detallado de las reglas de origen legislativo que se han promulgado al respecto. Dichas reglas, cuando son plurales en número, son a su vez entrelazadas mediante el uso de un pequeño número de reglas de segundo nivel (*v. gr.* de vigencia de la ley, de especialidad de materia, de fuentes y de jerarquía de normas), igualmente emanadas del poder legislativo, y que conforman el *ars combinatoria* elemental, la aritmética básica de normas que es provincia de cursos propedéuticos tales como Introducción al Derecho".

ta"[275], función "mecanicista" de la interpretación[276], teoría de la "subsunción"[277], modelo "dogmático"[278] o, simplemente, modelo "exegético"[279].

Históricamente, el formalismo fue construido sobre la base de tres ficciones. La primera aparece circunscrita a la idea de la voluntad general como criterio último de legitimidad jurídica, depositada por vía de las mayorías en el parlamento[280]. La segunda, que es consecuencia necesaria de la anterior, implica reconocer que toda ley se presume justa *porque* se presume sabio al legislador. La "era de la codificación", que tenía como propósito configurar un sistema legal lo más completo posible, a través de un legislador que fuera capaz de regular de antemano toda la realidad –con ojos vendados, tratando de imaginar todo posible supuesto de hecho– y determinar para siempre sus propios propósitos (comprender *a priori* el orden jurídico como una obra completa producida por la razón), constituyó el nuevo paradigma del Derecho, en el que el imperio de la justicia

---

[275] Por ejemplo, OLLERO TASSARA, ANDRÉS, *Interpretación del Derecho y positivismo legalista*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1984, *passim*.

[276] Cfr. ROSS, ALF, *Sobre el Derecho y la Justicia*, Buenos Aires, Eudeba, trad. de G. Carrió, 1997, p. 173; RECASÉNS SICHES, LUIS, *Nueva Filosofía de la interpretación del Derecho* (1956), México, Porrúa, reimpr. 1980, por ej. pp. 211-213.

[277] Cfr. SERNA, PEDRO, "Hermenéutica y relativismo. Una aproximación desde el pensamiento de Arthur Kaufmann", en *idem* (ed.), *De la argumentación jurídica a la hermenéutica. Revisión crítica de algunas teorías contemporáneas*, Granada, Comares, 2005, p. 282.

[278] Cfr. VIGO, RODOLFO L., *Interpretación jurídica*, *op. cit.*, p. 14. De acuerdo con VIGO, el modelo dogmático recoge básicamente los postulados de las "escuelas exegética, histórica, el primer Ihering y la jurisprudencia de conceptos" (*ibidem*).

[279] *Ibidem*. Para SEGURA ORTEGA, la escuela "exegética" es la que recoge los postulados de la concepción mecánica de la función judicial: cfr. *La racionalidad jurídica*, *op. cit.*, pp. 75-76. Un estudio a fondo del tema en LÓPEZ MEDINA, DIEGO, *Teoría impura del Derecho*, *op. cit.*, en esp. pp. 147-158.

[280] Cfr. OLLERO TASSARA, ANDRÉS, *Interpretación del Derecho y positivismo legalista*, *op. cit.*, pp. 33-40.

terminó siendo el imperio de la ley[281]. La tercera ficción consistió en asignarle una tarea a los jueces de acuerdo a los parámetros anteriores: concebidos como funcionarios de bajo rango que debían aplicar rigurosa y mecánicamente la ley presuntamente racional y justa, atados a deducciones silogísticas, los jueces son así "los primeros esclavos de la ley y no sus árbitros", como afirmara VOLTAIRE[282], o "el instrumento que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes", según la conocida caracterización de MONTESQUIEU[283]. Para esta postura existe una confianza absoluta en que la normatividad del Estado proporcionaría la solución a todos los casos que el juez tuviera que resolver; su función se limitaba a reconocer y aplicar una norma al supuesto de hecho previsto por ella.

A partir de la segunda mitad del siglo XX se consolida una visión teórica *adversa* a las propuestas centrales del formalismo jurídico, cuya crisis había sido gestada desde finales del siglo XIX, como se verá en el epígrafe siguiente. Esta visión ha dado lugar a varios fenómenos, entre los que se encuentran una mirada a los casos concretos a partir de las exigencias de la justicia material, el renacer del realismo jurídico clásico, el auge del estudio de los principios y el nacimeinto del denominado "neoconstitucionalismo", junto a un replanteamiento de la doctrina de las fuentes reales de la decisión judicial.

Sin embargo, como afirman distintos autores, desde la perspectiva de los propios jueces la concepción mecánica y formalista de la función judicial se ha mantenido como la explicación más recurren-

---

[281] Una reflexión sobre este importante tema en OLLERO TASSARA, ANDRÉS, *¿Tiene razón el Derecho?*, *op. cit.*, pp. 283-288.

[282] VOLTAIRE, FRANÇOIS-MARIE, "Fragment des instructions pour le Prince Royal", citado por PRIETO SANCHÍS, LUIS, *Ideología e interpretación jurídica*, *op. cit.*, p. 24.

[283] MONTESQUIEU, CHARLES-LOUIS, *El espíritu de las leyes*, Buenos Aires, Claridad, 1977, p. 194.

te del proceder interpretativo en los casos concretos, aunque constituya una simple apariencia[284]. Los valores que el modelo defiende, como son la seguridad jurídica, la previsión de resultados y la preexistencia de reglas de juego, junto al empleo de un razonamiento que se desarrolla buscando una plena objetividad en el tratamiento de los problemas y la decisión, están destinados en esencia a vincular totalmente el juez al Derecho vigente, y en tal sentido, a demostrar que todo fallo responde a lo que "el Derecho ordena", y no, en cambio, a valoraciones o preferencias personales que posean. Por esto mismo, desde el punto de vista de los propios jueces, el modelo es lo suficientemente atractivo para ser asumido como parte de las explicaciones de sus actividades. Les permite, con otras palabras, demostrar que han arribado a la decisión a través de pasos sucesivos y concatenados lógicamente, y que la misma responde forzosamente a premisas establecidas con anterioridad, las cuales, por lo demás, no son elaboradas por ellos mismos, sino articuladas a partir de los

---

[284] Entre otros, cfr. SEGURA ORTEGA, MANUEL, *La racionalidad jurídica, op. cit.*, p. 96; RECASÉNS SICHES, LUIS, *Nueva Filosofía de la interpretación del Derecho, op. cit.*, pp. 221-222; y SIMON, DIETER, La independencia del juez, *op. cit.*, p. 73. Si bien hay países y autores que han desechado de modo claro esta concepción del oficio de los jueces, quedan ciertos residuos de la misma en la teoría jurídica latinoamericana. No es difícil, en efecto, encontrar trabajos contemporáneos que reproducen elementos formalistas para explicar alguna institución jurídica. A manera de ejemplo, véase RODRÍGUEZ GREZ, PABLO, "Interpretación, creación y desviación en el proceso de generación de las normas", en AA.VV., *Interpretación, integración y razonamiento jurídicos, op. cit.*, pp. 193-201. Afirma allí, y en el año 1991, lo siguiente:

> "La interpretación no es más que el mecanismo instituido en el ordenamiento jurídico para aplicar la norma general y abstracta. Este proceso intenta describir la tarea que debe seguir el juez, la autoridad administrativa y los sujetos privados, ya sea para sancionar el incumplimiento de las normas generales y abstractas, extender dichas normas a situaciones particulares y concretas o resolver controversias que se susciten en el orden temporal" (p. 193).

Como puede apreciarse, aún es persistente, en algunos, esta forma de entender la interpretación jurídica, *anclada*, como se ha dicho, en la teoría formalista dominante.

mensajes claros y las formulaciones normativas realizadas por el legislador.

Una aproximación meramente descriptiva de la metodología judicial, llevada a cabo a partir de la *forma* como son redactadas las sentencias, parece llevar a una conclusión semejante a la expuesta, es decir, a que el modelo formalista es el que mejor encaja en la descripción metodológica empleada efectivamente por los jueces[285]. En efecto, una lectura desprevenida de los fallos judiciales produce la sensación de haberse realizado sólo un raciocinio lógico-deductivo, una perfecta y contundente derivación silogística mediante la cual unos hechos fueron subsumidos en una norma jurídica, proceso en el cual el fallador simplemente sirvió de intermediario para realizar la constatación respectiva, estableciendo en la parte resolutiva de la sentencia un mandato que ordena el cumplimiento de la norma violada. Arraigado de una manera muy profunda (aún) en la tradición jurídica que sigue de cerca los postulados en que se asienta el Estado liberal de Derecho, el modelo formalista y legalista ha cumplido el papel, como ningún otro, de exclusivo soporte justificativo de las decisiones judiciales.

Estas mismas reflexiones son aplicables para el caso colombiano. Si bien con la llegada de la Constitución de 1991 se producen cambios importantes que, globalmente, parecen contradecir muchos de los elementos centrales que defiende el formalismo, la constante ha sido, sin embargo, la de perpetuar sus lineamientos esenciales en las prácticas judiciales[286]. En la propia Corte Constitucional se han presentado decisiones en las que el formalismo jurídico ha sido defendido como eje central de sus sentencias, aunque no han faltado po-

---

[285] En sentido similar, SEGURA ORTEGA, MANUEL, *La racionalidad jurídica*, *op. cit.*, pp. 95-96.

[286] Cfr. LÓPEZ MEDINA, DIEGO, *Teoría impura del Derecho*, *op. cit.*, *passim*, en esp. pp. 448-449, donde manifiesta que la cultura jurídica colombiana y sus jueces retienen dentro de su ejercicio profesional gran parte de la concepción legalista del Derecho.

siciones en contrario, como se viera en otro lugar (cfr. *supra*, I, 5.b)[287]. Por ejemplo, en la sentencia C-543 de 1992 aparece de modo expreso esta pretensión justificativa. Allí se afirma lo siguiente:

> "[L]a sentencia no es simplemente un documento suscrito por el juez sino el resultado de una génesis que tiene lugar en dos planos diversos: el objetivo, que es propiamente el proceso considerado en sentido jurídico, integrado por las varias etapas que la ley contempla, y el subjetivo, que corresponde a la operación mental efectuada por el fallador, en cuyo fondo lógico hay un silogismo que tiene como premisa mayor la norma general y abstracta de la ley, por premisa menor los hechos controvertidos y por conclusión la parte resolutiva del fallo, que se constituye en mandato concreto, obligatorio para quienes fueron partes dentro del proceso"[288].

En síntesis de lo anterior, la tradición formalista parte de una visión legalista del Derecho cuyo trasfondo es la creencia en la supremacía del legislador y el consecuente sometimiento de los jueces a sus mandatos, mediante lo cual las propias justificaciones judiciales pueden ser endosadas a aquel con enorme facilidad. Ahora bien, no se trata simplemente de una descarga de responsabilidad, sino además del interés por mostrar que los jueces son respetuosos de la ley y que sus decisiones se alcanzan en "estricto Derecho", "objetivamente", prescindiendo de cualquier intromisión de su parte (de cualquier elemento personal o subjetivo) que pudiera ser indicativo de una perniciosa influencia suya en las decisiones concretas. Para este modelo, el juez es una figura incómoda[289].

---

[287] Al respecto véase RODRÍGUEZ GARAVITO, CÉSAR, "El test de razonabilidad y el derecho a la igualdad", cit., pp. 257-269.

[288] Sentencia C-543 de 1992, M. P. JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ. Con todo, en un párrafo siguiente se afirma que hay algo "más" que lógica en la argumentación judicial, aunque los argumentos parecen quedarse cortos a este respecto.

[289] Cfr. OLLERO TASSARA, ANDRÉS, *Interpretación del Derecho y positivismo legalista*, *op. cit.*, p. 97. En similar sentido, VIGO, RODOLFO L., "Razonamiento justificatorio judicial", publicado en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* 21-II (1998), pp. 484-485.

c) Las críticas al modelo formalista

i. El aspecto común de las críticas

El modelo formalista ha sido objeto de innumerables críticas desde finales del siglo XIX, provenientes desde distintos enfoques y corrientes del pensamiento jurídico, y desde diversas categorías conceptuales, muchas veces contradictorias entre sí[290]. La raíz de estas críticas puede encontrarse en las limitaciones naturales de la sola lógica formal para dar cuenta de los criterios de corrección sustancial o material que son relevantes para determinar y configurar las propias premisas que sustentan la decisión[291]. Como se abordará más detenidamente en otra parte (*infra*, VI, 3.b), los alcances del silogismo judicial, si bien importantes, se limitan a la posibilidad de advertir un adecuado orden expositivo que permita apreciar si los jueces han articulado correctamente los criterios formales en su proceder racio-

---

[290] Un estudio general que da cuenta de buena parte de estas críticas es el de RECASÉNS SICHES, LUIS, *Nueva Filosofía de la interpretación del Derecho*, *op.*, *cit.*, *passim*. Al respecto puede verse también PRIETO SANCHÍS, LUIS, *Ideología e interpretación jurídica*, *op. cit.*, pp. 31-46; LÓPEZ MEDINA, DIEGO, *El Derecho de los jueces*, *op. cit.*, pp. 140-165 y 177-187; SEGURA ORTEGA, MANUEL, *La racionalidad jurídica*, *op. cit.*, pp. 73-80.; VIGO, RODOLFO L., *Interpretación jurídica*, *op. cit.*, pp. 13-43; ZAGREBELSKY, GUSTAVO, *El derecho dúctil*, *op. cit.*, *passim;* LARENZ, KARL, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Barcelona, Ariel, trad. de M. Rodríguez Molinero, 1994, en esp. pp. 141-174 y, sobre las limitaciones del silogismo lógico, pp. 267-271; y ATIENZA, MANUEL, *Las razones del Derecho*, *op. cit.*, en esp. pp. 13-20.

[291] Cfr. ALEXY, ROBERT, *Teoría de la argumentación jurídica*, *op. cit.*, pp. 23-24. La insuficiencia de la lógica formal, según ALEXY, se debe a cuatro razones:

> "(1) La vaguedad del lenguaje jurídico, (2) la posibilidad de conflicto de normas, (3) el hecho de que sean posibles casos que necesitan una regulación jurídica, pero para cuya regulación no existe una norma ya vigente, y (4) la posibilidad de decidir incluso contra el tenor literal de una norma en casos especiales".

Esto es especialmente relevante en los denominados casos difíciles: cfr. *ibidem*, pp. 214-222.

nal, si han llevado a cabo deducciones necesarias, si no han incurrido en contradicciones, si han dado cuenta de las conexiones entre las premisas, etc., pero no si dichas premisas, o si los argumentos empleados en virtud de los mismos, son o fueron los más consistentes para determinar la justicia concreta.

La parte común de la crítica al formalismo jurídico apunta, en efecto, a que toda premisa requiere de una valoración judicial como consecuencia del carácter esencialmente participativo de los jueces en todo proceso racional de decisión. Esto quiere decir que los jueces determinan los elementos del caso desde sus propias coordenadas históricas y personales, y en razón de esto aparecen varios factores en juego, como por ejemplo sus conjeturas, intuiciones, elecciones, percepciones y experiencias propias. Las premisas, en consecuencia, no se incorporan al proceso de decisión judicial de manera automática. Ni tampoco los fallos resultan de una derivación necesaria a partir de ciertas premisas dadas de antemano. Ahora bien, es esta investigación se plantea que el carácter limitado de la lógica formal en el Derecho no supone menospreciar su valor en el procedimiento racional humano, sino simplemente busca situarla en unos contornos más ajustados a su propia funcionalidad discursiva o argumental, como se mirará después[292].

Históricamente la reacción al formalismo jurídico fue llevada a cabo, como se ha dicho, desde distintas corrientes del pensamiento

---

[292] Esto sugiere, de hecho, que una buena argumentación jurídica debe ser *formal* y *materialmente* correcta: cfr. *infra*, III, 2.b y c; V, 1.c y d; VI, 2-3. Pero nada hay en una argumentación lógica que implique que la validez formal de un argumento lleve implícita su validez material. La necesidad de contar con puntos de apoyo mediante los cuales las razones lógicas de los jueces sean consistentes con la justicia material y concreta supone plantear, por lo tanto, un espacio metodológico distinto. Hay casos en los cuales, además, los jueces articulan un conjunto de argumentaciones que no son lógicas (*i.e.*, que no son argumentos necesarios ni que proceden de una deducción) pero que, sin embargo, pueden ser considerados como argumentos "buenos" o "consistentes" desde el punto de vista de la justicia. Para una explicación de este tipo de argumentaciones, véase ATIENZA, MANUEL, *Las razones del Derecho*, *op. cit.*, pp. 17-19.

jurídico, varias de las cuales no produjeron un impacto importante en la cultura jurídica colombiana[293]. El fondo de la perspectiva formalista, por lo tanto, permaneció intacto hasta la era de la Corte Constitucional, aunque no sin ciertos intentos que han buscado perpetuarla, como se expuso con anterioridad. Vale la pena mencionar, sin embargo, a dos importantes corrientes del pensamiento jurídico que son mencionadas por algunos expositores colombianos como parte influyente de la crítica al formalismo jurídico. Estas dos corrientes constituyen algo así como la crítica "estándar" al formalismo jurídico, la cual ha servido de referencia para dar cuenta de la "nueva interpretación constitucional". Se trata de las críticas de KANTOROWICZ y de HOLMES, que se pasan a estudiar brevemente[294].

ii. La crítica antiformalista de HERMANN KANTOROWICZ

La *Escuela* o *movimiento del Derecho Libre*, hizo su aparición a comienzos del siglo XX y tuvo como gestor principal a H. KANTOROWICZ, quien publicara en 1906 un libro que concebía la

---

[293] Para un estudio detenido sobre el impacto en el ámbito colombiano, relativamente menor, de autores como LOUIS JOSSERAND y FRANÇOIS GÉNY, véase LÓPEZ MEDINA, DIEGO, *El Derecho de los jueces*, *op. cit.*, pp. 140-144.

[294] La elección de este par de "paradigmas" críticos al formalismo proviene de las referencias que a ese respecto han realizado actores principales de la Corte Constitucional colombiana, como RODRIGO UPRIMNY (quien fuera Magistrado Auxiliar durante varios años), y el ex-Magistrado CARLOS GAVIRIA (ponente de varias decisiones controvertidas, como la despenalización de la dosis personal de estupefacientes, la despenalización condicionada de la eutanasia, o el famoso proceso 8.000, contenido en la sentencia analizada en el capítulo anterior, la SU-047 de 1999). De UPRIMNY véase su escrito "La motivación de las sentencias y el papel del juez en Estado social y democrático de Derecho", en *Pensamiento Jurídico. Revista de Teoría del Derecho y Análisis Jurídico* 4 (1995), pp. 131-139. De GAVIRIA es relevante una conocida conferencia suya titulada "La interpretación constitucional", publicada en *Nuevas corrientes del Derecho Constitucional Colombiano*, *op. cit.*, pp. 121-136. Por supuesto, existen varias versiones (alternativas) de esta crítica al formalismo, es decir, no limitada a las dos corrientes que habré de abordar, como sucede con los estudios llevados a cabo por el profesor LÓPEZ MEDINA.

actividad interpretativa de una manera radicalmente opuesta a la presentada por el formalismo jurídico o modelo exegético[295]. KANTOROWICZ consideraba que la interpretación jurídica está ligada a un espacio más abierto que el pretendido por la teoría dominante, pues entendía que los jueces disponen de criterios diversos, además de la ley, para determinar las decisiones de los casos concretos. Afirmó, en este sentido, lo siguiente:

> "El juez puede y debe prescindir de la ley, en primer lugar, si le parece que no le ofrece una decisión carente de dudas; en segundo lugar, si no le parece verosímil con arreglo a su libre y concienzuda convicción que el Poder estatal existente en el momento del fallo habría dictado la resolución que la ley reclama"[296].

Su desconfianza hacia las expresiones normativas de naturaleza legal significaba, entre otras cosas, considerar que el Derecho "más importante" no estaba en la "mente del legislador", sino más bien en una suerte de espontánea vivencia de la juridicidad, históricamente articulada por cada sociedad y a la luz de los casos concretos[297].

El "Derecho Libre" da cuenta del enfrentamiento entre los valores de la seguridad jurídica y la justicia, inclinándose por este último a partir de la idea de que los jueces tienen el deber de interpretar el "Derecho" espontáneamente, según sea formulado, producido o articulado socialmente, de manera libre y según la convicción del fallador, guiado por aquellos criterios que mejor permitan producir

---

[295] Cfr. KANTOROWICZ, HERMANN, "La lucha por la Ciencia del Derecho", en AA.VV., *La ciencia del Derecho*, Buenos Aires, Losada, trad. de W. Goldschmidt, 1949, pp. 323-371. Un estudio introductorio de este movimiento en RECASÉNS SICHES, LUIS, *Nueva Filosofía de la interpretación del Derecho*, *op. cit.*, pp. 52-57; véase además PRIETO SANCHÍS, LUIS, *Ideología e interpretación jurídica*, *op. cit.*, pp. 35-38.

[296] KANTOROWICZ, HERMANN, "La lucha por la Ciencia del Derecho", cit., p. 363.

[297] Cfr. UPRIMNY, RODRIGO, "La motivación de las sentencias y el papel del juez en Estado social y democrático de Derecho", cit., p. 134.

decisiones justas[298]. Para esta postura que se comenta, el ejercicio hermenéutico está dominado por la voluntad judicial expresada en la decisión, a la que se considera el elemento determinante y configurador de la interpretación jurídica. Así, el acto interpretativo, lejos de ser producto de una derivación lógica en virtud de ciertas premisas dadas, resultaba para KANTOROWICZ un acto de creatividad, el cual dependía, en buena medida, de la cultura del juez, de sus vivencias, de su captación espontánea del Derecho y del sentimiento que tuviera acerca de lo justo en una situación concreta[299]. Esta autor estaba seguro de que la desvinculación judicial a la ley llegaría inevitablemente con el paso del tiempo, afirmando que en ese momento el jurista "no necesitará ya hacer uso de ficciones, interpretaciones y construcciones para sacar violentamente de la ley una *solución*, que su propia *voluntad*, despertada a vida individual, podrá hallar con independencia" y, con ello, "de las ruinas de la dogmática surgirá, espanto de todos los confusos, *la Creación del Derecho Libre*"[300].

iii. La crítica antiformalista de OLIVER W. HOLMES

La otra corriente anti-formalista "estándar" a la que se suele acudir es el *realismo jurídico norteamericano*. Esta corriente afirma, como síntesis más relevante en lo que a esta investigación importa, que los jueces toman sus decisiones de acuerdo a una gran cantidad de variables circunstanciales, que van desde sus propias convicciones

---

[298] Esta idea tenía el inconveniente de saber si las decisiones justas *no vinculadas* al legislador eran realmente justas o si, en rigor, eran susceptibles de algún grado de corrección sustancial. La crítica extrema del Derecho Libre no logró articular, sin embargo, un planteamiento metodológico más concreto. Sobre el particular, DIETER SIMON ha manifestado que a los partidarios del Derecho Libre les faltó arraigar sus ideas o darles un carácter vinculante que permitiera superar sus propias ambigüedades: cfr. *La independencia del juez*, *op. cit.*, pp. 73-74.

[299] Cfr. KANTOROWICZ HERMANN, "La lucha por la Ciencia del Derecho", cit., p. 364.

[300] *Ibidem*, p. 371 (énfasis en el original).

personales, su formación política, religiosa, jurídica, sus vivencias como seres humanos y como jueces, hasta sus propios prejuicios, afecciones, simpatías y preferencias. De acuerdo con esto, los métodos de interpretación son apreciados como simples procedimientos de fachada, que tienen como propósito justificar (mediante encubrimientos estratégicos) las verdaderas intenciones e intereses personales que esconden los jueces[301].

El surgimiento de este movimiento es importante en cuanto fija ciertos derroteros sobre los que habrá de transcurrir esta forma de entender el Derecho. Se trata del famoso discurso pronunciado por OLIVER WENDELL HOLMES a finales del siglo XIX en la Universidad de Boston[302]. Allí reevalúa el propio concepto de Derecho a través de una dependencia directa que establece con las decisiones judiciales.

---

[301] Sobre el realismo norteamericano véase a cuatro de sus grandes autores, LLEWELYN, KARL N., "A Realistic Jurisprudence: The Next Step", (1930), en cast. "Una teoría del Derecho Realista: el siguiente paso", trad. de P. Casanovas, en CASANOVAS, POMPEU, MORESO, JOSÉ JUAN (eds.), *El ámbito de lo jurídico. Lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*, Barcelona, Crítica-Grijalbo, 1994, pp. 244-293; POUND, ROSCOE, *The Spirit of the Common Law* (1921), trad. al cast. de J. Puig Brutau, *El espíritu del "common law"*, Barcelona, Bosch, 1954; FRANK, JEROME, *Law and the Modern Mind* (1930), Peter Smith, Gloucester, Mass., reimpr. 1970, *passim*; de él mismo, "Short of sickness and death: a study of moral responsibility in Legal Criticism", *New York University Law Review* 26 (1951), pp. 545-633; trad. cast. de C. M. Bidegain, *Derecho e incertidumbre*, Fontamara, México, 1993; y CARDOZO, BENJAMIN, *The Nature of the Judicial Process* (1921), ed. cast. de E. Ponssa, *Naturaleza del proceso judicial*, Buenos Aires, Acayú, 1955. Para una explicación de los elementos esenciales del *realismo norteamericano*, puede consultarse las obras de RODRÍGUEZ PANIAGUA, JOSÉ MARÍA, *Historia del pensamiento jurídico*, Madrid, Universidad Complutense, t. II, 1997, pp. 571-595, y de RECASÉNS SICHES, LUIS, *Nueva Filosofía de la interpretación del Derecho*, *op. cit.*, pp. 43-45, 67-82 y 92-111.

[302] El origen remoto del *realismo jurídico norteamericano* (como también de la llamada "jurisprudencia sociológica", que tiene con aquél muchos puntos de contacto), suele situarse en este discurso pronunciado por HOLMES el 8 de enero de 1897 a los estudiantes de la Boston University School of Law. Posteriormente fue publicado en la primavera de ese año con el título "The Path of the Law", *Harvard Law Review* 10 (1897), pp. 457-478. En lo sucesivo se lo cita por la reimpresión que hiciera esa misma revista en el volumen 110 (1997), pp. 991-1009.

Lo que permitiría describir de mejor manera las prácticas jurídicas, a su juicio, consiste en mirar lo que efectivamente hacen los jueces y operadores del Derecho cuando solucionan los casos, y no tanto en asumir postulados estáticos de un orden lógico, que sólo reflejarían un impreso histórico desvinculado de la realidad[303]. Para HOLMES, el Derecho no consiste en llevar a cabo "deducciones" sobre la base de una legislación, sino en una actividad profética que supone del abogado la capacidad de anticipar las decisiones que los jueces habrán de tomar. Su conocida definición de Derecho recoge claramente esta idea:

> "Las profecías de lo que harán efectivamente los jueces y los tribunales, y nada más pretencioso que eso, es lo que yo entiendo por 'Derecho'"[304].

HOLMES afirma que la lógica es el "lenguaje" aparente de las decisiones judiciales ("the fallacy of logical form"), que sirve para racionalizar de manera *a posteriori* sus motivaciones reales, y con ello conceder que los jueces efectivamente arribaron a un fallo producto de un análisis objetivo, coherente y consistente con el Derecho[305]. La lógica como forma de razonamiento proporciona el "anhelo de certeza y tranquilidad", pero detrás de ella están las intenciones y propósitos del legislador que compiten entre sí[306].

---

[303] Cfr. *ibidem*, pp. 997-998.

[304] *Ibidem*, p. 994: "The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law".

[305] Véase al respecto CUETO RÚA, JULIO CÉSAR, "La jurisprudencia sociológica norteamericana", en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* (1981), pp. 59-73 [Buenos Aires, Abeledo-Perrot].

[306] Cfr. HOLMES, OLIVER WENDELL, "The Path of the Law", cit., p. 998.

iv. Balance sobre el formalismo jurídico y sus críticos

A pesar de las críticas al formalismo jurídico, provenientes del "Derecho Libre" y el realismo norteamericano, dicho enfoque ha sido, y en parte sigue siendo, el que mayor peso ha tenido en la cultura jurídica de la mayoría de los países de tradición civilista, como Colombia. Se trata de una mentalidad difícil de ser quebrantada y que, además, alberga una paradoja: por una parte, decía RECASÉNS SICHES en 1956, "en la casi totalidad del pensamiento jurídico contemporáneo la concepción mecánica de la función judicial entendida como un silogismo ha caído en descrédito"[307], y por otra parte, se trata de un modelo que intenta ser perpetuado por algunos[308]. Su arraigo en la tradición jurídica, como se ha sostenido, se debe a los valores centrales que defiende, como también a que es tributario del positivismo jurídico legalista, respecto del cual buena parte de los juristas y jueces del siglo XX han adscrito, y al hecho de tratarse de un modelo atractivo por su simpleza, porque se muestra ante cualquier operador jurídico como depositario de la más rigurosa forma de legitimidad posible a causa de un traslado de responsabilidad que hace al legislador.

Pero las insuficiencias del formalismo no implican, por otra parte, que las consideraciones presentadas por el movimiento del "Derecho Libre" y por el realismo jurídico norteamericano deban ser tenidas en cuenta como correctivos. Estos movimientos constituyen más bien el lado opuesto, también extremo, en cuanto a la posibilidad de vinculación del juez al ordenamiento jurídico. Si los formalistas "pecan por defecto" en cuanto a su visión del oficio del juez, los realistas norteamericanos y los partidarios del "Derecho Libre" lo hacen por exceso.

Las críticas "estándar" advierten esto con claridad: aquellos no ven "más allá de las normas jurídicas", en tanto que éstos parecen no

---

[307] *Nueva Filosofía de la interpretación del Derecho*, *op. cit.*, p. 211.

[308] Cfr. *ibidem*, p. 222.

verlas por completo. La lectura estatizada y congelada del formalismo jurídico desconoce la profunda riqueza de los casos particulares, sus exigencias específicas y la necesidad de que un tercero, como el juez, participe activamente en su comprensión justa. Pero a su vez, la posición indiferente, escéptica y sospechosa ante el ordenamiento legislado, junto a la idea de que todo derecho concreto es una mera expectativa futura, sujeta a ciertas impresiones de los jueces o a su "captación espontánea", hace que la justificación de un fallo fácilmente se convierta en un juego aleatorio, cuya única referencia sería la "suerte de que mi caso está en manos de este juez que piensa de esta manera y no de aquel otro, que piensa de esta otra". Una interpretación libre –no "vinculada"– podría suplantar la legitimidad del fallo, que el formalismo hacía recaer en la norma legal, para situarla en las convicciones personales, ideológicas o políticas del juez. Con ello, el juez "político" puede estar a un paso de pasar la línea a la arbitrariedad.

d) Un planteamiento exitoso: la discrecionalidad judicial

Las últimas consideraciones han llevado a que las teorías estándar del Derecho centren su atención en lo que puede denominarse "modelo de la discrecionalidad judicial", el cual pretende situarse a medio camino entre el formalismo legalista y el escepticismo ácrata del "Derecho libre" y del realismo norteamericano. El modelo, que en Colombia ha obtenido una generalizada aceptación con posterioridad a 1991, plantea de base la distinción entre casos "fáciles" y "difíciles" (no contemplada por el formalismo jurídico) y, consecuentemente, hace suya la diferencia entre aplicación del Derecho e interpretación jurídica, junto a los "tipos de razonamiento" adecuados para cada uno de ellos: para los casos fáciles los jueces llevan a cabo un ejercicio de subsunción silogística, mientras que en los supuestos difíciles realizan un ejercicio racional de carácter discrecional.

En estos "casos difíciles", los partidarios de la discrecionalidad judicial no consideran que el intérprete deba situarse al margen del

ordenamiento jurídico, ni que éste no sea relevante para llevar a cabo la interpretación (tal como acontecía con los modelos escépticos), sino que, por el contrario, el ejercicio discrecional es el resultado de las *distintas* o *múltiples posibilidades* que el propio ordenamiento le otorga a los jueces para la toma de una decisión. Con otras palabras, la facultad que tienen los jueces de ser auténticos "creadores" de Derecho en los casos difíciles opera como una concesión del propio ordenamiento jurídico. Así las cosas, las dificultades surgidas en la interpretación constitucional mostrarían a un juez *efectivamente político o estratégico*, pero al mismo tiempo a un juez *vinculado* al ordenamiento jurídico en el que opera el ejercicio discrecional.

El marco de referencia de la teoría de la discrecionalidad judicial suele ser tomado de sus dos más connotados expositores: HANS KELSEN y HERBERT HART. En este apartado se delinearán los rasgos centrales de este modelo, junto con algunas de las dificultades más importantes que pueden ser advertidas en el mismo.

i. La tesis de HANS KELSEN

El proceso de decisión judicial es abordado por KELSEN a través de la figura de un sistema jurídico escalonado, en donde habría que tener en cuenta los distintos momentos configuradores del Derecho. Esos momentos van desde una mayor generalidad e indeterminación jurídica a una mayor concreción[309]. En una grada de mayor generalidad existe apenas un marco de "posibilidades de aplicación" lo suficientemente amplio, desde el cual surgen o derivan las varias posibilidades de concreción o "aplicación" de la norma[310].

Según KELSEN, esta necesidad de concreción obedece a una de dos cosas: en primer lugar, al hecho de presentarse una *indeterminación intencional* del órgano productor de la norma; en segundo

---

[309] Cfr. KELSEN, HANS, *Teoría pura del Derecho*, *op. cit*., pp. 349-350.

[310] Cfr. *ibidem*, p. 350.

lugar, a una *indeterminación no intencional* surgida como consecuencia de las expresiones lingüísticas empleadas por aquel (ambigüedad de las palabras o discrepancias entre las expresiones y la voluntad de quien dictó la norma), o por las posibles contradicciones entre varias normas[311]. En cualquiera de estos casos "se ofrecen a la aplicación del derecho varias posibilidades", todas las cuales son válidas en la medida en que pertenezcan al ámbito de conocimiento (verificador) del enunciado general de la norma[312]. La concreción específica de una de tales posibilidades reposa, como se verá enseguida, en el acto de la voluntad discrecional del juez que la elige.

El planteamiento de KELSEN da cuenta de dos momentos que estructuran el proceso judicial: el cognoscitivo o de conocimiento y el volitivo o de elección (creación)[313]. El primero tiene en cuenta el marco del Derecho por aplicar, mientras que el segundo mira la facultad de determinar una de las varias posibilidades de aplicación de la norma[314]. Esto sugiere que los jueces, *a pesar de su ejercicio discrecional*, están en todo caso "vinculados" al ordenamiento jurídico. KELSEN lo expresa de esta manera:

> "[E]n la aplicación del derecho por un órgano jurídico, la interpretación cognoscitiva del derecho aplicable se enlaza con un acto de voluntad en el cual el órgano de aplicación de derecho efectúa una elección entre las posibilidades que la interpretación cognoscitiva muestra"[315].

El autor vienés considera que no es viable plantear la tesis de la existencia de respuestas "correctas" en los casos concretos, sino más

---

311 Cfr. *ibidem*, pp. 350-351.

312 Cfr. *ibidem*, p. 351.

313 A juicio de KELSEN, "la interpretación que efectúa el órgano de aplicación del derecho es siempre auténtica. Crea derecho", no sólo para casos generales por interpretación de leyes, sino también para casos particulares por interpretación de normas individuales. Cfr. *ibidem*, p. 354.

314 Cfr. *ibidem*, p. 351.

315 *Ibidem*, p. 354.

bien la de las "respuestas posibles". A juicio suyo, el defecto de la teoría tradicional de la interpretación jurídica consiste en "hacer creer que la ley, aplicada al caso concreto, siempre podría librar sólo *una* decisión correcta", como si únicamente se tratara de "un acto intelectual de esclarecimiento o de comprensión, como si el órgano de aplicación de derecho sólo tuviera que poner en movimiento su entendimiento, y no su voluntad"[316]. Por el contrario, sostiene que la interpretación "no conduce necesariamente a una decisión única (...) sino posiblemente a varias, todas las cuales –en tanto son cotejadas solamente con la ley que haya de aplicarse– tienen el mismo valor, aunque sólo una de ellas se convertirá en derecho positivo", lo que acontece una vez el juez produce su decisión[317].

Una cuestión importante que surge de las anteriores explicaciones consiste en si es posible discriminar, a juicio de KELSEN, entre las distintas opciones que la interpretación cognoscitiva ofrece. Es decir, se trata de saber si pueden ser evaluadas las varias respuestas alternativas, de tal forma que algunas de ellas fueran admisibles mientras que otras no. En el caso de eventuales respuestas contradictorias surgidas al amparo de una misma norma jurídica la pregunta es especialmente pertinente. Nada obsta, en efecto, para que en el marco de un enunciado general (por ejemplo "todos gozan del derecho al libre desarrollo de la personalidad") puedan ser advertidas distintas especificaciones, incluso contradictorias entre sí sobre una misma cuestión fáctica ("libertad/no libertad de consumir sustancias alucinógenas").

KELSEN resuelve la cuestión de manera negativa. Considera que es indispensable diferenciar entre el *conocimiento* de la norma jurídica y la *voluntad* del juez en hacer prevalecer un enunciado por encima de otros[318]. El primero responde a un ejercicio de racionalidad

---

[316] *Ibidem*, p. 352.

[317] *Ibidem*, pp. 351-352.

[318] Cfr. *ibidem*, pp. 353-354.

ofrecido por la norma misma y los enunciados posibles de su concreción. Esta racionalidad del intérprete simplemente le señala la validez de la norma y sus posibles formas de aplicación. Pero no otorga, sin embargo, condiciones de procedibilidad de un enunciado (o varios) sobre otro (u otros). Analizando esta cuestión a la luz de los criterios o "métodos" de interpretación jurídica, KELSEN considera:

> "[D]esde un punto de vista orientado hacia el derecho positivo, no existe criterio alguno con cuyo fundamento puede preferirse una posibilidad dada dentro del marco del derecho aplicable (...). Pese a todos los esfuerzos de la jurisprudencia tradicional no se ha logrado resolver a favor de uno u otro, en manera objetivamente válida, el conflicto entre voluntad y expresión. Todos los métodos de interpretación desarrollados hasta ahora llevan siempre a un resultado posible, y nunca a un único resultado correcto"[319].

De acuerdo con esto, todos los enunciados que pueden predicarse de la norma jurídica son susceptibles de convertirse en Derecho positivo y, por lo tanto, no cabría hacer una "discriminación" entre respuestas admisibles e inadmisibles en los casos concretos: "Es un esfuerzo inútil pretender fundar 'jurídicamente' una de esas posibilidades con exclusión a las otras"[320]. De ahí que, al no existir condición alguna que supusiera *prima facie* la prevalencia de algunos enunciados sobre otros, se hace indispensable pasar al momento de la voluntad judicial como instancia definitoria del enunciado a ser aplicado[321].

Podría suponerse que esta *voluntad* que elige un enunciado responde a una "extensión" de la racionalidad del momento anterior. Es decir, que al igual que el carácter racional que caracteriza el conocimiento de la norma (y sus enunciados), la voluntad que elige también estaría sustentada en un criterio de racionalidad. Sin embargo,

---

[319] *Ibidem*, p. 352.

[320] *Ibidem*, p. 353.

[321] Cfr. *ibidem*, pp. 353-354.

las cosas no son así de simples. Para KELSEN la racionalidad del momento anterior "es positiva", proviene del Derecho válido; en cambio, la instancia de la voluntad que "elige" se encuentra por fuera de la racionalidad del Derecho positivo[322]. Y la razón es ésta: quien elige acude a estándares o criterios distintos a los que provienen del Derecho positivo, denominados *criterios no jurídicos* para la toma de la decisión. Tales criterios, como son, por ejemplo, las "normas morales", los "juicios de valor sociales" y las "normas de justicia", no son susceptibles de ser evaluados o verificados desde el punto de vista de la racionalidad (del Derecho positivo)[323]. En consonancia con esto, KELSEN considera que "no se trataría de un conocimiento del derecho positivo", razón por la cual "la realización del acto jurídico dentro del marco de la norma jurídica aplicable es libre, es decir, librado a la libre discrecionalidad del órgano llamado a efectuar el acto", y una vez realizado, la norma individual contenida en la decisión adquiere su carta de naturaleza jurídico-positiva[324].

De acuerdo con lo anterior, los criterios no jurídicos no sólo constituirían las verdaderas fuentes por las cuales los jueces toman las decisiones –lo que dificulta la tesis del juez efectivamente "vinculado"–, sino que, además, su propia racionalidad quedaría en entredicho. Lo cual denota algo importante: si no es posible la aprehensión cognoscitiva de un sentido normativo por fuera de la voluntad, el marco del ordenamiento jurídico termina siendo un espejismo que en definitiva dice muy poco al intérprete. El ordenamiento jurídico, con otras palabras, podría no ser tan vinculante para los jueces[325].

---

322 Cfr. *ibidem*, p. 354.

323 Cfr. *ibidem*, pp. 353-354.

324 Cfr. *Ibidem*, p. 354.

325 Un importante estudio crítico, que he seguido de cerca sobre algunos temas relativos a KELSEN, es el de ERRÁZURIZ MACKENNA, CARLOS JOSÉ, *Introducción crítica a la doctrina jurídica de Kelsen*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1987.

ii. La tesis de HERBERT HART

A partir de 1991 se popularizó entre los juristas colombianos la lectura de *El concepto de Derecho* de HART, en parte porque los planteamientos de KELSEN, aunque contienen elementos interesantes, generaban algunos reparos como los acabados de señalar, y en parte también porque de KELSEN se hacía una "lectura transmutada"[326] o parcializada, en la que prevalecían sus planteamientos legalistas y formalistas, los cuales se mostraban contrarios a las corrientes del Derecho surgidas con la nueva Constitución[327]. La lectura de HART, en cambio, ofrecía una renovada manera "positivista" de mirar el Derecho y la interpretación jurídica, y si bien mantenía enormes coincidencias con KELSEN, se mostraba como un autor partidario de la decisión judicial basada sobre cierta forma de racionalidad, lo que no acontecía con aquel. Veámoslo con cierto detalle.

HART considera que la explicación definitiva del por qué los jueces gozan de un ámbito de discrecionalidad más o menos amplio, radica en que los enunciados lingüísticos mediante los cuales son formulados los elementos normativos (normas y precedentes) poseen, en ocasiones, como característica particular, una textura abierta (cfr. *supra*, II, 3.a y b). Esto quiere decir que, en ocasiones, los jueces gozan de discrecionalidad, pero en ocasiones no[328]. En un reconocido escrito suyo alude expresamente a esta cuestión, cuando confronta lo que a su juicio son las dos versiones más representativas

---

[326] Cfr. LÓPEZ MEDINA, DIEGO, *Teoría impura del Derecho*, *op. cit.*, pp. 341-398.

[327] La recuperación de KELSEN en Colombia acontece años después, por vía de la relectura de su capítulo sobre la interpretación jurídica. El propio LÓPEZ MEDINA se encarga de mostrar las diversas lecturas de KELSEN entre distintos autores colombianos, prevaleciendo la de signo formalista: cfr. *Teoría impura del Derecho*, *ibidem*, en esp. pp. 399-428.

[328] La explicación de este tema se encuentra en *El concepto de Derecho*, *op. cit.*, pp. 157-169.

de la Teoría del Derecho norteamericano[329]. Afirma como conclusión lo siguiente:

> "He retratado la Teoría del Derecho norteamericano acosada por dos extremos, la pesadilla y el noble sueño: el punto de vista de que los jueces siempre crean y nunca encuentran el Derecho (...) y el punto de vista opuesto según el cual los jueces nunca crean Derecho. Al igual que otras pesadillas y otros sueños, ambos son, en mi opinión, ilusiones, aunque tienen muchas cosas que enseñar a los juristas en sus horas de vigilia. La verdad, tal vez trivial, es que a veces los jueces hacen una cosa y a veces otra"[330].

Para HART los jueces no "crean derecho" en aquellos casos que nos resultan "familiares", es decir, "que se repiten en forma constante en contextos semejantes, respecto de los cuales existe acuerdo general sobre la aplicabilidad"[331]. Pero en los demás casos los jueces se encuentran ante distintas posibilidades de interpretación, debido a que los términos lingüísticos que son utilizados para comunicar una norma o un precedente son generales, presentan una indeterminación que tan solo es indicativa de alguna guía de conducta[332]. Frente a estos casos "difíciles", los jueces son libres de elegir, entre las posibles lecturas y alternativas, una de ellas. De qué dependa esta elección consistirá, como en el caso de KELSEN, del ejercicio de un acto de la voluntad judicial y no de la posibilidad de advertir cognoscitivamente una mejor respuesta que otra:

> "En estos casos resulta claro que la autoridad que elabora la regla tiene que actuar en forma discrecional, y que no cabe la posibilidad de tratar el problema que crean los casos diversos como si hubiera una úni-

---

329 "American Jurisprudence Through English Eyes: The Nightmare and The Noble Dream", en HART, H. L. A., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 1983, pp. 123-144.

330 *Ibidem*, p. 144.

331 *El concepto de Derecho*, *op. cit.*, p. 158.

332 Cfr. *ibidem*, p. 159.

ca respuesta correcta, es decir, una solución que no sea un mero compromiso razonable entre muchos intereses en conflicto"[333].

La razón por la cual existen estos casos de textura abierta, según HART, no es un defecto de quien crea la norma o el precedente, sino que radica en una natural condición humana[334]. En efecto, quien hace la norma o quien crea el precedente se ve imposibilitado de prever todas las posibles circunstancias sobre las cuales podría darse una aplicabilidad particular de ellas. De hecho, dice HART:

> "[N]o podríamos considerar deseable, ni aun como un ideal, la concepción de una regla tan detallada que la cuestión sobre si ella se aplica o no a un caso particular estuviera siempre resuelta de antemano y nunca exigiera, en el momento de aplicación efectiva, una nueva elección entre alternativas abiertas. Dicho brevemente, la razón está en que la necesidad de tal elección nos es impuesta porque somos hombres y no dioses"[335].

Ante estos casos no se puede hablar de una respuesta "ya tomada de antemano" o con anterioridad por quien hizo la norma o creó el precedente; la respuesta dependerá de las circunstancias respectivas, tan peculiares y propias, del caso sobre el cual se está tomando la decisión. La norma o el precedente no imponen, de este modo, un sentido específico al intérprete, sino varias "alternativas abiertas" para ser elegidas en el caso concreto[336].

El profesor de Oxford afirma que la elección entre las varias alternativas está en todo caso condicionada (limitada) por las reglas jurídicas:

> "[L]os tribunales consideran a las reglas jurídicas no como predicciones, sino como criterios o pautas a seguir, que son lo suficientemente

---

[333] *Ibidem*, p. 164.

[334] Cfr. *ibidem*, p. 160.

[335] *Ibidem*.

[336] Cfr. *ibidem*, p. 158.

determinados, a pesar de su textura abierta, como para limitar, aunque no para excluir, su discreción"[337].

Este marco de referencia es algo similar al establecido por KELSEN, en tanto muestra que el ejercicio discrecional del juez no opera sobre la base de una cantidad más o menos indeterminada de elementos subjetivos, sino más bien de una libertad de elección condicionada por las posibles respuestas que ofrecen los elementos normativos en juego. La creación judicial supone de alguna manera una norma o precedente elegido para solucionar genéricamente el caso concreto[338], lo que equivale en KELSEN a "las posibilidades que la interpretación cognoscitiva muestra" o al "marco ofrecido por la norma general"[339].

Sin embargo, a diferencia de KELSEN, HART insiste en que la propia discrecionalidad se asienta en principios racionales, y con ello quiere manifestar que su ejercicio no conlleva a una especie de "arbitrariedad" de los jueces. En efecto, aun en los juicios en los cuales a menudo se exige la elección de un valor moral entre varios posibles, los jueces evitan la arbitrariedad en la medida en que despliegan un conjunto de virtudes judiciales, tales como "imparcialidad y neutralidad al examinar las alternativas; consideración de los intereses de todos los afectados; y una preocupación por desarrollar algún principio general aceptable como base razonada de la decisión"[340]. Esto garantizaría, en cierto modo, que la actividad judicial no desborde sus límites. En otro lugar sostiene que "al interpretar las leyes o los precedentes, los jueces no están limitados a la alternativa entre una

---

[337] *Ibidem*, p. 183.

[338] Cfr. *ibidem*, p. 175, y en general todo el capítulo VII, pp. 155-191.

[339] KELSEN, HANS, *Teoría pura del Derecho*, *op. cit.*, pp. 354 y 352, respectivamente.

[340] HART, H. L. A., *El concepto de Derecho*, *op. cit.*, p. 253.

elección ciega y arbitraria, por un lado, y la decisión 'mecánica', a partir de reglas con significado predeterminado, por otro"[341].

Y aún en el "Postscript" se encargó de insistir en esta misma idea:

> "[L]os poderes de creación de Derecho que le atribuyo a los jueces para regular casos parcialmente indeterminados (...) es diferente de una legislatura: no sólo están los poderes del juez sujetos a muchas restricciones que *limitan sus opciones* de las que puede estar libre una legislatura, sino que, al ejercerlos, están únicamente destinados a disponer de casos particulares y no usarlos para imponer reformas a gran escala o códigos nuevos. Sus poderes son, entonces, *intersticiales*, y además están sujetos a muchas limitaciones sustantivas"[342].

Agrega seguidamente que "un juez siempre debe tener razones generales que justifiquen su decisión y debe actuar como un legislador escrupuloso lo haría al decidir según sus propias creencias y valores"[343].

iii. Insuficiencias y dificultades de la doctrina de HART

Cabría preguntar si con las indicaciones dadas, y en particular con la apelación que HART hace a ciertas virtudes judiciales, los jueces terminan efectivamente "vinculados" al Derecho, o si, por el contrario, la tesis muestra dificultades similares a las ya advertidas con relación a KELSEN. Es decir, si se afirma que en los casos difíciles hay que contar inevitablemente con un ejercicio de discrecionalidad judicial, la pregunta indicada debe apuntar a si es suficiente que los

---

[341] *Ibidem*, p. 252.

[342] "Postscript", en *The Concept of Law*, *op. cit.*, p. 273 (la traducción es mía). Una traducción alternativa es la de M. Holguín ("Postscriptum"), contenida en la obra de RODRÍGUEZ GARAVITO, CÉSAR, *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*, *op. cit.*, pp. 136-137 (en lo sucesivo se citará por ésta).

[343] "Postscriptum", cit., p. 137.

criterios de corrección de la decisión adoptada discrecionalmente consistan en apelar a ciertas virtudes judiciales o a limitaciones sustantivas, "intersticiales". Hasta este punto la tesis es seguramente más firme que la de KELSEN, porque afirma un soporte (pretendidamente) racional a la decisión, y no, en cambio, un simple ejercicio judicial librado a la voluntad de los jueces. Ahora bien, ¿constituye esto una explicación suficiente al interrogante?

El contexto en el que surge esta pregunta está necesariamente condicionado, porque exige del interlocutor (HART) una toma de postura sobre el significado de una "respuesta racional", o sobre el contenido de las "virtudes judiciales" y las "limitaciones sustantivas" en los casos concretos. Sin embargo, a pesar de dicho condicionamiento, la pregunta es importante por lo que sigue: el hecho de que existan varias respuestas posibles sobre la base de la discrecionalidad (sobre la base de un "no-determinado" campo de limitaciones genéricas y de virtudes judiciales), podría suponer en los casos difíciles la elección de principios encontrados, de tal manera que su corrección no sea nada distinto que la sola "elección discrecional", sin que importe, realmente, cuál de los principios debía o podía ser elegido para solucionar acertadamente el caso concreto. Para decirlo de otra manera, ante el abanico de posibilidades, aun contradictorias, de solución en los casos difíciles, debiera darse una especie de "parámetro" o "condición" que permita discriminar entre respuestas legítimas e ilegítimas y, más detenidamente, que permita "soportar" o "justificar" la elección discrecional finalmente adoptada. Sin aquel contenido (o referencia ulterior) del entorno en el cual operan las virtudes judiciales y las limitaciones sustantivas genéricas, las mismas podrían terminar operando más bien como simples exhortaciones de buena fe.

Lo anterior no implica negar que, en efecto, junto a casos con una sola respuesta correcta existen, o pueden existir, otros casos con varias respuestas, o que varias respuestas pueden llegar a ser igualmente válidas en determinados contextos. Es innegable, al menos, que en el abanico de posibilidades algunas respuestas podrían ser

mejores que otras (como también algunas peores). En tal sentido, la pertinencia de la pregunta está en hacer notar que "la elección discrecional amparada en virtudes judiciales o en límites genéricos" debiera contar, a su turno, con un soporte distinto al de "la sola discrecionalidad amparada en virtudes judiciales o en límites genéricos", o que por lo menos se les diera un entorno de explicación suficiente a los mismos. El problema estaría en determinar la diferencia entre interpretaciones razonables e irrazonables, más allá de la firme creencia depositada por HART en que los jueces despliegan un conjunto de virtudes judiciales cuando deben decidir los casos concretos. De hecho podrían existir en un mismo caso, de acuerdo con este autor, distintos y opuestos principios generales que sean reivindicados, por distintos jueces intervinientes, como principios razonables[344]. Nada obsta, además, para que cada uno de tales principios sea depositario de una respuesta abiertamente opuesta a la amparada por el otro principio antagónico.

El fondo de este problema, advertido con anterioridad, radica en que los textos constitucionales son susceptibles de distintas lecturas opuestas entre sí, rivales o abiertamente competitivas. Sin embargo, no se advierte ahora la posibilidad de que HART articule un principio racional como elemento justificativo de las decisiones judiciales, ya que considera que cada una de tales lecturas es, *prima facie*, admisible o legítima, o finalmente, *a posteriori*, legitimable en virtud de un acto de discrecionalidad judicial. Dos lecturas pretendidamente razonables pueden dar lugar a que se legitime o se prohíba un acto o una institución jurídica, sin que quede recurso distinto al de afirmar que lo amparado o lo prohibido es ahora "Derecho positivo" porque fue dispuesto de ese modo (*ex post facto*) por un juez.

Por ejemplo, las posibilidades de juicio que tienen los jueces para fallar sobre la constitucionalidad de una ley que prohíbe el porte y consumo de sustancias alucinógenas, desde un texto que consagra el

---

[344] Cfr. *ibidem*, p. 139.

derecho de libertad, son varias; la cuestión es si estas varias posibilidades de concreción de una norma constitucional que consagra la libertad (enunciados interpretativos, dentro de los cuales puede haber varios contradictorios), pueden ser suficientes para afirmar, seguidamente, que cualquier decisión es igualmente acertada, simplemente con señalar que dicho acierto responde a un fundamento último, consistente en el ejercicio de la discrecionalidad de unos jueces que despliegan "virtudes judiciales" y se atienen a "límites sustanciales genéricos". Como sea que caben en el abanico dos respuestas enteramente contradictorias, ambas amparadas sobre la base de estas condiciones, la explicación de HART podría terminar siendo tan fuerte, o tan débil, como la doctrina de KELSEN según la cual las decisiones judiciales responden a criterios no susceptibles de verificación racional alguna.

HART considera, en efecto, que pueden existir múltiples, diversos y opuestos principios razonables, razón por la cual todos ellos permiten afirmar la imposibilidad de demostrar una respuesta correcta. Sin embargo, el problema radica en establecer si un principio o criterio razonable tan solo proviene de una articulación interna formulada por el juez en los casos concretos, o si es posible que la razonabilidad de tal principio o criterio pueda tener un soporte en la realidad, por ejemplo mediante la apelación a un criterio evidente del obrar humano.

El punto es particularmente importante en casos constitucionales en los que se debaten temas morales. La carencia de un criterio de corrección por fuera del acto discrecional no hace más que evadir la cuestión relevante sobre el peso específico de los motivos que tuvo el juez para tomar la decisión respectiva. De hecho, la cuestión es esbozada por el propio HART a través de la idea de que los criterios y bienes morales son, en esencia y por naturaleza, controvertibles[345].

---

[345] Cfr. *El concepto de Derecho*, *op. cit.*, pp. 208-209 y, especialmente, el "Postscriptum", cit., pp. 111-112. Como se verá más adelante (*infra*, V, 5.c, 5.i.ii; VI, 5.a y b), desde el punto de vista de la doctrina del razonamiento práctico, las

Apoyándose en RAZ, considera que no existe una razón suficiente, más allá de la discrecionalidad, que determine los supuestos o "anclajes" a los argumentos morales usados para fallar. Por el contrario, lo único que la ley ordena a los jueces, en los casos en que deben "aplicar parámetros morales", es que usen su propia discrecionalidad según "su mejor criterio moral"[346].

Así las cosas, el profesor de Oxford termina por conceder que, efectivamente, pueden existir decisiones *contradictorias* sobre un mismo caso difícil, amparando la decisión, una vez más, en "el buen juicio" del juez[347]. Con esta indicación la cuestión resulta eludida, o quizá se constata que la discrecionalidad judicial no tiene más apoyo que la discrecionalidad judicial. De cara a una decisión desde el punto de vista de la justicia, o desde criterios de corrección más fuertes que los que HART estaría dispuesto a conceder, la exhortación genérica a la mera "racionalidad" de los jueces termina siendo tan ingenua como la de un "noble sueño" o eventualmente tan dramática como una "pesadilla"[348].

---

controversias pueden ser establecidas sobre las conclusiones de los principios morales, pero no sobre los mismos principios en cuanto tales. Cfr. FINNIS, JOHN, *Ley natural y derechos naturales*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, trad. al cast. de C. Orrego Sánchez, 2000, pp. 63-66 y 94-96.

[346] Cfr. "Postscriptum", cit., pp. 111-112.

[347] Cfr. *ibidem*, p. 139.

[348] Como estudios críticos sobre los planteamientos de HART, y en especial sobre sus supuestos epistemológicos, véase, entre otros, ORREGO SÁNCHEZ, CRISTÓBAL, *H. L. A. Hart. Abogado del positivismo jurídico*, Pamplona, Eunsa, 1997; PÁRAMO ARGÜELLES, JUAN RAMÓN DE, *H. L. A. Hart y la teoría analítica del Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984; y VIGO, RODOLFO L., *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas. Ross–Hart–Bobbio–Dworkin–Villey*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1991, pp. 81-124.

iv. Balance sobre el modelo de la discrecionalidad judicial: algunas cuestiones pasadas de largo

El éxito obtenido por el modelo de la discrecionalidad judicial en el constitucionalismo colombiano reciente obedece a distintas razones. Una de ellas radica en haber permitido aquella combinación entre jueces "políticos" y "vinculados" en los casos difíciles, como consecuencia de ser capaz de abrir espacios de juzgamiento distintos a los postulados por el formalismo jurídico y, al mismo tiempo, mostrarse como depositaria de un cierto respeto por el ordenamiento jurídico vigente. El modelo aparece suficientemente maleable para ser usado por jueces con distintas estrategias, sin que importen realmente sus personales orientaciones ideológicas. En este último sentido, la discrecionalidad judicial ha constituido una herramienta inigualable desde la cual se han justificado (al menos pretendidamente) las decisiones constitucionales de cualquier signo y contenido.

Tanto en los planteamientos esbozados por KELSEN como por HART el modelo presenta dificultades relacionadas en último término con el hecho de la discriminación entre respuestas acertadas, correctas o justas y las respuestas que no lo son. La insistencia de ambos en que los jueces están sujetos a un marco jurídico "general", o que ejercen virtudes y principios racionales de justificación, a su turno también "generales" o "indeterminados", termina por ofrecer la figura de un juez que podría eventualmente fallar los casos difíciles del modo que quisiera, siempre y cuando haga un relativo uso de enunciados "generales", "virtuosos" y provenientes del Derecho válido. Un juez discrecional, desde luego, no podría sostener la permisión de la pena de muerte cuando tiene una norma jurídica tan clara como la del artículo 11 de la Constitución colombiana. Pero sí podría sostener la constitucionalidad del consumo de sustancias alucinógenas –o lo contrario–, sobre la base de una norma tan abierta como la del artículo 16 sobre el libre desarrollo de la personalidad. Y podría justificar en realidad cualquier cosa relacionada con normas semejantes, o relacionadas con los supuestos en que aparecen los casos difíciles. Así, la figura del juez "político" podría eventualmente

hacer surgir la del juez "inescrupuloso", "manipulador" y también "arbitrario". Sin embargo, desde la teoría de la discrecionalidad judicial se responde que esto no ocurre precisamente porque los jueces realizan sus justificaciones desde enunciados del Derecho válido: es decir, que los jueces terminan siempre "sometidos" al Derecho en la medida en que sus fallos *apelen* al ordenamiento jurídico vigente.

Desde el punto de vista de la justificación racional el modelo presenta serios inconvenientes, al menos en lo que tiene que ver con la posibilidad de plantear en los casos difíciles –a pesar de que ocasionalmente existan múltiples alternativas de solución– grados de corrección de las propias decisiones, o bien, que en el abanico de respuestas posibles unas resultan ser mejores que otras. Pero esta posibilidad requiere de condiciones epistemológicas que los partidarios del modelo no estarían dispuestos a conceder. Tales condiciones están orientadas a la articulación de estándares que de algún modo permitan cierta ordenación (limitación) de la propia discrecionalidad, más allá del juego indiscriminado de opciones dadas por un marco jurídico difuso. Para decirlo de otra manera, la vinculación de los jueces al Derecho requiere de algo más que un "marco general de la norma" y algo más que exhortaciones a "virtudes judiciales". Mediante el empleo de ciertos estándares sobre la corrección y justicia, en efecto, puede resultar viable, aun en los casos difíciles, evaluar crítica y teóricamente la forma como transcurre la interpretación constitucional.

La discrecionalidad judicial está arraigada, por el contrario, en convicciones *iusfilosóficas* que tocan aspectos centrales del conocimiento humano. Por ejemplo, está vinculada con la idea del no-estatuto científico de los juicios morales implicados en la argumentación jurídica, o la supuesta imposibilidad de alcanzar respuestas correctas en los casos difíciles. La teoría maneja de base una perspectiva *escéptica* frente a la corrección sustancial de la argumentación jurídica, razón por la cual sostiene que los parámetros para demostrar si una decisión está debidamente justificada (en los términos de "corrección" o de "discriminación" entre respuestas) exceden las po-

sibilidades científicas de su estudio. Es una cuestión que debe "quedar abierta"[349].

Por esta razón, la teoría de la discrecionalidad prefiere *pasar de largo* la problemática descrita. Estudiar la interpretación constitucional desde el punto de vista *prescriptivo*, *valorativo* o *evaluativo*, esto es, críticamente, conlleva el hecho de tener que comprometerse con *estándares* situados por fuera de la propia argumentación desplegada en las sentencias, y obliga a "calificar" algunos fallos como acertados, correctos o justos, o todo lo contrario. Una postura escéptica no puede ni está interesada en sostener que de hecho se pueden presentar fallos arbitrarios en la interpretación constitucional, porque en tal caso estaría planteando un juicio de naturaleza moral que, según dicha postura, no es susceptible de ser "comprobado" o "verificado" por el teórico del Derecho.

Téngase también en cuenta que, desde el punto de vista de los jueces mismos, la postura escéptica y discrecional es difícil de ser asumida. Y la razón es muy simple: sus argumentaciones son construidas de tal forma que aparecen ante los demás (las partes de un proceso, la sociedad en general) como *soportadas* en "el Derecho", de tal suerte que pueden ser mirados como funcionarios que han "administrado justicia" y que han solucionado el caso de manera "responsable" y "sometidos" al ordenamiento jurídico vigente. En otras palabras: que no han actuado arbitrariamente. Por estas mismas razones, resultaría impensable oír decir a los jueces, al menos mientras están ejerciendo sus cargos, que pueden fallar de manera totalmente discrecional, y menos aún que efectivamente son "actores políticos" que actúan mediante una lógica estratégica de manipulación de las normas constitucionales para conseguir determinados

---

[349] Sostiene HART, en efecto, que la Teoría del Derecho debe "evitar comprometerse con teorías filosóficas controvertibles acerca de la naturaleza general de los juicios morales y dejar abierta, como lo hago en este libro, la pregunta general de si poseen lo que Dworkin denomina 'un estatuto objetivo'": "Postscriptum", *op. cit.*, p. 111.

propósitos. Si llegaran a afirmar cosas como éstas, de inmediato agregarían que en todo caso se sienten vinculados al Derecho, o que están comprometidos con la defensa de la Constitución[350].

De todos modos, ni la postura escéptica asumida científicamente, ni los solos esfuerzos argumentativos que realizan los jueces para mostrar su sometimiento al Derecho, resuelven los problemas reales que acontecen sobre la racionalidad de sus fallos desde el marco de las explicaciones anteriores. Y acá también la explicación, elevada a interrogante, es muy sencilla: ¿qué hace ser *razonable* (vinculada) a una argumentación constitucional, a pesar de ese amplio margen de posibilidades que otorga el ordenamiento jurídico vigente? Éste es el *núcleo* del problema de la justificación judicial. Si se mantiene una postura escéptica no queda más alternativa que afirmar que ella depende de la *propia argumentación* alusiva a elementos genéricos del Derecho. Y si esto es así, toda decisión judicial terminaría por autojustificarse de acuerdo al propio discurso construido por los jueces. Ésta es la gran aporía que deben enfrentar los *escépticos* en materia de adjudicación judicial.

Así pues, el modelo de la discrecionalidad judicial tiene una pretensión legitimadora de las decisiones judiciales que no logra, sin embargo, llevar hasta sus últimas consecuencias. Intenta superar los vestigios de irracionalidad que se encuentran en aquellas posturas que afirman que los jueces ejercen una actividad no sometida a reglas o estándares normativos previos, y para esto insiste en la obligación que tienen los jueces de tomar en cuenta los elementos normativos que posibiliten la solución a los casos concretos. Pero no logra sortear los inconvenientes de las posturas irracionales, toda vez que

---

[350] Un ejemplo de esto es la entrevista que concediera el M. ALFREDO BELTRÁN al periódico El Tiempo el 7 de octubre de 2004, en donde reconoce su militancia de "izquierda" y opina sobre temas políticos, pero al mismo tiempo se muestra "defensor la Constitución de 1991": cfr. http://eltiempo.terra.com.co/REVISTAS/lecturas/2004-10-09/ARTICULO-WEB-NOTA...%2007/10/2004 (página consultada el 14/10/2004).

termina por asimilar el mismo elemento justificador, por sí mismo incontrolable, de la simple voluntad de los jueces. La razón de esta equiparación es bastante obvia. Si se exige a los jueces fallar con fundamento en elementos normativos, pero a renglón seguido se afirma que no es posible contar con criterios de justificación que permitan plantear niveles de corrección a cada una de las lecturas de una norma, así dichas lecturas puedan llegar a ser totalitarias, o contradictorias entre sí, significa que los elementos normativos tan sólo cumplen con el propósito de escudar a los jueces ante las posibles críticas a que se vean sometidos sus propios criterios para decidir. La cuestión, crucial en esta investigación, volverá a ser abordada más adelante.

e) El modelo de los principios y la respuesta correcta: RONALD DWORKIN

i. El ataque al positivismo jurídico de HART

Uno de los mayores ataques a que ha sido sometida la tesis positivista de la discrecionalidad judicial, principalmente en su versión hartiana, proviene de RONALD DWORKIN. Aunque no solamente dirige sus críticas a HART, sino también a otras corrientes del pensamiento jurídico (como el pragmatismo del realismo norteamericano), la crítica más contundente la lleva a cabo, sistemáticamente, contra las tesis centrales del profesor de Oxford.

En cuanto al constitucionalismo colombiano se refiere, los escritos de DWORKIN han sido particularmente fecundos en varios campos. El primero de ellos tiene que ver con la posibilidad de realizar una crítica "moral" a las decisiones constitucionales por vía de la coherencia e integridad de los jueces. Este aspecto es sobresaliente, al menos si se toman en consideración las inconsistencias que afloran en la discrecionalidad judicial: la crítica moral reivindica teóricamente la dimensión prescriptiva y valorativa del oficio de los jueces,

con lo cual intenta situarse en un plano que supera el escepticismo acerca de la corrección de las decisiones judiciales.

El segundo campo, muy ligado al anterior, ha surgido de sus discusiones legendarias con HART sobre la exigencia y existencia de una respuesta correcta aun en los casos difíciles. Si bien la teoría estándar –no sólo la colombiana– niega que en estos casos exista una única respuesta correcta, la teorización de DWORKIN ha estado presente como punto de referencia del significado más profundo de la actividad de los jueces y de las sentencias judiciales, o para expresarlo de otro modo, ha constituido un lugar común al que se suele apelar cada vez que se teoriza sobre este tema en la interpretación constitucional.

Finalmente, ha sido fecunda la incorporación de categorías conceptuales provenientes de DWORKIN para explicar la estructura de las normas jurídicas del tipo de los "principios", como todo lo relacionado con los mecanismos de interpretación que facilitan su "pesaje" en los casos concretos. En este aspecto DWORKIN –junto con ALEXY– ha jugado un papel de primera importancia.

En lo que sigue se procurará mostrar los aspectos más relevantes –y algunas de las dificultades– de la teoría de este autor norteamericano y su relevancia en una investigación como la presente.

ii. Los principios como razones vinculantes

DWORKIN sostiene que no es cierto que en los "casos difíciles" los jueces gocen de discrecionalidad para fallar bajo el pretexto de la vaguedad del lenguaje jurídico. Considera que la razón por la cual los positivistas –HART en este caso– conceden este margen de apreciación discrecional tan amplio a los jueces, radica en el manejo que le dan al concepto de Derecho. Su error consistiría en agotar el concepto de Derecho a través de un procedimiento de identificación de las normas jurídicas según como hayan sido adoptadas o como hayan evolucionado a través del tiempo (origen o *pedigree*), identificación

que no es posible llevar a cabo cuando los jueces se encuentran ante los casos difíciles. En sus palabras, explicando este concepto positivista del Derecho, afirma:

> "El conjunto de estas normas jurídicas válidas agota el concepto de 'derecho', de modo que si alguna de tales normas no cubre claramente el caso de alguien (porque no hay ninguna que parezca apropiada, o porque las que parecen apropiadas son vagas o por alguna otra razón), entonces el caso no se puede decidir 'aplicando la ley'. Ha de ser decidido por algún funcionario, por ejemplo un juez, que 'ejerza su discreción', lo que significa ir más allá de la ley en busca de algún otro tipo de estándar que lo guíe"[351].

Si se parte de dicho concepto de Derecho, claro está, no queda otra alternativa para los jueces que basar sus decisiones en un acto discrecional al verse imposibilitados de realizar una "identificación" precisa de los elementos normativos del pasado. Según DWORKIN, sostener que el Derecho sea tan sólo "aquello que las instituciones legales, tales como legislaturas, concejos municipales y cortes han decidido en el pasado"[352], es tomar al Derecho como una cuestión de "evidencia" histórica, razón por la cual los positivistas se ven en aprietos cuando no pueden llevar a cabo una precisa identificación de esos elementos, *id est*, cuando falla nuestra evidencia para determinar qué es Derecho y qué no es Derecho[353].

La discusión que plantea DWORKIN, por lo tanto, parte del propio concepto de Derecho como requisito para comprender los más importantes e intrincados problemas que aparecen alrededor de las prácticas que mantienen los abogados y los jueces con relación a su oficio. Como se viera anteriormente, DWORKIN considera que la perspectiva del "hecho evidente" ha sido utilizada por los teóricos

---

[351] DWORKIN, RONALD, *Los derechos en serio*, *op. cit.*, p. 65.

[352] *El imperio de la justicia*, *op. cit.*, p. 19.

[353] Cfr. *Los derechos en serio*, *op. cit.*, pp. 66 y 83; y *El imperio de la justicia*, *op. cit.*, pp. 20-21.

del Derecho para sostener que los únicos desacuerdos que existen sobre lo que sea el Derecho radica en desacuerdos de tipo empírico, valga decir, aquellos que están referidos a los criterios de identificación (semánticos) de las reglas jurídicas decididas en el pasado[354]. Sin embargo, piensa que los verdaderos desacuerdos que mantienen los teóricos del Derecho son mucho más profundos que esos, pues están relacionados con los propios fundamentos en los que descansa el concepto de Derecho y con las prácticas jurídicas institucionalizadas que reclaman propuestas de mejora[355]. La perspectiva del "hecho evidente" es, a este respecto, una teoría evasiva a las preguntas centrales de esa práctica[356].

Para DWORKIN, la tesis de HART participa de esto mismo. La incluye dentro de lo que denomina "teorías semánticas" del Derecho, las cuales asumen (evasivamente) que las discrepancias en torno a lo que el Derecho reclama en un caso son meramente verbales, o en sentido contrario, que si existieran reglas lingüísticas de uso común para los conceptos jurídicos, se estarían identificando las propuestas de la ley que deben ser obedecidas en los casos concretos. En este sentido, afirma DWORKIN que estas reglas lingüísticas unen el concepto de "Derecho" al mismo hecho histórico evidente[357].

El conjunto de críticas que formula DWORKIN alrededor de esta cuestión explicaría, como se ha dicho, el por qué los positivistas hacen uso de la discrecionalidad judicial para decidir los casos difíciles, pues si en un determinado evento no es posible establecer una propuesta de ley mediante criterios de identificación claros, no queda más alternativa que conceder al funcionario una facultad discrecional para decidir y crear el derecho y la obligación jurídica concre-

---

[354] Cfr. *El imperio de la justicia*, *op. cit.*, pp. 19-22 y 35-39.

[355] Cfr. *ibidem*, pp. 72-74.

[356] Cfr. *ibidem*, p. 21.

[357] Cfr. *ibidem*, pp. 35-37.

ta[358]. A esta tesis se opone DWORKIN a través de la formulación de un concepto de Derecho más amplio que el sostenido por los positivistas. Afirma, en efecto, que el Derecho no se reduce a ser un conjunto de normas o reglas identificables a través de ciertos criterios más o menos compartidos, sino que, si se toman en consideración las prácticas que llevan a cabo los jueces y los abogados, se puede advertir que ellos "echan mano de estándares que no funcionan como reglas, sino que operan de manera diferente, como principios, directrices políticas y otros tipos de pautas"[359].

Este concepto de Derecho permite a DWORKIN plantear aspectos de justificación de las decisiones judiciales de una manera más consistente, según él, que la asumida por los partidarios de la discrecionalidad judicial. El autor norteamericano considera que la tesis de la discrecionalidad judicial no toma en serio los derechos y obli-

---

[358] Cfr. *Los derechos en serio*, *op. cit.*, pp. 100-101. Aquí elabora su crítica teniendo como mira el criterio de identificación hartiano de la regla de reconocimiento, manifestando DWORKIN su disconformidad con la idea de creación judicial de derechos y obligaciones (en cuanto sería legislación *ex post facto*), y no la confirmación de una obligación jurídica existente con antelación.

[359] *Ibidem*, p. 72. A renglón seguido se encarga de concretar las nociones anteriores para establecer la pertinencia de dichos estándares tanto en materia jurídica como en materia legislativa. Sostiene DWORKIN que denomina "principio", genéricamente, a los estándares que no son reglas, pero luego precisa la dimensión propiamente jurídica de ellos de la siguiente forma:

> "Llamo 'principio' a un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad".

Los principios se distinguen de las directrices políticas (*policies*), precisamente por el objetivo que persiguen éstas: favorecer una mejora económica, social o política. La justificación que utilizarían los jueces estaría enmarcada, además de las reglas, por los principios. El fondo de este tema, al que DWORKIN dedica un capítulo entero, puede verse en *Los derechos en serio*, *op. cit.*, pp. 146-208; véase así mismo, su escrito "¿Es el Derecho un sistema de normas?", en DWORKIN, RONALD (comp.), *La Filosofía del Derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, trad. de J. Sáinz de los Terreros, 1984, pp. 75-127.

gaciones de las partes en los casos difíciles, en la medida en que los deja a merced de los jueces:

> "Aun cuando ninguna norma establecida resuelva el caso, es posible que una de las partes tenga derecho a ganarlo. No deja de ser deber del juez, incluso en los casos difíciles, descubrir cuáles son los derechos de las partes, en vez de inventar retroactivamente derechos nuevos"[360].

La forma más adecuada para lograr dicho "descubrimiento" en los casos difíciles (al no existir una regla clara que permita una solución en un sentido o en otro), es acudir a los principios. En los casos difíciles –afirma DWORKIN–, los principios "desempeñan un papel esencial en los argumentos que fundamentan juicios referentes a determinados derechos y obligaciones jurídicas"[361]. Tales principios (como el que establece que "nadie puede beneficiarse de su propia injusticia"[362]) son observados por los jueces en los casos concretos, y es fácil demostrar que ellos operan como razones jurídicas vinculantes para decidir:

> "Cuando decimos que un determinado principio es un principio de nuestro derecho, lo que eso quiere decir es que el principio es tal que los funcionarios deben tenerlo en cuenta, si viene al caso, como criterio que les determine a inclinarse en uno u otro sentido"[363].

---

[360] *Los derechos en serio, op. cit.*, p. 146.

[361] *Ibidem*, p. 80.

[362] DWORKIN cita este ejemplo, entre otros, a partir del caso *Riggs v. Palmer*, 115 N. Y. 506, N. E. 188 (1889) en el que se discutía si un heredero testamentario podía heredar a pesar de haber asesinado al testador (cfr. *Los derechos en serio, op. cit.*, p. 73). El tribunal de Nueva York consideró:

> "[T]odas las leyes, lo mismo que todos los contratos, pueden ser controladas en su operación y efecto por máximas generales y fundamentales del Derecho consuetudinario. A nadie se le permitirá aprovecharse de su propio fraude o sacar partido de su propia injusticia, o fundar demanda alguna sobre su propia iniquidad o adquirir propiedad por su propio crimen".

[363] *Los derechos en serio*, p. 77.

De esta manera, la incorporación de principios jurídicos implica, al menos *prima facie*, la posibilidad de una fundamentación de las decisiones judiciales *desde el propio ordenamiento jurídico*, distinta de la fundamentación a la que acuden los positivistas partidarios de la discrecionalidad. En consecuencia, los derechos y obligaciones concretas no constituirían ámbitos más o menos inciertos, o más o menos dependientes de una actuación judicial, definidos de manera *a posteriori*, sino más bien pautas discutidas procedimentalmente pero que, en último término, son de alguna manera descubiertas, reinterpretadas y establecidas por los jueces mediante un responsable ejercicio de sus funciones. En este sentido, si no existe una regla precisa que resuelva el caso concreto, los jueces cuentan con principios jurídicos que operarían como elementos para basar una decisión (como normas jurídicas) y, a su turno, permitirían mantener la idea de una justificación enmarcada dentro de los linderos del ordenamiento jurídico (juez "vinculado"), contrario a los límites incontrolables de la voluntad discrecional del fallador.

iii. El Derecho como una práctica interpretativa y la tesis de la respuesta correcta

A juicio de DWORKIN, los argumentos sobre los principios jurídicos cumplen la función de proporcionar elementos de protección de derechos (los aseguran y los garantizan), tanto de carácter individual como colectivo. Buena parte de dichos principios contienen una clara dimensión de moralidad o algún tipo de valoración política, proporcionando razones suficientes para definir y determinar derechos de las personas en los procesos judiciales[364].

---

[364] Cfr. *ibidem*, por ej. pp. 51, 72, 467-471. Sobre esta dimensión moral de los principios, y en general el peso de la "moralidad" en la obra de DWORKIN, véase VIGO, RODOLFO L., "El anti-positivismo de Ronald Dworkin", en *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas*, *op. cit.*, pp. 167-208.

Esta manera de comprender la labor justificativa de los jueces tiene enormes repercusiones en la teoría de la interpretación jurídica, todas ellas asumidas por el propio DWORKIN hasta sus últimas consecuencias. La más importante de todas consiste en su tesis de la respuesta correcta. En efecto, no sólo considera que los jueces tienen el deber de encontrar la respuesta correcta a todos los casos, aun los difíciles, sino además cree que una respuesta correcta es posible de ser encontrada en virtud de los elementos normativos que aparecen en las prácticas judiciales.

La tesis de la respuesta correcta presupone un conjunto de elementos esenciales. En primer lugar, presupone (asume) la existencia de derechos en manos de los individuos, estén o no reconocidos expresamente o de modo claro por una regla del ordenamiento jurídico (es la denominada tesis de los derechos)[365]. Tales derechos pueden llegar a ser comprendidos en un proceso judicial a partir de una regla que los reconoce o concede, o a partir de un principio[366]. En segundo lugar, la tesis presupone que en los casos de conflicto existe un derecho más fuerte, con anterioridad al caso, que es el que está llamado a ganar; en este sentido los derechos no están en "suspenso", a la espera de ser inventados por el juez[367]. En tercer lugar, quien está llamado a resolver un conflicto entre derechos, es decir, el juez, debe aceptar de alguna manera "las prácticas establecidas de su sistema jurídico", y al mismo tiempo, en virtud de esta aceptación, aceptar su "responsabilidad política" de decidir conforme a las mismas[368]. En este punto aparece su reconocida caracterización de un juez con extraordinarias capacidades para resolver correctamente los casos judiciales, a quien denomina Hércules[369], juez que deberá fun-

---

[365] Cfr. DWORKIN, RONALD, *Los derechos en serio*, *op. cit.*, en esp. pp. 147-150 y 158-177.

[366] Cfr. *ibidem*, en esp. pp. 72-83 y 146-150.

[367] Cfr. *ibidem*, p. 397.

[368] Cfr. *ibidem*, pp. 176-177.

[369] Cfr. *ibidem*, p. 177.

dar sus argumentos en un método racional y controlable a partir de la mejor justificación moral que subyace al ordenamiento jurídico[370].

En *El imperio de la justicia* DWORKIN refina su postura en cuanto a los requisitos de este método de adjudicación. Sostiene que está presidido por una virtud política, llamada *integridad*, que supone el deber de las autoridades de tratar a todas las personas de acuerdo con los principios de moralidad política que están plasmados en las instituciones de la comunidad, y atendiendo a las decisiones jurídicas del pasado[371]:

> "Según el derecho como integridad, las propuestas de ley son verdaderas si figuran o surgen como consecuencia de principios de justicia, equidad y debido proceso que proporcionan la mejor interpretación constructiva de la práctica legal de la comunidad"[372].

La integridad permite (y exige) a los jueces entender su tarea como un proceso de justificación de prácticas continuas, no sólo teniendo en cuenta las tradiciones morales de la comunidad que presuponen las instituciones, sino además ofreciendo una interpretación constructiva que resulte la mejor posible:

> "Los jueces que aceptan el ideal interpretativo de integridad deciden casos difíciles tratando de hallar, en un grupo de principios coherentes sobre los derechos y deberes de las personas, la mejor interpretación

---

[370] Cfr. *ibidem*, en esp. pp. 202-208. RODOLFO ARANGO, en *¿Hay respuestas correctas en el derecho?*, *op. cit.*, p. 56, hace notar que otro presupuesto o condición de la tesis de la respuesta correcta, lo hace depender DWORKIN de la existencia de sistemas jurídicos avanzados, esto es, aquellos en los cuales existe todo un "complejo normativo suficientemente denso de normas y precedentes jurídicos que permita a un juez resolver el caso a partir de la historia institucional de la comunidad". Las pistas de esta cuestión aparecen en *Los derechos en serio*, *op. cit.*, pp. 182-192.

[371] Cfr. DWORKIN, RONALD, *El imperio de la justicia*, *op. cit.*, p. 124.

[372] *Ibidem*, p. 164.

constructiva de la estructura política y la doctrina legal de su comunidad"[373].

Con base en los anteriores presupuestos, la interpretación jurídica es entendida como un proceso dinámico en virtud del cual los jueces tienen en cuenta las tradiciones del pasado y las prácticas judiciales anteriores, a la vez que tienen el deber de formular propuestas interpretativas que mejoren dichas prácticas y resulten de alguna manera ajustadas a las condiciones del presente. En este sentido, la explicación que ofrece DWORKIN busca plantear que los jueces ejerzan una actividad *coherente*, tanto con el pasado (con las decisiones y prácticas judiciales anteriores), como con los principios que podrían gobernar las nuevas situaciones. La integridad exige que el Derecho sea visto, "hasta donde más sea posible", como la expresión de "un solo esquema coherente de justicia y equidad en la proporción correcta", y además, "alienta al juez a ser imaginativo y amplio en su búsqueda de coherencia con el principio fundamental" sobre el cual basa su decisión[374].

Ambas dimensiones, la exigencia de ser coherente con el "pasado" y con los "principios" que justifican las decisiones presentes, son los elementos básicos con los cuales DWORKIN elabora un interesante símil de la actividad de los jueces, al modo del ejercicio de "una novela en cadena". Su enunciación básica es la siguiente:

> "El derecho como integridad niega que las declaraciones del derecho sean informes objetivos regresivos del convencionalismo o programas instrumentales progresivos del pragmatismo legal. Sostiene que los reclamos legales son juicios interpretativos y por lo tanto, combinan ele-

---

[373] *Ibidem*, pp. 183-184; véase, también, *Los derechos en serio*, *op. cit.*, p. 155.

[374] Cfr. *El imperio de la justicia*, *op. cit.*, pp. 160 y 161, respectivamente.

mentos progresivos y regresivos; interpretan la práctica legal contemporánea como una narrativa política en desarrollo"[375].

La figura de la "novela en cadena" le permite a DWORKIN dar cuenta de las distintas fases en que transcurre la actividad judicial[376]. Está claro, según él, que los jueces en los casos concretos tienen la obligación de escribir un nuevo capítulo de una novela que ya ha tenido su curso y cuyos capítulos anteriores fueron escritos por otros jueces que les antecedieron. Todo juez "sabe que otros jueces han decidido casos que, a pesar de no ser iguales al suyo, tratan sobre problemas parecidos"[377]. Su deber es dialogar con ese pasado y continuar desarrollando una historia a la luz de las mismas líneas argumentativas que les preceden, o mediante un mismo hilo conductor que ahora se vierte en el desarrollo continuado de ella. Pero tiene además el deber y la grave responsabilidad de mejorar la novela, presentando una mejor justificación que responda a una manera actualizada de comprender la historia que en el presente están escribiendo: "debe considerar sus decisiones como parte de una larga historia que debe interpretar y luego continuar, según su propio juicio acerca de cómo hacer de la historia en desarrollo lo mejor posible"[378].

Así las cosas, ante los casos concretos los jueces tienen en cuenta el pasado, las tradiciones y las prácticas que les anteceden, lo que podría ser llamado el aspecto "racional-descriptivo" de su actividad, es decir, la fase en la que "enuncian" o "descubren" las posibles respuestas dadas por otros jueces en el pasado, estableciendo así un nivel de "concordancia", como dice DWORKIN, entre las interpreta-

---

[375] *Ibidem*, p. 164.

[376] El tema del ejercicio hermenéutico como semejante a una novela en cadena fue anunciado por DWORKIN desde "How Law is Like Literature", en *A Matter of Principle*, Cambridge, Harvard University Press, 1985, pp. 146-166, y reiterado luego en *El imperio de la justicia*, *op. cit.*, en esp. pp. 164-186.

[377] *El imperio de la justicia*, *op. cit.*, p. 173.

[378] *Ibidem*.

ciones de los jueces y las respuestas elegibles para solucionarlos[379]. A su lado, tienen el deber de presentar una mejor justificación de las prácticas presentes en que se desarrolla el Derecho, valga decir, que entre las respuestas elegibles el juez se decida por aquella que represente un "mejor enfoque" para el caso concreto, haciendo mejoras a las prácticas según los requerimientos de la justicia y de la moralidad política. Este aspecto de la actividad judicial puede ser denominado "racional-prescriptivo", o simplemente, como sostiene DWORKIN, la dimensión justificativa de la interpretación[380].

De acuerdo con esta figura de la novela en cadena, el autor norteamericano plantea que el proceso de interpretación jurídica responde a diversas fases. En una primera fase, llamada *preinterpretativa*, los jueces buscan identificar las reglas y los principios aceptados generalmente por los miembros de la comunidad, según las prácticas que les anteceden. Ésta es una fase que tiene en cuenta la concordancia que los jueces deben buscar con las decisiones tomadas en el pasado, en la cual "se identifican las reglas y normas que proporcionan el contenido provisorio de la práctica"[381]. Sostiene que esta etapa se asemeja, en la interpretación literaria, a aquella en donde se distinguen los textos de las distintas novelas[382].

En una segunda fase, llamada *interpretativa*, los jueces deben encontrar las razones que justifican moral y políticamente las prácticas que han sido establecidas en la fase anterior; acá los jueces esta-

---

[379] Cfr. *ibidem*, pp. 57-58, 183-184 y 295, n. 17.

[380] Cfr. *ibidem*; y *A Matter of Principle*, *op. cit.*, p. 158. Sobre el particular, RODOLFO VIGO señala (Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas, *op. cit.*, p. 175):

> "[La teoría] postulada por Dworkin, tiene una dimensión 'descriptiva', en cuanto permite conocer la totalidad del derecho vigente y el modo como se opera en la adjudicación de derechos, pero también la teoría tiene una dimensión 'prescriptiva' en cuanto armoniza al derecho con los principios de moralidad objetiva y justifica la solución válida que Hércules toma ante el caso planteado".

[381] Cfr. DWORKIN, RONALD, *El imperio de la justicia*, *op. cit.* p. 57.

[382] Cfr. *ibidem*, p. 58.

blecen la *justificación general* de los elementos identificados en la etapa preinterpretativa:

> "Esto consistirá en un debate de por qué vale la pena buscar una práctica con esa forma general. La justificación no necesita adaptarse a cada uno de los aspectos o características de la práctica permanente, pero sí los suficientes para que el intérprete pueda verse a sí mismo interpretando dicha práctica y no inventando una nueva"[383].

En la interpretación literaria, esta fase se asemeja al hecho de encontrar los personajes, el argumento, el tema y el objetivo de la novela[384]. Los jueces pueden advertir en esta fase diversas alternativas sobre dicha práctica, es decir, la posibilidad de las distintas lecturas sobre la práctica judicial anterior, o distintas concepciones sobre la forma de interpretar y decidir un caso concreto[385]. Sin embargo, no justifica la elección de una de ellas con base en el criterio de la discrecionalidad, sino desde el punto de vista de la moralidad:

> "[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"[386].

Finalmente, aparece una tercera fase, llamada postinterpretativa o reformadora, en la que los jueces ajustan "su sentido sobre qué necesita 'en realidad' la práctica para adecuarse mejor a la justificación

---

[383] *Ibidem*.

[384] Cfr. *ibidem*, p. 167.

[385] La cuestión es desarrollada extensamente por DWORKIN a través de distintos componentes del problema, que no son del caso abordarlos aquí. Cfr. *ibidem*, pp. 169-186. Otra explicación de esto mismo se encuentra en *Los derechos en serio*, *op. cit.*, pp. 198-208.

[386] *El imperio de la justicia*, *op. cit.*, p. 184.

que acepta en la etapa interpretativa"[387], lo cual significa que los jueces pueden formular reformas a la práctica jurídica existente, con el propósito de acercar las nuevas concepciones a las exigencias de justificación desarrollada en la fase previa[388]. El símil con la novela, para esta tercera fase, lo establece a partir de los posibles juicios "estéticos" y "sustantivos" que puedan mejorarla, particularmente referidos a la "importancia, perspicacia, realismo o belleza" que supone su interpretación[389].

iv. Balance: las dificultades justificativas de Hércules

Las tesis de la respuesta correcta y de la práctica interpretativa del Derecho entendida como integridad, mediante la cual los jueces estarían en capacidad de presentar mejores propuestas de justificación en los casos concretos, significa un importante aporte al tema de las condiciones y supuestos de las razones que emplean los jueces para decidir. De hecho, determinar la función judicial como un ejercicio a partir de reglas y principios (concepto de Derecho mucho más profundo, y que presenta una singular riqueza en comparación con las propuestas positivistas de KELSEN y HART, entre otros), y la consecuente utilización de un método de interpretación justificativo a partir de argumentos de moralidad política, significa un esfuerzo importante para describir y delimitar el alcance que tienen los jueces cuando resuelven los casos en Derecho.

A su vez, los aportes de DWORKIN posibilitan considerar un ámbito de discernimiento racional abierto a distintas instancias hermenéuticas (tema que también contrasta significativamente con las propuestas anteriores, especialmente con la de HART), a través de

---

[387] *Ibidem*, p. 58.

[388] Cfr. *ibidem*, pp. 183-184. Véase, sobre este punto, RODRÍGUEZ GARAVITO, CÉSAR, *La decisión judicial: el debate Hart-Dworkin*, *op. cit.*, p. 63.

[389] Cfr. *El imperio de la justicia*, *op. cit.*, p. 168.

las cuales puedan ser planteados aspectos tanto descriptivos como evaluativos de las prácticas judiciales. De esta forma, DWORKIN permite ampliar el espectro de vinculación jurídica de los jueces, al menos desde una perspectiva más fuerte que la anterior. La comprensión y articulación de principios supone además una apertura racional a la Filosofía moral y política como instancias que revelarían determinados supuestos para comprender, desde una dimensión jurídica, la obligatoriedad de ciertas conductas y el reconocimiento a ciertos derechos concretos. Debe tenerse en cuenta, naturalmente, que DWORKIN entiende siempre esos derechos desde una perspectiva moral liberal extrema, a lo que suma su rechazo a las razones de bien común, o *policies*, que deben ceder siempre ante los *principles* de los derechos individuales[390].

Sin embargo, muy a pesar de estas ventajas y aportes, existen algunos reparos metodológicos que parecen conducir a similares aporías que las encontradas en las tesis de la discrecionalidad judicial. En primer lugar, hay interrogantes relacionados con la posible "objetividad" de los jueces en la elección de los principios morales y políticos que anteceden a una práctica judicial concreta. Distintas interpretaciones rivales en el pasado pueden dar lugar a que Hércules se vea ante la imperiosa necesidad de escoger una de ellas, lo que implica la dificultad de "mostrarla" ante los demás como la más "objetiva" y consistente con la mejor práctica jurídica, y que no responde, en cambio, a sus propias concepciones y opiniones personales como juez. Así, qué criterios son los más consistentes con la mejor justificación posible no deja de ser una cuestión abierta a ulteriores instancias de determinación racional. Esto significa que no es del todo fácil establecer los límites que deben ser tenidos en cuenta por los jueces cuando se ven enfrentados a concepciones pasadas diferentes a las suyas propias.

---

[390] Cfr. DWORKIN, RONALD, *A Matter of Principle*, *op. cit.*, *passim*.

DWORKIN sugiere que la mejor teoría jurídica consistiría en aquella que mejor articule una justificación de acuerdo con los estándares disponibles, como por ejemplo las tradiciones morales de la comunidad[391], pero esto no deja de ser una mera formalidad de fundamentación, como sea que ha partido de un presupuesto epistemológico no-cognitivista, que por eso no da razón de otros estándares que supongan o permitan suponer la posibilidad de una mejor justificación[392]. Hércules puede verse en serios aprietos para identificar cuál es, en realidad, el mejor principio que figure en una práctica jurídica, o para determinar de qué depende la "defensa moral" o más "completa" e integral de un punto de vista interpretativo[393]. ¿Cuáles serían los criterios para determinar el principio que justifica de mejor forma y de una manera más lógica la práctica jurídica en una comunidad? ¿Podría ser el mejor principio que informe nuestras prácticas democráticas? Si esto último es cierto, ¿cuál sería dicho principio democrático –la libertad, la igualdad, el respeto a las minorías, la dignidad humana, etc.–? Todos ellos, si bien centrales, son articulados de modo distinto en las diferentes Teorías del Derecho y, además, proveen (eventualmente) respuestas distintas ante los casos concretos, lo cual deja abierto el problema planteado. Si la mejor respuesta es aquella que mejor explique el Derecho y la que dé cuenta de la moralidad política subyacente en una comunidad, ¿cómo deben ser resueltos los casos en los cuales la misma moralidad política de la comunidad está en discusión? O bien: ¿cuál es la respuesta

---

[391] Cfr. *Los derechos en serio*, *op. cit.*, p. 202; véase allí mismo, pp. 91, 176-177; y *El imperio de la justicia*, *op. cit.*, pp. 166, 176-177 y 183-184.

[392] Existen críticas a DWORKIN en el sentido contrario al expresado aquí, esto es, en el sentido según el cual el autor norteamericano "asume" o "acoge" un presupuesto epistemológico "cognitivista", y por lo demás "objetivista" y "absolutista", lo que para algunos significa catalogarlo como un "iusnaturalista sofisticado". Estas críticas –junto a las expresiones que he usado entrecomillas– pueden verse en ARANGO, RODOLFO, *¿Hay respuestas correctas en el derecho?*, *op. cit.*, pp. 80-90.

[393] Cfr. *Los derechos en serio*, *op. cit.*, p. 129; véase, también, *A Matter of Principle*, *op. cit.*, p. 143.

correcta frente a ordenamientos jurídicos que admiten principios morales que parecen "encontrados" o en "oposición" en los casos concretos?

DWORKIN es enteramente consciente de todos estos problemas y no sólo acepta que es posible la presencia de conflictos entre diversas interpretaciones, sino además entre una interpretación realizada por Hércules y una norma del ordenamiento, en razón de las prácticas morales o las distintas concepciones encontradas que tiene en cuenta al momento de realizar su escrutinio. Frente a este último evento señala DWORKIN la posibilidad de que Hércules deba mentir, buscando con ello no sólo ocultar las interpretaciones rivales a la suya, sino además privilegiar su concepción moral sobre la injusticia de la norma[394]. Pero si esto es así, la valoración llevada a cabo por Hércules, bajo el supuesto de haber sido realizada de manera concienzuda y escrupulosa, tendría que contar con algún fundamento externo mediante el cual pueda manifestar que la respuesta correcta ha descansado en la mejor justificación posible, y no en su solitaria y subjetiva visión de aquellos principios jurídicos que mejor le han parecido para solucionar "correctamente" el caso concreto. Su valoración, en todo caso, se ve enfrentada a las valoraciones que sobre los mismos principios lleven a cabo otros jueces y otros miembros de la comunidad. Cuando existen conflictos entre dos o más interpretaciones, o entre lo que Hércules considera y una norma jurídica, la tesis de DWORKIN se ve envuelta en el problema de saber cuál es la interpretación correcta, o en saber si lo que dice Hércules termina siendo la verdad moral y política de la comunidad, aun por encima de si es asentida o no explícitamente por ésta.

Hay, sin duda, un círculo auto-justificativo en el proceso de interpretación judicial desde estas coordenadas. Se exige a Hércules, por una parte, dialogar con la comunidad y los demás jueces del pasado, acerca de las distintas concepciones morales y políticas que

---

[394] Cfr. *Los derechos en serio*, *op. cit.*, p. 451.

podrían servir de base justificatoria para decidir un caso controvertido; sin embargo, por otra parte, ante interpretaciones competitivas no queda más remedio que dejar que Hércules imponga su concepción particular y personal sobre lo discutido. La exigencia de tomar en consideración las prácticas jurídicas subyacentes y la historia jurídica de la comunidad termina siendo, en consecuencia, un mero "requisito de forma", incapaz de ser anclado, en realidad, en *una mejor* teoría jurídica, moral o política de la adjudicación[395]. Quizá la incorporación de reglas del discurso jurídico podría ser significativa para romper dicho círculo y dotar de legitimidad a la tesis de la respuesta correcta. Pero por encima de ello, Hércules se enfrentaría en este caso al grave problema de la demostrabilidad (objetividad) a partir del discurso, de tal forma que no termine siendo una nueva manera de auto-referenciar su personal concepción acerca de la mejor teoría moral y política o la mejor práctica interpretativa[396]. A pesar de su confianza en la integridad, DWORKIN no logra resolver adecuadamente este asunto porque rechaza que la demostrabilidad (objetividad) pueda estar referida a una correspondencia entre sus razones y los hechos externos (por ejemplo, los derechos), razón por la cual el fundamento de la tesis de la coherencia termina siendo una simple justificación interna del razonamiento jurídico que se legitima a sí mismo dentro del propio razonamiento hermenéutico herculeano[397].

Este punto es crucial. DWORKIN plantea que sus "comentarios sobre la objetividad" de una respuesta correcta no implican una "prueba" al estilo de los "hechos duros", sino que, por el contrario, están inmersos en las "prácticas interpretativas" compartidas en una

---

[395] Algunos críticos de DWORKIN apuntan en esta misma dirección. Cfr. al respecto, ARANGO, RODOLFO, *¿Hay respuestas correctas en el derecho?, op. cit.*, p. 84.

[396] Cfr. sobre el particular VIGO, RODOLFO L., *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas, op. cit.*, pp. 178-180, en donde advierte sobre la cuestión de la "objetividad" que supondría el tratamiento de este asunto en DWORKIN.

[397] Cfr. *El imperio de la justicia, op. cit.*, pp. 64-71.

comunidad. Si bien el argumento central está dirigido a atacar el *escepticismo* de algunos de sus críticos, y en este sentido sus explicaciones son acertadas (*i.e.*, porque las "pruebas" de corrección de los juicios morales no pueden hacerse de aquel modo, como se analizará en otra parte), la explicación que ofrece es bastante insatisfactoria.

Sostiene DWORKIN, en efecto, que "utilizamos el lenguaje de la objetividad, no para darle a nuestros corrientes reclamos interpretativos o morales una rara base metafísica, sino para repetirlos, tal vez de una manera más precisa, para enfatizar o calificar su contenido"[398]. Si alguien sostiene –el ejemplo es de DWORKIN– que la esclavitud es "real u objetivamente incorrecta", no "piensa que con ello ha dado, o incluso sugerido, un argumento de por qué lo es"[399], como si la injusticia de la esclavitud hiciera parte del "universo"[400]. En su lugar, ha dado un "argumento moral" sustentado en un reclamo interpretativo de "nuestras prácticas". En este sentido, el lenguaje de la "objetividad" es un reclamo que se utiliza frente a quienes no hayan asumido el punto de vista interno de nuestras prácticas: "Las prácticas de interpretación y moralidad dan a estos reclamos todo el significado que necesitan o pueden tener"[401].

Esta explicación es, desde luego, insuficiente. Un reclamo moral ante prácticas no consolidadas (ya no se piense en la esclavitud, sino por ejemplo en el aborto), en ese lenguaje de "objetividad" al estilo de DWORKIN, no es más que la intención de camuflar lo que Hércules subjetivamente considera al respecto, y además, denota su incapacidad gnoseológica de soportar sus juicios morales de modo objetivo. La "objetividad" de una respuesta correcta, mirada ya no desde la confrontación entre puntos de vista participados o comunes, sino más bien, anclada en una práctica que violente un derecho funda-

---

398 *Ibidem*, p. 68.

399 *Ibidem*.

400 Cfr. *A Matter of Principle*, *op. cit.*, pp. 172-173.

401 *El imperio de la justicia*, *op. cit.*, p. 67.

mental "discutido" (*v. gr.*, la práctica del aborto frente al derecho a la vida del *nasciturus*), seguiría siendo tan "objetiva" como aquella respuesta que considere lo contrario. La "objetividad" en DWORKIN, en suma, no dice ni implica mayor cosa. No discrimina entre respuestas correctas de las que no lo son.

Algunos críticos de este autor han manifestado que Hércules, en realidad, está encubriendo un ejercicio de discrecionalidad –que tanto quiso evitar– mediante la apelación a una virtud política cuyos límites son imprecisos. GARCÍA VILLEGAS ha sostenido al respecto:

> "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. 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 positivismo"[402].

Desde otra perspectiva, puede sostenerse que el diálogo que mantiene el juez con el caso concreto, la práctica judicial del pasado y la comunidad en general, termina por disolverse en el proceso de decisión, o transformándose en un monólogo (del sujeto o juez) que articula razones "autoconvincentes", mediante las cuales se persuade de haber construido la mejor teoría justificativa acerca de los principios morales y políticos de la comunidad. La teoría de la interpretación jurídica de DWORKIN termina siendo, así, la tesis del razona-

---

[402] GARCÍA VILLEGAS, MAURICIO, "Las fronteras del Derecho", cit., p. 37. Para otros autores, lo anterior se explica por la incapacidad de la teoría de deslindar el componente ideológico o de subjetividad de Hércules, de su pretendida fundamentación objetiva en el proceso de descubrimiento de la respuesta correcta. Así, por ejemplo, cfr. PRIETO SANCHÍS, LUIS, *Ideología e interpretación jurídica*, *op. cit.*, pp. 69-73.

miento solipsista herculeano, es decir, de un sujeto consigo mismo[403].

GRAHAM WALKER ha explicado que lo anterior se debe a que el concepto de integridad de DWORKIN es una forma de convencionalismo encubierto, el cual se nutre de un nihilismo escéptico auspiciado por un total abandono hacia un estándar de realidad[404]. Debido tal vez a su explícito rechazo hacia la metafísica, y también hacia la existencia de una realidad jurídica por sí misma cognoscible o al-

---

[403] Éste es el riesgo al que también se enfrentan las propuestas hermenéuticas de la comprensión, sobre lo cual habré de detenerme más adelante (ver *infra*, IV, 3.b y c, y en esp. el epígrafe 5). Brevemente, se puede afirmar que romper con el círculo hermenéutico supone echar mano de algún estándar basado en *la realidad*, no en la propia racionalidad discursiva ni en las justificaciones que provengan de ella, lo cual significa que la comprensión hermenéutica tiene la exigencia de ser trascendida. Así las cosas, las condiciones racionales de un discurso judicial y sus supuestos no pueden meramente descansar en la propia dimensión hermenéutica. Por el contrario, como afirma el propio GADAMER, "la tarea de la hermenéutica no es desarrollar un procedimiento de la comprensión, sino iluminar las condiciones bajo las cuales se comprende": *Verdad y Método* (1960), Salamanca, Ediciones Sígueme, trad. de A. Agud Aparicio y R. de Agapito, 7ª. ed., 1977, p. 365. Un planteamiento similar en SERNA, PEDRO, "Hermenéutica y relativismo. Una aproximación desde el pensamiento de Arthur Kaufmann", cit., pp. 293-297.

[404] Cfr. *Moral Foundations of Constitutional Thought*, *op. cit.*, p. 43. La mayoría de los críticos de DWORKIN, sin embargo, apuntan hacia otro lado: consideran que no es posible aceptar la tesis de la respuesta correcta porque implicaría de suyo aceptar una teoría cognoscitiva acerca de los juicios morales, como objetiva y absolutamente necesarios, y una metodología –que según los mismos críticos no existe– para alcanzar la verdad de las proposiciones jurídicas y entenderlas como las mejores posibles. Los valores morales no serían, de acuerdo con esto, susceptibles de ser comprendidos jurídicamente, razón por la cual siempre sería necesario contar con un elemento subjetivo mediante el cual el juez pueda inclinar la balanza hacia un sentido específico o hacia una decisión en concreto. De allí que –afirman los críticos de DWORKIN–, no existirían respuestas correctas en el Derecho, sino respuestas distintas, ninguna de las cuales, dentro de ciertos límites de razonabilidad, sería mejor que las otras. Una síntesis de las críticas que la doctrina ha esgrimido en contra de la tesis de DWORKIN se puede encontrar en ARANGO, RODOLFO, *¿Hay respuestas correctas en el derecho?*, *op. cit.*, *passim*. Véase también, desde una perspectiva crítica, el trabajo de PEÑA GONZÁLEZ, CARLOS, "Discreción e interpretación judicial: las tesis de Dworkin", en AA.VV., *Interpretación, integración y razonamiento jurídicos*, *op. cit.*, pp. 229-242.

canzable a través de principios prácticos, termina por transformar los derechos en una construcción judicial, sofisticada o simplista, a veces lo bastante seria para ser tomada en cuenta, a veces no[405]. Hércules, en definitiva, parece no poder resolver satisfactoriamente muchos temas de fondo. A esto, como también a los supuestos racionales que DWORKIN parece compartir con las teorías que tanto ha criticado, se orienta el capítulo siguiente.

6. RECAPITULACIÓN

Este segmento del trabajo estuvo destinado a ofrecer un marco general sobre las principales corrientes de la Teoría del Derecho absorbidas por el constitucionalismo colombiano a partir de 1991. El

---

[405] Es muy llamativo, por cierto, el ejercicio de interpretación constitucional que introduce CÉSAR RODRÍGUEZ (cfr. *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*, *op. cit.*, pp. 66-84), para ser resuelto por Hércules, tomando como base el mismo problema que resolvió la Corte Constitucional colombiana en la sentencia C-221 de 1994 (M. P. CARLOS GAVIRIA) sobre la despenalización de la dosis personal de drogas (cfr. *supra*, I, 2.a). Allí RODRÍGUEZ intenta mostrar la manera como Hércules podría llevar a cabo la elección de los principios normativos que mejor darían cuenta del Derecho colombiano, para presentar luego la que él considera es la mejor justificación posible de la despenalización. Es llamativo, digo, porque la "respuesta correcta" fue articulada desde el punto de vista de la concordancia con aquellos principios que formarían parte de las concepciones ideológicas de un juez liberal (en el que se favorece un sentido amplio de la autonomía del individuo y se exalta el principio del pluralismo). En este ejercicio se puede advertir con bastante claridad que Hércules no dista mucho de Herbert (HART) en la escogencia de las premisas de su preferencia (RODRÍGUEZ también da cuenta de la manera en que HART podría resolver la cuestión). Es una lástima que Hércules (en este caso César) no haya tenido en cuenta, para resolver el asunto, principios constitucionales como el de la dignidad humana, el derecho a la vida y a la salud, la libertad medida, los derechos ajenos, etc., o que no haya articulado razones jurídicas a partir del concepto de *deberes fundamentales*, los cuales podrían ser significativos en cuanto a una mejor manera de dar cuenta, no sólo de la práctica judicial en Colombia, sino, por cierto, de una mejor justificación jurídica. Se comprende, sin embargo, que este caso haya sido resuelto de tal forma precisamente por la postura ideológica de Hércules y Herbert, y, además, del propio César.

propósito fue mirar qué nociones, clasificaciones y doctrinas han sido determinantes para explicar la manera como la Corte Constitucional lleva a cabo su labor de interpretar el Derecho a la luz de la Constitución, a la vez que se procuró señalar algunas inconsistencias y dificultades que cada una de ellas presenta. El trasfondo estuvo constituido por fallos como los reseñados en el capítulo I, pues es frente a este tipo de casos que resulta imperioso intentar descubrir las verdaderas motivaciones de los jueces y, además, si en ellos es factible plantear algún tipo de corrección o de justificación racional.

Con esto en mente, la propuesta inicial ofreció un marco conceptual básico, consistente en afirmar que las teorías estándar del Derecho –término que he usado para significar las teorías actualmente dominantes– intentan combinar una dualidad de funciones en la figura del juez constitucional. Por un lado, la función del juez "político", y por esto se entiende un sujeto con intenciones no siempre expresas, pero latentes, para llevar a cabo, en los casos que tiene que decidir, un programa ideológico en el que cree o se siente comprometido. Por el otro, la función del juez "vinculado", la cual está sustentada en la necesidad de mostrar al juez respetuoso del ordenamiento constitucional y jurídico, a pesar de sus orientaciones personales. Para las teorías estándar del Derecho, la combinación de ambas funciones resulta posible como consecuencia de que la Constitución ofrece amplias posibilidades para configurar respuestas política o ideológicamente comprometidas, de tal manera que lo resuelto en los casos concretos puede legitimarse desde el punto de vista jurídico. El sustento de lo anterior depende de cuatro distinciones precisas:

(i) La primera, de orden semántico, consiste en afirmar que el lenguaje empleado en las normas constitucionales (y jurídicas en general) poseen un núcleo cierto de significado y una zona de penumbra. Enfrente del núcleo cierto el juez estaría en capacidad de encontrar una única respuesta posible; en cambio, frente a la penumbra surgen las diferentes alternativas de respuestas, permitiendo incluso que dos jueces lleguen a fallos enteramente contradictorios entre sí.

(ii) La segunda distinción afirma que el problema de las normas de textura abierta (vagas) no es semántico, sino más bien interpretativo, para lo cual se plantea que en ellas se plasman conceptos o tipos de comportamientos, es decir, las bases sobre las cuales se construyen las diferentes concepciones que sobre los mismos se desarrollan históricamente.

(iii) La tercera distinción plantea que las normas constitucionales poseen una estructura diferencial que depende de varios criterios, como el tipo de mandato o regulación establecida por su creador, su dependencia de otras normas o su contenido. Esto da lugar a distinguir entre reglas y principios: las reglas poseen una regulación precisa de supuesto de hecho y consecuencia jurídica; pueden ser identificadas fácilmente por su origen; están orientadas a cuestiones sectoriales o específicas, etc. Los principios, en cambio, poseen una regulación más amplia o una mayor generalidad que las reglas en cuanto al supuesto de hecho y su consecuencia jurídica. Además, no siempre pueden ser identificados por su origen legislativo, y finalmente, suelen tener un contenido moral e iluminan la actividad de los jueces de forma variada, pues su intensidad o fuerza depende de los casos concretos.

(iv) Las distinciones anteriores permitieron arribar a una clasificación estándar en la teoría jurídica contemporánea, consistente en plantear dos tipos de casos judiciales: los fáciles y los difíciles, cada uno de los cuales exige una forma distinta de razonamiento. Los casos fáciles se basan en reglas, en la idea de un significado preciso o claro y en que proveen una sola respuesta. Son razonados mediante un silogismo lógico-deductivo. Los casos difíciles surgen como consecuencia de algún elemento problemático, casi siempre radicado en una norma jurídica: su textura abierta, el hecho de tratarse de un concepto general, su ausencia, su conflicto con otras normas jurídicas, su evidente injusticia, la necesidad de anularla o modificarla por vía judicial, etc. Los casos difíciles admiten varias respuestas (aun contradictorias entre sí), se razonan acudiendo a diferentes criterios

(por ejemplo a distintos "tests" de ponderación), y respecto de ellos se considera que los jueces ejercen una labor creativa de Derecho.

De los anteriores datos se pueden extraer las siguientes conclusiones que apoyan las teorías estándar del Derecho: 1) Los jueces están totalmente vinculados al Derecho cuando están en presencia de casos fáciles. 2) El modelo de interpretación que mejor explica el razonamiento judicial para los casos fáciles es el que se ha denominado "formalista", "de la subsunción" o "mecánico". 3) En tercer lugar, los intereses políticos o ideológicos de los jueces son posibles de ser llevados a la práctica en los casos difíciles. 4) A pesar de esto último, aun en los casos difíciles los jueces están vinculados al ordenamiento jurídico.

En este punto el capítulo pasó a considerar varios modelos de interpretación jurídica, cuyo propósito estuvo determinado por advertir cuáles de ellos eran los que mejor permitían combinar el juez "político" con el juez "vinculado". Expongamos algunas conclusiones al respecto:

1) El modelo inicialmente considerado fue el "formalista", cuya importancia está en ser el que mayor aceptación ha tenido en el medio jurídico colombiano con anterioridad a 1991. A juicio de las teorías estándar, este modelo presenta algunos inconvenientes, como por ejemplo hacer descansar toda la actividad interpretativa en un ejercicio lógico de derivación necesaria (coacción intelectual) y en considerar que sólo existen casos fáciles en el Derecho. Este tipo de razonamiento es inconveniente por las limitaciones de la lógica formal en la comprensión de las realidades jurídicas complejas. Así mismo, se advirtió la desventaja del modelo al considerar que los jueces eran una especie de sujetos pasivos, secundarios y poco responsables de su actividad.

2) El "formalismo" fue analizado además a la luz de dos modelos antagónicos, el de la interpretación "libre" y el realismo jurídico norteamericano. Estos están caracterizados por mantener una considerable distancia frente a los elementos legales, trasladando la carga

justificativa a la sola voluntad de los jueces. Son modelos "decisionistas" que, en último término, desconocen el orden jurídico vigente o lo acomodan a los intereses personales del fallador. En este sentido, se sostuvo que eran modelos también defectuosos en la medida en que diluían la exigencia de vinculación de los jueces al ordenamiento jurídico.

3) Luego se estudiaron dos modelos de interpretación jurídica ampliamente aceptados y difundidos entre los constitucionalistas contemporáneos: el modelo de la discrecionalidad judicial –auspiciado por el positivismo jurídico– y el de los principios y la respuesta correcta de R. DWORKIN. El primero de ellos, por varias razones, ha sido exitoso en el constitucionalismo colombiano de los últimos años. La primera razón es que ofrece una perspectiva de interpretación jurídica más amplia que la esbozada desde el formalismo jurídico, a la vez que pretende estrechar la posible arbitrariedad surgida en virtud de las tesis de interpretación libre o no sometida al Derecho. Refleja que los jueces gozan de un amplio margen de apreciación en la configuración de la decisión jurídica y, en tal sentido, son protagonistas de primera magnitud en la resolución de los casos. Además, a diferencia de los modelos anteriores, intenta fijar parámetros de la actuación judicial de una manera más limitada. La segunda razón es que la discrecionalidad judicial es presentada mediante la distinción entre casos judiciales fáciles y difíciles, y por lo tanto intenta dar cuenta de los distintos tipos de mensajes normativos que provienen de un órgano que legisla. La tercera razón es que afirma la posibilidad de que existan varias respuestas a los casos difíciles. Sin embargo, adolece de un defecto considerable: en los casos difíciles la discrecionalidad judicial termina siendo el único soporte de la justificación, como sea que para sus expositores no resulta posible racionalizar el acto decisorio como consecuencia de presentar un marco jurídico demasiado amplio, general o difuso. Este defecto es una consecuencia de sus cimientos epistemológicos, a saber: la imposibilidad de conocer y reconocer supuestos de juridicidad o de justicia, anteriores y externos a la decisión.

4) Por último, se abordó el modelo de la respuesta correcta de R. DWORKIN. Es un modelo atractivo, al menos por tres razones. En primer lugar, porque plantea una noción de Derecho lo suficientemente amplia, posibilitando aludir a razones o estándares de juzgamiento –como los principios jurídicos– no incorporados en el modelo positivista de la discrecionalidad judicial. En segundo lugar, porque favorece una perspectiva moral en la adjudicación, con lo cual posibilita plantear una exigencia de justificación a los jueces en términos no contemplados por los modelos anteriores. En tercer lugar, porque establece como exigencia, aun en los casos difíciles, el hecho de que los jueces encuentren la respuesta correcta a los casos juzgados por ellos. Éste, que se constituye en el aspecto central de la teoría, es un elemento importante porque puede servir de "idea regulativa" de la función judicial: los jueces *debieran* encontrar la respuesta correcta a los casos concretos. Sin embargo, esa idea regulativa es también un elemento problemático. En efecto, la idea de que los jueces "mejoren las prácticas jurídicas" a través de la "mejor teoría moral y política", es problemática en la tesis de DWORKIN porque no logra anclarla en criterios consistentes, objetivos o reales, es decir, por fuera de las propias razones articuladas por quienes deciden. En dicho sentido, la tesis deja interrogantes no resueltos satisfactoriamente.

CAPÍTULO III

ROPAJES JUSTIFICATIVOS: LAS APORÍAS Y DIFICULTADES DE LAS TEORÍAS IMPERANTES SOBRE LA INTERPRETACIÓN Y DECISIÓN JUDICIAL

1. INTRODUCCIÓN

a) Un breve recuento

Hagamos un breve recuento de lo expuesto hasta ahora. Los capítulos anteriores estuvieron destinados a mostrar las dificultades de justificación racional en la interpretación constitucional, junto a algunos intentos de solución provenientes de lo que he denominado teorías estándar del Derecho. El repaso de algunos fallos de la Corte Constitucional colombiana (capítulo I) permitió constatar, en efecto, (a) que existen distintos criterios o razones justificativas para fallar un mismo caso difícil; (b) que en ocasiones los jueces emplean alguna razón como sustento de una decisión, pero luego es abandonada en decisiones posteriores; (c) que las razones justificativas empleadas por los jueces normalmente están afianzadas en un texto autoritativo (generalmente una norma constitucional); (d) que, sin embargo, la

recurrencia a los textos constitucionales muestra dificultades adicionales porque (i) distintos jueces pueden entender cosas distintas a partir de una misma expresión constitucional, o bien, (ii) sobre la base de una misma definición arriban a distintas interpretaciones, o incluso (iii) podrían estar dispuestos a desconocer el propio texto constitucional; (e) que además en algunos casos concretos los jueces manipulan injustificadamente las razones jurídicas empleadas en precedentes judiciales anteriores.

Por su parte, el repaso de algunas tesis provenientes de las teorías estándar del Derecho (capítulo II), permitió tomar en consideración un marco de conceptos que podrían explicar lo que acontece en la interpretación constitucional. Dicho marco presenta como telón de fondo una idea general, consistente en mostrar que los jueces constitucionales son una especie de "actores políticos" (ideológicos, estratégicos, etc.) que, sin embargo, están sometidos (o actúan conforme) al ordenamiento jurídico vigente. Las teorías estándar presentan como base de sus explicaciones una serie de distinciones precisas (*core* y *penumbra*, concepto y concepción, reglas y principios constitucionales, casos fáciles y difíciles), mediante las cuales se pretende explicar y resolver las tensiones por las que atraviesan los jueces constitucionales cuando deciden los casos. Así mismo, el capítulo anterior dio cuenta de algunos modelos de interpretación jurídica que las teorías estándar suelen presentar como propuestas del razonamiento de los jueces, las cuales son articuladas sobre la base del mismo telón de fondo ya anotado.

De los casos reseñados en el capítulo I y de las explicaciones teóricas abordadas en el capítulo II se puede extraer que, a pesar de las dificultades surgidas en el ámbito constitucional, los jueces cumplen la función que les ha sido encomendada, (i) porque actúan *discrecionalmente* eligiendo distintas respuestas posibles dadas por el ordenamiento jurídico, o (ii) porque están en capacidad de encontrar la *respuesta correcta* en todos los casos constitucionales.

Ahora bien, al tiempo que se relataban los casos y se incorporaban las explicaciones de las teorías estándar, se fueron consignando

algunos planteamientos críticos e interrogantes que, en su conjunto, han profundizado aún más los problemas inicialmente considerados. Aquí se intentará mostrar, con más detalle, el tipo de problemas que subyacen en las explicaciones anteriores.

b) El objeto de este capítulo

La idea de que los jueces constitucionales actúan sobre la base del ordenamiento jurídico constituye una manera recurrente y usual de explicar sus actividades[406]. Ya se decía en el capítulo anterior que los jueces no suelen manifestar que el ordenamiento jurídico es indeterminado, o que el grado de discrecionalidad que poseen carece de supuestos normativos –por mínimos que sean– para configurar de alguna manera en cierto modo objetiva o correcta, las respuestas a los casos concretos. En esto hay una diferencia clara entre autores de doctrina y jueces. Mientras aquellos hacen una descripción, por decirlo así, tan cruda como sea posible, de las particularidades de la interpretación constitucional, y además, respecto de los "poderes" y "estrategias" que poseen los jueces constitucionales cuando juzgan determinados casos concretos, estos, por el contrario, afirman estar rigurosamente vinculados en todas sus actuaciones al ordenamiento jurídico vigente.

Lo expuesto significa que los casos constitucionales, mirados desde la perspectiva de los jueces constitucionales, no son fallados mediante razones que, de forma directa, induzcan a pensar que efectivamente manipulan textos normativos para obtener ventajas, ni tampoco reflejan las "estrategias" y "luchas de poder" que posean en determinadas materias, como sí acontece con las explicaciones doc-

---

[406] Cfr. a este respecto el estudio preliminar de CÉSAR RODRÍGUEZ GARAVITO, "Una crítica contra los dogmas de la coherencia del Derecho y la neutralidad de los jueces", a la edición castellana del libro de DUNCAN KENNEDY, *Libertad y restricción en la decisión judicial*, *op. cit.*, pp. 19-88, en donde se hace un extenso análisis de este fenómeno.

trinales al respecto –con aquel "campo de batalla", donde la interpretación constitucional es un instrumento, al que se hacía referencia en el capítulo I–. Los jueces constitucionales, por el contrario, construyen sus fallos y sus disidencias mediante argumentos pretendidamente jurídicos, intentando "demostrar" que sus respectivas opiniones están de algún modo ancladas al "mundo jurídico" al que pertenecen. Y por mucho que puedan "jugar" o "influir" las ideologías que posean sobre las materias que deben fallar, intentan *racionalizarlas* a través de un discurso que, en conjunto, busca encontrar un soporte o cimiento en el propio ordenamiento constitucional.

Sin embargo, este proceder no conduce siempre a los resultados esperados. Muy a pesar del esfuerzo argumentativo mostrado, existen casos en los que la *racionalización* empleada dista bastante de ofrecer respuestas satisfactorias a los mismos, o en los que la construcción argumentativa termina por confirmar que, en realidad, se produce un "ropaje" justificativo o razonamiento *aparente*, por lo mismo incapaz de ofrecer una solución correcta, acertada o constitucionalmente justa.

Si se combina esta forma de actuación judicial con los planteamientos esbozados en el capítulo II, se podrá dar cuenta que, en el fondo, algunos jueces constitucionales buscan imponer sus propias concepciones personales en determinados "casos difíciles"; que tanto los textos jurídicos de textura abierta como los principios constitucionales, permiten este tipo de construcciones si no se cuenta con criterios adicionales o diferentes a los empleados para su delimitación; y además, que la discrecionalidad judicial opera como la explicación metodológica idónea para llevar a cabo esos "ropajes" justificativos y razonamientos "aparentes".

Al estudio y crítica de estas cosas se orienta el presente capítulo. Se partirá del hecho –extraído de dos ejemplos reales relativos al aborto–, de que los jueces efectivamente manifiestan estar "vinculados" al ordenamiento jurídico, para luego demostrar que tales declaraciones, cuando están respaldadas por el entorno de las explicaciones provenientes de las teorías estándar del Derecho, terminan sien-

do una especie de recurso retórico para encubrir posturas personales. Por estas razones, tales explicaciones de las teorías imperantes sobre la actividad de los jueces, desde el punto de vista de la justificación y fundamentación jurídica, están condenadas a fracasar[407].

2. LAS CONCEPCIONES PERSONALES DE LOS JUECES

a) "Como jueces fallamos en Derecho": la decisión de 2006 sobre la despenalización del aborto

Los esfuerzos de argumentación que ofrecen los jueces constitucionales, al margen de si constituyen "ropajes" justificativos o razonamientos "aparentes", no implica que tengan que manifestar cosas como "hemos tomado esta decisión en Derecho", u otras semejantes. No sobra decir que este tipo de declaraciones se dan por sentado, y que la investidura del cargo u oficio que ejercen las presuponen. No obstante, a veces sucede, sobre todo en casos polémicos, que a los jueces no les basta con presentar sus decisiones u opiniones mediante un entorno de juridicidad, sino que se ven obligados, por alguna razón, a utilizar expresiones textuales que indican que "han fallado en Derecho" y no por otros motivos ajenos a él. ¿Qué buscan los jueces con este tipo de declaraciones? La cuestión es bas-

[407] Lo que se aborda en los epígrafes siguientes guarda bastante similitud con la clase de problemas que fueron presentados en la parte final del capítulo I, sobre los cambios jurisprudenciales sin soportes justificativos adecuados. Sin embargo, a diferencia de lo establecido allí, en este capítulo III se cuenta con doctrinas y categorías conceptuales más precisas, derivadas de la exposición realizada en el capítulo anterior, las cuales permiten profundizar en ciertos asuntos importantes. Así mismo, el tema del aborto, contrariamente a los temas analizados anteriormente, posibilita llevar a cabo discusiones adicionales, centrales en esta investigación, referidas a aspectos de naturaleza moral y filosófica en la interpretación constitucional, obviadas en los casos analizados anteriormente.

tante compleja, pues no sabemos a ciencia cierta qué es lo que motiva a los jueces cuando acuden a ellas. Quizá se trate de que al afirmar que "fallamos en Derecho" los jueces consideran que están reforzando la propia justificación presentada. Pero esto parece innecesario, no sólo porque debiera darse por sentado que así sucede (que siempre se "falla en Derecho" o "conforme a Derecho"), sino además porque de algún modo da a entender que la justificación misma requiere estar justificada mediante la frase "fallamos en Derecho".

Un ejemplo puede servir para ilustrar este punto. En la aclaración de voto a la sentencia C-647 de 2001 (una decisión que declaró constitucional la facultad de los jueces de prescindir de la pena impuesta a quien cometiera el delito de aborto en determinadas circunstancias), cuatro Magistrados que estaban a favor de la despenalización del aborto (lo que no había sido siquiera discutido por la mayoría), fueron enfáticos en dejar claro que sus opiniones nada tenían que ver con sus preferencias personales y convicciones "derivadas de la propia conciencia" (*sic*) sobre el tema. Al tiempo que señalaron cuándo prevalecían los derechos de la mujer embarazada y cuándo cedían ante los derechos del *nasciturus*, manifestaron lo siguiente:

> "[Q]uienes concurrimos en esta aclaración de voto lo hacemos por razones estrictamente jurídicas derivadas de una Constitución generosa en el reconocimiento de derechos y fundada en el respeto de la dignidad humana. La opinión personal de cada uno en nuestra vida cotidiana como ciudadanos, no como magistrados, probablemente diferirá en algunos aspectos por razones de conciencia. Sin embargo, nuestra investidura no nos autoriza para imponerle al legislador ni mucho menos a los ciudadanos nuestras preferencias personales. Sólo nos autoriza y obliga a fallar en derecho y a hacer respetar todos los bienes jurídicos tutelados por la Constitución con el nombre de derechos fundamentales, cuyo goce efectivo todas las autoridades debemos asegurar por ser éste uno de los primeros fines esenciales del Estado"[408].

---

[408] Aclaración de voto a la sentencia C-647 de 2001 (M. P. ALFREDO BELTRÁN) de los Ms. JAIME ARAÚJO, ALFREDO BELTRÁN, MANUEL JOSÉ CEPEDA y CLARA INÉS

En esta declaración sobresalen varias cosas. Por un lado, un compromiso de los jueces que indica que están aparentemente vinculados al ordenamiento jurídico y que están dispuestos a llevar hasta sus últimas consecuencias las exigencias de su cargo, aun en contra de sus propias creencias personales. Por otro lado, la manifestación, aparente, de neutralidad de los fallos judiciales, y por ende la negación de que sean producto de sus personales ideologías.

Declaraciones de este tipo no han sido escasas. Cinco años más tarde, el 10 de mayo de 2006, la Corte se pronunció nuevamente sobre el aborto[409], esta vez para eliminar su penalización en los casos en que corre peligro la vida o la salud de la mujer, que exista grave malformación del feto, o cuando el embarazo haya sido resultado de acto sexual sin consentimiento, incesto o inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentido, conductas hasta entonces tipificadas en el Código Penal[410]. A esto se agregó, fuera ya de lo demandado, una suerte de derecho de prestación al aborto, por el cual toda institución médica, sea privada con ideario, o aún de tipo religiosa, debe realizar el aborto si se le solicita, sin posibilidad de objeción de conciencia. La decisión generó fuertes críticas de amplios sectores de la opinión pública, encabezados por grupos pro-vida y por la Iglesia Católica. De inmediato el Presidente de la Corte respondió ante los medios de comunicación que la Corte Constitucional había "actuado en Derecho, sin tener en cuenta consideraciones

---

VARGAS. Como se viera en otra parte (*supra* I, 4.d.ii), esta aclaración de voto –que nada incidió en la decisión de fondo tomada por la mayoría– planteó la tesis de la "viabilidad del feto" como supuesto de distinción para determinar soluciones a los conflictos que esos Ms. encontraron entre la madre y el *nasciturus*.

[409] Sentencia C-355 de 2006, Ms. Ps. JAIME ARAÚJO y CLARA INÉS VARGAS; aclararon el voto, por separado, los Ms. JAIME ARAÚJO y MANUEL JOSÉ CEPEDA; salvaron el voto tres Magistrados: conjuntamente los Ms. RODRIGO ESCOBAR y MARCO GERARDO MONROY y, por separado, el M. ÁLVARO TAFUR.

[410] Cfr. Ley 599 de 2000, artículo 124.

morales o religiosas"[411]. A esta opinión se sumó la de uno de los ponentes del fallo, quien insistió que "como jueces constitucionales fallamos en Derecho", y que la opinión pública debe entender que "son magistrados de una Corte de un país laico donde hay que fallar en Derecho"[412].

Acá la cuestión es algo similar a la anterior. Manifiestan estar sometidos al ordenamiento jurídico y que proceden de forma neutral (una "consideración moral o religiosa", supuestamente, la negaría) y, además, que toman sus decisiones como "magistrados" en un país laico. ¿Qué significan realmente estas declaraciones? ¿Por qué sienten la necesidad de decir que no esconden algún tipo de ideología personal? La cuestión es más complicada si se repara en lo siguiente: el tema del aborto ya había sido estudiado a fondo por la Corte al menos en cinco ocasiones anteriores en los últimos doce años, y en todas ellas había sostenido o bien la inviolabilidad plena o absoluta de la vida del *nasciturus*[413], o bien una defensa férrea de las especiales atribuciones legislativas del Congreso de la República para

---

[411] S/firma, "La Corte le pide respeto a la Iglesia por el fallo sobre el aborto", entrevista al Magistrado JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO, realizada por Caracol Radio, transcrita parcialmente en http://www.caracol.com.co/noticias/285602.asp (consultada el 12/5/2006).

[412] *Ibidem*. El co-ponente de esta declaración fue el M. JAIME ARAÚJO. Un dato interesante a tener en cuenta radica en el hecho de que, en Colombia, las decisiones constitucionales se producen por vía de *comunicados* de la Corte Constitucional y, posteriormente (más o menos dos meses después) aparece oficialmente la redacción de la sentencia completa, con las ponencias, los votos concurrentes, aclarativos y los que se apartan. En esta decisión la Corte realizó ruedas de prensa y comunicados oficiales, meses antes de dar a conocer el fallo realmente alcanzado, en cuanto a su redacción y fundamentos. En el caso concreto, la sentencia completa fue dada a conocer en octubre, es decir, cinco meses más tarde. Esta práctica, absolutamente extraña en otros países, genera toda suerte de problemas y suspicacias. Sería muy de desear que desaparezca, para que, en lo futuro, como ocurre en todos los países con importante tradición en la justicia constitucional, los fallos se den a conocer completos, en decisión y fundamentación, en el mismo día en que se resuelven.

[413] Cfr. sentencias C-133 de 1994, M. P. ANTONIO BARRERA, C-013 de 1997, M. P. JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ, y C-213 de 1997, M. P. EDUARDO CIFUENTES.

tipificar conductas contrarias a la vida del niño por nacer y establecer medidas diferenciadas de penas[414]. La Corte también había determinado la constitucionalidad de las normas del Código Penal vigente sobre atenuación punitiva en los casos anteriores; y lo había hecho tanto por razones de fondo[415], como por razones de forma[416]. Los cambios legislativos en esta materia habían sido intrascendentes en cuanto a la definición del tipo y de las circunstancias atenuantes[417]. Así las cosas, ¿cuándo se falló *en Derecho*? ¿En las cinco decisiones anteriores o en esta última de 2006? Temas como la vida, la muerte, la libertad, la potestad punitiva, y otros semejantes, ¿pueden resolverse y luego el juez ampararse en "haber decidido conforme a Derecho", como si hubiese meramente aplicado un inciso técnico de la Ley de Aguas, para ocultar así la carga filosófica de una decisión de este tenor?

b) La pérdida de la coherencia y de la neutralidad: un vistazo a WECHSLER

Una primera respuesta sería que los jueces declararan abiertamente que cambian de decisión ahora porque se han dado cambios importantes en la realidad de las cosas: alguna prueba científica nueva, un contexto normativo distinto, quizás algún *consenso social* que implique una revisión de los fallos anteriores. Incluso cabría plantear la hipótesis según la cual deben enmendar un error jurídico cometi-

---

[414] Así ocurrió en las sentencias citadas en la nota anterior, y de modo particular en la C-647 de 2001, M. P. ALFREDO BELTRÁN.

[415] Por ejemplo, sentencia C-647 de 2001, M. P. ALFREDO BELTRÁN.

[416] Cfr. sentencia C-198 de 2002, M. P. CLARA INÉS VARGAS.

[417] Cfr., por todos, HOYOS CASTAÑEDA, ILVA M. (editora), *La constitucionalización de las falacias. Antecedentes de una sentencia*, Bogotá, Temis, 2005, donde se incluye la intervención de HOYOS CASTAÑEDA en el proceso de constitucionalidad que culminó con la sentencia C-355 de 2006, y otros juristas que explican suficientemente lo anterior, además de algunos temas relacionados con la protección del derecho a la vida del *nasciturus* en el Derecho Internacional.

do con anterioridad, en las cinco decisiones previas. Este acto de "arrepentimiento institucional" para cambiar su jurisprudencia (cfr. *supra*, I, 5.d.ii) permitiría discrepar de la decisión tomada, aunque ahora desde una óptica distinta: sin los reproches sobre el deseo de hacer pasar por una decisión técnica necesaria a lo que en realidad es una decisión jurídica y filosófica, ni sobre un uso "arbitrario" de la interpretación constitucional como consecuencia de un desconocimiento abierto a una línea jurisprudencial consolidada. Desde luego, tal "arrepentimiento" no conlleva necesariamente una tacha moral porque somos seres humanos, y como tales somos falibles, que podemos de buena fe cometer errores de apreciación y juicio sobre la regulación de las conductas humanas. Trasladando algunas expresiones ya vistas del ex-Magistrado ARANGO, contenidas en su famoso memorial enviado a la Corte con ocasión de la Sentencia SU-047 de 1999, bien podría esperarse declaraciones de este tipo: "La Corte Constitucional reconoce y acepta que en las decisiones anteriores sobre el aborto se equivocó, por lo cual está ahora enmendando las tesis contrarias a la Constitución".

De todas maneras, cualquiera sea el camino elegido, un cambio de jurisprudencia exige una justificación muy poderosa, mediante la cual se demuestre que la variación de un precedente resulta una exigencia insoslayable, producto de alguna circunstancia como las anteriores. Dicha justificación, por supuesto, debe ser capaz de mostrar cierto nivel de correspondencia entre lo que se afirma (las explicaciones aludidas) y la realidad de las cosas, o para decirlo con otras palabras, desechar una línea jurisprudencial bien determinada o definida no puede estar soportado en expresiones que contradicen los hechos "duros", negando que antes se decidió de manera distinta o evadiendo sus principales materias. En esto consiste lo que los expertos en la teoría del discurso mencionan como la primera regla práctica que posibilita todo diálogo racional: que los participantes

no incurran en contradicciones[418]. Y como siguiente paso, una justificación de cambio jurisprudencial debe ser capaz de dar razones suficientes para fundamentar su trato diferente: asume la carga de la argumentación, en el sentido de estar dispuestos a probar que existe una diferencia relevante en el trato desigual que ahora se hace, so pena de violar la regla de la coherencia[419].

Este reclamo ha sido tema de constante preocupación en países de larga tradición jurisprudencial. En los Estados Unidos ha constituido un hito el famoso escrito de HERBERT WECHSLER publicado a mediados del siglo XX, por la dimensión crítica que alcanzó en el plano jurídico y porque tenía como mira las decisiones de la Corte WARREN, famosa por sus sentencias de neto signo activista[420]. WECHSLER, en efecto, formuló un conjunto de exigencias que debían observar los jueces de la Corte Suprema para la producción de sus decisiones, las cuales consistían, básicamente, en la necesidad de que razonaran y motivaran sus decisiones de manera explícita, que dichas decisiones respondieran a principios fundamentados y que tales principios fueran neutrales, esto es, que trascendieran el caso concreto y fueran susceptibles de ser aplicados en otros supuestos similares, sin que esto llegase a representar una decisión absurda[421].

Al margen de las circunstancias específicas en que apareció su escrito, cuestión que no es objeto de esta tesis doctoral, bien vale la pena sostener que las exigencias que postula son estimables al menos por dos razones. En primer lugar, por la importancia que representa,

---

[418] Cfr. ALEXY, ROBERT, *Teoría de la argumentación jurídica*, *op. cit.*, pp. 184-186.

[419] Cfr. *ibidem*, pp. 185-187 y 191-193. Son reglas que operan además, según ALEXY, como condición de cualquier comunicación humana. En los capítulos V y VI se estudia esto nuevamente.

[420] Cfr. WECHSLER, HERBERT, "Toward Neutral Principles of Constitutional Law", en *Harvard Law Review* 73 (1959), pp. 1-35.

[421] Un estudio de las tesis de WECHSLER, en ALONSO GARCÍA, ENRIQUE, *La interpretación de la Constitución*, *op. cit.*, pp. 31-76. Véase así mismo, ELY, JOHN HART, *Democracia y desconfianza*, *op. cit.*, pp. 75-77.

de cara a un posible control de tipo social o político, la explicitación de los motivos que llevan a los jueces a la toma de sus decisiones[422]. En segundo lugar –y en esto parecería radicar el mayor alcance de su exposición– por la exigencia de que los jueces fueran consistentes con sus propias decisiones, es decir, que estuvieran dispuestos a seguir sus parámetros de juzgamiento en todos los casos posteriores. PRIETO SANCHÍS ha resaltado especialmente esta exigencia como uno de los elementos más importantes de la argumentación racional de los jueces constitucionales[423]. Se trata de un requisito que busca evitar no sólo las contradicciones de los tribunales en cuanto toman decisiones en conjunto, sino además en cuanto a las razones que emplea cada juez (por separado) para fundamentar sus fallos y su observancia o seguimiento estricto en casos posteriores.

WECHSLER, desde luego, no consideraba que la coherencia y la neutralidad constituyeran pilares inamovibles de la función judicial, de tal forma que las cuestiones "novedosas" surgidas al amparo de la realidad social no pudieran ser juzgadas mediante una óptica distinta[424]. Sin embargo, si cuestiones de este tipo, "novedosas", no aparecen formuladas, los jueces tienen el deber de hacer prevalecer los principios neutrales y no imponer sus preferencias valorativas, so pena de violar la premisa que justifica su propio poder[425]. Es de no-

---

[422] Esta idea apuntaba a que los jueces norteamericanos no tomaran sus decisiones de manera sumaria (*per curiam*), ejemplarizada por WECHSLER con los casos de libertad de expresión y prensa, posteriores a *Joseph Burstyn, Inc. v. Wilson*, 343 U. S. 495 (1952), y los de segregación racial en escuelas, posteriores a *Brown v. Board of Education*, 347 U. S. 483 (1954). Cfr. "Toward Neutral Principles of Constitutional Law", cit., pp. 20-23. En Colombia esto no suele suceder: las sentencias son razonadas y explicadas abundantemente.

[423] Cfr. PRIETO SANCHÍS, LUIS, "Notas sobre interpretación constitucional", cit., pp. 187-189. En este mismo sentido, GARCÍA AMADO, JUAN ANTONIO, "Las razones del Derecho", en *Anuario de Filosofía del Derecho* 9 (1992), p. 474.

[424] Cfr. WECHSLER, HERBERT, "Toward Neutral Principles of Constitutional Law", cit., pp. 17-19.

[425] Cfr. *ibidem*, pp. 14-15. A juicio suyo, las decisiones judiciales deben descansar en principios (*ibidem*, p. 19):

tar, además, que WECHSLER no defendía la tesis de que los jueces no tuvieran preferencias personales y, por lo tanto, no entró a plantear cuáles tendrían que ser las "razones de fondo" para solucionar los casos. La neutralidad no se refiere al fondo del principio mismo con el que se resuelve un caso, sino más bien a que su uso sea coherente en los casos similares[426]: su meta está en "perseguir el principio de igualdad en la aplicación del Derecho; en último término, la regla de que casos iguales deben ser tratados igualmente"[427].

En la intervención ciudadana que presentara HOYOS CASTAÑEDA a la Corte Constitucional de Colombia, justamente en el proceso sobre aborto que culminó con la decisión de 2006, manifestaba algo semejante:

> "La legitimidad de la actual decisión de la Corte sobre el aborto radica, entre otras razones, en la racionalidad de su decisión y en el respeto que otorgue al principio del precedente a partir del cual se establece un principio de universalidad como expresión de la justicia y de la seguridad jurídicas. Si el espacio de los jueces constitucionales es mucho más amplio que el espacio de los jueces ordinarios, ese espacio –son palabras de Alexy– no puede llenarse 'con soluciones cambiantes e incompatibles en-

---

"Una decisión por principios, según creo, es una decisión que se sostiene en razones respecto a todos los temas del caso, razones que en su generalidad y su neutralidad trascienden cualquier resultado inmediato que esté implicado".

[426] La parte más importante de la tesis consiste en la idea de que, como afirma ALONSO GARCÍA, "fueren cuales fueren esos principios, tienen que producir la coherencia total con los casos anteriores y posteriores. Coherencia no significa seguir el precedente, sino distinguirlo cuando efectivamente sea distinguible, o cambiar de doctrina cuando la solución del nuevo caso lleva a una invalidación del principio jurisprudencial enunciado en casos anteriores": *La interpretación de la Constitución*, *op. cit.*, p. 60.

[427] *Ibidem*, p. 62. Véase también, GASCÓN ABELLÁN, MARINA, *La técnica del precedente y la argumentación racional*, *op. cit.*, p. 98.

tre sí', porque al actuar de esta forma el juez constitucional 'contradice la exigencia de consistencia y el principio de universalidad'"[428].

Nótese, como se ha dicho, que la tesis de la coherencia y neutralidad prescinde de cuál haya sido el fondo de la cuestión resuelta en los casos anteriores. Esto significa que aun en supuestos contrarios (supóngase que las cinco decisiones previas hubiesen sido a la inversa: despenalización de los tipos contemplados, y la decisión de 2006 su penalización), la exigencia se mantiene incólume, desde luego constituyéndose en una significativa (e inicial) manera de plantear los "fallos en Derecho": es un requisito de razonabilidad judicial que determina, como se lo proponía WECHSLER, la corrección formal de las sentencias y evita el uso oportunista de ideologías indiscriminadas de los jueces[429].

c) El imaginario de los jueces y el abandono de la anterior jurisprudencia

El aporte de importantes razones de fondo completa, como se ha dicho, la justificación de un "fallo en Derecho" que ha modificado la jurisprudencia. Su alcance está dado por el empleo de una argumentación que logra demostrar por qué se deben dejar de lado los "principios neutrales" considerados previamente[430]. Los expertos se-

---

[428] "Entre el delito del aborto y el derecho a abortar", recogida en la obra, ya citada, *La constitucionalización de las falacias*, pp. 3-114. Lo citado se encuentra en p. 29 (cursivas en el original).

[429] En "The Courts and the Constitution", *Columbia Law Review* 65 (1965), p. 1001, WECHSLER tiene en mente la misma idea con la que he comenzado el análisis de este apartado. Plantea que su tesis se ofrece como solución a los jueces "que les gusta afirmar, y se encuentran a gusto al declararlo, que sus sentencias están determinadas por factores objetivos que se encuentran dentro del ordenamiento jurídico, y no vienen determinadas por un acto de pura elección volitiva". Citado por ALONSO GARCÍA, ENRIQUE, *La interpretación de la Constitución*, *op. cit.*, p. 35.

[430] Cfr. ALONSO GARCÍA, ENRIQUE, *La interpretación de la Constitución*, *op. cit.*, pp. 63-76. Sostiene que los principios neutrales "son una exigencia de la

ñalan que en este caso se exige la incorporación de algún elemento no considerado en las decisiones anteriores, valga decir, que exista una "diferencia relevante"[431] que opere como razón suficiente para la nueva doctrina (*v. gr.* hechos no contemplados, circunstancias sobrevinientes, variaciones normativas nuevas, aportes científicos novedosos, razones jurídicas o filosóficas de peso, etc.). Una diferencia relevante quiere decir que "algo" ha sido modificado en la realidad, de tal magnitud o fuerza, que de suyo es capaz de desplazar el principio de contradicción, coherencia y universalidad racional que opera como presunción de legitimidad de los fallos anteriores. Si esto no ocurre, la nueva decisión deviene en arbitrariedad, pues no basta con decir que en esta ocasión –totalmente contraria a las anteriores– también se ha fallado en Derecho cuando las circunstancias han permanecido constantes e inalterables.

Esto fue, precisamente, lo que sucedió en la sentencia C-355 de 2006. La Corte, en efecto, inclinó su "fallo en Derecho" acudiendo a la idea según la cual las medidas contra el aborto consagradas en el Código Penal son desproporcionadas e irrazonables, en tanto suponen cargas injustificadas para el derecho a la vida, a la igualdad y a la salud de la mujer gestante. La tesis que se busca demostrar sostiene que esta razón fue aparente, no tanto porque la Corte ya había determinado, a la luz de los mismos principios, la cuestión de la razonabilidad y proporcionalidad de las penas[432], sino porque no demos-

---

motivación y congruencia judiciales, pero el Derecho no acaba aquí su reinado porque el que una [sentencia] sea formalmente correcta (siente un principio neutral) no quiere decir que sea jurídicamente correcta. La corrección jurídica depende también del contenido, y no sólo de la forma, de los principios enunciados por el intérprete". *Ibidem*, p. 73.

[431] Cfr. ALEXY, ROBERT, *Teoría de la argumentación jurídica*, *op. cit.*, p. 262.

[432] Cfr. sentencias C-647 de 2001, M. P. ALFREDO BELTRÁN y C-013 de 1997, M. P. JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ. En esta última expresamente se analizó el mismo tema, resolviéndolo de la siguiente manera (consid. 2):

tró la existencia de una diferencia relevante para desplazar la línea de las decisiones anteriores, y por si fuera poco, tampoco explicó por qué debía dejar de lado su doctrina sólidamente afianzada de no entrometerse en la órbita del legislador para resolver los "conflictos entre los derechos fundamentales de la embarazada y los derechos del *nasciturus*"[433].

Anticipando conclusiones, lo que realmente aconteció fue lo siguiente: en el fallo se hizo una racionalización habilidosa de las anteriores premisas, a las que se intentó justificar con novedosas tesis de un imaginario jurídico surgido por la necesidad de plasmar lo que DWORKIN llama una *concepción diferente* o *particular*, ahora mayoritaria entre los miembros de la Corte, sin que se introdujera una "diferencia relevante" que desplazara la *ratio* de las decisiones previas. Dicha racionalización, según se verá, terminó siendo una cuestión, por decirlo así, secundaria, como sea que sólo requirió de la elección selectiva de premisas que el juzgador tenía en mente para producir su decisión "ya tomada" de antemano.

En la sentencia C-355 de 2006, la forma racional indicada tiene como punto de partida la aceptación y respeto que a la Corte le merece la "cosa juzgada material", valga decir, su línea de precedentes, porque a juicio suyo "las decisiones de los jueces deben ser razonablemente previsibles"[434]. Enseguida advirtió que, si llegaran a existir "razones de peso que motiven un cambio jurisprudencial", podría apartarse "de los argumentos esgrimidos en decisiones previas"[435], con lo cual estaba reiterando el principio, tan caro a la jurisprudencia constitucional colombiana, del respeto *prima facie* a los precedentes judiciales y la necesidad de cimentar sus modificaciones me-

---

"[N]o se configura una desproporción punitiva de tal magnitud que pudiera encajar en el supuesto de irrazonabilidad e injusticia exigido en la citada doctrina y que, por tanto, hiciera forzosa su inconstitucionalidad".

[433] Cfr. sentencia C-133 de 1994, M. P. ANTONIO BARRERA, consid. 5.2.

[434] Sentencia C-355 de 2006, consid. 4.

[435] Cfr. *ibidem*.

diante un ejercicio racional justificado. El problema central de la sentencia, sin embargo, consistió en *evadir* las razones necesarias para llevar a cabo dicha modificación y, al mismo tiempo, en *crear sin una razón suficiente* (de la nada), una "definición" del *nasciturus* que le posibilitara proseguir juzgando los restantes temas para obtener la despenalización del aborto en las circunstancias señaladas. Veamos brevemente esto.

La línea fuerte de las decisiones previas, arraigada en el respeto a la vida del *nasciturus* desde la concepción, bien a través de su reconocimiento como persona[436], o simplemente en razón de la "titularidad" del derecho a la vida[437], había estado respaldada por diferentes aproximaciones y estudios de naturaleza médica, genética, filosófica, ética e incluso religiosa. En la sentencia de 2006, en cambio, la cuestión es apenas esbozada mediante una rápida explicación evasiva, según la cual han existido distintas respuestas sobre el comienzo de la vida humana, respecto de las cuales a la Corte no le compete entrar a analizar:

> "[D]eterminar el momento exacto a partir del cual se inicia la vida humana es un problema al cual se le han dado varias respuestas, no sólo desde distintas perspectivas como la genética, la médica, la religiosa, o la moral, entre otras, sino también en virtud de los diversos criterios expuestos por cada uno de los respectivos especialistas, y cuya evaluación no le corresponde a la Corte Constitucional"[438].

Este argumento es central en la sentencia de 2006, aunque sea claramente defectuoso. Es central, porque le exime de la carga de controvertir estudios, profusos y serios, que respaldaban las decisiones anteriores. Es defectuoso porque constituye una exigencia racional demostrar que dichos estudios ahora han quedado sin piso. Y es

---

[436] Cfr. sentencia C-013 de 1997, M. P. JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ.

[437] Cfr. sentencia C-133 de 1994, M. P. ANTONIO BARRERA.

[438] Sentencia C-355 de 2006, Ms. Ps. JAIME ARAÚJO y CLARA INÉS VARGAS, consid. 5.

también formalmente defectuoso por una razón importante: porque debe demostrarse por qué la Corte puede intervenir y decidir que una vida pueda ser segada, sin preocuparse por el momento en que dicho ser puede ser considerado como portador de vida humana independiente o individual, ya que este punto crucial divide aguas entre el ser o no titular del derecho humano a la vida.

En términos de la teoría del *discurso práctico* propuesta por ALEXY, sobre lo cual habrá de insistirse más adelante (cfr. *infra*, V, 4.b), la técnica evasiva usada por la Corte Constitucional habría violado, en este punto, al menos dos reglas *fundamentales* (la regla de la no contradicción[439] y la regla de la coherencia[440]), tres reglas de *razón* (la regla *general de fundamentación* y dos subreglas, una que reconoce el derecho de "todos" a expresar sus razones y la otra que prohíbe que a un participante se le impida ejercer sus derechos a expresar sus razones, *v. gr.* médicas, religiosas, genéticas o morales[441]),

---

[439] Cfr. ALEXY, ROBERT, *Teoría de la argumentación jurídica*, *op. cit.*, p. 185. Esta regla se puede tomar en dos sentidos. El primero alude a la *contradicción jurisprudencial*, que es el referido en el texto. El segundo surge respecto de la propia argumentación de la sentencia, lo cual se constata, por ejemplo, cuando después de especificar que la vida del *nasciturus no es un derecho*, la Corte procedió a realizar una ponderación de derechos entre los de la madre y los del *nasciturus* (no se puede, como es lógico, ponderar entre lo imponderable). Ambos defectos se dan en la sentencia.

[440] Cfr. *ibidem*. La razón radica en que la Corte no estuvo dispuesta a aplicar el principio de "universalidad" (HARE), esto es, a aplicar sus predicados *anteriores* (derecho a la vida con relación al *nasciturus*) al "objeto" de discusión en la sentencia, objeto que es "igual en todos sus aspectos relevantes" al considerado en decisiones previas. Se trata de una regla meramente formal pero que el propio ALEXY no duda en calificar de "regla mínima": cfr. *ibidem*, pp. 79-81. Sólo una "razón poderosa", como se ha visto ya, la desplazaría.

[441] Cfr. *ibidem*, pp. 187-190. La violación a esta regla de la argumentación jurídica no se da tanto en lo que concierne al modo de teorización que adoptó la Corte para justificar su decisión, sino a diversos y reiterados vicios procedimentales que afectaron el debate judicial. Para citar un par de ellos, baste decir que algunos de los puntos centrales de la sentencia, como la prohibición de la objeción de conciencia institucional o la inconstitucionalidad de la relevancia jurídica del consentimiento de la mujer menor de catorce años, no fueron siquiera discutidos en sala plena sino

la regla básica de la *carga de la argumentación*[442], o al menos una forma estructural de argumentación dada en virtud de la *ratio decidendi* de las decisiones anteriores, en tanto tenía como base una *regla jurídica válida* que presuponía un estado de hecho descriptor de las condiciones de aplicación de la regla[443], y todas las condiciones de las *reglas de fundamentación*, en especial la relacionada con la prueba de su génesis histórico-crítica, porque no demostró que las razones anteriores habían perdido su justificación, y además porque no se encargó de "aducir nuevas razones que sean suficientes"[444].

De todas formas, lo anterior no le impidió a la Corte reconocer, como acontece seguidamente, que se trata de una "vida humana en gestación" y, en cuanto tal, merece una clara protección que deriva de "numerosas disposiciones constitucionales". El argumento podría sugerir que la Corte habría de mantener en firme la *ratio decidendi* de la sentencia C-133 de 1994, pues lo desarrolló a través de la idea del legislador como garante de dicha protección, quien de manera responsable deberá aprobar, "luego de un debate parlamentario correspondiente, un tipo penal ajustado a la Constitución". Pero ocurrió un salto conceptual inesperado, que, en sus propios términos, es *conclusivo* de las premisas anteriores:

---

que, por el contrario, se incluyeron *a posteriori* en el texto del fallo y se ratificaron por la mayoría (cfr. sentencia C-355 de 2006, salvamento de voto, conjunto, de los Ms. MARCO GERARDO MONROY y RODRIGO ESCOBAR, y salvamento de voto del M. ÁLVARO TAFUR). Omisiones de esta naturaleza claramente atentan contra las reglas de la libre participación en el diálogo formuladas por ALEXY, por cuanto inequívocamente se priva a un grupo de Magistrados de la oportunidad de discutir o controvertir algunos de los puntos firmados por la mayoría.

[442] Cfr. ALEXY, ROBERT, *Teoría de la argumentación jurídica*, *op. cit.*, p. 191.

[443] Cfr. *ibidem*, pp. 193-194. Esto, por cierto, no se limita tan sólo a las decisiones sobre el aborto: cfr. el citado salvamento de voto de los Ms. MONROY y ESCOBAR (*passim*).

[444] Cfr. ALEXY, ROBERT, *Teoría de la argumentación jurídica*, *op. cit.*, pp. 197-199. Las reglas citadas en este apartado serán objeto de un análisis más detenido en los capítulos V y VI.

> "Conforme a lo expuesto, la vida y el derecho a la vida son fenómenos diferentes. La vida humana transcurre en distintas etapas y se manifiesta de diferentes formas, las que a su vez tienen una protección jurídica distinta. El ordenamiento jurídico, si bien es verdad, que otorga protección al *nasciturus*, no la otorga en el mismo grado e intensidad que a la persona humana. Tanto es ello así, que en la mayor parte de las legislaciones es mayor la sanción penal para el infanticidio o el homicidio que para el aborto"[445].

Esta es una conclusión indebidamente obtenida, *ilógica*, pero que, sin embargo, tuvo como propósito llegar a una nueva definición del *nasciturus* sin que para ello tuviera que pasar por la confrontación con tesis "fuertes" desarrolladas previamente por la jurisprudencia de la propia Corte. El salto obedeció a su necesidad de determinar un supuesto definicional (*nasciturus*) que le garantizara "racionalizar" su desprotección, lo que obtuvo por la vía de diferenciar entre ser con vida humana y persona humana: el *nasciturus* es ahora una especie de "cosa" con vida humana, mientras que la persona humana es *titular del derecho a la vida*. En este sentido, la protección constitucional del *nasciturus*, a juicio de la Corte, se reduce en comparación de aquellos a quienes les reconoce la titularidad del derecho a la vida y otros derechos.

Desde la óptica de esta definición construida, la Corte podía ahora transitar por otros temas sin mayores dificultades. Al evadir las cuestiones de fondo y formular su propia definición (sin referentes que los soporten o expliquen), la Corte se auto-habilitó para un nuevo juzgamiento. Y así enfrentó sin mayores problemas *los derechos* (libertad, no discriminación, dignidad, etc.) de la mujer embarazada *contra* esa "cosa" de menor valía para el Derecho llamado *nasciturus*.

Se tiene, entonces, que la racionalización habilidosa de la Corte se produjo como consecuencia de no encontrar razones poderosas

---

[445] Sentencia C-355 de 2006, Ms. Ps. JAIME ARAÚJO Y CLARA INÉS VARGAS, consid. 5.

para sustentar su nueva postura. Y lo hizo por dos vías. La primera, mediante la utilización de una estrategia que puede ser llamada de "evasión", la cual consistió en *no entrar a discutir* los diferentes argumentos (por ejemplo estudios de carácter científico) que sustentaban la *ratio decidendi* de las decisiones anteriores. La segunda, mediante un salto "conceptual" para llegar a una nueva definición del *nasciturus*, cuestión indispensable en la mente de los Magistrados que conformaron la mayoría, para eliminar toda posible protección a quien está por nacer. En ambos casos la racionalización es tanto "habilidosa" como "defectuosa", pero a la larga *necesaria* para proseguir el juzgamiento de los temas siguientes.

Volvamos ahora a la cuestión de la cual se partió. Si el estado de cosas no había sido sustancialmente modificado en la realidad, ¿podían los jueces de 2006 sostener que habían "fallado en Derecho", contando para ello con premisas y argumentos como los anteriores? Los elementos provenientes de las teorías estándar del Derecho permiten la construcción de este tipo de racionalizaciones. Bien sea a través de una interpretación distinta del lenguaje normativo (en virtud de una lectura particular de una norma de textura abierta o de un precedente judicial), evadiendo tesis consolidadas o forzando nociones, las teorías estándar permiten sostener que una decisión contraria a las anteriores está enmarcada dentro del ordenamiento jurídico vigente. Un "fallo en Derecho" queda de esa manera aparentemente fundado: requiere sólo de un argumento (cualquiera, pero que exista) y, desde luego, de la imposición de una mayoría "episódica" de los miembros de un tribunal. "A la larga", lo que las teorías estándar del razonamiento jurídico exigen es el ropaje justificativo "global", al margen de si algún punto específico ha sido obtenido mediante una argumentación no conducente, o si ha sido producto de una evasión racional específica.

d) La tesis de la "nueva concepción" y la "constitucionalización de las falacias"

En su presentación ante la Corte Constitucional, HOYOS CASTAÑEDA sostuvo que la única razón por la cual podía darse un cambio de jurisprudencia en materia de aborto como el que se dio, radicaba justamente en sostener que se produjo una *concepción diferente* y no una diferencia relevante que hiciera plausible y legítima la nueva decisión. Esta tesis puede constatarse en la propia demanda que la originó. En ella, la pretensión no fue "la de demostrar que 'existe un cambio de jurisprudencia' en el tema del aborto, sino la de propiciar por parte de la Corte el *cambio de su propia jurisprudencia*, a partir de la 'percepción' de la demandante" sobre votos minoritarios anteriores[446]. Veamos esto con algún detenimiento.

Contrario a la "racionalización jurídica" contenida en la sentencia, la tesis de la "nueva concepción" aparece de manera clara en la propia demanda que instauró el proceso contra las normas que tipificaban el aborto en el Código Penal colombiano[447]. Esto es explicable si se tiene en cuenta que el *rol* de un demandante, en contraste con el *rol institucional* de los tribunales de justicia, permite una aproximación más libre en cuanto a las razones de fondo para buscar una declaratoria judicial en algún sentido. Y esto es precisamente lo que allí acontece. En efecto, en la demanda se plantea, por una parte, que en Colombia se ha dado un cambio de percepción de la problemática del aborto, del derecho a la vida del *nasciturus* y del derecho al libre desarrollo de la personalidad de la mujer[448]. Por fuerza de las circunstancias, la tesis también ataca el papel encomendado al Congreso de la República para legislar sobre los tipos penales y su

---

[446] Cfr. HOYOS CASTAÑEDA, ILVA M., "Entre el delito del aborto y el derecho a abortar", en *La constitucionalización de las falacias*, *op. cit.*, p. 25.

[447] La demanda, presentada por Mónica Roa, puede ser consultada en http://www.despenalizaciondelaborto.org.co/contenido.php?id_noti=9. En adelante se citará "Demanda de aborto".

[448] Cfr. "Demanda de aborto", pp. 3-4.

medición punitiva[449]. Por otra parte, se plantea que las decisiones anteriores proferidas por la Corte Constitucional son injustificadas, porque su punto de apoyo lo constituye una *concepción particular* sobre el tema, que ahora debe invertirse[450]. La propia norma penal no escapa a ello: el artículo 122 del Código Penal, que penaliza el aborto, "privilegia una concepción particular sobre el valor de la vida en detrimento de los derechos constitucionales de la mujer"[451].

Si se advierte con atención, la tesis de la "concepción diferente" es utilizada con un doble propósito: como apoyo para la *despenalización del aborto* y, al mismo tiempo, como argumento que *descalifica* la "concepción adversa". Desde el primer punto de vista, la tesis de la concepción diferente permitiría sostener no sólo la juridicidad del nuevo fallo, sino además, por paradójico que parezca, la juridicidad de las cinco decisiones anteriores. En este caso, los jueces que participaron de la mayoría podrían conservar su sosiego "por razones de conciencia": todos, sin excepción, habrían actuado como "Magistrados" porque sus fallos fueron producto de una "concepción" del momento. Desde el segundo punto de vista, en cambio, la tesis reivindica una "concepción" como la más apropiada, lo que tampoco

---

[449] Como dato curioso, la nueva concepción se soporta reiteradamente en "salvamentos de voto" a decisiones anteriores sobre el aborto, como acontece en la demanda para apoyar, entre otras cosas, el cambio de jurisprudencia respecto de las funciones del Congreso para legislar sobre el tema. Se afirma allí, contrariamente a lo sostenido en decisiones *mayoritarias* anteriores, que el legislador debe cumplir "una función de mínima injerencia en la vida de los/as asociados/as. Se debe garantizar '*que el derecho penal debe ser un código de requisitos mínimos y básicos, necesarios para la convivencia social, y no debe pretender agotar los criterios de lo que es moral y lo que carece de esa connotación*' (salvamento de voto C-133/94)": "Demanda de aborto", p. 4 (la cita ha sido textual).

[450] Se afirma en la demanda (p. 4): "Insisto, entonces que la regla que ha adoptado la Corte Constitucional para privilegiar una concepción del inicio de la vida para (*sic*) proteger el aborto (C-133/94, C-013/97, C-647/01) hasta el momento, debe invertirse y la dignidad, la libertad y la autonomía de la mujer colombiana deben primar sobre cualquier concepción moral de la vida": *ibidem* (la cita ha sido textual, incluido el error).

[451] *Ibidem*.

deja de ser paradójico, pues en sus propios términos (ahora invertidos), *privilegia una concepción particular* sobre el valor de los derechos constitucionales de la mujer en detrimento del valor de la vida humana.

En la demanda la "nueva concepción" está apoyada en un conjunto de tesis interesantes. Se alude, por ejemplo, a normas de otros países que permiten el aborto en determinados casos, y se hacen recuentos de fallos de tribunales extranjeros en los que el aborto ha sido despenalizado[452]; se analizan distintas normas contenidas en tratados internacionales de Derechos Humanos sobre protección a la mujer, a su libertad, a las condiciones de salud, a la no discriminación por razones de sexo, etc.[453]; se incorporan datos estadísticos de ONG's con tendencias abortivas sobre las causas de mortalidad de las mujeres y la salubridad ocasionada por abortos clandestinos en Colombia, acompañados de recomendaciones provenientes de Comités de Monitoreo de los tratados de Derechos Humanos, buscando con ello que la Corte las tomara como fuente obligatoria de juridicidad[454].

Todos estos datos son presentados, sin embargo, de manera habilidosa y selectiva, sin considerar lo verdaderamente importante del tema. Si bien esto es enteramente comprensible en razón del *rol específico* que supone ser demandante, no por ello debe dejarse de señalar sus principales defectos, más aun cuando aquellos datos intentan ser el soporte de una "concepción" pretendidamente mayoritaria, en virtud de la cual se pretende legitimar el dar fin a la vida de los niños no nacidos.

Así, por ejemplo, en la demanda no se consideran cuestiones de fondo sobre si las normas o fallos extranjeros son relevantes o significativos al caso colombiano, o si les cabe algún tipo de reproche

---

[452] Cfr. *ibidem*, pp. 5-13 y 29-31.

[453] Cfr. *ibidem*, pp. 22-24 y 26-28.

[454] Cfr. *ibidem*, en esp. pp. 33-44.

científico por tratarse de una normatividad de hace varias décadas. Tampoco se reportan datos a la "nueva concepción" provenientes del Derecho comparado sobre posturas contrarias, como de hecho hay. Las normas provenientes de tratados internacionales sobre los derechos de la mujer a las que se alude en la demanda, al no consagrar por ninguna parte la legalización del aborto, son presentadas como supuestos normativos que "conectan" (de modo forzado, desde luego), con aquel. Y las recomendaciones de los Comités de Monitoreo son señaladas como supuestos de obligatoriedad jurídica para el Estado colombiano, omitiéndose que un Estado no está en la obligación de adoptarlas cuando su legislación interna no viole el respectivo tratado, como el hecho de que los propios expertos en Derecho internacional discuten sobre su verdadera fuerza jurídica[455]. Por si fuera poco, la "novedosa concepción" omite comunicados *oficiales* de organismos internacionales que no avalan las recomendaciones de los Comités[456].

---

[455] Véase NIETO NAVIA, RAFAEL, "Aspectos internacionales de la protección de la vida: exigencia del bloque de constitucionalidad", en HOYOS CASTAÑEDA, ILVA M. (ed.), *La constitucionalización de las falacias*, *op. cit.*, pp. 149-179. Al respecto señala HOYOS, refiriéndose a la validez jurídica tanto de las "recomendaciones" como de los tratados, costumbres internacionales y decisiones proferidas por tribunales internacionales, lo siguiente:

> "La propia doctrina del derecho internacional ha acudido a la distinción, más propia en el derecho anglosajón que en el derecho continental, entre el llamado *soft law* o «derecho blando» y el *hard law* o «derecho fuerte». Según esta tesis, la juridicidad en el derecho internacional no tiene un sentido único, sino diverso, porque la juridicidad admite gradación. Así pues, el derecho en sentido pleno o derecho en sentido fuerte tendría como nota esencial la de generar obligaciones directamente exigibles; el derecho en sentido débil tendría más un carácter exhortativo y requeriría de un acto jurídico nacional o internacional para poder adquirir carácter vinculante": "Entre el delito del aborto y el derecho a abortar", en *idem*, pp. 37-38, y toda la bibliografía allí referida.

[456] Así lo demuestra HOYOS en su intervención ciudadana con relación a este proceso (*ibidem*, p. 57):

> "Considero oportuno llamar la atención de la Corte sobre el comunicado del Sistema de Naciones Unidas en Paraguay, que se pronunció sobre las recomendaciones emanadas de la sesión 32ª Sesión del Comité para la Eliminación

La demanda, por supuesto, también se apoyó en decisiones de la propia Corte Constitucional colombiana para sustentar la "nueva concepción particular". La cuestión acá es aún más interesante que la anterior, no tanto porque haya buscado un apoyo del juez *desde sus propias decisiones* y no sólo desde instancias ajenas, sino principalmente –y esto es lo verdaderamente significativo– porque debía hacerlo sobre la base de una línea jurisprudencial contraria a la demanda, contundente y bien definida sobre el tema. Al tiempo que en la demanda se reconoce esto último[457], se recurre sin embargo a la propia Corte para dar cuenta de la "nueva concepción". ¿Cómo pudo ser esto posible?

Como se dijera más arriba, las teorías estándar del Derecho permiten una racionalización "selectiva" de aquellos elementos que le signifiquen alguna ventaja comparativa, aunque no estén justificados en la realidad de las cosas. Esto se manifiesta en la demanda en un doble sentido. Por una parte, cuando aborda la cuestión sobre los derechos de la mujer (*v. gr.*, su autonomía, libertad, dignidad o no discriminación), se acude a decisiones mayoritarias proferidas por

---

de la Discriminación contra la Mujer (CCEDAW), que se realizó del 10 al 28 de enero de 2005. Este comunicado del 6 de febrero de 2005 aclara, ante equívocas publicaciones aparecidas en Paraguay en el sentido de que 'la ONU recomienda a Paraguay legalizar los abortos', que ésta '*no es recomendación del organismo, ni es su posición oficial*' (cursivas en el texto). Del mismo modo, el Sistema de Naciones Unidas en Paraguay sostiene que el '[C]CEDAW es un órgano independiente integrado por 23 expertas elegidas por los Estados Partes, entre sus nacionales, y que ejercen sus funciones a título personal' y concluye con una categórica información: 'Como tal, las recomendaciones del [C]CEDAW no coinciden necesariamente con la postura oficial del Sistema de Naciones Unidas. En este caso, «la legalización del aborto» no es una política oficialmente sostenida por el Sistema de Naciones Unidas'".

[457] "La intención es precisamente apartarme del precedente, presentando razones poderosas para ello que respondan a los criterios que también ha señalado la Corte en su jurisprudencia, para evitar la petrificación del derecho y la continuidad de eventuales errores (como p. ej. el uso de encíclicas papales para imponer una concepción de vida y justificar la penalización del aborto en un Estado laico)": "Demanda de aborto", p. 3.

la Corte en el pasado, en las que se discutían cuestiones distintas a la del aborto. Un ejemplo lo constituye el recurso a definir la autonomía y el libre desarrollo de la personalidad a partir de dos decisiones en las que se abordaban cosas distintas. En la primera, la decisión proviene de una sentencia de tutela en donde se planteaba si una persona podía cambiar su nombre "masculino" por uno "femenino"[458]. En la segunda, la noción proviene de la sentencia que despe-

---

[458] Cfr. "Demanda de aborto", p. 4, n. 3. La sentencia referida es la T-594 de 1993, M. P. VLADIMIRO NARANJO (quien por cierto fuera, en su época, uno de los jueces que con mayor firmeza defendió la penalización del aborto y el derecho a la vida del *nasciturus*). El pasaje de esta sentencia que se transcribe en la "Demanda de aborto" es el siguiente:

> "[E]l libre desarrollo de la personalidad tiene un fundamento, y es la *autonomía del hombre como persona*. La autonomía personal no es cosa distinta a la autoposesión que el hombre tiene de sí, como señor de sí (*Domino*), como ser *sui generis*. Es, entonces, obvio que un ser de tal naturaleza sea *autónomo* (que tenga su propia norma de vida). La esencia del libre desarrollo de la personalidad como derecho, es el reconocimiento que el Estado hace de la facultad natural de toda persona a ser individualmente como quiere ser, sin coacción, ni controles justificados [*sic;* debió decir 'injustificados'] o impedimento por parte de los demás. El fin de ello es la realización de las metas de cada individuo de la especie humana, fijadas autónomamente por él, de acuerdo con su temperamento y carácter propio".

En este pasaje, que se cita por la demanda (sólo he corregido las cursivas usadas en la sentencia original), aparece un error de redacción en la palabra "justificados", que, como se ha hecho notar, naturalmente debió decir "injustificados". Podría ser, buena fe presumida, un *simple error de digitación*. Ahora bien, adviértase lo siguiente. El pasaje citado, hasta ese punto, parece reivindicar una autonomía casi absoluta de la persona. Sin embargo, el Magistrado Ponente había concluido la idea de modo distinto al que sugiere la demandante:

> "[...] El fin de ello es la realización de las metas de cada individuo de la especie humana, fijadas autónomamente por él, de acuerdo con su temperamento y carácter propio, *con la limitación de los derechos de las demás personas y del orden jurídico*" (consid. 2.2, las cursivas se han agregado).

Es, por supuesto, una racionalización habilidosa (quizás algo más que eso), en la que se seleccionan citas a conveniencia. No está demás decir que los siguientes párrafos de esta sentencia reiteran la cuestión de los *límites* al libre desarrollo de la personalidad, y no una supuesta "autonomía absoluta", como se pretende en la demanda.

nalizó el consumo y la dosis personal de estupefacientes[459]. Algo similar sucede con el tema de la discriminación de la mujer. En la demanda se afirma sin mayores consideraciones que (*sic*) "el aborto terapéutico ilegal es una violación del derecho a la igualdad en el acceso a la salud, de acuerdo con el test de igualdad"[460], lo cual es respaldado por un repertorio de sentencias que nada tienen que ver con los problemas de fondo que está reclamando[461]. No obstante esta ausencia de contexto, y el uso selectivo o incompleto de citas, la tesis buscó remover la jurisprudencia constitucional al forzar relaciones entre aquellos derechos (que se refieren a la persona en sí y no avalan el poder dañar a otro, al punto de eliminarlo), y la normatividad penal sobre el aborto. Desde luego, haciendo las abstracciones del caso, ningún juez podría rechazar los argumentos tan decididamente defensores de los derechos de las mujeres.

Por otra parte, cuando la demanda se refirió rigurosamente al aborto en la anterior jurisprudencia constitucional, la "nueva concepción" fue reivindicada en los salvamentos y en una aclaración de voto, en los que las opiniones disidentes y minoritarias, o las que no agregaban nada a una *ratio decidendi* específica, fueron reiteradamente mostradas (ahora) como parte de esta nueva manera de ver el

---

[459] Cfr. "Demanda de aborto", p. 4, n. 4. La sentencia es la C-221 de 1994, M. P. CARLOS GAVIRIA. El pasaje de esa sentencia citado en la demanda es el siguiente:

> "Reconocer y garantizar el libre desarrollo de la personalidad, pero fijándole como límites el capricho del legislador, es un truco ilusorio para negar lo que se afirma. Equivale a esto: 'Usted es libre para elegir, pero sólo para elegir lo bueno y qué es lo bueno, se lo dice el Estado'".

[460] "Demanda de aborto", p. 14.

[461] Entre otras, y sólo a manera de ejemplo, se citan las sentencias C-082 de 1999, M. P. CARLOS GAVIRIA (se declara inconstitucional una causal de nulidad de matrimonio contenida en el Código Civil, entre la "mujer adúltera y su cómplice"); la T-624 de 1995, M. P. JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ (se concede la tutela a una mujer estudiante que le fue negado su ingreso a una "Escuela de la Armada"); y la C-622 de 1997, M. P. HERNANDO HERRERA (se declara la inconstitucionalidad de una norma del Código Sustantivo del Trabajo que prohibía a las mujeres emplearse en turnos nocturnos en empresas industriales).

problema[462]. Por ejemplo, el salvamento de voto a la sentencia C-013 de 1997 es tomado como base para afirmar que la prohibición de abortar "es excesivamente gravosa" para la mujer en los casos en que el "embarazo haya sido el resultado de un acceso carnal violento, abusivo o fruto de una inseminación artificial no consentida"[463]. Este mismo voto disidente es presentado como soporte para afirmar que se atenta contra la dignidad de la mujer en los casos de un embarazo producto de violación[464].

Algo semejante ocurrió con la aclaración de voto a la sentencia C-647 de 2001, que en la demanda parece *girar* como pilar determinante de la nueva concepción sobre el aborto[465]. Dicha aclaración hizo una defensa del aborto en similares términos a *Roe v. Wade*[466] de la Corte Suprema de los Estados Unidos, adoptando un criterio temporal (viabilidad del feto) para sopesar y resolver "los conflictos" entre los derechos de la madre y del *nasciturus* (cfr. I, 4.d.ii y, más adelante: III, 4). En cuanto se trataba de una "aclaración", la tesis allí esbozada no agregó ni quitó nada a la decisión mayoritaria, que simplemente se limitó a declarar la constitucionalidad de la norma penal que facultaba a los funcionarios judiciales a prescindir de la pena cuando el aborto fuera realizado en "extraordinarias condiciones anormales de motivación"[467].

---

[462] En particular se citan de manera reiterada el salvamento de voto a la sentencia C-013 de 1997 y la aclaración de voto a la sentencia C-647 de 2001: cfr. "Demanda de aborto", *passim*.

[463] Cfr. "Demanda de aborto", p. 18.

[464] *Ibidem*, p. 19.

[465] Cfr. *ibidem*, *passim*.

[466] *Roe v. Wade*, 410 U. S. 113 (1973).

[467] Decía así la norma (la sentencia de *constitucionalidad* de 2001 versó sobre el parágrafo):

> "Artículo 124.- Circunstancias de atenuación punitiva. La pena señalada para el delito de aborto se disminuirá en las tres cuartas partes cuando el embarazo sea resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o transferencia de

Nada se dice en la demanda, en cambio, sobre las sólidas razones de las decisiones mayoritarias de la Corte para tutelar el derecho a la vida del niño no nacido, o para sostener la constitucionalidad de las normas penales que lo protegen.

Esta habilidosa e indiscriminada forma de estructurar la demanda obliga, una vez más, a plantear interrogantes centrales, como estos: ¿constituyen los salvamentos y aclaraciones de voto la prueba de una *ratio* jurídica con pretensiones legitimadoras? Más aun: ¿pueden las opiniones minoritarias y jurídicamente irrelevantes *justificar* una nueva línea jurisprudencial? Adviértase detenidamente la cuestión: ni los salvamentos de voto ni las aclaraciones agregan o quitan nada a las decisiones mayoritarias. Son simples opiniones, si se quiere respetables, pero no suficientes ni alternativas (a la decisión mayoritaria) para determinar o configurar normas jurídicas o precedentes judiciales. Por lo tanto, sin un valor jurídico propio, la pretensión en la demanda no tuvo otro alcance que el de propiciar, sencillamente, un cambio de jurisprudencia bajo el ropaje de una selección de frases carentes de significación para el Derecho. Y desde el punto de vista de la nueva decisión de la Corte, la ausencia de una "diferencia relevante" mostró ser la imposición de una nueva concepción sin mayor soporte que el juego pretendidamente mayoritario del momento.

Por otra parte, no puede dejarse aquí de mencionar, siquiera de pasada, que la opinión mayoritaria del pueblo colombiano sobre el aborto (a favor o en contra), como sobre cualquier otra cosa, no es una instancia de juridicidad, ni un elemento para la interpretación de lo que la Constitución protege o veda, que deba imponerse a la Corte Constitucional.

óvulo fecundado no consentidas. Parágrafo. En los eventos del inciso anterior, cuando se realice el aborto en extraordinarias condiciones anormales de motivación, el funcionario judicial podrá prescindir de la pena cuando ella no resulte necesaria en el caso concreto".

Este artículo fue declarado *inconstitucional* en la decisión de 2006.

Así las cosas, nuestro interrogante inicial parece estar bastante cerca de obtener su respuesta. El sentido que tiene en casos como estos la expresión "como jueces fallamos en Derecho", al quedar demostrado que en realidad fallaron basados en *su* solitaria y no soportada, jurídicamente, "nueva concepción", significa simplemente que *no se está diciendo mayor cosa*, o que se está empleando una muletilla retórica para sosegar algún remordimiento; son declaraciones que muestran, como dice HOYOS, la obligación de "tener que justificar la propia justificación" como consecuencia de una pobreza argumentativa y de un razonamiento falaz con el que se construye la decisión[468]. Las razones empleadas en la sentencia, evasivas respecto de los puntos centrales, y la consecuente construcción de premisas auto-habilitadoras, de las que dependían las premisas siguientes, terminan siendo indicios de un ropaje justificativo aparente, mediante el cual resulta viable afirmar que, en último término, se impuso el "juez político" y "estratégico" sobre el juez "vinculado" al ordenamiento jurídico vigente. En esto podría consistir, por semejanza, el ya referido por SAGÜÉS "carácter tramposo" de la interpretación constitucional, o las *vías de hecho* en las que incurre la propia Corte Constitucional colombiana (cfr. *supra*, I, 1 y 5.c).

e) Hacia los puntos de apoyo de las razones constitucionales

Que existan distintas lecturas e interpretaciones sobre una misma cuestión no es lo que realmente se ha puesto en tela de juicio en los párrafos precedentes, sino más bien los supuestos en que las teorías estándar del Derecho hacen descansar las diversas lecturas e interpretaciones que llevan a cabo algunos jueces constitucionales. En el caso del aborto fallado en 2006, resultaba indispensable dar cuenta de criterios adicionales mediante los cuales resultara posible afir-

---

[468] Cfr. HOYOS CASTAÑEDA, ILVA M., "Entre el delito del aborto y el derecho a abortar", cit., *passim*, en esp. pp. 71-72.

mar la existencia de una diferencia relevante con relación a las cinco decisiones anteriores, que indicara que una lectura interpretativa *distinta* podía ser soportada jurídicamente.

Tampoco se ha negado un dato importante, y sobre el cual se insistirá en otro lugar, consistente en la preponderancia que las teorías estándar del Derecho confieren al papel protagónico de los jueces en la resolución de los casos judiciales (ver *infra*, IV, 3.c). Dicho papel alude a que los jueces no llegan a los casos concretos sin su personalidad y convicciones (concepciones), y en dicho sentido poseen, como se verá luego, una "precomprensión" y "mirada propia" de la realidad juzgada. Para expresarlo con otros términos, todo ejercicio de interpretación jurídica involucra la propia existencia personal del intérprete, *su subjetividad*, con toda la fuerza que esta expresión sugiere. Consecuencia de esto son las eventuales posturas distintas que, en casos concretos, puedan tener los jueces para decidir.

Sin embargo, estas distintas posturas y la propia "precomprensión" no pueden ser situadas al margen de los criterios de justificación respecto de los cuales los propios jueces pretenden fundamentar sus fallos. Esto implica reconocer una *tensión* entre su propia subjetividad y concepciones y su obligación de "fallar en Derecho". El margen de maniobra que otorga lo primero no podría, sin embargo, ser de tal magnitud que desplace la segunda, pues de ocurrir tal cosa los fallos terminan siendo no "en Derecho", sino más bien lo que cada juez en su subjetividad, según sus concepciones personales, considere y determine autónomamente, sin "vinculación" alguna al orden jurídico vigente. Si la pregunta central de un proceso judicial consiste en determinar qué es lo que para el Derecho es debido en un caso concreto, resulta absurdo decir que lo debido es tanto lo que el juez "A" consideró (supongamos que consideró *x*) como lo que entendió el juez "B" (*y*), de modo tal que valen tanto *x* como *y*, ambas soportadas en las personales concepciones de estos falladores. En casos como estos, y bajo estos supuestos, los derechos y los deberes no valen nada con relación a un supuesto "Derecho" que regula la vida

social, sino que valen tanto como la suerte de si falló el juez A o el juez B.

El caso sobre el aborto presenta importantes elementos de análisis sobre esta tensión. Es muy posible que los jueces ahora mayoritarios tengan concepciones particulares sobre despenalizar el aborto. Pero la cuestión de fondo parece distinta. La cuestión de fondo no está en sostener que existen concepciones *ahora distintas*, sino más bien en determinar qué hace a una *concepción particular* estar justificada en el ordenamiento jurídico vigente. La tesis esbozada expresamente en la demanda, y subrepticiamente en el fallo, obliga preguntar qué hace a una concepción de unos jueces ser superior a la de otros, y además, si la fuerza de una concepción "en Derecho" depende simplemente de una mayoría alcanzada en un tribunal, y sobre todo, si hay "algo" que permita soportar o cimentar las concepciones de los jueces mayoritarios.

Las *concepciones particulares*, si seguimos los lineamientos de las teorías estándar del Derecho analizadas en el capítulo II, presuponen *conceptos generales*, o desde el punto de vista de la Constitución, "conceptos constitucionales" (como dignidad, vida, libertad, etc.), los cuales determinan de manera general "tipos de comportamiento" y "regulaciones jurídicas" a los derechos. La cuestión, en tal sentido, parece apuntar a qué tanto "dicen" esos conceptos constitucionales (o desde el plano lingüístico el "núcleo duro" de significado) para que sean realmente normativos de la conducta humana y, así mismo, si dicen lo suficiente para limitar las distintas concepciones particulares que se posean sobre ellos.

Sobre esto pueden darse, básicamente, dos respuestas. La primera consiste en sostener que los conceptos constitucionales, en realidad, "dicen tanto más" o "tanto menos" según las concepciones particulares de los jueces. En este caso, los conceptos constitucionales no serían nada distinto que "indeterminaciones normativas", los cuales, por lo mismo, admitirían un número indeterminado de concepciones "en Derecho". Desde este punto de vista, los conceptos, al no "decir" mayor cosa, explicaría la tesis, esbozada al comienzo de

este capítulo, de los "ropajes" justificativos y del razonamiento "aparente" de los jueces. La distinción entre "conceptos" y "concepciones", desde estas explicaciones, parece encubrir una postura filosófica *escéptica* sobre la realidad a la que los conceptos refieren, aspecto que es bastante común entre los partidarios de las teorías estándar del Derecho, como ya se ha visto (cfr. *supra*, II, 5.d.iv y 5.e.iv) y a lo cual se volverá más adelante (cfr. III, 5).

Desde una postura contraria a la anterior podría sostenerse que los conceptos constitucionales, por muy generales que sean, tendrían que cumplir la función de expresar jurídicamente un estado de cosas que se estiman o se han estimado como pertinentes para ordenar el Estado y para garantizar derechos fundamentales a las personas. Tendrían que servir como "autoridad", es decir, como límite y medida de juzgamiento a los casos constitucionales que deben ser resueltos en virtud suyo, de tal manera que las concepciones surgidas sobre la base de ellos no podrían desconocer sus estándares mínimos y sus limitantes. Por cierto que esto haría que la Constitución fuera *normativa* en algún sentido más determinante que lo que parecen estar dispuestos a conceder los partidarios de las teorías estándar del Derecho. De lo contrario, los "fallos en Derecho" (constitucional) terminan siendo tantos como tantas sean las concepciones indiscriminadas que surjan en el interior de un tribunal de justicia (constitucional).

Para expresarlo en clave *iusfilosófica*, una concepción interpretativa "en Derecho" supone, al menos *prima facie*, la existencia de alguna condición epistemológica y gnoseológica que posibilite afirmar supuestos inviolables del sentido normativo de los conceptos constitucionales. Tales supuestos serían condicionantes de las distintas concepciones que surjan en una discusión jurídica constitucional, que por cierto podrían ser bastantes, aunque no tantas como sugieren las teorías estándar del Derecho. Como se verá posteriormente, las posiciones intransigentes de los escépticos y otros del mismo talante, junto con aquellas que no logran establecer criterios que sobrepasen la especulación bien intencionada de los jueces (co-

mo Hércules), quedarían por fuera de discusiones de este tipo al verse imposibilitados –por convicción– de evaluar correctivamente las diferentes opciones interpretativas. De hecho, todas serían posibles porque para ellos el marco normativo parece no decir mayor cosa.

El tema del aborto es significativo para explicar este tema. Está claro, al parecer, que la distinción descansaría en el hecho según el cual normas del estilo de "Colombia es un Estado fundado en el respeto de la dignidad humana" o "El derecho a la vida es inviolable", serían tanto formulaciones vagas o imprecisas, como "tipos de comportamiento" que poco dicen acerca de una concepción según la cual "el aborto debe ser prohibido o debe ser permitido en Colombia". Si tales normas no son portadoras de un sentido específico (concepciones), si son puntos de referencia imprecisos, son entonces normas *a medias*, o normas que dicen tanto o tan poco según la concepción dominante.

3. DISCRECIONALIDAD JUDICIAL Y AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN

Consideraciones similares a las del apartado anterior pueden hacerse cuando el apoyo de las decisiones está circunscrito al texto constitucional sobre la base de la "textura abierta" del lenguaje jurídico y la distinción entre "reglas" y "principios" constitucionales (cfr. *supra*, II, 3). En este caso el "fallo en Derecho" no surge (necesariamente) como consecuencia de una "concepción determinada", sino más bien tomando como referencia el *texto autoritativo* de la Constitución. La aclaración de voto a la sentencia C-647 de 2001 es ilustrativa al respecto. Como se recordará (*supra*, III, 2.a), allí se alude a una distinción tajante entre, por un lado, "las opiniones", "preferencias personales" y "la conciencia de cada uno" y, por el otro, las "razones estrictamente jurídicas", "derivadas de una Constitución" y "el respeto a los bienes jurídicos tutelados por la Constitución con el

nombre de derechos fundamentales". Veamos esto con cierto detenimiento.

a) Textos constitucionales y poder de los jueces

Cuando los jueces manifiestan que han "fallado en Derecho" mediante distinciones como las anteriores, parecen querer decir que sus razones, sean cuales fueren, tienen como soporte la autoridad de la Constitución, y en especial están sosteniendo que de alguna forma sus interpretaciones reposan, así sea lejanamente, en las expresiones lingüísticas empleadas por el constituyente. Por eso mismo expresan, como en el ejemplo anterior, que sus razones no son personales, sino "derivadas" de la Constitución, que reivindican "bienes jurídicos" tutelados por vía de los "nombres" (derechos fundamentales) empleados allí. Ahora bien, al margen de si la interpretación constitucional se agota o no en el documento constitucional, esta aproximación *textual* tendría que suponer algo, por lo menos que las expresiones normativas son de alguna manera *significativas*, es decir, que "manifiestan" o "dicen" algo externo al intérprete, pues de lo contrario no tendría sentido soportar sus decisiones en ellas.

Si esto es así, valdría la pena indagar por qué distintos grupos de jueces realizan una "lectura" tan diferente a las mismas expresiones contenidas en una norma constitucional y, lo que es más importante, si el texto puede *imponer* o *condicionar* diferentes lecturas de tal forma que algunas sean constitucionalmente admisibles mientras que otras no. Un grupo de jueces podría, por ejemplo, sustentar como apoyo de la penalización del aborto la norma que establece "el respeto de la dignidad humana" (art. 1 C. P.) o aquella que afirma que "el derecho a la vida es inviolable" (art. 11 C. P). Si el apoyo racional es determinado por vía de la autoridad de la Constitución, cabría preguntar si otro grupo de jueces, posteriormente, podrían usar como apoyo para la despenalización del aborto la mismas normas anteriores, sosteniendo por una parte que "la dignidad de la persona humana, como fundamento del orden constitucional, es un

principio del cual puede colegirse el derecho que tiene toda mujer a abortar" o, por la otra, estableciendo una cláusula de excepción a la inviolabilidad del derecho a la vida (*v. gr.*, la excepción de la libertad de la mujer para este caso en particular).

La solución que ofrecen las teorías estándar del Derecho consiste en afirmar que *las distintas lecturas* son constitucionalmente posibles porque las normas en juego pertenecen a la categoría de "principios" (ver *supra*, II, 3.d), o sus expresiones poseen lo que se denomina una *textura abierta* (ver *supra*, II, 3.a y b). La forma de razonar tales normas, como se estudió anteriormente (cfr. II, 5.d), radica en un ejercicio de discrecionalidad de los jueces, tesis que además sostiene la vinculación del juez al ordenamiento jurídico en función de la elección de interpretaciones alternativas, aun contradictorias entre sí, dadas por el marco general de la norma o por las pautas lingüísticas empleadas por su autor.

Si la Constitución hubiese establecido, en cambio, una disposición como esta: "El derecho a la vida es inviolable. Este derecho ampara por igual a los seres humanos nacidos y a los que, ya concebidos, están aún por nacer", o esta otra: "El Estado se fundamenta en la dignidad de la persona humana nacida o no nacida", el problema no se estaría planteando en los términos anteriores, porque estaríamos en presencia, conforme a lo sostenido por las teorías estándar, de normas con expresiones claras, que apenas exigen *prima facie* una forma de razonamiento deductivo[469].

Ahora bien, si realmente es posible desde el punto de vista de los principios constitucionales, o desde la textura abierta de los términos o expresiones normativas, "justificar" o "fundar" fallos de manera contradictoria, tendría que determinarse cuál es la importancia que en última instancia tienen los enunciados que afirman "el respeto de la dignidad de la persona humana" o la "inviolabilidad

[469] Esto no garantiza que así sea, como pudo verse con relación al caso de la "familia" y las "uniones de hecho": cfr. *supra*, I, 4.d.iv.

del derecho a la vida". Los lineamientos ofrecidos por las teorías estándar del Derecho, analizados previamente (cfr. *supra*, II, 5.d, iii y iv), hacen que el asunto termine presentando más problemas que los que se pretende solucionar. En efecto, para los partidarios de dichas teorías la corrección de estas "alternativas" presenta serios inconvenientes, el principal de ellos referido a los límites, exigencias o condiciones de *razonabilidad* del ejercicio discrecional mismo. Como se vio oportunamente, la tesis no permite introducir elementos o parámetros para juzgar la corrección o incorrección de elecciones o alternativas contradictorias. Así las cosas, la pretensión de basar una decisión en un texto constitucional que "dice tanto" o "dice tan poco" parece reivindicar una interpretación según lo que cada grupo de jueces esté dispuesto a considerar respecto de ese "tanto" o ese "poco". Esto lleva consigo sostener una relativa o escasa funcionalidad del lenguaje constitucional para significar las cosas (para regular derechos y obligaciones) o quizás, en el peor escenario, una especie de *flatus vocis* que, caso por caso, es "rellenado" según la mayoría imperante de una sala de decisión constitucional[470].

---

[470] El tema no es irrelevante. Vale la pena relatar un suceso en el que participé directamente. En un postgrado en Derecho Constitucional que cursé en la Universidad de los Andes (Bogotá, 1996-1997), tuve ocasión de formular estos mismos interrogantes a mi profesor de *Interpretación Constitucional*, entonces Magistrado de la Corte Constitucional colombiana, CARLOS GAVIRIA. El tema que se estaba discutiendo era la sentencia C-239 de 1997, respecto de la cual la Corte Constitucional (con ponencia del propio Magistrado GAVIRIA) declaró la constitucionalidad condicionada del artículo 326 del Decreto 100 de 1980 (Código Penal colombiano entonces vigente), norma que tipificaba el homicidio por piedad ("El que matare a otro por piedad, para poner fin a intensos sufrimientos provenientes de lesión corporal o enfermedad grave o incurable, incurrirá en prisión de seis meses a tres años"). La Corte utilizó los siguientes términos:

> "[La norma es declarada constitucional] con la advertencia de que en el caso de los enfermos terminales en que concurra la voluntad libre del sujeto pasivo del acto, no podrá derivarse responsabilidad para el médico autor, pues la conducta está justificada".

Desde luego, con esto no se pretende desconocer el hecho de que no disponemos de otra forma de comunicación que el lenguaje, o que no existan problemas de determinación normativa inherentes al lenguaje en que expresamos las normas. No se está afirmando, tampoco, que los textos deben ser fijados con prescindencia de la dimensión temporal que afecta a las sociedades en su continuo transcurrir diario. Una Constitución debe ser capaz de "vivir" con el paso del tiempo y hacerle frente a las nuevas exigencias por las que atraviesa toda sociedad humana. Sin embargo, una variación racional sobre los estándares de juicio parece requerir alguna modificación repentina, extraordinaria o inusual acaecida en la sociedad, o al menos estar ligada a un paso prolongado de tiempo que amerite, a su turno, una variación interpretativa como las mencionadas. Lo cual parece más apropiado en relación con constituciones "centenarias" y, en todo caso, no estar en juego elementos básicos de la comunidad jurídicamente organizada, como es el respeto a la vida de

---

Una de las argumentaciones centrales de la Corte, para declarar constitucionalmente condicionada la eutanasia (activa), consistió en afirmar la dignidad de la persona humana como base justificatoria del fallo, en estos términos:

> "El derecho fundamental a vivir en forma digna implica entonces el derecho a morir dignamente, pues condenar a una persona a prolongar por un tiempo escaso su existencia, cuando no lo desea y padece profundas aflicciones, equivale no sólo a un trato cruel e inhumano, prohibido por la Carta (C. P. art. 12), sino a una anulación de su dignidad y de su autonomía como sujeto moral. La persona quedaría reducida a un instrumento para la preservación de la vida como valor abstracto" (Sentencia C-239 de 1997, consid. 3).

Así pues, el debate estaba sobre la mesa. Hice una exposición de mis discrepancias de fondo con relación a este argumento y el uso indebido hecho por la Corte acerca de la expresión "dignidad humana" contenida en el artículo 1 de la Constitución Política. Mi argumentación giró inútilmente alrededor de la distinción entre "norma" y "enunciado normativo", sobre el uso manipulativo de la dignidad humana que había realizado la Corte (recuérdese que mi interlocutor era, precisamente, el ponente de esta trascendental decisión) y sobre un planteamiento ontológico que estaba supuesto en el tema. Al cabo de mi exposición, el entonces Magistrado resolvió el punto lacónicamente con esta respuesta: "¿Eso entiende usted por dignidad humana? Yo, en cambio, entiendo por dignidad humana algo muy distinto a lo que usted ha expuesto". Caso resuelto: Sentencia C-239 de 1997.

sus miembros, nacidos o no, punto que no puede cambiar con el tiempo o con el fluir de las costumbres. El caso del aborto, al margen de lo anterior, no había presentado ni una cosa ni la otra, sino –como se ha visto ya– la consolidación de una doctrina constitucional uniforme asentada en normas y contenidos materiales iguales.

Con estos datos, desde las explicaciones de las teorías estándar del Derecho, parecería entonces que la Constitución termina siendo un *texto autoritativo* únicamente para las normas del tipo "regla", mientras que en los demás casos, en los que estemos en presencia de principios o de normas con expresiones de textura abierta, la autoridad de la Constitución termina dependiendo de las distintas "lecturas" de sus intérpretes, y *a fortiori*, de unas mayorías que logran imponerla por la fuerza del poder que ostentan[471]. La Constitución no sería así tan autoritativa o normativa como se pretende, al menos en relación con ese tipo de cláusulas. Aquel diálogo famoso entre Alicia y Humpty Dumpty parece ser suficientemente ilustrativo a este respecto:

> "Cuando yo uso una palabra –insistió Humpty Dumpty con un tono de voz más bien desdeñoso– quiere decir lo que yo quiero que diga..., ni más ni menos.
>
> –La cuestión –insistió Alicia– es si se puede hacer que las palabras signifiquen tantas cosas diferentes.
>
> –La cuestión –zanjó Humpty Dumpty– es saber quién es el que manda..., eso es todo"[472].

---

[471] Sobre este argumento (y su cercanía con la idea de JOSEPH RAZ de "árbitro" que determina la "autoridad" de las razones para la acción), cfr. MARMOR, ANDREI, *Interpretación y Teoría del Derecho*, *op. cit.*, pp. 151-152.

[472] CARROL, LEWIS (CHARLES LUTWIDGE DODGSON), *A través del Espejo y lo que Alicia encontró al otro lado* (*Through the Looking-Glass and what Alice found there*, 1871), Barcelona, Plaza y Janés, trad. de L. Maristany, 1986, p. 225.

Una solución alternativa tendría que ir de la mano de ciertas condiciones epistemológicas y gnoseológicas que permitieran plantear lecturas de su real sentido a las expresiones abiertas consagradas en la Constitución. El caso del aborto vuelve a ser significativo para ilustrar este punto. Las normas constitucionales en juego –dignidad humana, derecho a la vida, libre desarrollo de la personalidad, etc.– permiten un espectro bastante amplio de concretización. Son normas de textura abierta porque proveen distintos y múltiples supuestos de aplicabilidad. Sin embargo, al tiempo que esto sucede, ¿no deberían también presentar exigencias en cuanto a dicha concretización, dadas precisamente por límites susceptibles de ser apreciados o comprendidos por el intérprete? Es decir, por muy amplias que sean dichas normas, tendrían que "dejarse leer" de alguna manera para que el intérprete comprendiera que no son meras expresiones vacías, sino que proveen cierto sentido normativo que exige ser tenido en cuenta para la resolución de los casos concretos.

Con esto no se afirma que no puedan surgir dificultades, de esa lectura, en algunos casos determinados. Pero por más dificultades que llegaran a presentarse, esta solución sí reclama "algo" que permita comprender su núcleo "inviolable" y condicionante de las respuestas posibles en torno suyo. De lo contrario, ¿de qué sirven las normas constitucionales si no proveen mayores respuestas que las que el intérprete elija indiscriminadamente? Sin estas posibilidades, o sin esta –por denominarlo de algún modo– *apertura a una realidad a la que las expresiones remiten*, la recurrencia a sustentar las decisiones sobre los textos constitucionales parecen constituir, al igual que en lo tratado sobre conceptos y concepciones, una especie de "pretexto justificatorio", otro recurso retórico empleado como excusa para encubrir el soporte único de la voluntad de unas mayorías circunstanciales. La discrecionalidad judicial, por lo tanto, debe contar con puntos de apoyo más fuertes que los sugeridos hasta ahora.

b) La ausencia de racionalidad en los "casos difíciles": la discrecionalidad judicial puesta a prueba

Las anteriores consideraciones permiten sostener que la afirmación de los jueces según la cual producen un "fallo en Derecho", sustentado en un texto normativo, es insuficiente si no está soportada en ulteriores explicaciones sobre el sentido de las "expresiones" o "nombres" que se quieren hacer valer como justificación de los casos concretos. Esto remite al problema de saber cuál es el papel que cumplen las normas constitucionales estructuradas como principio, y qué tanto importan y deben importar a los jueces los enunciados lingüísticos de textura abierta. El hecho de que sea posible argumentar sobre varias respuestas a los casos concretos, no debe significar que se dejen de lado las exigencias de justificación, ni tampoco que no sea posible afirmar criterios de diferenciación y de corrección entre aquellas, con el pretexto de que el autor de la norma no llevó a cabo precisas indicaciones al respecto. La mayoría de los casos judiciales, muy seguramente, pasarían la prueba de tales criterios, porque existen muchas formas de concretizar las acciones humanas de manera correcta, según los múltiples proyectos de vida de cada persona y de acuerdo a la gran variedad de formas de realización humana (cfr. *infra*, V, 5.c)[473]. Pero a la vez que existe esa riqueza de concreción jurídica, también resulta necesario reconocer que los criterios de juzgamiento no pueden traspasar determinados límites esenciales (núcleo duro) de los bienes humanos regulados jurídicamente, o renunciar a la posible aproximación racional a los mismos por una supuesta imposibilidad de certeza cognoscitiva.

Este punto nos lleva de la mano a un tema crucial, que ha estado latente en las explicaciones anteriores. Desde las teorías estándar del Derecho, al menos la que se nutre del *positivismo jurídico*, se ar-

---

[473] Cfr. FINNIS, JOHN, "Derecho natural y razonamiento jurídico", trad. de C. I. Massini, en *Persona y Derecho* 33 (1995), pp. 9-39 (el original, "Natural Law and Legal Reasoning", en GEORGE, ROBERT (ed.), *Natural Law Theory. Contemporary Essays*, Oxford, Clarendon Press, 1992, pp. 151-157).

ticula una noción de interpretación constitucional que reposa en cuestiones meramente lingüísticas, como si tuviera por exclusividad de objeto los textos y las expresiones empleadas por el autor de una norma: qué tanto dijo, cómo lo dijo y qué tipo de expresiones utilizó para decir lo que quiso decir; si reguló la inviolabilidad del derecho a la vida, por qué no estableció además que tal derecho incluía a los no nacidos; si consagró la dignidad humana como principio fundante del ordenamiento jurídico, por qué no la especificó más. Y si no hizo estas cosas, entonces podemos "hacerle" decir lo que no dijo o lo que hubiese querido decir, etc. Esto explicaría por qué la teoría estándar se ve necesitada de distinguir entre dos formas de razonar interpretativamente, dependiendo del tipo de mensaje normativo que tenga el juez ante sus ojos[474].

Este enfoque muestra las dificultades que tienen las teorías estándar (en su *vertiente positivista*) para dar cuenta de un ámbito justificativo más consistente con el oficio de los jueces. Su recurrencia a distinguir entre casos "fáciles" y "difíciles" esconde un dato interesante, pues allí se asienta la "facultad" casi omnímoda que le concede a los jueces por vía de la discrecionalidad judicial. Analicemos esto con cierto detalle.

Si bien el positivismo jurídico como doctrina presenta distintos matices, todos ellos responden a una misma caracterización en torno a la racionalidad humana. Tal caracterización consiste en afirmar que existe un método racional por excelencia en el conocimiento, denominado "científico", el cual tiene como notas distintivas la

---

[474] La vertiente analítica del positivismo jurídico ha sido, entre todas, la que mayor ha enriquecido esta perspectiva a través de distinciones importantes sobre el "significado" de una comunicación, mediante las cuales se muestra que un acto interpretativo no siempre está ligado a la "literalidad" de los textos, sino principalmente a las intenciones comunicativas de los hablantes. De todos modos, sea una cosa o la otra, su punto de partida lo constituyen las "emisiones" autorizadas de normas que son comunicadas con pretensiones de "significados textuales". Sobre esto véase, de modo especial, MARMOR, ANDREI, *Interpretación y Teoría del Derecho*, *op. cit.*, en esp. pp. 27-53.

primacía de lo exacto, su universalización y su racionalidad[475]. La primera nota obliga a realizar un ejercicio de descripción objetiva de la realidad, no admitiéndose la posibilidad de emitir juicios valorativos, prescriptivos o de corrección que no sean parte de la realidad abordada. La segunda nota tiene que ver con la absolutización de la metodología a todo campo de conocimiento, lo que lleva a descalificar metodologías diferentes (a la positiva) por inadecuadas. La tercera nota, consecuencia de la anterior, da cuenta de la legitimidad del conocimiento, es decir, un conocimiento es racional en tanto y en cuanto haga uso de dicha metodología científica.

Esta común caracterización permite arribar a dos posturas sobre el proceder de los jueces en los casos concretos, correspondientes a los diferentes matices o manifestaciones del positivismo jurídico y al papel que juega el método jurídico en el conocimiento del Derecho. Por una parte, los positivistas "tradicionales" (adscritos al *formalismo jurídico* o "modelo dogmático": cfr. *supra*, II, 5.b) consideran que en el ámbito judicial es posible aplicar la misma metodología científica usada en el ámbito del conocimiento. Esto supone la creencia racionalista de que el autor de una norma siempre puede expresar sin ambigüedades y con total precisión el mensaje contenido en una disposición normativa y, por ende, que el Derecho legislado es suficientemente regulador de todos los casos judiciales (casos fáciles únicamente). De ahí la pertinencia del razonamiento judicial entendido como una operación lógica de deducción, a su turno capaz de producir una única respuesta correcta.

Por otra parte, los positivistas "reformados" o de "avanzada" (caso KELSEN o HART: cfr. *supra*, II, 5.d) reconocen que no es viable, en todos los casos, dicha metodología, como consecuencia de la *tex-*

---

[475] Una exposición bien lograda del método científico, puede verse en CIANCIARDO, JUAN, *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, *op. cit*., pp. 123-151. Para una crítica a fondo del positivismo jurídico, véase SERNA, PEDRO, *Positivismo conceptual y fundamentación de los derechos humanos*, Pamplona, Eunsa, 1990.

tura abierta o la "generalidad de las expresiones" empleadas en el lenguaje normativo. No es viable por la sencilla razón de que el "objeto considerado" en tales casos no es susceptible de exactitud, universalidad y racionalidad. Por eso resulta indispensable acudir a la clasificación entre dos tipos de casos judiciales, cada uno depositario de una particular forma de respuesta jurídica: cuando el "objeto" es claro (exacto, universal y racional), el juez está en capacidad de dar una única respuesta correcta, que lo es no por adecuarse a una justicia o verdad objetiva, sino por adecuarse a la norma positiva aplicable. En cambio, cuando el "objeto" no contiene las notas exigidas por el método científico, el juez no puede articular respuestas correctas, sino respuestas posibles. La ausencia de "corrección" en estos casos significa la imposibilidad de ser comprendidas por vía racional (de ahí que la corrección sea una cuestión que debe dejarse "abierta": cfr. *supra*, II, 5.d.iv) o, lo que es lo mismo, surge como consecuencia de no ser posible aplicar el método científico, y por haber previamente negado toda carta de ciudadanía científica o filosófica a la antropología, la ética y, desde luego, la metafísica. En los casos difíciles, por lo tanto, la metodología racional se desvanece por la "pérdida del objeto" considerado y juzgado por el fallador.

Por lo anterior los positivistas de "avanzada" se ven obligados a plantear la discrecionalidad judicial como forma de explicar lo que hacen los jueces cuando el autor de una norma no ha expresado algo o lo ha expresado de forma vaga, ambigua o general. Desde luego, la discrecionalidad judicial no constituye una manifestación "racional" de la actividad jurídica, porque la única *racionalidad* posible proviene del método científico, el cual no puede ser aplicado en los casos difíciles. Esto quiere decir, en pocas palabras, que los casos fáciles contarían con una metodología que da como resultado una verdad jurídica en sentido fuerte, "ideal", representada por la idea de adecuación entre los actos del juzgador y una realidad legislativa plenamente dada. Los casos difíciles, en cambio, no contarían con cri-

terios metodológicos y por lo mismo sus respuestas terminan siendo difícilmente evaluables o controlables en términos racionales[476].

Así las cosas, la distinción entre casos fáciles y difíciles resulta siendo una (ulterior) consecuencia de los postulados epistemológicos que maneja la vertiente positivista de las teorías estándar del Derecho. En efecto, el positivismo asume una perspectiva según la cual –en la relación cognoscitiva que tiene el juez con la realidad juzgada– existe una separación radical entre sujeto y objeto científico, entre quien conoce y la realidad conocida. Esta perspectiva es una manifestación del carácter pretendidamente universal y exclusivo de la metodología científica defendida en el pensamiento moderno, condición supuestamente indispensable para afirmar la viabilidad del saber humano, en cualquier campo de realidad abordada[477].

Desde una perspectiva contraria, lo anterior puede ser considerado como un indebido traslado de los criterios del conocimiento, en cuanto desconoce la diversidad de las cosas que conforman la realidad misma. Para expresarlo con otras palabras, la metodología científica no puede dar cuenta de un campo de realidad "distinto" al que ella misma determina a través de sus notas esenciales, y es por eso que no puede tomar racionalmente en consideración *un tipo de realidad* que no se le ajuste a sus propios criterios. El indebido traslado consiste en *tratar* (conocer) al "Derecho" (o a los "derechos" concretos) como entidades plenamente delimitadas previamente por un "legislador". De ahí que sea, literalmente, un objeto del conocimiento científico: una realidad independiente, una "cosa más" entera-

---

[476] Para el positivismo existe una especie de identificación entre racionalidad y metodología, cuestión que sobrepasa el objeto de esta investigación. Sobre el particular he tratado detenidamente el asunto en *Ciencia jurídica y arte del Derecho*, *op. cit.*, en esp. pp. 49-78. Así mismo, véase de modo especial las obras de OLLERO TASSARA, ANDRÉS, *¿Tiene razón el Derecho?*, *op. cit.*, y *Derechos humanos y metodología jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, ambas destinadas en buena parte al estudio de este tema.

[477] Cfr. MORA RESTREPO, GABRIEL, *Ciencia jurídica y arte del Derecho*, *op. cit.*, pp. 49-78.

mente diferenciada del sujeto que conoce[478]. De ello se sigue, naturalmente, que los jueces deban estar dispuestos, lo más fielmente posible, a respetar la entidad objetual y a no introducir elementos personales suyos en el conocimiento (como valorar, evaluar, discernir axiológicamente) de aquel ente que les precede (cfr. *supra*, II, 5.d.iv). Cuando dicho objeto pierde su delimitación, entonces no avanzan hacia la racionalidad de la ética y la metafísica, sino que dan el salto contrario: se sienten obligados a salirse de lo racional, para dar paso a la voluntad del que juzga.

Desde este punto de vista, los positivistas entienden la naturaleza de la función judicial como una labor que fundamentalmente *describe* un estado de cosas previamente definido por el legislador. Y cuando no está latente ese estado de cosas, como una labor *irracionalmente creativa* del mismo. Esto fue lo que llevó a DWORKIN a calificar al positivismo jurídico como una doctrina que entiende el Derecho como un "hecho evidente"[479]. Para el positivismo jurídico, en efecto, "una proposición jurídica es verdadera si ha sido precedida de un evento productor de derecho por parte del órgano competente"[480]. De acuerdo con esto, la función judicial consistiría en conocer el objeto jurídico (que surge mediante el evento productor del Derecho) para describirlo fielmente y, con ello, dar lugar satisfactoriamente a la respuesta que exige el caso concreto (caso *fácil*). La interpretación, desde esta postura, consistiría así en una especie de acto intelectual de corroboración del hecho evidente, para luego aplicarlo a la situación particular del caso.

Pero los positivistas se ven en aprietos cuando el objeto sobre el cual recae el acto interpretativo no aparece tan "evidente" a los ojos del juzgador, lo que explica que, en lugar de apelar a elementos de la

---

[478] Cfr. SERNA, PEDRO, "Hermenéutica y relativismo. Una aproximación desde el pensamiento de Arthur Kaufmann", cit., pp. 282-283.

[479] Cfr. DWORKIN, RONALD, *El imperio de la justicia*, *op. cit.*, pp. 19-22.

[480] ARANGO, RODOLFO, *¿Hay respuestas correctas en el derecho?*, *op. cit.*, p. 9.

razonabilidad, echen mano de la discrecionalidad judicial como criterio de determinación de la respuesta dada a los casos difíciles: cuando falla la metodología (casos *difíciles*) no queda para ellos más remedio que acudir a una instancia incapaz de proveer respuestas correctas a los casos concretos (cfr. *infra*, IV, 3.e). En parte esto fue lo que ocurrió en la Sentencia C-355 de 2006, si nos atenemos no a la línea de precedentes, sino a las normas constitucionales que estaban en juego: para esos jueces constitucionales todas ellas, sin excepción, constituyen una "licencia genérica" que no les dice mayor cosa, y en consecuencia terminan diciendo lo que quieren ellos que digan.

c) Normas y realidades constitucionales: las claves para superar una "hermenéutica de textos"

La consecuencia de lo anterior es que la tesis de la discrecionalidad judicial no puede ser sostenida si, a su turno, no está acompañada de ulteriores soportes o explicaciones que permitan la comprensión racional, aunque fuera mínima, de la realidad referida por las normas constitucionales[481]. De lo contrario, como acontece, los mismos supuestos epistemológicos del positivismo jurídico refutan la existencia de "fallos en Derecho" en los casos difíciles, simplemente por la ausencia de un referente que permita discriminar entre respuestas normativamente admisibles. Este requisito de abrir espacios de racionalidad, por fuera de los criterios científicos manejados por el positivismo, muestra también la necesidad de un replanteamiento de la noción misma de interpretación jurídica, encaminada a dar cuenta de una más amplia variedad de soportes, desde luego legítimos, de las decisiones "en Derecho". El positivismo jurídico edifica su teoría de la interpretación jurídica sobre la base de los problemas

[481] Esto también es predicable de mensajes normativos contundentes y claros (casos fáciles), en el sentido de que la interpretación constitucional no se agota con el solo hecho de que resulte posible razonar "deductivamente" los casos, al margen de las exigencias de las circunstancias particulares y concretas (cfr. *infra*, IV, 3.d y e).

de comunicación existentes entre el emisor de una norma y sus destinatarios, dando por sentado que dichos mensajes son los que constituyen las piezas centrales de la ecuación jurídica para determinar un derecho o una obligación concreta. Con dicha noción, por supuesto, la justificación judicial no podría tener más soporte que apelar a la autoridad del emisor en los casos fáciles, o al poder del juez en los casos difíciles.

La apertura a la racionalidad implica, por el contrario, la posibilidad para el intérprete de sobrepasar la auto-referencia justificativa por fuera de las expresiones contenidas en el mensaje. Esto, por cierto, no implica un desconocimiento de la autoridad legislativa, sino más bien la necesidad de tomar sus mensajes como proveedores de un sentido práctico susceptible de ser comprendido por lo regulado. Es decir, sea fácil o difícil la manera como expresó una regulación específica (o incluso cuando no se haya regulado algo), la operatividad de los derechos y obligaciones remite tarde o temprano a un dato de la realidad que se ha regulado o debió haberse regulado. En cualquiera de los casos la *significación* del lenguaje está precisamente determinada por el referente, es decir, por lo *significado*. Para expresarlo con otras palabras, un texto normativo es un signo de *algo situado más allá*, el cual opera como referente de su significado. Un principio constitucional, por ejemplo, no solo *no se confunde* con lo regulado, sino que además *exige* lo regulado, aquella realidad misma (o cosa) referida en él. De este modo, si el autor de una norma constitucional no tuvo el suficiente cuidado de "decir" algo (o simplemente consideró que no debía hacerlo), no implica *necesariamente* "ausencia" de lo que debió regularse en esa norma, realidad que, por otro lado, tiene exigencias concretas de regulación. Y si empleó términos vagos, ambiguos o imprecisos, no significa *necesariamente* que el referente no sea susceptible de una comprensión mínima (por ejemplo acudiendo al "contenido esencial" del derecho).

Una decisión constitucionalmente correcta y su adecuado soporte apuntan precisamente a ese estándar de realidad situado más allá de los enunciados lingüísticos de textura abierta[482]. Para comprender plenamente esta perspectiva, se exigen criterios epistemológicos distintos a los esbozados por las teorías estándar del Derecho, que son precisamente los que posibilitan que un "fallo en Derecho" que apela a textos constitucionales abiertos –como la dignidad humana o la inviolabilidad del derecho a la vida–, adquiera un sentido más consistente con la juridicidad (por ejemplo el criterio de no "elegir la destrucción total de un bien humano básico"[483]). La existencia de una cosa o realidad referida es lo que hace de los enunciados normativos de "textura abierta" ser portadores de una respuesta en un sentido o en otro, o de "varias" respuestas diferenciadas pero susceptibles de un análisis de corrección y de justificación racional.

Una estructura diferenciadora de las normas constitucionales entre "reglas" y "principios" no sugiere que unas sean "más jurídicas" que las otras, o que la amplitud y generalidad de los principios permita un cierto despojo de su obligatoriedad. A esto apunta la crítica de ZAGREBELSKY a la mentalidad del positivismo jurídico, según la cual los principios constitucionales terminan siendo una especie de "fórmulas vagas, referencias a aspiraciones ético-políticas, promesas no realizables por el momento", y que "esconderían un vacío jurídico"[484], lo que, de alguna manera, permite a jueces inescrupulosos determinar su fondo según sus propias convicciones personales[485].

---

[482] En relación con los derechos fundamentales, desde luego, dicho estándar supone una aproximación racional bastante peculiar, porque su referente son bienes de la persona humana que anteceden de alguna manera a toda regulación positiva. Las implicaciones de esto serán expuestas más adelante (*infra*, III, 5; V, 5.d y e, g, i; VI, 5).

[483] Cfr. FINNIS, JOHN, "Derecho natural y razonamiento jurídico", cit., pp. 15-16 y 31. Buena parte de los capítulos V y VI girarán sobre esta cuestión.

[484] ZAGREBELSKY, GUSTAVO, *El derecho dúctil*, *op. cit.*, pp. 112-113.

[485] Más que ser interpretados "a través del análisis del lenguaje, deben ser entendidos en su *ethos*": cfr. *ibidem*, p. 110.

Por el contrario, el carácter *jurídico* de los principios constitucionales radica en su naturaleza: son *normas jurídicas* en el sentido más riguroso del término[486], y en razón de esto, a su intrínseca cualidad jurídica, permiten basar las decisiones judiciales "en Derecho". Como tal, expresan una realidad (jurídica) a través de un enunciado –en forma de mandato, prohibición, permisión o castigo– de carácter obligatorio, lo cual quiere decir que prescriben conductas que constituyen *débitos* de justicia o protegen, como en el ejemplo anterior, bienes jurídicos concretos. Las dificultades planteadas en los párrafos precedentes sugieren que es crucial comprender que las normas jurídicas no son reducibles ni se confunden con las expresiones del lenguaje del enunciado dando directivas, sino que remiten a la realidad que regulan. Las normas jurídicas son algo más que una forma de lenguaje o comunicación[487]: son un mandato, un acto de imperio, mediante el cual se constituyen o regulan derechos y obligaciones concretas (se crean, modifican o extinguen relaciones jurídicas y, además, se regula o se establece una medida de los derechos y de las obligaciones). Si bien están (suelen estar) expresadas a través de enunciados lingüísticos[488], las normas jurídicas no se quedan en dichos enunciados, sino que remiten a la propia realidad referida por ellas.

---

[486] Sobre el concepto de norma *iusfundamental*, consúltese la obra de ALEXY, ROBERT, *Teoría de los derechos fundamentales*, *op. cit.*, en esp. los caps. 2 y 3. Para una fundamentación del concepto de norma jurídica, desde las mismas coordenadas que serán establecidas acá, véase el prólogo de HOYOS CASTAÑEDA, ILVA M., a la obra de MESA POSADA, CARLOS AUGUSTO, *La ley natural en Santo Tomás*, Bogotá, Universidad de La Sabana-Instituto de Humanidades, 1999, pp. 5-35; HERVADA, JAVIER, *Lecciones propedéuticas de Filosofía del Derecho*, *op. cit.*, pp. 303-421; y CIANCIARDO, JUAN, *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, *op. cit.*, en esp. pp. 177-201.

[487] Cfr. HERVADA, JAVIER, *Lecciones propedéuticas de Filosofía del Derecho*, *op. cit.*, pp. 325-327.

[488] Cfr. ALEXY, ROBERT, *Teoría de los derechos fundamentales*, *op. cit.*, p. 51.

Las repercusiones que pueden ser derivadas de esta tesis son extremadamente importantes. Supone aceptar que una norma-principio es una fuente del Derecho en todo el sentido de la expresión. Esto quiere decir que un principio constitucional es susceptible de ser apreciado como un supuesto desde el cual los jueces constitucionales pueden articular razones prácticas para fundamentar y determinar un derecho y una deuda en los casos concretos. Si bien dicha articulación puede resultar difícil en determinados contextos, o implica un ejercicio racional mucho mayor que en el caso de las normas constitucionales del tipo "regla", su dificultad no puede ser de tal magnitud que implique desconocer un sentido razonable de juridicidad a la norma-principio, o que no pueda existir en un nivel interpretativo la posibilidad de realizar un ejercicio de comprensión de aquello a lo que en realidad dicho principio alude para el caso concreto.

Que un principio deba ser actualizado, concretado, ponderado o sopesado con otros principios o reglas, o delimitado en sus posibles sentidos, no puede significar que su propia naturaleza o fuerza jurídica sea incapaz de orientar los ámbitos posibles de configuración normativa, es decir, que entre las varias, múltiples y relativamente indeterminadas posibilidades hermenéuticas, no existan unas mejores que otras, unas correctas y otras incorrectas, o que no pueda afirmarse que algunas sean sencillamente inadmisibles. Si el problema se admite sólo en el nivel del lenguaje (si, en cualquier caso de interpretación, el juez determina el problema sólo en consideración al enunciado), haciendo caso omiso de la realidad referida, el sentido jurídico de la norma-principio termina por desconocerse. Así las cosas, admitir la textura abierta de una norma constitucional no puede implicar, por lo tanto, que no existan limitaciones interpretativas, ni tampoco que cualquier interpretación sea igualmente válida, admisi-

ble o significativa desde el punto de vista de la justicia y del Derecho[489].

4. LA TESIS "CONFLICTIVISTA" DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Uno de los pilares de las teorías estándar del Derecho, mayoritariamente aceptado, consiste en afirmar que toda disputa sobre normas constitucionales relativas, de alguna manera, a derechos, constata un *conflicto* entre los propios derechos fundamentales y, consecuentemente, en la idea de que para solucionar dichos conflictos los jueces no tienen más alternativa que establecer jerarquías entre derechos o llevar a cabo un ejercicio de "aplazamiento" de uno para superar el estado de colisión entre ellos.

En todos los salvamentos de voto a las sentencias sobre el aborto, en la aclaración de voto a la C-647 de 2001 y en la sentencia C-355 de 2006, prevalece esta perspectiva[490]. Esto no debe extrañar, pues se trata, por cierto, de una postura bastante extendida en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana y de la justicia constitucional de otros países[491], como entre los tratadistas más in-

---

[489] Los partidarios de la tesis de la discrecionalidad judicial son conscientes de esto, lo que les lleva a formular, como sucede con HART y se ha expuesto (y criticado) en el capítulo II, 5.d.ii, un conjunto de "virtudes judiciales" y de "condiciones" que exijan a los jueces proferir decisiones "razonadas" (cfr. *El concepto de Derecho*, *op. cit.*, pp. 252-253).

[490] Es la tesis que prevalece también en la demanda (cfr. "Demanda de aborto", por ejemplo pp. 8 y 15). Un análisis de esta perspectiva *conflictivista* en esta demanda, como en los salvamentos de voto y la aclaración ya mencionados, puede verse en HOYOS CASTAÑEDA, ILVA M., "Entre el delito del aborto y el derecho a abortar", cit., pp. 95-103.

[491] En relación con esta perspectiva conflictivista en la jurisprudencia de países como Estados Unidos, España, Alemania y Argentina, pueden consultarse las obras ya citadas de JUAN CIANCIARDO (*El conflictivismo en los derechos fundamentales*) y PEDRO SERNA - FERNANDO TOLLER (*La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*), ambas destinadas a este tema.

fluyentes del constitucionalismo[492]. Veamos en qué consiste este planteamiento y cuáles son las estrategias que las teorías estándar del Derecho ofrecen para resolver los "conflictos" entre derechos fundamentales.

a) Los conflictos entre derechos fundamentales como algo inevitable

El "conflictivismo", o modelo de "pensamiento disyuntivo"[493], presenta dos facetas claras. Por una parte, se nutre filosóficamente de una concepción antropológica en que la libertad individual goza de una prevalencia *prima facie* sobre los restantes derechos fundamentales. Se trata de un postulado que remite a las teorías contractualistas de cuño moderno, en las que todo hombre "que ha pactado la formación del Estado con sus semejantes se reserva una esfera de poder, que no cede. Esta esfera tiene un contenido: el derecho subjetivo de libertad, entendida esta última como autonomía"[494], como la capacidad de cada quien para darse a sí mismo normas de conducta (autolegislación)[495]. En estas circunstancias los conflictos entre los

---

[492] La concepción "conflictivista" de los derechos fundamentales constituye casi un lugar común en los tratados y obras de Derecho Constitucional a nivel mundial. Consúltese a este respecto, por todos, SERNA, PEDRO y TOLLER, FERNANDO, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales*, *op. cit.*, *passim*. Colombia no es la excepción: véase, por ej., la caracterización del "nuevo Derecho" constitucional que hace DIEGO LÓPEZ en esos términos: cfr. *El derecho de los jueces*, *op. cit.*, p. 192. Es también la tesis que predomina en MANUEL J. CEPEDA ESPINOSA, quien considera que el papel del juez constitucional está en función de resolver cuatro clases de conflictos: entre derechos, entre un derecho y un deber, entre dos principios y entre un fin público y un derecho: cfr. *Derecho Constitucional Jurisprudencial*, *op. cit.*, pp. 19-20.

[493] HOYOS CASTAÑEDA, ILVA M., "Entre el delito del aborto y el derecho a abortar", cit., p. 99.

[494] CIANCIARDO, JUAN, *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, *op. cit.*, p. 11.

[495] Cfr. *ibidem*, p. 165; y KAUFMANN, ARTHUR, *Derecho, Moral e Historicidad*, Barcelona, Marcial Pons, trad. E. Eiranova Encinas 2000, pp. 59-66.

hombres son una derivación de su propia "naturaleza", porque cada quien *reclama para sí*, de manera individual, su propia facultad de auto-legislarse. Desde luego, en el momento en que se "pasa" a vivir en el Estado, cada hombre debe soportar un obstáculo a su propia realización personal, en tanto aquel está en la obligación de limitar (externamente) las autonomías de cada uno para lograr una mínima convivencia entre los asociados.

Consecuencia de esto es que todo intento de solución de conflictos esté signado de antemano por la prevalencia y salvaguarda de aquello que constituye la "naturaleza" del hombre, lo que cada uno ha reservado para sí mismo, *su libertad*. Desde el punto de vista de los derechos fundamentales, CIANCIARDO afirma que su propia titularidad y goce se ve favorecida en relación con aquellos que de alguna manera puedan acreditar esa autonomía, esto es, puedan ejercer su "capacidad de dictar preceptos morales reguladores de la propia conducta"[496]. El efecto inmediato parece obvio: el criterio de la autonomía priva del disfrute, y aun de la titularidad, de los derechos fundamentales "a un conjunto importante de seres humanos, incapaces fácticamente de auto-legislarse. Es el caso de los no nacidos, los niños, algunos dementes y algunos ancianos. Se trata, como se ve, de los hombres más débiles e indefensos, quienes (...) quedan automáticamente a disposición de los más fuertes"[497].

Por otra parte, desde el punto de vista conceptual, la tesis conflictivista se construye a partir de la confusión entre norma y derecho[498], y en particular, entre "enunciado normativo *iusfundamental*" y "derecho fundamental". La confusión entre norma y derecho constituye uno de los principales rasgos de la teoría jurídica contemporánea. Consiste simplemente en "poner la causa" por "el efecto", o

---

[496] CIANCIARDO, JUAN, *El conflictivismo en los derechos fundamentales, op. cit.*, p. 165.

[497] *Ibidem*, pp. 166-167.

[498] Cfr. SERNA, PEDRO y TOLLER, FERNANDO, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales, op. cit.*, pp. 22-24.

más precisamente, en sustituir el título normativo, que constituye o regula acciones, bienes o cosas desde el punto de vista jurídico, por dichas acciones, bienes o cosas[499]. Consecuencia de esto es, por ejemplo, que la "violación del derecho a la vida" termina siendo la violación del "artículo 11 de la Constitución", y no la violación de un bien real regulado por el artículo 11 de la Constitución.

La confusión entre "enunciado normativo *iusfundamental*" y "derecho fundamental" se edifica a partir de lo anterior. El enunciado normativo *iusfundamental* constituye la expresión semántica de una norma de derecho fundamental[500] (y recuérdese que una norma de derecho fundamental, para las teorías estándar del Derecho, *es en sí* el derecho fundamental). Al margen de los problemas ya advertidos sobre la comprensión de significados del lenguaje normativo genérico, las expresiones semánticas de dos o más normas de derecho fundamental pueden acarrear un nuevo problema, consistente en la comprensión de sus límites recíprocos a partir de cada enunciado. Si el problema se intenta resolver a la luz de cada enunciado normativo de carácter *iusfundamental*, el conflicto se torna inevitable, porque el plano lingüístico de los principios constitucionales es demasiado abierto, ya que su entorno de operatividad no tiene el carácter "definitivo" de las reglas, sino sólo una normatividad *prima facie* (cfr. *supra*, II, 3.d). Por lo tanto, desde este nivel semántico vale la afirmación de que el enunciado lingüístico A, que regula la dignidad humana o el derecho a la vida, *puede estar en contra* del enunciado B, que regula la libertad de la mujer para abortar. Como sostienen SERNA y TOLLER, "el conflicto o la colisión entre las normas relativas a derechos fundamentales –tomadas como enunciados lingüísti-

---

[499] Cfr. HERVADA, JAVIER, *Lecciones propedéuticas de Filosofía del Derecho*, *op. cit.*, pp. 191-199; para una fundamentación clara del tema, véase allí mismo, pp. 321-387.

[500] Cfr. sobre esto ALEXY, ROBERT, *Teoría de los derechos fundamentales*, *op. cit.*, pp. 50-55; CIANCIARDO, JUAN, *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, *op. cit.*, pp. 182-184.

cos– resulta prácticamente inevitable"[501]. Siendo así las cosas, a las teorías estándar del Derecho sólo les resta, en consecuencia, la incorporación de *reglas de solución* de segundo grado, es decir, acudir al órgano legislativo o al juez constitucional para que determinen (externamente) los límites de los enunciados abiertos y se supere así la colisión[502].

Desde una perspectiva distinta puede sostenerse, más bien, que un conflicto jurídico en estricto sentido es un conflicto entre "intereses" o "pretensiones" de las partes que concurren a un proceso judicial. Pero una cosa son los *intereses* subjetivos y las *pretensiones* procesales, y otra bien distinta los *derechos* fundamentales[503]. Si los verdaderos conflictos se predicaran de los derechos fundamentales, en última instancia no serían tan "inherentes" ni tan "fundamentales", sino más bien *dependientes* de "algo externo", separables del sujeto de predicación y, además, susceptibles de sacrificio como consecuencia de ser "factores de violencia" en determinados casos[504]. De

---

[501] SERNA, PEDRO y TOLLER, FERNANDO, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales*, *op. cit.*, p. 40.

[502] Cfr. *ibidem.*, p. 22.

[503] Para una explicación detallada de lo afirmado, consúltese *ibidem*, pp. 37-40, y toda la bibliografía allí referida. El concepto de Derecho que manejan los conflictivistas, y que subyace en la idea aludida de conflictos entre "pretensiones" o entre "intereses", es una visión individualista y liberal del *Derecho subjetivo*, entendido como "potestad", "poder de voluntad", etc. Esta noción hunde su raíz en la epistemología y antropología modernas, las cuales "condujeron a percibir toda la realidad, también la jurídica, desde la perspectiva del individuo". A partir de allí, se inicia "un proceso de oscurecimiento de la dimensión social del ser humano, olvidándose, entre otras cosas, la naturaleza relacional y social del Derecho": CIANCIARDO, JUAN, *El conflictivismo en los derechos humanos*, *op. cit.*, p. 152. Para profundizar en esta noción y su impacto en el Derecho, véase, allí mismo, la reflexión que hace CIANCIARDO de los presupuestos teóricos que soportan el conflictivismo: pp. 123-175.

[504] De ser derechos y libertades fundamentales, previos al propio constituyente, pasan a "estar en radical dependencia de las decisiones positivas que consignan y determinan sus límites externos": SERNA, PEDRO y TOLLER, FERNANDO, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales*, *op. cit.*, p. 22.

esta manera, la tesis conflictivista plantea de entrada una gran aporía.

b) La inmolación del derecho no preferido por los jueces

El peso de la visión antropológica de los conflictivistas hace que, en casos judicializados como el aborto, la eutanasia o la dosis personal de estupefacientes, termine por imponerse una decisión en la que prevalece la libertad individual, a la que se llega mediante un esfuerzo "racional" interesante. Los conflictivistas, en efecto, suelen acudir a dos estrategias metodológicas, si bien distintas en su formulación teórica, similares en cuanto a los resultados que producen: el sacrificio y la anulación de un derecho fundamental.

La primera estrategia consiste en establecer una jerarquización *a priori* y en abstracto de los derechos fundamentales, por ejemplo sosteniendo que los derechos más cercanos a la personalidad –*v. gr.* derecho a la libertad o intimidad personal– gozan de mayor jerarquía que los restantes[505]. Este procedimiento no es el más acertado, por-

---

[505] Este criterio puede verse en algunas decisiones de la Corte Constitucional. Por ejemplo, en la sentencia T-417 de 1996, M. P. JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ, en donde expresamente se señala que "no puede desconocerse (...) que las complejidades propias de la convivencia conducen en no pocas ocasiones a la circunstancia del conflicto entre derechos de rango constitucional", agregándose que ante una imposibilidad de hacer compatibles los derechos en conflicto, deberá "prevalecer el derecho más próximo a la dignidad humana" (consid. 2). Otro ejemplo es la sentencia T-414 de 1992, M. P. CIRO ANGARITA, que resolvió un caso sobre el derecho a la información y el derecho a la intimidad, haciendo prevalecer este último: "En caso de conflicto insoluble entre ambos, esta Sala no vacila en reconocer que la prevalencia del derecho a la intimidad sobre el derecho a la información, es consecuencia necesaria de la consagración de la dignidad humana como principio y valor esencial" (consid. D-2). Al respecto véase también el salvamento de voto del M. EDUARDO CIFUENTES a la sentencia T-386 de 1994 (M. P. ANTONIO BARRERA), en donde hace una defensa de la prevalencia de la intimidad sobre el derecho de reglamentación de un centro educativo: "Ha debido la Corte resolver cuál derecho goza de primacía en el conflicto entre la intimidad y la autonomía del centro educativo (...). El derecho

que supone un criterio de definición previo que fije "las tablas" de jerarquía entre derechos, cuestión en la que distintos jueces podrían no coincidir[506]. Para algunos, en efecto, la mayor jerarquía podría no

---

fundamental a la intimidad tiene *prima facie* prevalencia sobre el derecho a la autonomía de los centros educativos".

[506] Existen casos en que el propio constituyente es quien ha fijado de antemano una jerarquía, como por ejemplo la prevalencia que la Constitución colombiana le concede a los derechos fundamentales de los niños (artículo 44, último inciso: "Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás"). El criterio así establecido permite sortear casos de "conflictos" entre cualquier derecho y los derechos de los niños de una manera fácil (cfr. por ej. la sentencia T-304 de 1995, M. P. ANTONIO BARRERA). En rigor, esto no significa que, sin más, gane quien invoque el derecho de un niño, sino que, si el derecho del menor que quiere hacerse valer es *razonable* (es decir, existe como tal *derecho*, no es una pretensión absurda), contra él no valen los esfuerzos retóricos del abogado de la contraparte, y se facilita al juez la motivación para dictar sentencia. Por lo tanto, no es que los derechos de los niños son *superiores* a los derechos de los demás, sino que, en rigor, los demás *no poseen un verdadero derecho* si su ejercicio implica perjudicar a un niño. Por otra parte, en ocasiones puede ocurrir también que el propio constituyente haya exceptuado del ámbito de ejercicio legítimo de un derecho fundamental, a ciertas personas en determinadas situaciones, como sucede con la excepción al derecho de huelga de los trabajadores que laboren en empresas prestadoras de servicios públicos esenciales. En la sentencia C-473 de 1994, M. P. ALEJANDRO MARTÍNEZ, se aborda el asunto de esta forma:

> "Hay pues un conflicto eventual entre, de un lado, los derechos de los usuarios de los servicios públicos esenciales, que sin ser parte en el conflicto laboral como tal, se pueden ver afectados y perjudicados por ceses generales de actividades; y, de otro lado, los derechos de los trabajadores que laboran en tales servicios, quienes se pueden ver eventualmente despojados de instrumentos legítimos para la defensa de sus intereses, como la huelga. Tal conflicto lo resuelve la Constitución no garantizando la huelga en los servicios públicos esenciales (art. 56), lo cual muestra que fue voluntad expresa del Constituyente proteger los derechos de los usuarios de los servicios públicos esenciales, que aparecen así como una limitación constitucional al derecho a la huelga de los trabajadores" (consid. 7).

En este caso, en rigor, tampoco es que se sacrifique el derecho a la huelga de los trabajadores, sino que la propia Constitución ya reconoce que no puede ser legítimo y amparado por un derecho constitucional el dejar a innumerables personas sin servicios públicos esenciales para protestar contra un tercero, como es el Estado o la empresa concesionaria. Dichos trabajadores deberán, por lo tanto, reclamar sus intereses por otros medios, que no consistan en lesionar los derechos de los demás.

estar en los derechos más cercanos a la personalidad, sino en aquellos que estén más próximos al interés general o a los valores democráticos, como serían (por ejemplo) las libertades de prensa, opinión y expresión personal[507], o el derecho al uso del espacio público[508]. La jerarquización presenta además el problema sobre cuál derecho debe prevalecer en aquellos casos en que dos o más derechos están ubicados en una misma grada de preferencia, como consecuencia de responder a un mismo criterio de definición[509].

La segunda estrategia consiste en aplicar el denominado método del *balancing test* o *ponderación* de los derechos fundamentales. En este evento se parte de las circunstancias del caso concreto y no de una preferencia abstracta establecida previamente, con el propósito de mirar cuál de los derechos, valores o intereses en conflicto tiene mayor "peso" que los otros[510]. El *balancing* goza de una amplia acep-

---

[507] Es el criterio adoptado en la sentencia T-080 de 1993, M. P. EDUARDO CIFUENTES:

> "Las libertades de expresión y opinión colisionan constantemente en la práctica con los derechos a la intimidad, al buen nombre o a la honra de las personas. La importancia para la vida democrática y para el intercambio libre de ideas, justifica que la jurisprudencia constitucional le haya otorgado a la libertad de expresión **primacía** sobre los derechos a la honra y al buen nombre, salvo que se demuestre por el afectado la intención dañina o la negligencia al presentar hechos falsos, parciales, incompletos o inexactos que vulneran o amenazan sus derechos fundamentales" (consid. 1, énfasis en el original).

[508] Por ejemplo la sentencia T-160 de 1996, M. P. FABIO MORÓN, cuando se califica como conflicto el interés general y el derecho al trabajo de unos vendedores ambulantes que utilizan el espacio público, dándose prevalencia al primero.

[509] Sobre el método de la jerarquización y sus dificultades, véase SERNA, PEDRO y TOLLER, FERNANDO, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales*, *op. cit.*, pp. 7-35; TOLLER, FERNANDO, "La resolución de los conflictos entre derechos fundamentales. Una metodología de interpretación constitucional alternativa a la jerarquización y el *balancing test*", cit., pp. 1206-1215; e *idem*, "Jerarquía de derechos, jerarquía de bienes y posición de la vida en el elenco de los derechos humanos", en Ives GANDRA DA SILVA MARTINS (Coord.), *Direito fundamental à vida*, Quartier Latin, São Paulo, 2005, 495-515.

[510] Para una exposición detallada del *balancing test*, sus variaciones y sentidos, consúltese TOLLER, FERNANDO, "La resolución de los conflictos entre derechos fun-

tación en el constitucionalismo contemporáneo, precisamente porque su punto de partida está determinado por las tensiones que ocasionan tipos de normas como las consagradas constitucionalmente, junto a la fuerte carga de valores presentes allí. Su uso parece inevitable, ya que las constituciones usualmente no formulan jerarquías entre derechos y valores constitucionales[511].

Pero, al mismo tiempo, si bien en principio seduce por su aparente simpleza[512], la ponderación ha sido objeto de serios reparos. El primero tiene que ver con la ausencia de pautas o criterios ("término de comparación") para hacer la ponderación[513] y, consiguientemente, con la necesaria mediación del juzgador para realizar el contrapeso, introduciendo aquella pauta o criterio que estime es la que mejor resuelve el conflicto. En principio, esto no tendría por qué ser cuestionado, precisamente porque es consecuencia de la actividad de los jueces el hecho de "mediar" entre los intereses o datos que conforman un problema litigioso. Sin embargo, el reparo apunta a que, ante la ausencia de un criterio comparativo, se termine por incorporar aquel que, en la práctica, coincida con las concepciones o preferencias personales de los jueces[514]. La mediación judicial, en tal sentido, no deja de ser una manifestación de la discrecionalidad judicial ilimitada. La ausencia de un estándar de valoración externo al intérprete conlleva a que, al final del proceso, uno de los derechos "en contienda" termine siendo sacrificado en beneficio del otro sobre la

---

damentales. Una metodología de interpretación constitucional alternativa a la jerarquización y el *balancing test*", cit., pp. 1215-1228; y ALONSO GARCÍA, ENRIQUE, *La interpretación de la Constitución*, *op. cit.*, pp. 413-448.

[511] Cfr. ALONSO GARCÍA, ENRIQUE, *La interpretación de la Constitución*, *op. cit.*, pp. 417-425.

[512] Cfr. *ibidem*, p. 431.

[513] Cfr. CIANCIARDO, JUAN, *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, *op. cit.*, p. 118; y SERNA, PEDRO y TOLLER, FERNANDO, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales*, *op. cit.*, p. 31.

[514] Cfr. ALONSO GARCÍA, ENRIQUE, *La interpretación de la Constitución*, *op. cit.*, p. 431.

base de las preferencias electivas del juzgador. Los derechos fundamentales quedan así en vilo: en espera de la "suerte" de que coincidan con las concepciones del juzgador. En relación con el caso del aborto, no se está lejos de comprobar que la concepción que la mayoría posee responde a aquella visión antropológica mencionada anteriormente, en donde se privilegian libertades naturalmente "ilimitadas". Por eso, se comprende que el derecho a la vida del no nacido, sin capacidad de autonomía efectiva en acto, haya terminado convertido en la "cenicienta jurídica" en manos de la Corte, y que su medianoche fue, precisamente, cruzarse con el derecho "príncipe" de la libertad de la mujer para desembarazarse del mismo por medio del aborto[515].

El segundo reparo es consecuencia de lo anterior. Consiste en que el procedimiento, al final de cuentas, termina por privilegiar uno de los derechos sobre el otro, de tal manera que su finalidad no vendría a ser tan distinta que la del método de la jerarquización. Lo que éste sacrifica en *abstracto*, el *balancing test* terminaría haciéndolo *en concreto*[516]. En palabras de CIANCIARDO, la ausencia de un criterio de comparación produce que "en la realidad, termine resultando más que una armonización, una suerte de jerarquización *ad casum*"[517]. Y la razón de que esto ocurra radica en que el propio pro-

---

[515] El símil sobre "derechos príncipe" y "derechos cenicienta" está enunciado teóricamente en SERNA, PEDRO y TOLLER, FERNANDO, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales*, *op. cit.*, p. 17.

[516] Cfr. *ibidem*, p. 13.

[517] CIANCIARDO, JUAN, *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, *op. cit.*, p. 56. La carencia de un criterio de ponderación a veces es intuida por los propios jueces, quienes se ven obligados a proponer la jerarquización de un derecho sobre otro para resolver el conflicto. Esto puede leerse, por ejemplo, en la sentencia SU-559 de 1997, M. P. EDUARDO CIFUENTES:

> "Como ya se ha expresado reiteradamente por esta Corporación, los derechos no son absolutos y, por ende, cuando varios derechos entran en conflicto debe procederse a ponderar el peso de cada uno de ellos en la circunstancia específica con el objeto de intentar armonizarlos o, en caso de no ser posible, darle prioridad a uno de ellos" (consid. 25).

cedimiento está viciado desde el inicio, valga decir, desde el propio concepto que se maneja de los derechos fundamentales, una suerte de "armas en manos de los ciudadanos". Ante una idea así, la pretensión de ponderar lo que de suyo es imponderable constituye una falacia que ha servido para aparentar interpretaciones "en Derecho". Son ropajes justificativos que permiten encubrir lo que en realidad sucede cuando se maneja una concepción conflictivista del Derecho, la jerarquización de derechos fundamentales en los casos concretos, de acuerdo a las personales preferencias del juzgador.

Esto se evidencia de manera contundente en los salvamentos y aclaración de voto ya comentados sobre el aborto. En esta última, por ejemplo, la pretensión de los jueces consistió –se lee expresamente– en "ponderar razonablemente los derechos constitucionales en conflicto", para luego terminar no sólo concediendo la primacía de uno, sino el sacrificio y la desaparición del otro. Ante la ausencia de un criterio de comparación en concreto, los Magistrados debieron introducirlo según sus propias concepciones sobre el tema, lo que aconteció mediante la noción de "la viabilidad del feto":

> "Desde el punto de vista de la ponderación de derechos constitucionales, la protección de la vida adquiere mayor peso hasta volverse predominante con el paso del tiempo en la medida en que ha evolucionado la gestación y se ha desarrollado el embrión hasta convertirse en un ser humano con tal capacidad física, sensorial y psíquica propia que podría sobrevivir fuera del vientre de la madre, o sea, es viable. Esto ocurre aproximadamente entre la semana veintidós y veinticuatro. Después, ningún derecho constitucional de la madre, diferente al de salvar su propia vida, proteger su integridad o preservar su salud, ni ninguna circunstancia de motivación justifica constitucionalmente el aborto (...). Cuando el feto ha alcanzado ese estadio de desarrollo, es decir, es viable, la protección de su vida digna prevalece sobre los derechos de la mujer y sería difícil definir cuáles serían las circunstancias de motivación por extraordi-

---

El punto específico planteaba la reubicación de unos docentes desde los centros urbanos hacia localidades pequeñas del territorio nacional *versus* el derecho a la educación de los menores.

narias y anormales que éstas sean, sobrevinientes en este momento, que justifiquen constitucionalmente la exención de punición"[518].

Ahora bien, antes de ese momento de la 'viabilidad del feto', la "ponderación" se lleva a cabo mediante otro criterio que denominan "potencialidad del ser" (*sic*), que finalmente produce –una vez más– una *jerarquización*. Veámoslo:

> "Otra bien diferente es la situación desde la perspectiva constitucional cuando se acaba de producir la concepción. En ese momento sólo hay potencialidad de ser y los derechos constitucionales de la mujer pesan mucho más. En la ponderación, la dignidad, la intimidad, la autonomía y la libertad de conciencia de la mujer justifican constitucionalmente que se prescinda de la imposición de pena, en especial y con mayor razón en las circunstancias y condiciones señaladas en la norma acusada. Una solución contraria representaría una restricción desproporcionada de los derechos constitucionales de la mujer"[519].

El *iter* conflictivista de los salvamentos y de esta aclaración de voto lo resume HOYOS CASTAÑEDA de la siguiente manera:

> "[F]rente a los intereses priman los derechos; frente a los objetos de protección legal, las personas; frente a los seres concebidos, en las tres circunstancias con las que las demandas pretenden despenalizar el aborto, las mujeres; frente al derecho a la vida prevalece el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Desde la desigual perspectiva del conflictivismo jurídico, se despoja al *nasciturus* de todo aquello que podría protegerlo: por no ser persona, por no ser niño, por no tener derechos, por no poder expresar su consentimiento, por no sentir, por no tener conciencia. A todas luces, con esta argumentación resultaría 'inconstitucional' y, por ende, poco razonable y plausible garantizar al no nacido el acceso al bien que le resulta más favorable: la vida misma. De nada valdría acudir a las normas constitucionales o a los tratados de derechos huma-

---

[518] Aclaración de voto a la sentencia C-647 de 2001 (M. P. ALFREDO BELTRÁN) de los Ms. JAIME ARAÚJO, ALFREDO BELTRÁN, MANUEL JOSÉ CEPEDA y CLARA INÉS VARGAS.

[519] *Ibidem*.

nos ratificados por Colombia, porque con ello no se superaría el prejuicio, que es el que, a su vez, contrariando toda argumentación lógica, pretende presentarse como el resultado de un proceso de ponderación objetiva de derechos y que lleva a la idea de que el no nato no es persona y de que, por tanto, no es titular de derechos. O de que lo es en un momento distinto de la fecundación"[520].

Así las cosas, y por paradójico que sea, la visión conflictivista de los derechos fundamentales y sus correspondientes procedimientos de solución, constituye uno de los principales obstáculos para el efectivo goce de los derechos fundamentales. Desde el punto de vista del oficio de los jueces, la paradoja se torna en una desnaturalización del cargo: lejos de integrar o de armonizar, como es propio de la función judicial, el conflictivismo divide y escinde[521]. Lejos de dar a cada uno lo suyo, el juez niega a una persona el ejercicio de su derecho. Y en rigor no puede hacer otra cosa, porque previamente ha determinado el cauce de sus preferencias. El "soporte conceptual" del conflictivismo no permite la "armonía", la "matización", la "coexistencia" entre derechos fundamentales, sino la "lógica del sacrificio"[522] y el "darwinismo jurídico"[523] en donde prevalece el derecho fundamental del más fuerte[524]. De ahí que no haya salida al conflictivismo desde el conflictivismo mismo[525].

---

[520] HOYOS CASTAÑEDA, ILVA M., "Entre el delito del aborto y el derecho a abortar", cit. p. 99.

[521] Cfr. *ibidem*, pp. 95-96.

[522] Para una síntesis de los defectos del conflictivismo, véase SERNA, PEDRO y TOLLER, FERNANDO, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales*, *op. cit*., pp. 29-32.

[523] Cfr. TOLLER, FERNANDO, "La resolución de los conflictos entre derechos fundamentales", cit., p. 1204.

[524] Cfr. SERNA, PEDRO y TOLLER, FERNANDO, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales*, *op. cit*., 37. Al respecto véase también HOYOS CASTAÑEDA, ILVA M., "Entre el delito del aborto y el derecho a abortar", cit., p. 96. Quizá por esto el propio Magistrado ARAÚJO se muestra determinado en su aclaración de voto a la Sentencia C-355 de 2006, a *negarle* al *nasciturus* el *status* de persona, consciente que se trataba de una *exigencia inicial* para plantear la despenali-

c) La violación del *contenido esencial* de los derechos fundamentales

Un planteamiento diferente, en el cual los derechos fundamentales *coexistan* de tal manera que se ejerzan en comunidad, *con otros* y no contra otros[526], requiere, como puede desprenderse de lo anterior, no sólo de otra visión antropológica –que opere como sustrato o término de comparación de los derechos aparentemente en disputa–, sino también de una visión jurídica –y, más de fondo, unos criterios del conocimiento jurídico– que posibilite comprender los derechos como algo distinto de los *enunciados normativos* que los consagran, a tal punto que puede haber –y de hecho los hay– derechos humanos o fundamentales que no se encuentran recogidos en un enunciado normativo constitucional (cfr. *infra*, IV, 3.b; V, 5.e). Esto implica reiterar que la adecuada fundamentación de las decisiones judiciales hay que buscarla por *fuera* de los enunciados lingüísticos, y con ello procurar dar con la formulación de una in-

---

zación del aborto. Su noción de "persona" como sujeto jurídico la sustenta en una trasnochada noción de KELSEN. En efecto, dice ARAÚJO que "el ser humano '*solamente puede transformarse en un elemento del contenido de las normas jurídicas que regulan su conducta cuando convierte algunos de sus actos en el objeto de deberes, de responsabilidades o de derechos subjetivos*'" (cursivas en el original). Desde *este punto de vista*, agrega ARAÚJO que "el nasciturus es ser protegido por el derecho pero claramente no tiene personalidad jurídica; y no la tiene por cuanto no puede adquirir bienes o servicios, contratar, pagar impuestos, etc.". Sentadas así las premisas, la autojustificación aparece claramente: como no es persona, no hay derechos, y como no hay derechos, no hay conflicto: "en opinión del suscrito Magistrado, argumentar que existe un conflicto de derechos entre el ser que está por nacer y la madre, es partir de un fundamento errado, y es considerar al ser que está por nacer con personalidad jurídica y por ende con derechos y obligaciones".

[525] Cfr. HOYOS CASTAÑEDA, ILVA M., "Entre el delito del aborto y el derecho a abortar", cit., p. 96.

[526] Como afirman SERNA y TOLLER, "los derechos fundamentales no son gallos de pelea. La necesaria colisión no deja de ser un 'mito', pues es posible una visión distinta, que parta de la unidad de los derechos fundamentales y se oriente principalmente a la búsqueda de su concreta armonización": *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales, op. cit.*, p. 37.

terpretación jurídica abierta a espacios de racionalidad, que permita así la comprensión de la *realidad misma*, referida por las normas *iusfundamentales*[527]. Esta propuesta "parte de la posibilidad de encontrar armonía en la realidad, y de restituirla al litigio; de que es factible que los derechos fundamentales convivan unos con otros, sin falsas disyuntivas"[528].

El conflictivismo no logra articular debidamente un planteamiento justificativo porque no da cuenta del propio objeto de juzgamiento, de lo referido por la norma constitucional (el derecho concreto y su supuesto de predicación, el bien humano básico que tal derecho tutela). Cuando dos principios constitucionales son objeto de un litigio, el ejercicio de juzgamiento y de toma de decisiones supone maximizar cada uno ellos en atención a los derechos mismos, no a los enunciados lingüísticos –normativamente expresados– que los regulan. Un ejercicio de interpretación y decisión implicaría, al menos, considerar que cada norma-principio no puede ser objeto de un *postergamiento* (porque se perdería la razón jurídica del principio mismo), sino más bien de una armonización *ad casum*, es decir, que tendría por finalidad compatibilizar los principios de tal forma que no genere la anulación de uno y la correlativa supervivencia de aquel que haya resultado favorecido en el caso concreto.

---

[527] La actividad interpretativa, en términos de una debida justificación o fundamentación de las decisiones judiciales basadas en principios jurídicos, exige una argumentación que trascienda el análisis puramente reconstructivo de la dogmática jurídica. En esto consiste la necesidad de abrir espacios de racionalidad, lo que a su turno se traduce en un replanteamiento profundo de la propia metodología del saber jurídico y, en particular, de la Filosofía del Derecho como una instancia de comprensión de primera importancia en el oficio de los jueces. Sobre esta dimensión del razonamiento jurídico, consúltese MARTÍNEZ DORAL, JOSÉ MARÍA, *La estructura del conocimiento jurídico*, Pamplona, Eunsa, 1963, pp. 39-54; OLLERO TASSARA, ANDRÉS, *Interpretación del Derecho y positivismo legalista*, *op. cit.*, pp. 237-266; MASSINI, CARLOS IGNACIO, *La prudencia jurídica. Introducción a la gnoseología del Derecho*, Buenos Aires, Abeledo–Perrot, 1983, pp. 123-144; y MORA RESTREPO, GABRIEL, *Ciencia jurídica y arte del Derecho*, *op. cit.*, pp. 67-72 y 281-303.

[528] CIANCIARDO, JUAN, *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, *op. cit.*, p. 201.

Si bien es cierto que los textos normativos tienen imperfecciones, lagunas, elementos contradictorios que "proceden fundamentalmente de las dificultades de nuestro pensamiento para abrirse paso mediante el lenguaje, y del carácter secuencial y aspectual de todo enunciado lingüístico"[529], también es verdad que se trata de dificultades que no pueden anteponerse a la realidad reconocida y regulada, o transformarse en un referente sin contenido referido alguno. Desde esta perspectiva, el objeto determinante del proceso hermenéutico está en el esfuerzo de comprender aquello que está siendo referido por las normas jurídicas mismas (qué es aquello que está *suponiendo* y *significando* la norma que regula el bien de la vida como derecho, el bien de la dignidad humana como derecho, el de la libertad, etc.), en la multiplicidad de configuraciones posibles y en el número de formas en que se pueden legítimamente concretizar. La necesidad de plantear aspectos que se encuentran más allá de las normas constitucionales exige, entonces, considerar un elemento o sustrato de referencia común a la positivación constitucional, en virtud de la cual puedan ser juzgadas las situaciones jurídicas en los casos concretos.

Tal elemento referido alude al criterio del que carece la teoría conflictivista, el *tertium comparationis* o sustrato mediante el cual los derechos aparecen como elementos valiosos ante el fallador (porque son bienes humanos), en un plano de igualdad y cada uno con *su contenido esencial* propio, no susceptible de ser negado so pena de su aniquilación[530]. El *tertium comparationis* de todo juicio constitucional es, desde luego, la dignidad de toda persona humana en quien *inhieren* sus bienes: una realidad que antecede a todo juicio y que, además, no opera como un criterio de anulación o sacrificio a partir de una ponderación o balance, sino como criterio para esta-

---

[529] SERNA, PEDRO y TOLLER, FERNANDO, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales*, *op. cit.*, p. 40.

[530] Sobre la importancia de contar con ese *tertium comparationis*, véase KAUFMANN, ARTHUR, *Derecho, Moral e Historicidad*, *op. cit.*, pp. 47-58.

blecer racional y razonablemente cuál derecho es real en el caso, y cuál es un mero espejismo.

La comprensión de los derechos fundamentales, en tanto *bienes humanos* y no *armas de conflicto*, requiere de algo que los partidarios de las teorías estándar del Derecho no estarían dispuestos a conceder: una *epistemología* que supere la negación de la realidad, o en otras palabras, la ausencia de entidad significada tras la norma jurídica (desde luego superadora también de la confusión entre enunciados normativos y derechos fundamentales), y una *antropología* en la que se reconoce al otro como persona, y con ello su dignidad intangible, como bases suficientes, a la vez indispensables, para ejercer un oficio de los jueces centrado en la justicia y en la defensa de los derechos fundamentales. En esto, y no en otra cosa, consiste el rol protagónico de los jueces, mirado desde su responsabilidad.

Ahora bien, desde la perspectiva del *tertium comparationis*, como criterio de armonización, se entrevé la posibilidad de coexistencia de cada derecho en razón de su medida *intrínseca*, de su núcleo o contenido esencial. Analizar y armonizar jurídicamente "supone aceptar que los derechos tienen límites y que actúan como contornos inmanentes, internos o necesarios"[531], de tal suerte que el juzgador construye o determina *formas de compatibilidad* entre ellos, según su naturaleza, funcionalidad y el bien que protegen[532]. El contenido esencial de un derecho, que señala las fronteras de la regulación legítima, por eso mismo impide la anulación o restricción de tal derecho por las normas. En esto reside la clave para comprender qué es regulable, y qué no lo es.

En muchas oportunidades la propia Corte Constitucional de Colombia ha sostenido el criterio de los límites (aunque, infortuna-

---

[531] HOYOS CASTAÑEDA, ILVA M., "Entre el delito del aborto y el derecho a abortar", cit., p. 96. Véase también SERNA, PEDRO y TOLLER, FERNANDO, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales*, *op. cit*., pp. 94-96.

[532] Cfr. SERNA, PEDRO y TOLLER, FERNANDO, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales*, *op. cit.*, pp. 41-42.

damente, aceptando la teoría de los límites externos, que es conflictivista y anula un derecho legítimo por un elemento de fuera) y del núcleo esencial:

> "No hay que considerar la limitación de un derecho como una mengua de la libertad humana, sino como una garantía de la misma. En efecto, cuando se limita un bien, una pretensión o un interés, con ello se garantiza también que las expectativas jurídicas de los demás no pueden sobrepasar la esfera jurídica propia, porque así como se limitan los derechos propios, igualmente se limitan los de los demás (...). Si se analiza a fondo la limitación de un derecho, se encontrará que hay límites intrínsecos, es decir, del mismo ente, y límites extrínsecos, o sea, puestos por el Estado o reconocidos por éste (...)[533].

La sentencia T-02 de 1992 marcó una importante pauta sobre el núcleo esencial, al establecer:

> "[S]e denomina 'contenido esencial' al ámbito necesario e irreductible de conducta que el derecho protege, con independencia de las modalidades que asuma el derecho o de las formas en que se manifieste. Es el núcleo básico del derecho fundamental, no susceptible de interpretación o de opinión sometida a la dinámica de coyunturas o ideas políticas"[534].

Así mismo, desde el punto de vista de los derechos subjetivos, la sentencia T-426 de 1992 determinó:

---

[533] Sentencia T-047 de 1995, M. P. VLADIMIRO NARANJO, consid. 2.1.

[534] Sentencia T-02 de 1992, M. P. ALEJANDRO MARTÍNEZ, consid. 4. Esta noción, como la propia Corte Constitucional lo indica, es tomada de PETER HÄBERLE, y es reiterada en varios fallos posteriores (por ej., Sentencia C-033 de 1993, M. P. ALEJANDRO MARTÍNEZ). Se trata de su obra (publicada en Alemania en 1983), *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley fundamental de Bonn. Una contribución a la concepción institucional de los derechos fundamentales y a la teoría de la reserva de la ley*, Madrid, Dykinson, trad. de J. Brage Camazano, 2003. Una traducción al castellano, de algunos capítulos de la obra de 1983, es *La libertad fundamental en el Estado Constitucional*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, trad. de C. Ramos, 1997.

> "[E]l contenido esencial de un derecho fundamental consiste en aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales dejaría de adscribirse a ese tipo, desnaturalizándose (...)[535].

Una descripción alternativa, más metafísica, pero coincidente con las anteriores, se encuentra en la sentencia T-047 de 1995:

> "[E]l núcleo esencial de un derecho fundamental consiste en su naturaleza, es decir, en su esencia como principio de operación, en la esfera irreductible del derecho; en otras palabras, el núcleo esencial es el constitutivo del ente jurídico que determina su calidad de inherente a la persona. Aquel bien que por esencia se le debe a la criatura racional"[536].

La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales, junto a las exigencias racionales para su comprensión, plantea como *realidad cierta* un ámbito limitativo lo suficientemente claro para ser observado por los jueces en los casos concretos. No está de-

---

[535] Sentencia T-426 de 1992, M. P. EDUARDO CIFUENTES, consid. 22.

[536] Sentencia T-047 de 1995, M. P. VLADIMIRO NARANJO, consid. 2.2. Véase así mismo la sentencia T-210 de 1994, M. P. EDUARDO CIFUENTES, en la que se alude expresamente al no sacrificio del núcleo esencial del derecho fundamental en los casos de derechos constitucionales contrapuestos (cfr. *ibidem*, consid. 9). En cuanto al núcleo esencial al libre desarrollo de la personalidad, consúltese, por ejemplo, la sentencia T-067 de 1998, M. P. EDUARDO CIFUENTES, en cuanto plantea que se trata de una "completa autonomía del individuo para trazarse a sí mismo y practicar su propio plan de vida –siempre que no interfiera con los derechos fundamentales de los demás–" (consid. 6). Con relación a la inviolabilidad del derecho a la vida, las sentencias son innumerables. A modo de ejemplo, además de las ya citadas C-133 de 1994 y C-013 de 1997, véase la T-102 de 1993, M. P. CARLOS GAVIRIA, que lo entiende como "el derecho de toda persona al ser y a la existencia", "base para el ejercicio de los demás derechos", e "incluye en su núcleo conceptual la protección contra todo acto que [lo] amenace, no importa la magnitud o el grado de probabilidad de la amenaza, con tal de que ella sea cierta" (consid. 3). Son también muchas las sentencias que consideran como parte del contenido esencial del derecho a la vida algo más que "la vida biológica", para abarcar las condiciones materiales y mínimas de subsistencia. Sobre esto véase, a modo de ejemplo, la sentencia SU-062 de 1999, M. P. VLADIMIRO NARANJO (en esp. el consid. 2).

más agregar que tal garantía es pilar y eje de la defensa constitucional de esos derechos, como puede verse, por ejemplo, en normas como el art. 28 de la Constitución Argentina (1853-1860)[537] y, con esa denominación, en el art. 19.2 de la Ley Fundamental de Bonn (1949)[538], y en el art. 53.1 de la Constitución Española (1978)[539]. Dicha garantía responde a lo que FINNIS denomina, como exigencia central del razonamiento práctico, *la exclusión de actuar contra un bien humano básico* en cualquiera de sus determinaciones[540], es decir, el *respeto por todo valor básico en todo acto*[541]. En el caso del aborto, tal como fue determinado por la Corte Constitucional, el *nasciturus* entró en escena con una desventaja clara: como "un ser de menor valía" o cuya "valía" le fue otorgada por el juzgador progresivamente, hasta su "viabilidad". Parece claro que si no se acepta que el otro es "un alguien" y, en dicho sentido, "un igual a mí", "resulta imposible, en razón de no existir el sustrato ontológico, dar a cada uno lo suyo"[542]. Por eso la Corte acabó finalmente administrando *injusticia*.

---

537 "Artículo 28. Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio".

538 "Artículo 19.2. En ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su contenido esencial".

539 "Artículo 53.1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a".

540 Cfr. FINNIS, JOHN, "Derecho natural y razonamiento jurídico", cit., pp. 13-16 y 28-32. Véase también sobre esto CIANCIARDO, JUAN, *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, *op. cit.*, p. 115: "un bien humano es bien en la medida en que no es contradictorio con los restantes bienes humanos".

541 Cfr. FINNIS, JOHN, *Ley natural y derechos naturales*, *op. cit.*, pp. 148-154.

542 Cfr. HOYOS CASTAÑEDA, ILVA M., "Entre el delito del aborto y el derecho a abortar", cit., p. 97.

5. EL ESCEPTICISMO EPISTEMOLÓGICO DE LAS TEORÍAS ESTÁNDAR DEL DERECHO

a) La exigencia de acceder racionalmente a criterios de corrección

El desarrollo que a esta altura se ha llevado a cabo de la forma en que algunos jueces justifican algunas de sus decisiones, o la manera como las teorías estándar del Derecho elaboran sus conceptos, ha mostrado reiteradamente un dato importante que es preciso desarrollar ahora. Consiste en advertir que las razones articuladas en un fallo judicial –o en todo discurso jurídico– *presuponen modos de entender la realidad o las cosas*, o la forma de conocerlas desde el punto de vista de la razón humana. Con esto no se está aludiendo a que los jueces posean preferencias o concepciones determinadas sobre cuanto les rodea –que de hecho las tienen–, sino más bien a que las propias preferencias y concepciones –y toda razón e interpretación jurídica surgida en virtud de ellas– están arraigadas en algo más profundo, consistente en una idea sobre la forma como se accede racionalmente a la realidad, a si es posible o no hacerlo, a si tal acceso es o no objetivo, a las posibilidades de manifestar su verdad o corrección, como a los modos de fundamentar lo que se afirma. Es a esto a lo que se ha aludido previa y constantemente con los nombres de "cuestiones pertenecientes a la epistemología" o a la "gnoseología", "criterios epistemológicos" o simplemente "condiciones de racionalidad" de los fallos judiciales[543].

El asunto puede ser visto de la siguiente manera. Cuando se califican determinados argumentos judiciales como defectuosos o una decisión judicial como indebidamente justificada –como la estudiada en este capítulo, sobre el aborto–, surge la necesidad de sustentarla

---

[543] Para un desarrollo pormenorizado de la epistemología jurídica, su relación con la *gnoseología* del Derecho y la estructura del saber jurídico, véase MORA RESTREPO, GABRIEL, *Ciencia jurídica y arte del Derecho*, *op. cit.*, *passim*.

mediante explicaciones que permitan sostener que son efectivamente defectuosos. Tales explicaciones están sin embargo sometidas al escrutinio de su corrección, plausibilidad o verdad. Es decir, manifestar que es defectuosa una noción de derecho fundamental (porque se le confunde con la norma *iusfundamental*, o porque se le entiende como un dato "conflictivo"), exige dar razones adicionales que lo demuestren, y así mismo por qué otra noción alternativa (por ejemplo derecho fundamental como el mecanismo técnico de tutela de un "bien humano básico en armonía con otros bienes humanos básicos") no lo es, o es más razonable o correcta, plausible o verdadera. Y así sucesivamente, estas razones o explicaciones podrían requerir de explicaciones ulteriores que permitan delimitar o comprender más a fondo lo que se plantea (*v. gr.*, qué es "límite intrínseco", "bien humano básico", "realidad regulada"), con el propósito de mostrar el "defecto" o la "alternativa" para razonar adecuadamente los casos constitucionales.

Pues bien, todo esto plantea de frente el problema de si es posible contar con criterios para determinar la corrección, el acierto o el defecto de una interpretación jurídica. Desde luego, la corrección de una interpretación exige "algo" que permita referir o concordar dicha corrección. Que algo sea *correcto* requiere estar determinado por un *criterio de corrección*. Es a esto a lo que apunta la cuestión aquí esbozada: ¿es posible articular un criterio como éste, es decir, que permita afirmar que una interpretación constitucional es acertada o defectuosa? Nótese que esta pregunta no toma ahora partido por "cuál sea" la interpretación acertada; para el caso del aborto, la interpretación acertada podría ser de la forma "la libertad de la mujer de abortar es un derecho que prevalece a partir de cierto momento de desarrollo del feto", o podría ser la contraria: que "el derecho a la vida es inviolable y por lo tanto se protege a todo ser humano desde el momento de su concepción". Lo que se indaga ahora es más bien *si es posible*, es decir, *teóricamente viable*, articular un criterio para sostener que una de las dos (o ninguna) es correcta o acertada. Dependiendo de la respuesta ofrecida se puede entrar a considerar una

pregunta o cuestión de segundo grado: si una interpretación es correcta, en tanto que otra, de signo contrario o contradictorio, no lo es.

Al margen de cuál sea la respuesta, lo planteado implica sostener que todo criterio de corrección supone su existencia o posibilidad racional: por denominarlo de alguna manera, supone la posibilidad de "su verdad"[544]. Esto es importante, pues sin esta base toda interpretación jurídica no tendría más soporte que un acto de mera voluntad al que no es posible confrontarlo desde estándares racionales, lo cual parece estar bastante cercano a un soporte arbitrario o irracional. Si alguien afirma que "se debe proteger el derecho a la vida del *nasciturus* desde la concepción", o que "se puede abortar impunemente", debe estar dispuesto a conceder que su afirmación es "verdadera", o susceptible (de alguna manera) de "verdad", es decir, de correspondencia con algo externo (en el hombre, en la sociedad, en el Derecho), y como tal *afirmación verdadera* susceptible de ser comprendida *racionalmente* y no ser ella misma producto de una "imposición" o de la mera subjetividad del que la propone.

b) El fondo epistemológico de las teorías estándar del Derecho

A lo largo de éste y los anteriores capítulos se han dado algunas pistas importantes sobre la que parece ser la propuesta epistemológica de las teorías estándar del Derecho. La constante ha sido, en efecto, una indebida o defectuosa justificación jurídica, como consecuencia de carecer de supuestos epistemológicos consistentes y sólidos para afianzar las decisiones constitucionales, más allá del juego de las concepciones, la excusa de la textura abierta del lenguaje constitucional o el carácter ilimitado que le confiere a algunos derechos fundamentales. Más aún: se ha sostenido que el fondo epistemológi-

---

[544] Más adelante se debatirá si la expresión "verdad" es la más apropiada para abordar la cuestión, o si debe ser modificada por otra: cfr. *infra*, V, 3.a, 4.h y 5.b.

co de las teorías estándar, es decir, su visión de la Ciencia del Derecho y de la capacidad humana de conocer o no la realidad, es el que termina explicando por qué acuden a los "ropajes justificativos" y a las "razones aparentes", o a los recursos retóricos de presentar los fallos como realizados "en Derecho". Hagamos una breve síntesis de esto a la luz de dos consideraciones.

En primer lugar, tomemos la idea del *contenido esencial* de los derechos fundamentales, aquello "no susceptible de interpretación o de opinión", porque de lo contrario se lo anula o lo desvirtúa. Esta tesis es plausible, pero requiere de la siguiente condición: aceptar que podemos fundamentar o justificar la afirmación de respeto al contenido esencial de los derechos humanos como consecuencia de ser posible su "verdad" y proceder de acuerdo a ello. Esto está bastante cercano, aunque con un alcance distinto, como se verá luego, a lo que ALEXY denomina *pretensión de corrección* (cfr. V, 4): quien afirma algo como pretendidamente válido ("se debe respetar siempre el contenido esencial de los derechos fundamentales"), supone que dicha afirmación es correcta y actúa de conformidad a ella. Si esto no fuera cierto, valdrían las siguientes dos afirmaciones: (i) "no hay forma de demostrar la validez jurídica de respetar el contenido esencial de los derechos fundamentales, pero se debe respetar [en este caso o en todos] el contenido esencial de los derechos fundamentales"; (ii) "se puede demostrar la validez jurídica del respeto al contenido esencial de los derechos fundamentales, pero no voy a respetarlo [en este o en todos los casos]". Sin la pretensión de corrección no es posible justificar argumentos o razones jurídicas concretas.

Si esto es así, como parece serlo, las teorías estándar del Derecho tendrían que conceder como un criterio limitativo de toda interpretación constitucional la verdad acerca del "respeto al contenido esencial de los derechos fundamentales", de tal manera que en ningún caso podría[n] ser violado[s], so pena de su anulación y de la ilegitimidad sustancial de tal acto y de la decisión judicial que lo convalida. Sin embargo, las teorías estándar manejan una visión conflictivista de los derechos fundamentales, es decir, manejan como

principio racional la eventual destrucción *plena* de uno de los derechos fundamentales "en contienda". Esto llevaría, en buena lógica, a sostener que la tesis del contenido esencial, desde esta postura, no puede ser cierta o no puede ser sostenida. Y si es sostenida (como de hecho lo ha sido desde múltiples fallos), las teorías estándar del Derecho hacen posible que la misma sea susceptible de ser negada por vía interpretativa (como en el caso del aborto), lo cual acarrea que lo que es "sostenido como conocimiento", deja de serlo "en la decisión en concreto" (en "acto"). Esta tesis puede denominarse de la "incoherencia" o del "uso manipulativo" de la interpretación.

Tomemos ahora el ejemplo del "orden jurídico vigente", esto es, que una interpretación *x* es correcta o justa si está conforme a él, o injusta o incorrecta si es todo lo contrario. Corresponde también al ejemplo con el que se inició este capítulo: "como jueces fallamos en Derecho", o bien, "[lo hacemos] por razones estrictamente jurídicas". Igual que en el caso anterior, el criterio también es plausible; pero también requiere de la siguiente condición: que el ordenamiento jurídico sea susceptible de ser comprendido o captado racionalmente, de tal manera que dicha "comprensión" o "captación" permita que una determinada interpretación esté justificada en él (o que las "razones estrictamente jurídicas" sean susceptibles de ser apreciadas como verdaderas). De lo contrario, no se ve cómo puede operar como criterio de corrección o de justicia aquello que racionalmente no pueda ser "captado" o "comprendido" como tal. Se veía, no obstante, cómo la Corte Constitucional había fallado el caso del aborto en cinco ocasiones anteriores de manera distinta al nuevo fallo, lo que acarrea un primer inconveniente relacionado con la posible "comprensión" adversa de una misma cuestión a partir del *mismo* ordenamiento jurídico. Este inconveniente es, con todo, superable, en la medida en que se incorpore "una diferencia relevante" para sustentar la nueva (y contraria) comprensión de la misma cuestión jurídica. La Corte, al no haber aportado razones suficientes o poderosas en ese sentido, no logró superar el inconveniente y, por lo

tanto, el criterio no le puede servir para la corrección del fallo. Es la tesis del "ropaje justificativo".

Pero hay algo más a este respecto. El criterio del ordenamiento jurídico vigente sólo opera desde las coordenadas de las teorías estándar del Derecho en los denominados "casos fáciles", lo cual es explicable en razón de la metodología científica que le sirve de base (ver *supra*, III, 3.b). Esto supone no sólo una fuerte limitación del criterio, de "fallos conforme a Derecho", sino además su desaparición para lo que ellos denominan "casos difíciles", pues en estos, según dicha teoría, el ordenamiento jurídico diluye sus contornos de racionalidad para dar paso a la discrecionalidad de los jueces. El planteamiento de KELSEN es ilustrativo a este respecto (ver *supra*, II, 5.d.i): no permite la apreciación de los límites del "marco general de la norma" más allá de los determinados por el acto de voluntad del intérprete, lo cual lleva a sostener la ausencia de un criterio racional de corrección[545].

Similares consideraciones pueden hacerse con relación a la facultad discrecional de los jueces, ya vistas también. Si bien en la mayoría de los casos, cuya solución es opinable, puede ser legítimo interpretar de una manera o de otra una misma cuestión jurídica, no deja de ser también cierto que toda interpretación *debe estar* de alguna manera delimitada por la "comprensión" de ese ordenamiento jurídico vigente y que dos soluciones contradictorias, así sean sobre aspectos técnicos, no pueden pretender ser ambas igualmente justas y correctas con respecto al mismo punto de análisis. Para expresarlo de otro modo, una cosa es un caso "difícil" y otra bien diferente es un caso "imposible" de comprensión. Por lo tanto, la cuestión de fondo radica en si es factible comprender racionalmente el ámbito jurídico de lo legítimo en los casos difíciles. O si se puede defender una decisión judicial sin que se defienda al mismo tiempo la posibi-

---

[545] Una crítica definitiva a este planteamiento de KELSEN, en LARENZ, KARL, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, *op. cit.*, pp. 90-103.

lidad de captar racionalmente su corrección, justicia, legitimidad o juridicidad. En la segunda parte de esta investigación se procura brindar y fundamentar respuestas positivas a estas cuestiones.

Con lo expuesto se demuestra que desde las teorías estándar del Derecho se articula una forma "extraña" de justificar las decisiones "en Derecho", que sus tesis son significativas de una forma "solapada" de argumentar jurídicamente, que a pesar de sus intentos por mostrar al juez "vinculado" al ordenamiento jurídico, se termina por privilegiar al juez "estratégico", y que la figura de los "casos constitucionales difíciles" no es otra cosa que una formulación teórica que sirve para encubrir el escepticismo epistemológico que le sirve de base.

c) Justificaciones escépticas y persuasión sin justificación

El profesor GRAHAM WALKER ha estudiado este tema del escepticismo con cierta dedicación, en el contexto del Derecho Constitucional norteamericano[546]. Su tesis central es que algunos constitucionalistas y jueces poseen una forma extraña (*odd*) de justificar sus interpretaciones, pues al tiempo que ofrecen "prescripciones" sobre lo que "debe ser hecho o realizado", no son capaces de una fundamentación adecuada que permita comprender "por qué" algo debe ser hecho o realizado desde el punto de vista constitucional. La explicación de fondo radica en que manejan de base una postura escéptica sobre la verdad implicada en los juicios jurídicos de deber ser. Veamos esta tesis a fondo.

La explicación de WALKER gira alrededor de la importante pregunta sobre la naturaleza del razonamiento constitucional. Sostiene, a este respecto, que dicha naturaleza consiste en ser *normativa*, pues no busca ofrecer "simplemente descripciones, sino más bien pres-

---

[546] Cfr. WALKER, GRAHAM, *Moral Foundations of Constitutional Thought*, *op. cit.*, *passim*.

cripciones" que tienen que ver, por ejemplo, con la forma como debe ser resuelta alguna disposición del texto constitucional[547]. Que el razonamiento constitucional sea normativo es, a su vez, consecuencia del carácter *normativo* de la propia Constitución[548]. Una Constitución no establece simplemente "opciones" de comportamiento, sino que obliga a que determinadas cosas se cumplan y se lleven a cabo[549]. Significa, con otras palabras, que tanto la Constitución como el razonamiento interpretativo que se hace de ella, están naturalmente ordenados a prescribir *modos de comportamiento* en algún sentido específico ("se debe hacer esto", "se prohíbe esto otro", etc.).

Como telón de fondo de ese carácter normativo, a juicio de WALKER, hay una clara manifestación axiológica, o más precisamente, una dimensión de *moralidad* reflejada tanto en las normas constitucionales –cuyo lenguaje remite a valores y a cualidades humanas–, como en las "opciones" interpretativas que sobre sus cláusulas se lleven a cabo[550]. Una premisa normativa se define, precisamente, como "algo que debe ser realizado" o "prohibido" sobre la base de una justificación que, en última instancia, remite a un estándar de valoración que no puede evadir, así sea lejanamente, una opción moral determinada[551].

---

[547] Cfr. *ibidem*, p. 4.

[548] Cfr. *ibidem*, pp. 9-10.

[549] Cfr. *ibidem*, pp. 10-11.

[550] Cfr. *ibidem*, pp. 3-12. Sobre el carácter moral de la Constitución (de los Estados Unidos), sostiene (*ibidem*, pp. 10-11):

> "En su primera frase, el texto solemnemente anuncia que sus prescripciones subsiguientes están justificadas, no en términos de algún sistema de valores de carácter privado, sino en términos de Justicia y de Bienestar General. Más aún, entre las partes más disputadas del texto se encuentran aquellas cimentadas sin discusión en el lenguaje de la rectitud moral –como el requisito de la Quinta Enmienda de la 'justa compensación' cuando el Estado expropia, o la prohibición de la Octava Enmienda de 'castigos crueles', o la 'igual protección' y el 'debido proceso' de la Catorceava Enmienda".

[551] Cfr. *ibidem*, p. 13. Hay alguna similitud entre este planteamiento y la dimensión de moralidad política que atraviesa la doctrina de DWORKIN en cuanto a la

Siendo esto así, el problema central que tiene que enfrentar todo intérprete de la Constitución consiste en justificar por qué algo debe ser realizado o prohibido, es decir, en qué se sustentan o fundamentan sus premisas que prescriben comportamientos sobre cualidades humanas. Los casos en los que los textos constitucionales son controversiales o no han determinado suficientemente los modos de comportamiento en algún sentido específico, hace más pertinente lo anterior, pues a los jueces no les basta con señalar, simplemente, que una conducta es o no admisible sobre la base de una disposición constitucional que no es concluyente al respecto[552]. WALKER sostiene que, precisamente por ese carácter no conclusivo, la interpretación que realizan los jueces constitucionales se hace mediante la articulación de razones que combinan tanto el lenguaje inconcluso del texto constitucional, como aquellas otras razones extras que buscan dar asidero a sus opciones interpretativas, ancladas en sus preferencias valorativas y en su propia visión moral de las cosas[553]. La pregunta

---

incorporación de principios en el razonamiento judicial y, principalmente, en cuanto a su concepto de Derecho como integridad (cfr. *Los derechos en serio*, *op. cit.*, en esp. los caps. 3 y 4; *El imperio de la justicia*, *op. cit.*, caps. 6 y 7). Sin embargo, se trata de una similitud aparente, porque en el desarrollo de la exposición de WALKER se articulan conceptos que DWORKIN no estaría dispuesto a aceptar, fundamentalmente relacionados con la visión agustiniana de la teoría moral, *ontológicamente fundada* y que presenta la doble característica de proporcionar bases últimas, aunque desarrollos mudables, en relación con la ley y el régimen político: cfr. *Moral Foundations of Constitutional Thought*, *op. cit.*, pp. 5 y 65-162. Con todo, la apelación a fuentes morales de autoridad en la práctica del Derecho ha constituido uno de los principales argumentos desarrollados por DWORKIN, y es en este sentido en el que puede hablarse de una cierta similitud entre ambos autores.

[552] Cfr. *ibidem*, pp. 11-12.

[553] Cfr. *ibidem.*, pp. 4 y 9-13. Algo similar, aunque desde coordenadas metodológicas diferentes, es lo que plantea ALEXY respecto de la justificación de las decisiones jurídicas. A su juicio, en la base de tales decisiones hay o puede haber elementos de *preferencias* según los cuales se elige una alternativa de decisión como "mejor en algún sentido", lo cual supone, rigurosamente hablando, una valoración. En términos de ALEXY, dicha valoración no es siempre de carácter moral, aunque reconoce que, en todo caso, tales valoraciones *son relevantes moralmente*. Cfr. *Teoría de la argumentación jurídica*, *op. cit.*, pp. 27-30.

obligada salta a la vista: ¿cuál es el soporte de esas interpretaciones para que, efectivamente, puedan ser normativas de conductas y no sean contrarias, a su vez, a las propias exigencias normativas y morales de la Constitución?[554].

Es acá donde aparece su caracterización sobre la forma "extraña" como algunos explican el punto. Una naturaleza normativa y no meramente descriptiva del razonamiento constitucional, si tiene algún sentido, debe tener o presuponer respuestas de la misma índole o naturaleza a las posibles preguntas que, en los casos concretos, sean formuladas en torno suyo, es decir, respuestas que sean, a su turno, de naturaleza normativa, que justifiquen por qué se ha elegido una interpretación en lugar de otra[555]. Sin embargo, afirma WALKER, no todos los tratadistas ni jueces, a pesar de aceptar la dimensión normativa de la Constitución y, consecuentemente, la índole igualmente normativa de las interpretaciones constitucionales, admiten que las mismas puedan ser justificadas mediante "datos" o "estándares" que las hagan ser normativas *por sí mismas*, o desde los cuales resulte posible explicar por qué sus interpretaciones son *por sí mismas* valiosas, o más valiosas que *otras interpretaciones*.

La razón de esto estriba en que dichos tratadistas y jueces consideran que los seres humanos somos incapaces de apreciar y conocer, en un sentido mínimamente objetivo, qué hace ser a algo "más valioso" o "mejor", o qué permite diferenciar las interpretaciones valiosas de las menos valiosas o de las que no lo son en ningún sentido[556]. Así las cosas, al tiempo de aceptar que la Constitución posee una dimensión moral, se abstienen de formular criterios sobre su corrección al entender que las propias opciones constitucionales –los valores y cualidades humanas reguladas por sus normas y sus desarro-

---

[554] Cfr. WALKER, GRAHAM, *Moral Foundations of Constitutional Thought*, *op. cit.*, pp. 3-7.

[555] Cfr. *ibidem*, p. 11.

[556] Cfr. *ibidem*, p. 14.

llos a través de interpretaciones judiciales–, son sólo aspiraciones radicalmente arbitrarias, o cuyo sentido es fundamentalmente indeterminado e incierto, e inaccesibles a la razón (algo similar a lo que se ha denominado en este trabajo "cuestiones pasadas de largo": cfr. *supra*, II, 5.d.iv)[557].

Esto refleja, claramente, una postura tanto gnoseológica como epistemológica, consistente en lo que WALKER denomina "nihilismo escéptico" (*nihilist skepticism*), es decir, la creencia según la cual la moralidad es una cuestión arbitraria y relativa en sus fundamentos[558], o a lo sumo el producto de las convicciones subjetivas de cada quien[559]:

> "Para decirlo más claramente, casi todos los más connotados constitucionalistas son escépticos nihilistas cuando se trata de cuestiones morales. Su escepticismo niega cualquier bien moral más allá de la mera convención o de la mera convicción personal y subjetiva"[560].

Una postura como esa, dice el autor, puede verse reflejada en jueces como el Chief Justice WILLIAM REHNQUIST y el ex-juez federal ROBERT BORK, quienes comparten una misma "filosofía constitucional", la cual descansa en dos principios centrales:

---

[557] Cfr. *ibidem*, pp. 14-17.

[558] No se trata de un "nihilismo" moral o "escepticismo" metodológico, sino de una convicción dogmática de fondo: cfr. *ibidem*, pp. 9-13, 27 y 116. Allí afirma (p. 12, n. 5):

> "Por *nihilismo/escepticismo* entiendo no una simple duda heurística, sino la conclusión en virtud de la cual alguien niega la existencia de un bien moral, real e independiente, esto es, una dimensión intrínsecamente moral de la realidad".

Sobre este mismo tema, véase OLLERO TASSARA, ANDRÉS, *¿Tiene razón el Derecho?*, *op. cit.*, pp. 309-315.

[559] Cfr. WALKER, GRAHAM, *Moral Foundations of Constitutional Thought*, *op. cit.*, pp. 14-18.

[560] *Ibidem*, p. 61.

> "Un nihilismo moral que reduce la moralidad a mera convención, y una teoría política que reduce la legitimidad a la voluntad de las mayorías democráticas. Mientras Bork ha afirmado inequívocamente que la moralidad no es nada distinto a una 'forma de gratificación' (...), Rehnquist ha insistido en que las distinciones entre lo bueno y lo malo son preferencias radicalmente subjetivas, las cuales se encuentran más allá del alcance de la razón"[561].

A criterio de WALKER, un tratadista que refleja esta misma posición, entre muchos otros, es MICHAEL PERRY:

> "[Perry] argumenta que la clave normativa de las cláusulas constitucionales simbolizan 'aspiraciones fundamentales', pero da por sentado que su significado es fundamentalmente indeterminado. Tal indeterminación se debe a que no podemos tener conocimiento de una realidad moral independiente en la cual el sentido de esas aspiraciones estén de algún modo ancladas (...). La moralidad se torna, en sus manos, en una simple convención socialmente fabricada"[562].

Así las cosas, si las opciones interpretativas no tienen más soporte que las preferencias subjetivas, y si, además, son fundamentalmente indeterminadas, ¿en qué podrían apoyarse las prescripciones normativas de la Constitución y las interpretaciones particulares que de ellas hacen los jueces? La respuesta general a este interrogante, que se desprende de lo anterior, consiste básicamente en sostener el "consenso" o la "convención" social y, así mismo, la prevalencia de una moral determinada a través de la regla de las mayorías. Para WALKER, tanto el consenso como la regla democrática de las mayorías son procedimientos legítimos y, además, consistentes con la tradición norteamericana. Sin embargo, también son insuficientes y se caen fácilmente cuando se les absolutiza, porque carecen de un soporte genuinamente normativo. En efecto, si existe una buena razón para que debamos darle primacía a las prerrogativas de las mayorías,

---

[561] *Ibidem*, p. 14.

[562] *Ibidem*, pp. 16-17.

debe ser porque se trata de una *buena razón* –es decir, de una razón que contenga una genuina fuerza normativa– y no simplemente por "la razón de que se trata de las mayorías". Si debemos dar cabida a una razón alcanzada por un consenso, deberá ser una razón que contemple un contenido de justicia –que no sea violatoria de derechos– y no simplemente por "la razón de haberse alcanzado un consenso". De acuerdo con esto, tanto el argumento democrático como el argumento convencional son insuficientes por sí solos para responder normativamente a un problema de justicia constitucional[563].

Buena parte de los tratadistas y jueces constitucionales tienen conciencia de lo anterior. También son conscientes de que sus propios argumentos se ven en aprietos –junto al carácter "moralmente relevante" de la Constitución– cuando plantean que la valía de un juicio jurídico, que depende de un aspecto moral determinado, es arbitraria y relativa en su más radical sentido. Saben, desde luego, que es indispensable sustentar todo juicio deóntico de alguna manera. Si el sustrato de sus juicios es, en lo más profundo, "arbitrario" y "relativo", y si, además, no es posible afirmar un principio normativo a los mismos, no se ve cómo podrían justificar adecuadamente sus interpretaciones sobre las cláusulas controvertidas de la Constitución. Ante preguntas centrales como las anteriores, sostiene WALKER, buena parte de constitucionalistas se han visto obligados a acudir al auxilio de ciencias "no normativas" de la conducta humana, a las que apelan como recurso para responder sobre lo que debe ser realizado sin que, al mismo tiempo, tengan que detenerse en el estudio de cuestiones de fondo implicadas en los juicios interpretativos en el Derecho Constitucional. Sus tesis, entonces, son formuladas a partir de lo que se conoce como la "metaética", una disciplina

---

[563] Cfr. *ibidem*, pp. 11, 14 y 61-64. Con relación al argumento convencional, WALKER manifiesta que se trata de un postulado impotente para articular una teoría normativa de la adjudicación, por exclusión de las cualidades propias del Derecho Constitucional ("For constitutional theory is inescapably normative and prescriptive, while conventionalism is intrinsically impotent as a normative theory", *ibidem*, p. 62).

cuyo objeto consiste en analizar, principalmente, pero nunca más allá, el *lenguaje de la moral* y sus *conectores deónticos*, y con ello se abstienen de abordar los asuntos centrales, significativos y determinantes –*the biggest issues*– de la condición humana[564].

Esta manera de presentar sus argumentos consiste en elaborar sofisticadas teorías que aluden a cuestiones de obligación jurídica (por ejemplo "deben tomarse estas libertades como preferidas"; "debe respetarse el principio mayoritario"; "deben respetarse en estos o aquellos supuestos los derechos de las minorías, aun contra las mayorías"), las cuales están soportadas por lo que cada autor elabore dentro de su propia teoría, según el auxilio de la ciencia no normativa que escoja y la respectiva dimensión analítica seleccionada[565]. A

---

[564] Cfr. WALKER, GRAHAM, *Moral Foundations of Constitutional Thought*, *op. cit.*, p. 4. Un estudio sobre distintas posturas metaéticas que intentan responder la cuestión acerca de los fundamentos racionales en el Derecho, es el de ALEXY, ROBERT, *Teoría de la argumentación jurídica*, *op. cit.*, pp. 51-109. La descripción de esta disciplina, en términos de este autor, es la siguiente: "El análisis del lenguaje normativo, en especial del lenguaje de la moral, ha sido en las últimas décadas objeto de numerosas investigaciones en el marco de la filosofía analítica. Se ha formado así una disciplina propia llamada metaética" (*ibidem*, p. 51).

[565] Cfr. WALKER, GRAHAM, *Moral Foundations of Constitutional Thought*, *op. cit.*, pp. 10-13. La explicación de WALKER a este respecto es retomada después mediante un análisis de lo que denomina el "convencionalismo protagoreo" (cfr. *ibidem*, *Moral Foundations of Constitutional Thought*, *op. cit.*, pp. 34-40), según el cual la mayoría de los constitucionalistas contemporáneos deben combinar dos circunstancias, aparentemente irreconciliables. La primera consiste en la exigencia de producir "justicia" en las decisiones constitucionales. La segunda, en la idea, sostenida por PROTÁGORAS (y que, a juicio de WALKER, aquellos han asumido como propia), que el hombre sea la medida de todas las cosas. La forma de lograr esta combinación se lleva a cabo, por una parte, mediante el uso de expresiones *deónticas* ("debe ser..."; "debe preferirse..."; "debe hacerse...", etc.), pero, al mismo tiempo, por la otra, mediante "una construcción" de la justicia según los estándares de los que pueda servirse el respectivo juez o teórico del Derecho, a través de expresiones tales como "el progreso de la sociedad", "el consenso futuro o actual", "la tradición", "la historia", "las mayorías", etc. En este orden de ideas, la "obligatoriedad" de las premisas normativas va encontrando su propia respuesta en el "constructo" discursivo, es decir, en las "expresiones" y "símbolos" elegidos por el juez y en su articulación al caso concreto. Así aparece el único soporte de obligatoriedad: se debe hacer "esto o aquello" en virtud del discurso que a ese efecto el juez ha construido. Los

esto habría de agregarse un esfuerzo por acompañar sus interpretaciones mediante "frases sueltas" de gran impacto ("clichés"), encaminadas a mover sentimientos o a descalificar a los jueces o tratadistas que no compartan sus posturas[566].

Desde el punto de vista de lo tratado en esta investigación, tales serían los casos de acudir meramente a análisis lingüísticos de los textos constitucionales, apelar a distinciones no fundamentadas, a la "*ratio decidendi*" de los votos minoritarios, o sostener una determinada postura simplemente porque "es una recomendación de un organismo internacional", o porque "tantos tribunales constitucionales de tales países así lo han hecho". A los anteriores "argumentos" se suman las recurrentes expresiones retóricas y persuasivas de algunos jueces y tratadistas: "hemos fallado en Derecho", por "razones estrictamente jurídicas", "la decisión es producto de los altos intereses del bien común", "se han ponderado los derechos en conflicto conforme a la mayor libertad posible", e incluso, que tal postura "es progresista y por ende contraria a ciertos esquemas tradicionales que hoy deben ser tenidos como inadecuados", o afirmaciones semejantes[567].

---

jueces, en consecuencia, *siempre terminan* "haciendo justicia" porque *siempre terminan* construyendo un discurso justificativo en sus propios términos.

[566] Comentando la doctrina de LAURENCE TRIBE (*Constitutional Choices*, Cambridge, Harvard University Press, 1985), WALKER considera un *impase normativo* afirmar, por un lado –como hace TRIBE (cfr. *ibidem*, p. 5)–, la inutilidad en la búsqueda de un fundamento último en la moralidad, y por el otro, "abogar por acciones afirmativas", tales como que la interpretación constitucional debe ser "neutral", o "debe favorecerse el derecho al aborto", y aun aconsejar "que la compensación y las cláusulas contractuales sean interpretadas con una inclinación redistribucionista" (*ibidem*, pp. 165-245). Es un "impase normativo", precisamente, porque recomienda conductas al tiempo que evade el "por qué" deben ser realizadas. Cfr. WALKER, GRAHAM, *Moral Foundations of Constitutional Thought*, *op. cit.*, p. 16.

[567] Desde el punto de vista de la doctrina, la descalificación de ciertas posturas es llevada a cabo, en el ámbito de la interpretación constitucional, a través de "clichés" como los referidos. Consiste por lo general en exponer y definir un par de escritos adversos o contradictorios entre sí, sobre algún tema especialmente debatido, rotulándolos mediante una fórmula sugestiva o con adjetivos calificativos. Así, por

El resultado de todo lo anterior consiste en que las justificaciones constitucionales, así presentadas, en rigor no tienen más soporte que la propia argumentación (interior) que es elaborada por el tratadista o por el juez constitucional. A partir de una postura escéptica y nihilista, como explica WALKER, cualquier argumento puede terminar justificando cualquier decisión constitucional. Le basta simplemente al teórico o al juez constitucional hacer de su exposición una valiosa pieza literaria que haga plausible, en términos de aceptación por el auditorio, las premisas que sirven de soporte a sus propios argumentos y, por lo tanto, que haga compatibles las conclusiones que de tales premisas derivan.

d) "Razones" imposibles de ser razonadas en sus fundamentos

El análisis de WALKER apunta en una buena dirección. Trata de advertir cuáles son los supuestos epistemológicos de las razones jurídicas presentadas por muchos teóricos y jueces constitucionales, a la vez que advierte sobre la necesidad de hacer explícitas las justificaciones jurídicas en una teoría moral mejor fundada, articulada en virtud de principios o puntos de partida que reflejen lo que cada norma constitucional está regulando realmente. Para expresarlo de otro modo, su propósito no es otro que el de plantear exigencias en

---

ejemplo, se hablará de *conservadores* (a quienes se les califica de "retrógrados", "premodernos", "tradicionales", "refugiados en la exégesis", "que dudan de la capacidad de la razón para construir individuos autónomos", etc.) y *liberales* (caracterizados como "neutrales", "progresistas", que fundamentan sus posturas en "un radical apego a la autonomía individual", "abiertos a la racionalidad e imparcialidad mediante la defensa de la libertad individual", etc.). Un ejemplo de un escrito pobremente fundado y teóricamente deficiente, que articula varios "clichés" como los referidos (algunas de cuyas frases he citado, *mutatis mutandi*) es el de MOTTA, CRISTINA, "La Corte Constitucional y los derechos de los homosexuales", en AA.VV., *La Corte Constitucional. El año de la consolidación*, *op. cit.*, pp. 290-299. Está claro que los calificativos que acompañan a cada una de las posturas tratadas terminan coincidiendo con el espectro valorativo de quien los utiliza, *i.e.* para descalificarla y reprobarla, o para avalarla y auspiciarla, respectivamente.

torno a los *puntos de apoyo* de las razones jurídicas (*v. gr.*, principios del razonamiento práctico, realidades, cosas, condiciones o supuestos valiosos o apreciables por sí mismos), mediante los cuales se pueda dar cuenta de la existencia de una estructura real que soporte las decisiones constitucionales, y que los propios argumentos de los jueces puedan tener un arraigo mucho más consistente con los bienes morales a los que el Derecho remite, más allá del lenguaje esotérico y sofisticado a que nos tienen acostumbrados. Una justificación jurídica debe dar cuenta de los supuestos en que descansa, hacer explícitas las realidades referidas por las normas jurídicas y, en general, por las fuentes del Derecho aplicables a los casos concretos, de tal forma que su autoridad no resida en las propias razones, sin más, sino más bien en la fuerza de la realidad a que dichas razones están siendo referidas.

El argumento no supone que para todo caso judicial haya o deba existir una única respuesta correcta. Por el contrario, para WALKER está claro que en materia moral, como en el Derecho, existen ciertos ámbitos de incertidumbre, indeterminación y ambigüedad que son inevitables como consecuencia de la libertad humana y de las diferentes opciones de la vida, de la diversa manera de "graduar" la bondad y la maldad de los actos humanos, de la mutabilidad de la existencia humana a través de la historia, y de la contingencia en que se mueve la razón práctica, lo que implica el accionar de la prudencia, con un juicio que en algunos casos es aproximativo, no apodíctico[568]. Pero al afirmar estas cosas, también advierte que la experiencia que tenemos los seres humanos acerca de la relativa indeterminación de la moralidad no debe llevarse hasta el extremo de absolutizarla o de convertirla en un dogma de la racionalidad. Así como existen ámbitos de incertidumbre, existen también puntos ciertos, determinados y claros, como ocurre en los casos en que se plantea la violación directa de bienes humanos básicos (los denominados "absolutos mora-

---

[568] Cfr. WALKER, GRAHAM, *Moral Foundations of Constitutional Thought*, *op. cit.*, pp. 65-73 y 140-156.

les" en el lenguaje de FINNIS. Sobre esto se volverá en el último capítulo: VI, 5.b). WALKER denomina este hecho como una "mixtura" de nuestra experiencia moral, donde hay certezas e indeterminaciones a la vez[569].

Es en este punto en el que aparece contextualizada su crítica al constitucionalismo contemporáneo. Los nihilistas y escépticos hacen de esta experiencia de la indeterminación de la moral un absoluto, olvidando que, a la par con ella, los seres humanos también somos partícipes de otro tipo de experiencias sobre lo bueno y lo malo, y que hemos participado de ciertas condiciones acerca de un orden justo cuya mayor expresión está constituida por el respeto a los derechos fundamentales, caracterizados como cosas o elementos valiosos que nos permiten alcanzar determinados fines indispensables para nuestra convivencia. Por consiguiente, su tesis consiste en afirmar un punto de apoyo normativo *a pesar* de la relativa contingencia y mutabilidad en que aparecen circunstanciados los actos humanos de cara al Derecho y a la moralidad[570].

Desde luego, este planteamiento crítico no está dirigido –como era el caso de WECHSLER, visto con anterioridad–, a exigir de los jueces una fundamentación de sus decisiones en un cierto número de principios neutrales y que tales principios fueran observados rigurosamente en los casos posteriores. La crítica no es sobre la necesidad de justificar las decisiones –punto que, según WALKER, generalmente está presente en los estudios sobre el tema y en las decisiones judiciales–, sino más bien sobre *la calidad* de dichas justificaciones, y así mismo, para que los tratadistas y jueces constitucionales tengan como punto de apoyo (*ground*) una realidad cuando apelan a justificaciones "en Derecho"[571]. Una justificación es apropiada no por el hecho de articular un conjunto de razones, por más sofisticadas que

---

[569] Cfr. *ibidem*, pp. 65 y 71-73.

[570] Cfr. *ibidem*, pp. 141-145.

[571] Cfr. *ibidem*, pp. 153-156.

sean, sino porque dichas razones expresan realidades o remiten a cosas por sí mismas valiosas, porque están soportadas en algún principio práctico o porque lo concretizan de alguna manera. Que sean valiosas por sí mismas no significa que no puedan, a su vez, ser valiosas por convención, por mayoría o por consenso. Pero que sean valiosas por convención, por mayoría o por consenso debe presuponer "algo" que las haga ser "convencional", "mayoritaria" o "consensualmente" tales[572].

Los argumentos prescriptivos sin un supuesto de realidad que los soporte, sin una posibilidad gnoseológica mediante la cual sea factible apreciar por qué son o deben ser así las cosas, niegan lo que esos mismos argumentos requieren: un dato *ontológico*, algún elemento sobre el ser de las cosas y del Derecho, desde el cual pueda ser formulado un principio práctico ("debe hacerse esto o evitarse aquello") que les sirva como soporte, y además, para que las interpretaciones no descansen en la idea según la cual "lo ordenado por los jueces es ordenado", o "lo mandado es correcto porque es mandado", aunque no sepamos saber y explicar por qué es ordenado, correcto o mandado, o que son "razones" imposibles de ser razonadas en sus fundamentos. Una síntesis de esto, en palabras de WALKER, es la siguiente:

> "Desde la negación de una normatividad de carácter real, nada realmente normativo puede seguirse. Si no existe lo bueno o lo justo real, si lo que poseemos, en el mejor de los casos, son caprichosas convencio-

---

[572] Cfr. *ibidem*, pp. 14-15. Una crítica similar, desde la perspectiva de una fundamentación de los valores éticos a partir del "discurso racional", es la de ANDRÉS OLLERO TASSARA en su obra *Derechos humanos y metodología jurídica*, *op. cit.*, pp. 99-116. Vale la pena citar, como síntesis, lo siguiente (*ibidem*, p. 104):

> "Los intentos de llegar a fundamentar convencional o procedimentalmente los valores éticos básicos de la vida jurídica no pueden ocultar que consenso y procedimiento remiten a su vez a valores éticos previos: la libertad y la dignidad no son las consecuencias de un discurso racional, sino que son sus premisas; la igualdad de trato –imposible de lograr sin la tarea jurídica– no es tanto el resultado de tal discurso como su condición".

nes fabricadas privada o socialmente, entonces ninguna afirmación moral de las acciones humanas será verdaderamente normativa. Más aun, toda teorización sobre lo normativo termina siendo, en su último sentido, discutible"[573].

El error, entonces, de estas posturas, consistiría en desconocer que toda premisa moral (referida a una obligación jurídica o a un derecho concreto) se apoya en algún supuesto, que exige ser referida a aquello respecto de lo cual es afirmado "lo bueno" o "lo justo", que ellas mismas presuponen. Como sostiene SERNA, siguiendo en esto a KAUFMANN, todo el saber jurídico "postula un referente ontológico para ser en verdad saber, comprensión (...). Hablar de referente ontológico equivale a hablar de algo *no disponible*"[574].

6. RECAPITULACIÓN

Este capítulo buscó poner a prueba los elementos más importantes de lo que se ha denominado *teorías estándar* del Derecho. Con este término he agrupado las posturas más exitosas, a mi juicio, de la teoría jurídica contemporánea –al menos las que mayor impacto han tenido en el constitucionalismo colombiano– para explicar lo que sucede en la interpretación constitucional. La puesta a prueba se hizo tomando como referencia el así denominado "caso del aborto", y su punto de partida lo constituyó una frase que suelen emplear los jueces cuando toman sus decisiones, consistente en decir que los fallos no son producto de arbitrariedades o de ideas personales que posean sobre los más variados temas, sino que son reivindicados como provenientes del ordenamiento jurídico: son tomados "en Derecho".

---

[573] Cfr. WALKER, GRAHAM, *Moral Foundations of Constitutional Thought*, *op. cit.*, p. 13.

[574] SERNA, PEDRO, "Hermenéutica y relativismo. Una aproximación desde el pensamiento de Arthur Kaufmann", cit., p. 304.

La elección del caso del aborto es explicable por ser lo suficientemente ilustrativo, quizá como ningún otro, de los elementos teóricos de las teorías estándar del Derecho anteriormente presentados. En él se combinan –y no sólo en la sentencia como tal, sino también en la propia demanda que originó la decisión del año 2006– las tensiones existentes entre el juez "político" o "ideológico" y el juez "sometido" o "vinculado" al Derecho. Es un caso sumamente importante para ilustrar las principales tesis de las teorías estándar, como sea que se trata de lo que en ellas se denomina un "caso difícil", donde las normas más relevantes para resolverlo poseen una "textura abierta", y además que debe ser fallado sobre la base de "concepciones" y a través de la "discrecionalidad judicial".

Desde luego, la importancia del caso del aborto no implica que lo expuesto con relación al mismo sea aplicable con exclusividad a ese caso. Existen muchos, en realidad muchos otros en los cuales se pueden identificar las tesis mencionadas y sus problemas más relevantes. En el capítulo I se ofrecieron algunos otros que bien podrían haber sido abordados a la luz de estas mismas consideraciones. De cualquier forma, el estudio de este caso arrojó datos interesantes sobre la manera como aquellos elementos de las teorías estándar del Derecho producen defectos en el razonamiento judicial y en la justificación de las decisiones constitucionales. Veamos los más importantes:

1) Se advierte un defecto de justificación cuando no se ofrecen razones poderosas o suficientemente demostradas –por ej., de comprobación de una diferencia relevante– para desechar un sendero jurisprudencial bien definido. Para el caso del aborto, la firmeza de las decisiones anteriores fue suficientemente demostrada no tanto porque la Corte ya se había pronunciado sobre el tema, sino más bien porque lo había hecho desde todas las perspectivas posibles de constitucionalidad, sin que se diera una circunstancia nueva que exigiera una revisión de las mismas. Por tal motivo, la nueva decisión terminó siendo incoherente, contradictoria y violatoria de exigencias racionales mínimas. Se sostuvo a este respecto, que este defecto desco-

noce las reglas formales más básicas de la racionalidad práctica, en cuanto están destinadas a posibilitar todo diálogo racional y sincero. Se hizo alusión al reclamo histórico que hiciera H. WECHSLER en el contexto norteamericano, sobre la necesidad de que los jueces mantengan, si las circunstancias prevalecen intactas, "principios neutrales" en la sustentación de sus fallos.

2) Al no ser posible para la Corte demostrar una diferencia relevante para tratar desigualmente una misma cuestión jurídica, los nuevos argumentos resultaron aparentes; buscaron "encubrir" una ideología que no está justificada en Derecho. Esto se demostró mediante la estrategia evasiva y el salto conceptual en la nueva definición del *nasciturus*. La estrategia "evasiva" consistió en que la Corte no entró a discutir los distintos estudios (científicos, filosóficos, etc.) en que se habían sustentado las decisiones anteriores sobre la vida humana, pues a su juicio se trataba de cuestiones que a ella no le competía evaluar. El salto conceptual consistió simplemente en "sacar de la nada" su propia definición del *nasciturus*, considerando que se trataba de "algo con vida" que no es persona humana, que es una vida menos valiosa en contraste con los "derechos de las personas humanas".

3) La ausencia de una diferencia relevante, y el consecuente empleo de un razonamiento aparente, nos llevó a considerar lo que parece ser el verdadero motivo por el cual se falló de manera distinta: la necesidad de hacer prevalecer una concepción particular que, para el caso del aborto, contaba para 2006 con el apoyo de la mayoría de los jueces. La existencia de concepciones, preferencias e ideologías de los jueces no es lo verdaderamente relevante del asunto, sino que las mismas estén justificadas mediante razones falsas o defectuosas. La prueba de que se trató de una concepción particular se hizo de manera indirecta, a través de los argumentos esbozados en la demanda que originó el fallo, precisamente por el ejercicio aparente de "racionalización jurídica" contenida en la decisión judicial. Nótese que toda la racionalización del fallo se nutre de expresiones auto-

referentes de justificación jurídica: "fallamos en Derecho" y no por causa de "una concepción diferente que ahora queremos imponer".

Por este motivo, y al demostrarse la inexistencia de razones poderosas para la modificación de la línea de precedentes, la tesis de la "concepción diferente" se constituyó en la principal candidata para dar razón de lo que verdaderamente había sucedido. La "concepción particular" fue presentada en la demanda de manera explícita, sustentada por lo demás mediante el recurso a seleccionar unos datos para favorecerla, al tiempo que se ocultaron otros sustancialmente importantes. Se advirtió aquí que, si bien esto es explicable en razón del *rol* de un demandante, no debía pasarse por alto el análisis de los argumentos allí esbozados desde el punto de vista de su propia justificación. Se constató, en tal sentido, que los datos elegidos en la demanda no estaban soportados en pruebas de su validez normativa, científica, histórica, o de otra índole. Se demostró el uso descontextualizado de decisiones judiciales anteriores para defender un determinado derecho fundamental que se quería probar. Y la defensa de la "concepción particular" sobre la despenalización del aborto fue reivindicada por el recurso a salvamentos de voto oportunamente derrotados en sede judicial, o a aclaraciones que no constituían la *ratio decidendi*.

4) El estudio pasó seguidamente a ocuparse de otros elementos teóricos ofrecidos por las teorías estándar del Derecho, para intentar ver si permitían puntos de apoyo a las razones interpretativas, o al menos condiciones viables que permitieran la justificación jurídica de las concepciones de los jueces. El estudio se centró en analizar la pretensión justificativa que esas teorías estándar tienen cuando plantean la discrecionalidad judicial para los casos difíciles, sobre la base de los problemas que pueden ser encontrados en el lenguaje constitucional.

Los principales datos obtenidos en consideración a este punto fueron los siguientes. En primer lugar, se advierte que la tesis tiene una preocupación fuerte por el tipo de mensaje, la estructura lingüística o las expresiones empleadas en los textos normativos, lo cual

es comprensible cuando la norma interpretada es una norma escrita. En segundo lugar, las teorías estándar del Derecho distinguen entre textos claros y textos no claros, cada uno de los cuales da lugar a un tipo de racionalidad judicial o aproximación diferente al caso concreto. Para los textos claros la racionalidad es *científica*, entendiendo por esto una operación lógico-deductiva en la que sólo hay lugar a una interpretación única. Para los textos no claros (con textura abierta del lenguaje o con la forma de "principio" normativo), la racionalidad científica desaparece, para dar paso a la discrecionalidad judicial, en virtud de la cual los jueces tienen distintas alternativas para fallar.

La crítica central esbozada sobre este punto radicó en mostrar que las teorías estándar del Derecho poseen una noción de interpretación jurídica meramente textual, marginando al mismo tiempo la riqueza de la realidad referida por las expresiones normativas. Esto se nutre de las condiciones que manejan sobre el conocimiento científico, de tal suerte que toda expresión "clara" se resuelve fácilmente desde ellas, en tanto que las "difíciles" no. En este sentido, no sólo la discrecionalidad judicial aparece como una alternativa de juzgamiento que no encuentra un soporte racional, sino además que las normas de textura abierta terminan convertidas en una especie de vocablos confusos, o de referencias más o menos indeterminadas, que posibilitan el juego de interpretaciones sin justificación (indiscriminadas) de parte de los jueces.

5) Las explicaciones anteriores dieron lugar a constatar que las teorías estándar del Derecho manejan conceptualmente una tesis "conflictivista" de los derechos fundamentales, debido a que disuelven la *realidad*, o lo referido en la regulación, en una norma positiva de derecho fundamental. A esto se suma el concepto antropológico de un hombre "individual", que posee en estado de naturaleza un derecho central, el cual consiste en una libertad sin medida, que se ve aminorada en el momento en que cada uno pacta con otros su ingreso a la sociedad. Ambos puntos –confusión entre derecho y norma, y libertad natural ilimitada– traen dos consecuencias. Por

una parte, esos puntos generan que los casos sobre derechos fundamentales sean juzgados como una confrontación radical e insalvable, en la que al final del proceso uno de los derechos termina sacrificándose en beneficio del otro. El efecto relevante en este punto radica en la negación del *contenido esencial* del derecho fundamental sacrificado. Por otra parte, la noción antropológica condiciona *prima facie* la propia respuesta judicial, en el sentido de favorecer lo que parezca impulsar los derechos de libertad sobre los otros bienes que puedan estar presentes. En tal sentido, la visión conflictivista permitió constatar uno de los mayores defectos que se advierten en decisiones como la estudiada en este capítulo: la desigualdad sustancial con la que la Corte juzga los sujetos jurídicos que son objeto de protección de normas *iusfundamentales*. Se hizo notar, finalmente, que la visión conflictivista no armoniza derechos fundamentales porque racionalmente no posee un *término de comparación* externo al sujeto decisor con el que pueda juzgarlos debidamente.

6) En la última parte se abordó un tema que había sido recurrente a lo largo del capítulo, relacionado con los pilares epistemológicos que soportan el andamiaje de conceptos y distinciones de las teorías estándar del Derecho. La tesis desarrollada buscó demostrar que los elementos teóricos de las teorías estándar son los causantes de las grandes dificultades de justificación y fundamentación jurídica, como consecuencia de la visión escéptica y nihilista que manejan, rechazando así todo criterio de corrección por fuera del entorno de sus propias explicaciones. Una perspectiva de ese estilo consiste en asumir que nuestra razón es incapaz de comprender un núcleo de verdad respecto de lo juzgado interpretativamente, o que los fundamentos definitivos, o últimos, de la decisión, son arbitrarios e indeterminados. La postura escéptica, por obvias razones, imposibilita tanto un diálogo racional como la crítica a cualquier tesis, o que se pueda mostrar un razonamiento como “defectuoso” u otro como “alternativo”. De esta manera, las preguntas centrales del Derecho y las realidades supuestas en el ordenamiento jurídico y en los casos con-

cretos, terminan siendo radicalmente insolubles e incognoscibles, respectivamente.

7) La perspectiva escéptica es la que finalmente explica los elementos teóricos y las distinciones a las que acuden las teorías estándar del Derecho, a la vez que da respuesta al por qué, en último término, un "fallo en Derecho" –desde el escepticismo– no es más que un ropaje justificativo que encubre una ideología cualquiera. La paradoja advertida páginas atrás se capta ahora con facilidad: en cuanto *jueces*, la postura escéptica es difícil de ser sostenida abiertamente; un juez no afirma que la norma que protege el derecho a la vida no puede ser verdaderamente interpretada, o que no dice mayor cosa, o que no remite a ninguna realidad externa cognoscible por el decisor. Todo lo contrario, sus razonamientos "muestran" que a partir de dicha norma el orden constitucional "protege la vida del feto que es viable", pero no la protege "desde la concepción". Ante la pregunta acerca de si ese "conocimiento" de lo que es la vida humana –o desde cuándo debe protegerse el derecho a la vida– es *verdadero*, las teorías estándar auxilian al juez mediante la idea de que se trata de una concepción posible, y que compite con otras (por ejemplo, la que sostiene que la protección debe ser desde el momento de la concepción), o que, al ser la norma de textura abierta, presenta una indeterminación sustancial (zona de penumbra) que admite múltiples posibilidades, como las dos anteriores que se contradicen entre sí. Le resta entonces, al juez de turno, formular sus propias premisas auto-referentes a través de una construcción argumentativa solvente, lo que lleva a que todo fallo constitucional termine siendo un fallo convalidado no por el ordenamiento jurídico vigente, sino por "el Derecho" del juzgador.

En síntesis, pues, el entramado de conceptos que habilitan a juzgar de acuerdo al nuevo sentir del juez y la renuncia gnoseológica a ver la realidad, articulados desde las posturas sobre la interpretación que resultan importantes en el tiempo presente, dan lugar a que se impongan las estrategias e ideologías de los jueces por encima de las exigencias del Derecho. Habrá que buscar caminos "alternativos", en

lo que resta de esta investigación, que reivindiquen una teoría centrada en la posibilidad de un juicio de corrección de los enunciados normativos, que permitan razones justificativas que den cuenta de una realidad jurídicamente valiosa y, además, que posibiliten un ejercicio más apropiado del oficio de los jueces. Es un camino al que, aun los escépticos, están invitados a recorrer.

SEGUNDA PARTE

UNA TEORÍA DEL RAZONAMIENTO JURÍDICO QUE EXPLIQUE LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO Y EXPONGA LAS RESPONSABILIDADES DE LOS JUECES EN MATERIA CONSTITUCIONAL

CAPÍTULO IV

LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL EN EL ENTORNO DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA: NATURALEZA, ÁMBITOS Y RELACIONES RECÍPROCAS

1. INTRODUCCIÓN

Este capítulo y los sucesivos se encargarán de presentar elementos conceptuales y desarrollos teóricos alternativos a los establecidos anteriormente, que ofrezcan salidas a los problemas planteados sobre la justificación y fundamentación de las decisiones constitucionales. Al final tendrán que quedar dilucidados al menos los siguientes asuntos: en primer término, qué se entiende por interpretación jurídica en general y por interpretación constitucional en particular; en segundo término, *cuál es la forma racional* (si teórica o práctica), más apropiada para cumplir con las exigencias del oficio de los jueces constitucionales; por último, en qué consiste justificar y fundamentar las decisiones constitucionales de manera consistente con dicho oficio. En este orden se abordarán los capítulos que restan de esta investigación.

Con relación al primer asunto planteado, correspondiente a este capítulo, se buscará dar cuenta de una teoría general de la interpre-

tación jurídica en la que se establezcan al menos sus rasgos principales (noción, alcances, métodos, etc.) y ponerlos a prueba desde lo que acontece en el ámbito constitucional. Con esto se procura demostrar que una *adecuada* teoría de la interpretación jurídica posibilita un marco de justificación suficiente para todos los casos judiciales, aun para aquellos que se denominan impropiamente, según se verá, "casos difíciles". Así mismo, se propone demostrar que una justificación adecuada depende de un camino metodológico determinado por la naturaleza misma del razonamiento judicial, que el intérprete debe asumir según su propia formalidad y sus exigencias. Por último, se expondrá que los "factores de perturbación" o "anomalías" presentes en el ámbito constitucional (señalados al comienzo de este trabajo: *supra*, "Introducción" y Cap. I, 1) no eliminan las exigencias de justificación racional que pesan sobre todos los jueces en cualquier tipo de asuntos jurídicos, y en particular, que la naturaleza de la interpretación constitucional no se ve alterada como consecuencia de la especial dimensión (o "afectación") política del texto constitucional.

Así pues, el orden a seguir será el siguiente: en primer lugar se hará un planteamiento general del problema a tratar; luego se expondrá una noción de interpretación jurídica alternativa a la presentada por las teorías estándar del Derecho, junto a un planteamiento sobre los métodos de interpretación jurídica. Con estos elementos de análisis se pasará, en la última parte del capítulo, a determinar el verdadero entorno de la interpretación constitucional.

2. La necesidad de contar con una teoría distinta de la interpretación jurídica

Los tribunales constitucionales suelen arropar sus decisiones mediante argumentos pretendidamente jurídicos, o al menos referidos al ordenamiento jurídico vigente. Esto plantea desde un comienzo la tesis según la cual la interpretación constitucional, si bien

presenta particularidades o está afectada por diferentes anomalías, es en todo caso una "interpretación *jurídica*", pues su ámbito está caracterizado por el uso de argumentos referidos al Derecho. Sin embargo, a la par que ocurre esto, la presencia de aquellas anomalías muestra que en algunos casos, como los estudiados previamente en este trabajo, el empleo de argumentos jurídicos no constituye más que "ropajes" de una realidad más compleja, en la que en último término prevalecen razones "políticas" o "ideológicas" de los jueces. Esto ha planteado interrogantes acerca de por qué los jueces constitucionales manifiestan que sus decisiones son "jurídicas" o están conformes al ordenamiento jurídico vigente, lo que ha intentado ser explicado mediante la articulación de conceptos sobre la interpretación jurídica provenientes de algunas teorías (como las reseñadas en el capítulo II) que, sin embargo, han demostrado finalmente ser insuficientes para producir una vinculación de los jueces constitucionales al Derecho.

Parte de los problemas radica en que esas teorías presentan un concepto estrecho de la interpretación jurídica, orientado al desarrollo de una actividad en la que predominan cuestiones relacionadas con normas jurídicas emanadas de un órgano con capacidad de legislar (*v. gr.*, el Parlamento o una Convención Constituyente), o provenientes de los particulares[575]. Como acertadamente señalan algunos, orientar la interpretación en un sentido determinado, como el anterior, se explica en la medida en que todo concepto de interpretación *presupone* un concepto de Derecho[576], que en el caso de las

---

[575] Sobre el particular, véase el trabajo de OLLERO TASSARA, ANDRÉS, *Interpretación del Derecho y positivismo legalista*, *op. cit.*, *passim*, destinado a mostrar las implicaciones de esta manera de concebir la interpretación jurídica.

[576] Afirma JUAN CIANCIARDO, en efecto, que "toda propuesta hermenéutica presupone, entre otras cosas, un modo de entender el Derecho": *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, *op. cit.*, p. 123. En similar sentido, CALLEJÓN BALAGUER, MARÍA LUISA, *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*, *op. cit.*, p. 77; GAVIRIA DÍAZ, CARLOS, "La interpretación constitucional", cit., p. 121.

teorías estándar es claramente de signo *normativista*: el Derecho *es* una norma jurídica válida[577].

Lo importante de todo esto son las consecuencias que se derivan de un concepto como el anterior. En capítulos previos se analizaron las más relevantes. En primer lugar, se advirtió la confusión entre enunciados normativos y derechos concretos, lo cual conlleva a manejar de base una visión conflictivista de los derechos fundamentales (cfr. *supra*, III, 4).

En segundo lugar, se expuso que dicho concepto deja por fuera elementos centrales de la reflexión judicial relacionados con los "ámbitos" o la "materia" sobre la cual versa la actividad hermenéutica. Una de las mayores falencias de esta aproximación radica en la poca atención puesta a la realidad referida por el ordenamiento, es decir, al contexto social, axiológico y fáctico de la práctica jurídica, junto a la capacidad del intérprete de *trascender* de algún modo lo interpretado. La tesis mostró carecer de parámetros –más allá de la articulación de "concepciones" o de la "discrecionalidad judicial"– para determinar ámbitos de regulación a partir de fuentes jurídicas distintas (cfr. *supra*, II, 5.d; III, 3)[578].

---

[577] Esta denominación se sitúa al margen de cuál es el uso específico que algún autor (o alguna traducción) hace del mismo. Para efectos de este trabajo, doy una extensión amplia a la expresión "norma jurídica válida", a la que entiendo como género que abarca tanto la especie "regla de derecho", como la de "principio jurídico", provenientes de los tradicionales ámbito público (*lex publica*) o privado (*lex privata*). En adelante, el énfasis estará circunscrito al primero de los anteriores, es decir, a la norma jurídica *emanada del poder público*, que se constituye en el lugar paradigmático de análisis de las teorías estándar del Derecho. Debo agregar, así mismo, que emplearé indistintamente la expresión "norma jurídica" o su equivalente "Ley": sobre este uso he seguido de cerca a HERVADA, JAVIER, *Lecciones propedéuticas de Filosofía del Derecho*, *op. cit.*, pp. 303-421.

[578] Sobre estas distintas dimensiones, que formarían parte de todo proceso hermenéutico, véase VIGO, RODOLFO L., *Interpretación jurídica*, *op. cit.*, pp. 19-25. Así mismo ASÍS ROIG, RAFAEL DE, *Jueces y normas*, *op. cit.*, pp. 180-182. ROBERT ALEXY ha dado algunas orientaciones al respecto, cuando manifiesta que los enunciados interpretativos pueden ser de tres clases: 1) reglas de Derecho positivo; 2) enunciados empíricos, y 3) premisas que no son ni enunciados empíricos ni reglas de

Una tercera consecuencia tiene que ver con una aproximación ligada a enunciados textuales extraídos de normas jurídicas, a partir de los cuales se asigna un tipo específico de racionalidad o, incluso, su ausencia cuando el caso juzgado es de los denominados "difíciles" o "no rutinarios" (cfr. II, 4; III, 3.b). Esta ha sido la perspectiva más común entre los partidarios de las teorías estándar del Derecho: dependiendo del "objeto normativo" con el que se cuente en un caso concreto, se plantea la alternativa entre una "aplicación" judicial del Derecho como actividad racional estricta o, por otro lado, un despliegue de la "interpretación" propiamente dicha como actividad discrecional de los jueces. Para el primer caso los jueces simplemente *develarían* o *descubrirían* el sentido de la norma y luego la aplicarían a través de una operación lógico-deductiva. Se trataría de una racionalidad que se acopla a las exigencias del método científico, de comprobación y verificación del objeto "claro" puesto ante los ojos del juzgador. Para el segundo, en cambio, la racionalidad se vería comprometida porque el "objeto" puesto ante los ojos del juez ya no resultaría tan claro, y por esa razón debe *atribuirle*, *dotarle* o *fijarle* uno de los sentidos posibles[579]. Para tal propósito despliega una actividad "por fuera" de la racionalidad científica, de tipo discrecional, y cuyo resultado último, o sea la elección del "enunciado interpretativo", no puede ser planteado correctiva o justificativamente según los criterios racionales anteriores[580].

Derecho positivo: cfr. *Teoría de la argumentación jurídica*, *op. cit.*, p. 222. Las corrientes pertenecientes a la Filosofía analítica están particularmente orientadas a cuestiones de la primera clase, razón por la cual plantean la interpretación como un problema de atribución de un significado a una expresión del lenguaje normativo o a las intenciones comunicativas de un emisor. Sobre esta perspectiva analítica puede verse el importante trabajo de MARMOR, ANDREI, *Interpretación y Teoría del Derecho*, *op. cit.*, *passim*.

[579] Sobre esta noción de interpretación jurídica y sus sentidos, cfr. PEÑA GONZÁLEZ, CARLOS, "Discreción e interpretación judicial: la tesis de Dworkin", cit., pp. 231-232.

[580] A lo sumo se tratará de una suerte de "razón instrumental": cfr. SERNA, PEDRO, *De la argumentación jurídica a la hermenéutica*, *op. cit.*, p. 3.

La estrechez de esta tesis sobre la interpretación jurídica, en consecuencia, parece explicarse porque en último término se busca mirar qué tanta claridad –o qué tanta oscuridad– posee el material normativo a ser interpretado (la máxima *in claris non fit interpretatio* es significativa de esta cuestión: cfr. *infra*, IV, 3.d), para luego encasillar la forma racional (o "menos" racional) de la actividad desplegada por los jueces. En cualquiera de los casos, la tesis no da cuenta de lo que constituye la propia esencia de todo proceso judicial, la pregunta por la finalidad que califica intrínsecamente la judicatura: la pregunta por la justicia concreta. En cierto modo, la ausencia de un criterio de corrección que permita valorar y evaluar las decisiones de los jueces por fuera de la norma jurídica "clara" o del entorno volitivo del intérprete, es señal de una clara *ideologización* del oficio judicial y de una noción muy limitada de la interpretación jurídica.

El panorama es, claro está, más amplio y complejo que éste. Sin embargo, lo dicho permite fijar derroteros a este capítulo, destinados a exponer una teoría de la interpretación jurídica que apunte a muchas más cosas que al hecho de resolver cuestiones de "claridad" u "oscuridad" a partir de normas jurídicas concretas. Esta orientación no desconoce que las normas jurídicas (las "leyes" del parlamento, la "Constitución" escrita o las "cláusulas" de los contratos) sean un ingrediente importante y fundamental del Derecho (su causa *ejemplar*), pero sí resalta que no es el único y que la interpretación jurídica no se agota en ellas. En igual sentido, no desconoce que los textos normativos son signos de un mensaje jurídico *prima facie* de obligatorio cumplimiento, pero sí destaca que la actividad interpretativa debe trascenderlos, como una exigencia que deviene de la necesidad de "tejer un puente" entre su generalidad y la particularidad de los casos concretos[581]. En fin, la interpretación jurídica, sea cual

---

[581] Como sostiene RIALS, "el juez dice el derecho. ¿Pero de qué derecho se trata? Hoy se admite por todos que la *iuris-dictio* no podría limitarse a la *legis-dictio*", sino que debe buscar los distintos y múltiples ámbitos en los que el derecho aparece: cfr. RIALS, STEPHANE, "El oficio del juez", en *Pensamiento Jurídico, Revista de Teoría del Derecho y análisis jurídico*, Bogotá, Universidad Nacional de Colom-

sea el caso concreto, no puede quedar desprovista de exigencias susceptibles de ser apreciadas desde el punto de vista de su justificación. Al desarrollo de todos estos temas se destinan los siguientes apartados.

3. LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA COMO ACTO DE "COMPRENDER": LA PERSPECTIVA HERMENÉUTICA

a) En búsqueda de la respuesta

La mejor forma de sortear inconvenientes como los atrás señalados consiste en presentar una noción de interpretación jurídica que, por una parte, refleje la propia naturaleza del razonamiento de los jueces y, por la otra, sea lo suficientemente flexible para dar cuenta de los diferentes ámbitos de la realidad jurídica, valga decir, que no sea excluyente de ninguno (como sucede con una noción *normativista* de interpretación jurídica). Así mismo, debe permitir trascender el material normativo del que disponen los jueces a la hora de fallar los casos concretos. Que sea flexible significa que no debe responder a una figura preconcebida, o impuesta, por la teoría que se busca defender. La propia flexibilidad de la noción es lo que permite dar cabida al marco referencial de los distintos problemas acaecidos en la interpretación jurídica y en los procesos judiciales. Una noción no flexible obliga, en cambio, a realizar distinciones entre *aplicación* e *interpretación* del Derecho, entre casos "fáciles" y "difíciles", o entre racionalidad lógico-deductiva y discrecionalidad judicial.

---

bia, n. 4, trad. de V. M. Moncayo, 1995, p. 44. En similar sentido, RECASÉNS SICHES, LUIS, *Nueva Filosofía de la interpretación del Derecho*, *op. cit.*, pp. 217-219. Una profundización en este tema, en OLLERO TASSARA, ANDRÉS, *¿Tiene razón el Derecho?*, *op. cit.*, pp. 474-494.

Una noción como la que se propone consiste en afirmar que la interpretación jurídica responde a un acto de *comprensión* de un problema jurídico para *tomar decisiones* que lo solucionen justa o correctamente. Esta noción se inserta, con ciertas precisiones que serán del caso más adelante, en lo que hoy suele denominarse *perspectiva hermenéutica del Derecho*, o enfoque hermenéutico o interpretativista del mismo.

Identificar históricamente un momento exacto en el que aparece esta perspectiva resulta del todo imposible, por tres razones fundamentales. En primer lugar, como tal, la perspectiva hermenéutica no constituye por sí misma una *escuela*, ni su aparición está ligada a un nombre específico (*v. gr.*, a un fundador)[582]. Hay algunos indicios históricos y corrientes del pensamiento filosófico que podrían plantear un enfoque hermenéutico en determinados aspectos, pero no existe un hito que marque como tal su desarrollo. En segundo término, la perspectiva hermenéutica tiene demasiadas variables y pre-

---

[582] El lugar común es vincular la perspectiva hermenéutica al importante trabajo de HANS-GEORG GADAMER, *Warheit und Methode*, publicado en 1960 (versión cast. ya citada, *Verdad y Método*). Sin embargo, existe no sólo una tradición anterior al autor, y sobre la cual se apoya directamente su obra (explícitamente aludida en la introducción y vinculada a los nombres principales de HUSSERL, DILTHEY y HEIDEGGER), sino que, además, pueden verificarse trabajos alternativos al suyo que contienen elementos hermenéuticos importantes. En este contexto, DIETER SIMON ha afirmado que se "ha de partir preferentemente del 'manifiesto hermenéutico' de Betti" publicado en 1954, no así del trabajo de GADAMER: cfr. *La independencia del juez*, *op. cit.*, p. 98. Un estudio sobre esta perspectiva y sus orientaciones y matices, es el de OLLERO TASSARA, ANDRÉS, *¿Tiene razón el Derecho?*, *op. cit.*, pp. 201-252. Se debe tener en cuenta, además, que la tradición "hermenéutica" recupera –y esto va a ser importante en esta tesis doctoral– muchos elementos provenientes de la Filosofía clásica (principalmente aristotélica), pero que, respecto de la misma, existen algunos puntos cruciales que no todo autor hermenéutico acepta o concede. Por eso, lo que expone de la perspectiva hermenéutica se irá paulatinamente matizando a lo largo de este y los siguientes capítulos. Una buena introducción sobre el tema es el trabajo de ARANGO, RODOLFO, *¿Hay respuestas correctas en el Derecho?*, *op. cit.*, en esp. pp. 97-103; véase también SERNA, PEDRO, "Hermenéutica y relativismo. Una aproximación desde el pensamiento de Arthur Kaufmann", cit., pp. 279-281.

supuestos que no siempre son articulados uniformemente por los autores a quienes se les puede identificar como partidarios de ella. Esto tiene una especial significancia en este trabajo, pues al tiempo que se irán presentando algunos elementos claves de la teoría hermenéutica, se verá que es posible presentar otros que no necesariamente juegan un papel central en aquella. En tercer lugar, muchos trabajos jurídicos provenientes de distintos autores, que pudieran contener elementos pertenecientes a la perspectiva hermenéutica, no siempre son presentados mediante el uso de categorías comunes (ni explícitamente aluden a algunas cuestiones esenciales de dicho enfoque), lo que dificulta aún más el hecho de saber si forman parte o no de la misma, o si podrían ser catalogados o no dentro de dicho enfoque[583].

Lo que sí puede intentarse, con cierta generalidad, es identificar algunas de las principales características e ideas centrales de lo que significa una perspectiva hermenéutica en el Derecho. Como primera referencia, se trata de un enfoque que contrasta con el denominado modelo "formalista" o de la "subsunción", doctrina que dominó la teoría de la interpretación jurídica durante el siglo XIX y la primera mitad del XX, sobre lo cual se ha expuesto en un capítulo anterior (ver II, 5.b)[584]. La perspectiva hermenéutica rechaza que todo

---

[583] La razón de esto radica en que algunos trabajos no son propiamente hermenéuticos, pero comparten elementos esenciales de ella. Se puede hablar, desde luego, de "conexiones" o "cercanías", pero no de una identificación plena. Esto es particularmente cierto cuando se plantea la cuestión desde la denominada "Rehabilitación de la Filosofía Práctica" (que se debe a la obra colectiva publicada por MANFRED REIDEL en 1972-1974, bajo ese mismo título –*Rehabilitierung der praktischen Philosophie*, Freiburg, Rombach), que en algunas vertientes recoge buena parte de la perspectiva hermenéutica (o viceversa: la perspectiva hermenéutica recoge buena parte de la filosofía práctica), aunque en otras no. Sobre esto se irá profundizando paulatinamente en esta investigación.

[584] Como se dijera también allí mismo, esto no debe sonar como si se tratara de una visión ya superada en la academia jurídica o en la propia cultura de los jueces. De igual opinión es PEDRO SERNA, cfr. "Hermenéutica y relativismo. Una aproximación desde el pensamiento de Arthur Kaufmann", cit., p. 285.

el Derecho sea simplemente una emanación de la voluntad legislativa, o que la actividad de los jueces se limite a ser una aplicación de normas jurídicas de manera mecánica y por deducción lógica.

Así mismo, es un enfoque que contrasta con la idea de aquellas corrientes positivistas que consideran que la racionalidad jurídica es avalorativa y neutral, así como con las que afirman, tal cual sucede dentro del "positivismo reformado" (ver *supra*, III, 3.b), que los valores no pueden ser explicados por fuera de la voluntad de quien juzga, que son emociones subjetivas "irracionales". La propuesta hermenéutica no sólo sostiene que la aproximación al "mundo del Derecho" es imposible sin teleología, y consecuentemente, sin valoración, sino que además apuesta decididamente a una perspectiva práctica del conocimiento jurídico, según la cual el "mundo del Derecho" posee un sentido que el jurista juzga con miras a su mejor realización. De acuerdo con esto, el razonamiento de los jueces está orientado a valorar y tomar posiciones de aprobación o rechazo[585]. Veamos estas notas con algún detalle.

b) Apertura racional a distintos estándares de justificación

La hermenéutica parte de la idea según la cual lo jurídico se manifiesta a través de diversas instancias en las que aparece como elemento referencial un conjunto plural de fuentes jurídicas, cuya estructura resulta ser más compleja (y completa) que la sola apelación al momento legislativo de producción del Derecho. La instancia legislativa es un punto de referencia muy importante, aunque no el

---

[585] Cfr. LARENZ, KARL, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, *op. cit.*, pp. 141-160 y 283-289. Para DIETER SIMON la hermenéutica "supo descubrir, definitivamente, como mera ilusión el querer continuar aferrándose al silogismo de la justicia (...). Ha arrollado a la metodología interpretativa convencional y acto seguido ha preparado el terreno para el planteamiento de la cuestión sobre el origen y significado de los juicios de valor emitidos por el juez": *La independencia del juez*, *op. cit.*, p. 80.

único, que tienen los jueces para fallar. En esto la perspectiva hermenéutica se asemeja bastante a otras reacciones anti-formalistas, como las provenientes del *realismo jurídico norteamericano* y del *Movimiento del Derecho Libre* (ver *supra*, II, 5.c.ii y iii), con las cuales, por otro lado, apenas comparte pocos rasgos (además del señalado, una visión esencialmente valorativa de la función judicial)[586]. Se asemeja también, aunque ahora con mayor cercanía, a otras corrientes –como la "tópica"– interesadas en una argumentación "no-lógica" (en el sentido riguroso de "no-deducción") del razonamiento jurídico[587]. Para todas estas corrientes los jueces apoyan sus razonamientos tanto en elementos provenientes del Derecho legislado, como en otros ubicados fuera de él. Algunas formulaciones del enfoque hermenéutico son especialmente insistentes sobre este aspec-

---

[586] Habría que agregar también otras corrientes antiformalistas que tampoco son "hermenéuticas", pero que plantean de base estas mismas preocupaciones, como puede verse en los escritos de RUDOLPH VON IHERING posteriores a 1861 (cfr. LARENZ, KARL, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, *op. cit.*, pp. 66-67), y la jurisprudencia de intereses de PHILIPP HECK (por ejemplo su discurso de 1912, *El problema de la creación del Derecho*, Granada, Comares, trad. de M. Entenza, 1999) y los aportes de FRANÇOIS GÉNY sobre la "libre investigación científica" (en su clásica obra de 1899, recientemente reeditada en español, *Método de interpretación y fuentes en Derecho privado positivo*, Granada, Comares, ed. y estudio preliminar de J. L. Monereo Pérez, 2000).

[587] SIMON, DIETER, *La independencia del juez*, *op. cit.*, p. 85: "Parece ser que la idea introducida de nuevo por la tópica, en razón de la cual la ley no puede ser para el juez al fin y al cabo más que 'un punto de vista' –si bien un punto de vista muy importante– está demostrando, cada vez más, su justeza". Por otro lado, cabe mencionar también la cercanía entre la hermenéutica y la denominada *teoría de la argumentación jurídica*, como lo ha señalado AULIS AARNIO. Véase a este respecto la "encuesta" que formulara el Consejo de Redacción de *Doxa* para su primer número, en donde explícitamente alude a ello: cfr. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* 1 (1984), p. 13 (disponible también en la Red: http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/04700620800247739754480/cuaderno1/numero1_2.pdf. Fue consultada el 4/4/2005).

to, remarcando la presencia de otros elementos jurídicos, además de las leyes, que formarían parte de la solución de los casos concretos[588].

Estos elementos jurídicos dan lugar a un replanteamiento general sobre la forma de entender la justificación de las decisiones judiciales y la teoría tradicional de concebir las fuentes de producción jurídica. Así, además de las leyes, los jueces interpretan basados en principios jurídicos supra o prepositivos, estándares éticos y valores que son enunciados y configurados judicialmente a la luz de parámetros objetivables[589]. Esta apertura racional a otros estándares de justificación aparece como una tendencia compartida por la mayoría de las corrientes del pensamiento jurídico contemporáneo, desde luego no exclusiva de la perspectiva hermenéutica. Sin embargo, ésta permite recibirla sin mayores dificultades[590].

---

[588] Para la hermenéutica juegan un papel importante las denominadas "precomprensión" y los "prejuicios" del intérprete, como se verá luego. Téngase presente, en lo sucesivo, que la expresión "prejuicio", desde la hermenéutica, no tiene el sentido peyorativo que se le atribuye comúnmente, esto es, como "juicio falso" o "no fundamentado": cfr. GADAMER, HANS-GEORG, *Verdad y Método*, *op. cit.*, p. 337 (sobre las explicaciones acerca de la transformación del término en sentido peyorativo, véase allí mismo, pp. 338-344). Por el contrario, para la hermenéutica un "prejuicio" (en lo sucesivo, para referirla a este enfoque, se escribirá "pre-juicio") es un concepto o idea que el intérprete se ha formado sobre las cosas, y respecto del cual, como sostiene GADAMER, puede hacerse una valoración tanto positiva como negativamente: cfr. *ibidem*, p. 337.

[589] Como se ha indicado con anterioridad, resulta imposible presentar estos parámetros de manera unitaria, como consecuencia de la pluralidad de enfoques y la utilización de categorías disímiles sobre este punto. Por esta razón, en lo que sigue se presentarán apenas datos de ejemplificación al respecto. La importancia de señalar este aspecto radica, en todo caso, en advertir puntos comunes relativos a un rompimiento con la teoría tradicional de las fuentes jurídicas, junto con una apertura racional del intérprete hacia espacios no contemplados por esta teoría.

[590] Tal como sucede, por ejemplo, con las teorías de la argumentación jurídica. Sobre el tema, véase SEGURA ORTEGA, MANUEL, *La racionalidad jurídica*, *op. cit.*, pp. 77-80.

Ejemplos de tales estándares no legales serían lo que KAUFMANN denomina la "naturaleza de la cosa"[591], a semejanza de la tradición clásica realista, la cual también habla de la "naturaleza humana"[592]. Podrían incluso ser los llamados por FINNIS *bienes humanos esenciales* o *básicos*, que constituyen estándares inviolables del razonamiento jurídico[593]. En el lenguaje de VIEHWEG juegan un papel determinante los "tópicos", lugares comunes o puntos de vista que cuentan con una aceptación general en la comunidad[594]. DWORKIN, en fin, plantearía la posibilidad de justificar decisiones a la luz de la "mejor teoría moral y política disponible", no estando limitada a las decisiones de un legislador histórico (ver, II, 5.e)[595]. Una noción bastante significativa de estos "puntos de apoyo" es la de AARNIO sobre las fuentes del Derecho:

---

591 Cfr. KAUFMANN, ARTHUR, *Analogie und "Natur der Sache"*, 1965 (cit. por LARENZ, KARL, *Metodología de la Ciencia del Derecho, op. cit.*, pp. 150-151, y toda la bibliografía allí referida. Hay traducción al castellano por E. Barros Bourie, *Analogía y naturaleza de la cosa. Hacia una teoría de la comprensión jurídica*, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1976).

592 Cfr. por ejemplo HERVADA, JAVIER, *Introducción crítica al Derecho Natural*, Pamplona, Eunsa, 10ª edición de 2001; para este trabajo se utiliza la edición publicada en Bogotá por la editorial Temis, 2000, p. 75.

593 Cfr. FINNIS, JOHN, *Ley natural y derechos naturales, op. cit.*, en esp. caps. II a V. Esta investigación expondrá luego buena parte de los postulados propuestos por FINNIS (*infra*, V, 5.f y VI, 5).

594 Cfr. VIEHWEG, THEODOR, *Tópica y jurisprudencia*, Madrid, Taurus, trad. de L. Díez Picazo, 1986, pp. 49-51; véase también GARCÍA AMADO, JUAN ANTONIO, *Teorías de la tópica jurídica*, Madrid, Civitas, 1988.

595 Cfr. DWORKIN, RONALD, *El imperio de la justicia, op. cit.*, en esp. cap. 7. DWORKIN es un autor polifacético, algunas de cuyas tesis caben perfectamente dentro de lo que se ha denominado en este trabajo "teorías estándar del Derecho", con los defectos ya analizados con anterioridad. Sin embargo, es también un autor que ofrece importantes aportes a la teoría jurídica, relacionados entre otras cosas con la perspectiva hermenéutica que se comenta. Sobre el particular véase el trabajo ya citado de RODOLFO ARANGO, *¿Hay respuestas correctas en el Derecho?*, destinado a estudiar este punto específico en el autor estadounidense.

> "Toda razón que –de acuerdo con las reglas generalmente aceptadas en la comunidad jurídica– puede ser usada como base justificatoria de la interpretación es una fuente del derecho"[596] (cfr. *infra*, IV, 5.c.i).

Lo anterior quiere decir que los jueces resuelven los casos de acuerdo a distintos elementos, a una pluralidad de fuentes jurídicas que vienen a jugar el papel de pautas de justificación racional de las propias decisiones. El fondo de esta postura está en apreciar de un modo particularmente importante el espectro de juzgamiento de los jueces: los hechos presentados al juez son hechos que en parte le son dados, pero que, en otra parte, son "completados" por él mediante el ejercicio de comprensión del significado que los mismos pueden expresar en una situación jurídica concreta[597]. Buena parte de dicha comprensión se lleva a cabo mediante un diálogo constante, edificador y clarificador, entre las normas legales que son significativas para solucionar el problema, y también en diálogo abierto con otros parámetros de juicio que eventualmente sirvan para expresar la mejor solución al caso concreto[598]. Se comprenden o se interpretan, en realidad, conductas humanas a la luz de las múltiples y distintas fuentes de producción del Derecho.

---

[596] AARNIO, AULIS, *Lo racional como razonable*, *op. cit.*, p. 123. Así mismo, de su autoría, "La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico", cit., p. 28.

[597] Cfr. LARENZ, KARL, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, *op. cit.*, pp. 267-275; RECASÉNS SICHES, LUIS, *Nueva Filosofía de la interpretación del Derecho*, *op. cit.*, pp. 216-217.

[598] "Hay una característica que es común a todos los procedimientos de interpretación: ella consiste en relacionar entre sí, es más, en convertir uno en otro, dos acontecimientos. Estos pueden tener una connotación semántica de tipo lingüístico o bien pueden diferenciarse entre sí por su estructura semiológica, compuesta, en un caso, por palabras y, en el otro, por acciones": FROSINI, VITTORIO, *Teoría de la interpretación jurídica*, Bogotá, Temis, trad. de J. Restrepo, 1991, p. 10. Esta cuestión es desarrollada por FROSINI al poner de manifiesto la importancia de relacionar, en la interpretación jurídica, datos reales y fuentes de producción jurídica, normas legales y acontecimientos prácticos (cfr. *ibidem*, pp. 12-15).

c) Comprensión y precomprensión: las coordenadas históricas del intérprete

Se advierte, a la luz de lo expuesto, un primer y crucial contraste con el modelo formalista de interpretación, determinado por la apertura de la hermenéutica a diferentes estándares para solucionar los casos concretos. Una característica surge de este contexto: la orientación hermenéutica concibe los casos concretos en el marco de una *tensión*, reflejada en su naturaleza problemática y en la exigencia de tener que solucionarlo en justicia[599]. Esto pone de manifiesto que no hay soluciones definitivas, detalladas y tomadas "de antemano", sino más bien un conjunto de datos (hechos, acciones, fuentes jurídicas, etc.) que reclaman su "comprensión", esto es, la mediación del juez para darles el sentido justo que se reclama[600]. Para decirlo de otro modo, los jueces cumplen un papel esencial porque resuelven problemas (y, al contrario, sin *problemas jurídicos* no tendría razón de ser la propia actividad judicial[601]), y lo hacen además con su decidido

---

[599] Se trata del denominado modo "aporético" o "problemático" de pensar el Derecho. Sobre esta noción, véase VIEHWEG, THEODOR, *Tópica y jurisprudencia*, *op. cit.*, pp. 24, 38 y 129.

[600] El carácter de *mediador* del intérprete está arraigado además en consideraciones relativas a la *etimología* de la expresión "interpretar", que significa (del *lat. interpretor*) "servir de intermediario" (derivado de *interpres*, agente o intermediario), y también "traductor que aclara, explica o que hace accesible a otro lo que no se entiende". Sobre el particular es abundante la literatura. Baste citar, para una síntesis, a TAMAYO Y SALMORÁN, ROLANDO, "*Interpretación Constitucional*. La falacia de la interpretación cualitativa", cit., pp. 89-93. También, del mismo autor, *Introducción al estudio de la ciencia jurídica*, México, Themis, 1996, y toda la bibliografía allí referida. Sobre la evolución del concepto de "interpretación", véase LINARES QUINTANA, SEGUNDO V., *Tratado de interpretación constitucional*, *op. cit.*, en esp. caps. I y II; GUZMÁN BRITO, ALEJANDRO, "La historia dogmática de las normas sobre interpretación recibidas por el Código Civil de Chile", en AA.VV., *Interpretación, integración y razonamiento jurídicos*, *op. cit.*, pp. 41-87.

[601] Cfr. RECASÉNS SICHES, LUIS, *Nueva Filosofía de la interpretación del Derecho*, *op. cit.*, p. 218; HESSE, KONRAD, *Escritos de Derecho Constitucional*, *op. cit.*, p. 42.

concurso y manera de ver el problema a la luz de todas las posibles instancias jurídicas de solución.

Acá el contraste con el modelo formalista es también abismal: para este modelo los jueces, en su tarea de reconstruir "el pensamiento ínsito" de la ley –según la frase acuñada por SAVIGNY[602]–, deben aproximarse al caso mediante una conducta acrítica, aséptica y avalorativa, limitándose a realizar una observación empírica de una realidad jurídica "ya dada" plenamente con anterioridad. Más que un "interpretar" propiamente dicho, los jueces descubren en los hechos la conducta jurídica objetivamente determinada por una norma jurídica, en la cual "acoplan" o "subsumen" esos hechos.

En cambio, para el enfoque hermenéutico los estándares de juicio están incompletos sin la mediación del intérprete, quien les da lectura desde las exigencias particulares del caso y no sólo desde la norma abstracta establecida por el legislador. Si se repara en el acto de juzgar propiamente dicho, se advierte que la determinación del *ius litigioso* consiste en una operación mental que involucra tanto la razón del juez como su disposición o ánimo para fallar en justicia, actos que sólo pueden ser realizados con su autoridad[603]. En tal sentido, su función es algo más que reconstructiva: es *mediadora* entre los derechos reclamados y obligaciones exigidas por las partes que conforman un litigio, *intermediaria* para establecer, determinar y mandar con autoridad la justicia concreta. La responsabilidad misma de la actividad judicial aparecería en este contexto. Los jueces responden por la manera como deciden los casos, por su actuación *mediadora* en la configuración concreta del derecho reclamado o la deuda exigida. No les basta, por lo tanto, remitir su responsabilidad a una instancia de decisión ajena.

---

[602] SAVIGNY, FRIEDRICH K. V., "Sistema de Derecho Romano actual", en AA.VV., *La Ciencia del Derecho, op. cit.*, p. 82.

[603] Sobre el particular, véase TOMÁS DE AQUINO, *Sum. Theo.*, II-II, q. 60, art. 1, *resp.*, acerca del concepto de juez como "justicia animada"; también ARISTÓTELES, *Et. Nic.*, V, 1132a 19-22.

La mediación que hace el juez también implica tomar en consideración la tensión que representa el hecho de estar juzgando *en* una situación *presente*, hechos y conductas humanas acaecidas *en el pasado*, a la luz de fuentes jurídicas producidas también en el pasado o eventualmente inexistentes o poco claras. La tensión manifiesta la presencia de una tradición y un significado que debe ser leído por el intérprete desde el momento actual y presente del caso concreto[604]. El enfoque hermenéutico insiste de modo particular en este punto: el intérprete da lectura del caso y de las fuentes jurídicas desde *su momento presente*, es decir, desde sus propias precomprensiones y expectativas acerca del significado inicial de los elementos constitutivos del caso[605]. Esto sugiere que los jueces no llegan al conocimiento de los casos concretos desprovistos de cualquier "razón influyente", sino todo lo contrario: el sentido inicial para solucionar un caso se manifiesta en que el intérprete procede a dar lectura de él, de los textos, de las fuentes jurídicas, desde determinadas expectativas, desde sus propias coordenadas históricas[606].

Es así como se va dando forma a la interpretación jurídica: interpretar significa *revisar* la previa lectura, confrontar las opiniones que se tienen sobre el problema con otras opiniones y con otros significados, examinar los resultados que se vayan obteniendo en la

---

[604] La comprensión aparece así como la pieza central de la interpretación jurídica en la medida en que su propósito no es otro que el de mediar entre una experiencia intelectual del pasado (legislador) expresada mediante palabras, para darle sentido en un tiempo presente. Cfr. OLLERO TASSARA, ANDRÉS, *¿Tiene razón el Derecho?*, *op. cit.*, pp. 239-246; LINARES QUINTANA, SEGUNDO V., *Tratado de interpretación constitucional*, *op. cit.*, pp. 47-49; y SEGURA ORTEGA, MANUEL, *La racionalidad jurídica*, *op. cit.*, pp. 93-94.

[605] El intérprete, afirma HESSE, "no puede captar el contenido de la norma desde un punto cuasi arquimédico situado fuera de la existencia histórica, sino únicamente desde la concreta situación histórica en la que se encuentra (...). El intérprete comprende el contenido de la norma a partir de una *pre-comprensión* que es la que va a permitirle contemplar la norma desde ciertas expectativas": HESSE, KONRAD, *Escritos de Derecho Constitucional*, *op. cit.*, p. 41.

[606] Cfr. SIMON, DIETER, *La independencia del juez*, *op. cit.*, pp. 78-79.

medida en que se penetra de un modo más profundo en el problema y en las posibles soluciones a él. La interpretación comienza –afirma GADAMER– "con conceptos previos que tendrán que ser sustituidos progresivamente por otros más adecuados"[607], todo con el propósito de captar el "sentido" y la "pertinencia" de lo que se comprende en el caso concreto. Captar el sentido y la pertinencia al aquí, al ahora y al momento presente, significa un ejercicio de concretización de los elementos jurídicos que sirven al intérprete para solucionar el problema[608].

En consecuencia, "comprender" es algo más que un comportamiento reproductivo (en el modelo formalista es sólo eso: el juez como "un ser inanimado que repite las palabras de la ley"[609]): es también producción, creación, otorgamiento de un sentido, mirada a una finalidad[610]. Comprender es introducir "una modificación en el texto y en el intérprete"[611] y, en este sentido, "cuando se comprende, se comprende de un modo diferente"[612]. En esto consiste el denominado *círculo hermenéutico:* en un "mutuo reenvío entre significante y cosa significada, entre lenguaje que mienta y realidad mencionada"[613].

---

[607] GADAMER, HANS-GEORG, *Verdad y Método, op. cit.*, p. 333.

[608] Cfr. *ibidem*, pp. 400-401.

[609] MONTESQUIEU, CHARLES-LOUIS, *El espíritu de las leyes, op. cit.*, p. 194: "Los jueces de la nación no son, como hemos dicho, más que el instrumento que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes".

[610] Cfr. RECASÉNS SICHES, LUIS, *Nueva Filosofía de la interpretación del Derecho, op. cit.*, pp. 138-139.

[611] SERNA, PEDRO, "Hermenéutica y relativismo. Una aproximación desde el pensamiento de Arthur Kaufmann", cit. p. 287.

[612] GADAMER, HANS-GEORG, *Verdad y Método, op. cit.*, p. 367.

[613] SERNA, PEDRO, "Hermenéutica y relativismo. Una aproximación desde el pensamiento de Arthur Kaufmann", cit., p. 287. Sobre el carácter "no vicioso" del círculo hermenéutico, cfr. *ibidem*, pp. 289-293. También OLLERO TASSARA, ANDRÉS, *¿Tiene razón el Derecho?, op. cit.*, pp. 220-224; algunos datos en LARENZ, KARL, *Metodología de la Ciencia del Derecho, op. cit.*, pp. 194-200.

Así las cosas, la decisión judicial implica adaptar el sentido de las fuentes jurídicas (textos legales, pero además principios y valores prepositivos, exigencias de la naturaleza humana o de las cosas, y otros estándares) a la situación actual del problema al que se ve enfrentado el intérprete desde su propia dimensión histórica[614]. El juez deja de pertenecer a esa esfera de los "seres inanimados", "axiológicamente neutrales", que cumplen un papel secundario respecto de los restantes órganos del poder público. Los jueces tienen nada menos que la responsabilidad de administrar *justicia*, respetando la ley y todas las restantes fuentes de producción del Derecho pero, al mismo tiempo, configurando (concretizando) la solución justa según las exigencias particulares y específicas de los casos concretos[615]. En todo proceso judicial hay "algo" que, ciertamente, le está dado al juez; también hay "algo" que él tiene como propio. Y, por supuesto, también hay "algo" que está por hacer[616].

---

[614] Desde la visión hermenéutica, explica PRIETO SANCHÍS, "el punto de partida es siempre un problema que se inscribe en la existencia del sujeto y que supone su precomprensión respecto de la comprensión del texto, dando lugar así a una estructura circular entre la realidad existencial y el texto interpretado. La comprensión aparece entonces como una tarea mediadora entre la tradición y el presente": *Ideología e interpretación jurídica*, *op. cit.*, p. 55.

[615] FRANCESCO D'AGOSTINO manifiesta que la fidelidad del jurista no es "fidelidad ni a la ley, ni al legislador, ni a pretendidas normas iusnaturalistas-racionales, sino al Derecho. La actividad del jurista-intérprete es propiamente hermenéutica en los límites en que éste presuponga la precedencia del Derecho a la ley positiva. Pero el Derecho que antecede a la ley es un Derecho no formulado positivamente": "Hermenéutica y Derecho Natural. Después de la crítica heideggeriana a la metafísica", en RABBI-BALDI, RENATO (Coord.), *Las razones del Derecho Natural. Perspectivas teóricas y metodológicas ante la crisis del positivismo jurídico*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma-Universidad Austral, trad. D. Pentimalli, 2000, p. 314.

[616] Desde un punto de vista del conocimiento jurídico en general, véase la noción de realidad jurídica (en cuanto "realidad dada" y "realidad operable") empleada por HERVADA, JAVIER, *Lecciones propedéuticas de Filosofía del Derecho*, *op. cit.*, pp. 592-594. Este tema lo he desarrollado en *Ciencia jurídica y arte del Derecho*, *op. cit.*, pp. 142-143.

Es en este punto en donde aparece toda la problemática relacionada con el tema central de esta investigación, esto es, la índole de las razones que emplean los jueces para justificar sus decisiones. Este tema admite una formulación semejante a partir de las ideas precedentes: es una problemática que se inserta dentro del ámbito de la comprensión/interpretación judicial, como forma de determinar el por qué los jueces toman las decisiones como las toman (justificación). Ni el juez puede desconocer lo dado (el caso, las fuentes de producción del Derecho), ni puede dejar de hacer lo que tiene que hacer (solucionar en justicia). "Lo propio" que él tiene es su manera de ver lo dado para darle respuesta: dialoga con el caso y con las fuentes jurídicas desde su propia y única posición.

d) La dramática tensión entre lenguaje y realidad

Uno de los aspectos de mayor rompimiento con lo planteado por las teorías estándar del Derecho consiste en que, para la hermenéutica, la interpretación jurídica se constituye en el núcleo central de la función judicial, al margen del tipo de "mensaje normativo" que vaya a solucionar el caso concreto. Esto supone entender que el razonamiento interpretativo de los jueces (la *comprensión judicial*) no se encuentra escindido en dos, ni que opere, como sostienen aquellas teorías, una alternativa de "aplicación" judicial para un determinado tipo de casos, o la "interpretación" en sentido discrecional para otros (II, 4.c; III, 3.b). Por el contrario, desde la hermenéutica se afirma que todo proceso judicial conlleva un razonamiento interpretativo[617], o bien, que *todo mensaje normativo* "es susceptible de y necesita interpretación"[618]. La razón de esto no está en que el le-

---

[617] "Con razón escribía Ferrini (...) que la interpretación es necesaria para toda y cualquier ley, aún la más clara y precisa, ya que ninguna ley puede prever y enumerar *a priori* los casos a los que debe aplicarse": LINARES QUINTANA, SEGUNDO V., *Tratado de interpretación constitucional*, *op. cit.*, p. 48.

[618] LARENZ, KARL, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, *op. cit.*, p. 193.

gislador haya expresado de manera defectuosa sus mensajes, sino más bien que la interpretación se torna inevitable porque su lenguaje es *significativo* de una realidad de sentido, la cual trasciende sus propias palabras[619].

Desde el punto de vista de las fuentes jurídicas escritas, y en general de toda comunicación humana, la especial relevancia que adquiere el intérprete deviene, así, de la naturaleza del propio lenguaje, de la dramática tensión que se presenta entre el lenguaje y la idea exteriorizada por él. Ésta ha sido una perspectiva recurrente a lo largo de esta investigación, en la que se ha planteado la necesidad de superar una "hermenéutica de textos", como consecuencia de los problemas de significación del lenguaje y, a su turno, la exigencia de *trascenderlos* hacia las cosas mismas. La hermenéutica plantea esta exigencia a través de la idea de concretización: las expresiones lingüísticas son apenas los signos, el *medio* del cual se sirve el legislador para expresar un significado normativo, una realidad en el plano de las conductas humanas. Al estar los textos legales expresados por medio de un lenguaje general y abstracto, que contrasta con las exigencias y particularidades de una situación jurídica concreta, surge inevitablemente el deber de los jueces de realizar las respectivas concreciones de la norma jurídica a la luz de dichas exigencias y particularidades.

Ya PLATÓN, en la antigüedad, había manifestado esta tensión entre el lenguaje y la realidad referida por él. En *Crátilo*, SÓCRATES lo expresa de esta forma:

> "[E]s manifiestamente ridículo, Hermógenes –pienso yo–, que las cosas hayan de revelarse mediante letras y sílabas. Sin embargo, es inevi-

---

[619] Afirma LARENZ que la interpretación se torna inevitable "hasta tanto que todas las leyes, sentencias judiciales, autos, e incluso contratos, no hayan de ser redactados exclusivamente en un lenguaje simbolizado de signos": *Ibidem*.

table, pues no disponemos de nada mejor que esto a lo que podamos recurrir sobre la verdad de los nombres (...)"[620].

PLATÓN era consciente de la inigualable e insondable riqueza de la realidad, como de la incapacidad del lenguaje para expresar la verdad de las cosas o su conocimiento pleno. Las palabras pueden suscitar cierta ilusión de "haber alcanzado" lo real mediante una articulación estructurada del sentido de lo que está siendo referido. Pero más allá de dicha ilusión siempre existirá un referente obligado, una necesidad de articular ulteriormente nuevas palabras para sabernos de alguna manera más próximos a la realidad. Y aun con nuevas palabras, el problema real no es de naturaleza lingüística, aunque su manifestación (comunicación) lo sea en el ámbito de las relaciones humanas. Es, más bien, un problema epistemológico y ontológico:

> "En verdad, puede que sea superior a mis fuerzas y a las tuyas dilucidar de qué forma hay que conocer o descubrir los seres. Y habrá que contentarse con llegar a este acuerdo: que no es a partir de los nombres, sino que hay que conocer y buscar los seres en sí mismos más que a partir de los nombres"[621].

Ahora bien, esto se plantea aun en presencia de palabras y textos "claros", pues su comprensión se torna inevitable con relación al aporte de "significación" y "sentido" de los enunciados dispuestos para solucionar el caso concreto[622]. Lo "claro", para decirlo de otra forma, no supone sino una cosa: claridad "idiomática", que es bastante diferente de claridad "normativa". Aquella se refiere a la construcción gramatical y semántica correcta, mientras que ésta supone la captación de un sentido, su pertinencia para solucionar el problema mismo. Hay textos que son idiomáticamente claros y, sin em-

---

[620] PLATÓN, *Crátilo*, 425a d (se sigue la trad. de J. L. Calvo, Madrid, Gredos, 1992).

[621] *Ibidem*, 439a b.

[622] Cfr. RIALS, STEPHANE, "El oficio del juez", cit., pp. 46-47.

bargo, pueden dar lugar a interpretaciones diversas[623]. Es por esto que el intérprete comprende, por decirlo así, *más allá* de las palabras expresadas en un texto normativo, una *realidad significada* que se hace pertinente en el contexto del problema que tiene ante sus ojos.

Al respecto vale la pena citar distintos autores que afirman la presencia de una actividad interpretativa respecto de normas jurídicas "claras". Por ejemplo, sostiene GARCÍA DE ENTERRÍA lo siguiente:

> "[N]o existen leyes de contenido tan obvio que no requieran interpretación; la determinación de un particular sentido de la ley, aun en el de su supuesta claridad es siempre, y no puede dejar de serlo, el resultado ya de un proceso interpretativo de dicha ley (razón por la cual nadie acepta hoy el viejo apotegma *in claris non fit interpretatio*)"[624]

ESSER había manifestado esto mismo tiempo atrás:

> "[C]ada 'aplicación' de la ley es ya interpretación, pues ya el decidir que el tenor literal de un texto es tan inequívoco que hace superflua toda interpretación (doctrina del 'sentido claro'), descansa sobre una interpretación"[625].

FROSINI también ofrece algunas luces al respecto:

> "El aforismo latino, en su significado original, tenía una función específica: la de hacer prevalecer la voluntad del legislador sobre la del comentarista. Pero en el uso habitual ha ido adquiriendo el sentido irreflexivo y engañoso, de que se puede prescindir de la interpretación del

---

[623] Afirma ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO que todo significado normativo es subsiguiente, y no previo, a la actividad interpretativa: cfr. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución, op. cit.*, p. 254.

[624] GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional, op. cit.*, pp. 233-234.

[625] ESSER, JOSEF, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado*, Barcelona, Bosch, trad. de E. Valentí Fiol, 1961, p. 323.

> mensaje legislativo cuando éste es claro en sí mismo. En realidad, la claridad de una ley (...) no es una premisa, sino el resultado de la interpretación, que la reconoce y la afirma como tal: como claridad y certeza"[626].

El apotegma acabado de referir, "*in claris non fit interpretatio*" (o bien, "*quando verba sunt clara non recipiunt interpretationem*"), se entiende mejor si las palabras expresadas en una ley tuvieran todas ellas un sentido unívoco. Lo cual no significa que el proceso mental de "comprensión del sentido" unívoco de las palabras no haga parte de la función judicial, que no exista de parte del intérprete la necesidad de comprender la propia claridad (sentido unívoco) de las palabras para establecer, con base en esto, el sentido normativo que puede ser fijado en un caso concreto[627]. Como afirma DE ASÍS, "incluso cuando se invoca el principio *in claris non fit interpretatio* es porque previamente la interpretación del caso ha conducido al convencimiento de que es clara, sencilla y sin ambigüedades"[628]. La claridad de una norma supone previamente, entonces, su interpretación (comprensión).

En resumen, la tensión que subyace en las formulaciones del lenguaje respecto de la justicia concreta (la solución *particular* a los casos) desdibuja la idea de la separación entre interpretación y aplicación de la norma, o la escisión del razonamiento en el proceso ju-

---

[626] FROSINI, VITTORIO, *Teoría de la interpretación jurídica*, *op. cit.*, p. 98. En igual sentido, BETTI, EMILIO, *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, trad. de J. L. de los Mozos, 1975, pp. 100 y 258; WRÓBLEWSKI, JERZY, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, *op. cit.*, p. 72; ROSS, ALF, *Sobre el Derecho y la Justicia*, *op. cit.*, p. 171; PÉREZ LUÑO, ANTONIO E., *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, *op. cit.*, pp. 256-257. También son importantes las consideraciones de DWORKIN, RONALD, en *El imperio de la justicia*, *op. cit.*, pp. 247-250.

[627] Cfr. GUZMÁN BRITO, ALEJANDRO, "La historia dogmática de las normas sobre interpretación recibidas por el Código Civil de Chile", cit., pp. 41-87. Tampoco supone que la univocidad de las palabras constituya un postulado estático que no permita, en otras circunstancias o casos concretos, comprender un sentido normativo distinto (cfr. *ibidem*, p. 58).

[628] ASÍS ROIG, RAFAEL DE, *Jueces y normas*, *op. cit.*, p. 178.

dicial. La aplicación de una norma es siempre un resultado (de la comprensión), como consecuencia de la necesaria actividad racional del juez para determinar el sentido normativo al caso concreto[629].

e) La exigencia de interpretación (comprensión) en todos los casos judiciales

Si para la hermenéutica la presencia de todo caso judicial implica, lisa y llanamente, un ejercicio de comprensión (interpretación) efectuado mediante una misma racionalidad, resulta artificioso distinguir férreamente, como lo hacen las teorías estándar del Derecho, entre casos "fáciles" y casos "difíciles"[630]. Si se prefiere, la distinción puede ser apreciada como un recurso meramente expositivo, que ofrece algunas luces importantes acerca de algunos de los problemas que tienen que resolver los jueces, pero no responde a la naturaleza *racional* de la interpretación, desde la cual se exige la comprensión

---

[629] GADAMER sostiene que "la aplicación es un momento del proceso hermenéutico tan esencial e integral como la comprensión y la interpretación", y que "el conocimiento de un texto jurídico y su aplicación a un caso concreto no son dos actos separados sino un proceso unitario": *Verdad y Método*, *op. cit.*, pp. 379 y 381 respectivamente.

[630] En similar sentido, aunque desde su perspectiva, DWORKIN, RONALD, *El imperio de la justicia*, *op. cit.*, pp. 249-250; en contra, por todos, véase MARMOR, ANDREI, *Interpretación y Teoría del Derecho*, *op. cit.*, en esp. pp. 190-198, quien afirma que "sólo se necesita la interpretación cuando la formulación de la regla plantea dudas respecto de su aplicabilidad en un conjunto dado de circunstancias" (p. 198). Esta tesis parecería ser la misma de HESSE, pues éste sostiene que "allí donde no se suscitan dudas no se interpreta, y con frecuencia no hace falta interpretación alguna": *Escritos de Derecho Constitucional*, *op. cit.*, p. 33. Sin embargo, HESSE emplea en dos sentidos la noción "interpretación", razón por la cual agrega a lo anterior que "tampoco resulta necesario interpretar cuando las disposiciones son terminantes, por más que aquí también se asista a un acto –estructuralmente simple– de 'comprensión' y, con ello, de 'interpretación' en sentido amplio", *ibidem*, p. 34. En un sentido similar a éste, ALONSO GARCÍA, ENRIQUE, *La interpretación de la Constitución*, *op. cit.*, pp. 1-3. Véase también WRÓBLEWSKI, JERZY, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, *op. cit.*, pp. 24-26.

de todos los casos judiciales[631]. Aun en los supuestos "fáciles" el enfoque hermenéutico plantea la exigencia de comprensión sobre el "por qué" y "en qué sentido" el caso es fácil, con lo cual pone presente que en los procesos judiciales "fáciles" hay algo más que mera "aplicación" y "deducción silogística"[632].

En realidad, los jueces interpretan no *porque* requieran especiales habilidades dependientes del tipo de mensaje que tienen ante sí, de la claridad con que el emisor de una norma jurídica haya logrado transmitir una información, sino porque existen relaciones de justicia respecto de las cuales hay la necesidad de determinar en qué sentido, bajo qué circunstancias o modalidades el demandante o el demandado tiene un derecho o una obligación. Éste constituye el tema central del oficio de los jueces: el carácter de mediación judicial se justifica porque *las cosas* (jurídicas) *están repartidas*, porque no todo es de todos, porque las cosas que pertenecen a alguien pueden estar indebidamente en poder de otros y, consecuentemente, por la necesidad de que exista alguien que "haga justicia"[633]. El carácter ne-

---

[631] En realidad, se trata de una clasificación que no es tan fundamental en el Derecho, como DWORKIN afirma: cfr. *El imperio de la justicia*, *op. cit.*, p. 191. Esto mismo había sostenido muchos años antes RECASÉNS SICHES, al manifestar que las diferencias entre casos fáciles y difíciles no son esenciales sino de grado, pues en todos ellos "hay siempre y necesariamente una aportación por parte del juez": *Nueva Filosofía de la interpretación del Derecho*, *op. cit.*, pp. 220-221.

[632] GENARO CARRIÓ alude a que no todos los casos están en la "penumbra" ni todos los casos están en una "zona de claridad": cfr. *Notas sobre Derecho y lenguaje*, *op. cit.*, pp. 61 y 62. Sin embargo, la cuestión de los casos fáciles debe suponer un ejercicio de comprensión plena del propio caso. Esto quiere decir que no existen casos fáciles *prima facie*, sino que un caso será fácil con posterioridad a su comprensión y habiéndose eliminado todo contraargumento potencial en su contra, como sugiere ROBERT ALEXY, en *Teoría de la argumentación jurídica*, *op. cit.*, p. 29. En sentido similar ITURRALDE SESMA, VICTORIA, *Aplicación del Derecho y justificación de la decisión judicial*, *op. cit.*, pp. 104-106.

[633] Cfr. HERVADA, JAVIER, *Introducción crítica al Derecho Natural*, *op. cit.*, pp. 9-17. Plantea HERVADA que el punto de partida para establecer el *arte del jurista* no es otro "que un hecho social fácilmente constatable: (...) *las cosas están atribuidas a distintos sujetos*, o dicho de otro modo, *las cosas están repartidas*. Ni

cesario o indispensable de la interpretación jurídica radica, entonces, en la existencia de los casos concretos (fáciles o difíciles) y su solución[634].

En esta aproximación hay un planteamiento gnoseológico que también contrasta con el que proponen las teorías estándar del Derecho, las cuales conciben los linderos de la racionalidad jurídica en función de una realidad del "hecho evidente": un objeto de contornos definidos rigurosamente, que en cuanto tal, permite al sujeto (juez) su pleno conocimiento (científico) en la medida que capta su "única verdad". En este esquema sujeto-objeto subyace una dualidad en la que difícilmente puede sostenerse la participación del juez desde su propia subjetividad y su momento presente. De ahí que su función sea caracterizada como "autómata" y "reproductiva", y su racionalidad como mera "lógica deductiva".

Para el enfoque hermenéutico –siguiendo con el empleo, aunque forzoso, de las categorías epistemológicas de la Modernidad– habría más bien una mutua relación (o reenvío) entre el sujeto y el objeto como consecuencia de la propia participación que tiene el

---

todo es de todos ni todo es de la colectividad humana" (*ibidem*, p. 9; énfasis en el texto).

[634] Se está planteando un tema que RAZ considera el más importante de todos: "¿por qué interpretar?": cfr. RAZ, JOSEPH, "¿Por qué interpretar?", en VÁSQUEZ, RODOLFO (comp.), *Interpretación jurídica y decisión judicial*, *op. cit.*, pp. 39-56. La respuesta de RAZ, sin embargo, no ofrece mayores explicaciones acerca de los pormenores implicados en la propia pregunta, que son muchos, al menos muchos más de los que él mismo plantea. RAZ afirma simplemente que se interpreta porque debemos respeto hacia la autoridad y porque buscamos la continuidad de sus decisiones (*ibidem*, p. 52). Creo, sin embargo, que no se interpreta *primera*, *exclusiva* o *simplemente* por respeto a la autoridad o por la necesidad de mantener un estado de decisiones pasadas, sino principalmente porque las personas tienen derechos que deben ser respetados o porque las personas tienen obligaciones que deben ser cumplidas, valga decir, por la necesidad de justicia concreta. Ésta es una perspectiva más amplia que la de RAZ: se respeta la autoridad y las decisiones pasadas *en tanto* sean conducentes o aporten medios jurídicos de solución a lo que realmente es importante y significativo en la interpretación jurídica, *i.e.* el caso concreto o el problema jurídico llamado a ser solucionado de manera correcta, adecuada o justa.

juez en el proceso de decisión en su momento presente[635]. A pesar de encontrar en el pasado textos jurídicos que permitan la solución al caso presente, el juez no se comporta como el historiador, "en la medida en que el verdadero objeto de la comprensión histórica no son eventos sino sus 'significados'"[636]. Comprender significados implica una interpenetración entre el juez como sujeto (que llega al conocimiento del caso con "lo propio") y los elementos del caso como objeto (los hechos y conductas humanas y las fuentes jurídicas: "lo dado"), para darles un sentido definitivo en la solución. Implica, siempre, "una relación vital entre el sujeto cognoscente y el objeto conocido", una "pregunta acerca del sentido que puede asumir el texto en el presente del intérprete"[637].

Este replanteamiento de la relación entre sujeto y objeto no lleva a una disolución indebida de la relación cognoscitiva entre el juez y el caso. No disuelve el objeto (no lo confunde ni lo identifica con el sujeto), sino más bien lo asume como parte de una realidad jurídica que en el caso concreto requiere de una determinación especial, que exige una intermediación judicial en función de la justicia. La relación es entonces interdependiente: el objeto no se presenta como una entidad plenamente delimitada, de contornos precisos, sino que requiere de la presencia del juez y de su interacción con todo aquello que se muestre como parte del problema mismo.

Como consecuencia del traslado de la metodología científica al terreno jurídico, la vertiente positivista de las teorías estándar (sea "tradicional", o "de avanzada": III, 3.b) no se conformaría con esta caracterización de la relación cognoscitiva entre el juez y el caso, porque aspira a encontrar la plena objetividad de los derechos y obliga-

---

[635] Sobre el carácter "forzoso" en el empleo del esquema sujeto-objeto, véase, por todos, SERNA, PEDRO, "Hermenéutica y relativismo. Una aproximación desde el pensamiento de Arthur Kaufmann", cit., pp. 282-284, y el trabajo de A. KAUFMANN allí citado.

[636] GADAMER, HANS-GEORG, *Verdad y Método*, *op. cit.*, p. 400.

[637] PRIETO SANCHÍS, LUIS, *Ideología e interpretación jurídica*, *op. cit.*, p. 55.

ciones disputados, de las fuentes de producción jurídica que haga valer cada uno de esos derechos y obligaciones y, por supuesto, aspira a que las decisiones de los jueces puedan ser evaluadas en términos de una verdad (o falsedad) según pasen (o no) por el escrutinio de una verificación empírica. El modelo positivista aspira a encontrar "una verdad" jurídica muy fuerte, análoga a la que se obtiene en el conocimiento de los fenómenos naturales, y es por esto que exige una estricta neutralidad de parte del juez en su aproximación al caso y a las fuentes del Derecho. Cuando dicha neutralidad no es posible, porque el caso es "difícil", los positivistas ("de avanzada") deben entonces renunciar a tal verdad fuerte y conformarse con la categoría de "solución alternativa", imposible de ser racionalizada debidamente por haber sido alcanzada a través de criterios ajenos al (único y excluyente) método de conocimiento: el científico.

f) La dimensión creativa de la función judicial

Desde la perspectiva hermenéutica puede afirmarse que la función judicial es *siempre* creativa o que tiene *algo* de "creación". Sostiene SERNA que "incluso en los casos normales y ordinarios, el papel de los jueces no es en absoluto puramente reproductivo"[638], valga decir, aun tomando en consideración el solo "silogismo jurídico" y la teoría de "la subsunción", es forzoso concluir que los jueces poseen dicha facultad. Sobre esto ha afirmado KAUFMANN lo siguiente:

> "[E]l silogismo jurídico es posible únicamente bajo dos condiciones: que la ley, mediante interpretación, esté dispuesta para ser aplicada, y que el caso, mediante construcción, lo esté igualmente para ser subsumido. En ambas cosas hay siempre algo de recomposición. Y, desde luego,

[638] SERNA, PEDRO, "Hermenéutica y relativismo. Una aproximación desde el pensamiento de Arthur Kaufmann", cit., p. 285.

tal aspecto creativo se da también en los casos rutinarios del proceso metódico, aunque pase las más veces inadvertido"[639].

La razón de fondo para sostener esto radica en que al no estar pre-fijada la solución del caso concreto, los jueces deben hacer una elección de los estándares que podrían resolverlo y, además, valorar sus consecuencias de cara al sentido justo de la decisión[640].

Ahora bien, y este punto es de vital importancia, y merece ser subrayado, el aspecto creativo de los jueces es consecuencia de su papel protagónico y mediador, pero enmarcado dentro de su responsabilidad en administrar la justicia. Dicho papel y responsabilidad se plantea como un nuevo contraste con las tesis provenientes de las teorías estándar, en particular con aquella que concibe la facultad creadora de los jueces en los "casos difíciles" a través de un ejercicio discrecional de contornos ilimitados. Por eso, la hermenéutica plantea que los jueces tienen amplias posibilidades para fallar, pero no que puedan hacerlo de cualquier modo, que toda respuesta judicial sea igualmente admisible o que no resulte posible llevar a cabo un ejercicio de "racionalización" de las decisiones alcanzadas por ellos. La creación judicial no significa "crear de la nada" o "inventarse" sin justificación alguna un derecho o una obligación, o "dar (determi-

---

639 KAUFMANN, ARTHUR, "Gedanken zu einer ontologischen Grundlegung der juristischen Hermeneutik", citado por SERNA, PEDRO, "Hermenéutica y relativismo. Una aproximación desde el pensamiento de Arthur Kaufmann", cit., p. 285. En sentido similar ASÍS ROIG, RAFAEL DE, *Jueces y normas*, *op. cit.*, pp. 106-111. Una explicación detallada de los alcances, supuestos y limitaciones de la teoría de la subsunción, en LARENZ, KARL, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, *op. cit.*, pp. 265-271.

640 La cuestión siempre presente de las valoraciones en el Derecho puede ser vista desde lo que RECASÉNS SICHES denomina "logos de lo humano" o de "lo razonable": "el juez tiene que valorar no solamente cuando hay grietas o ventanas [lagunas], sino que tiene que valorar *siempre*, en mayor o menor proporción, pero siempre": *Nueva Filosofía de la interpretación del Derecho*, *op. cit*., p. 252, énfasis en el texto.

nar, establecer, etc.) algo que no corresponde". Esta noción de "creación" podría implicar arbitrariedad.

De ahí que una primera limitación consista en advertir la actividad judicial girando sobre el problema concreto y en especial sobre la exigencia primordial de alcanzar la finalidad propia de todo juicio: la decisión justa, que la perspectiva hermenéutica asume de entrada como una posibilidad viable, susceptible de razonarse porque es consecuencia de un acto de comprensión[641].

Las coordenadas históricas de los jueces, tema visto con anterioridad, aparece como una segunda limitación: el juez no puede desconocer "lo dado" ni la tradición en la que se asienta su práctica. Las variaciones que pudieran darse en la comprensión de un nuevo caso, cuyo entorno decisional haya sido juzgado previamente, debe ser capaz de soportar un diálogo racional con el pasado y mostrar que la comprensión "novedosa" aparece ahora como una necesidad apremiante. La seguridad del pasado, si bien es *relativa*, no queda por este hecho invalidada[642].

Desde luego, en todos los casos de creación judicial pesa bastante la percepción que tienen los jueces de los diferentes elementos del caso, percepción que no escapa a sus propias intuiciones, corazonadas y convicciones, su educación personal y cultura, articuladas desde la dimensión subjetiva y el papel protagónico ya esbozado con anterioridad[643]. Pero, y aquí debe señalarse una vez más la importancia

---

[641] Esto lleva a plantear a fondo la posibilidad de que los jueces puedan dar cuenta de una verdad jurídica, o en qué sentido sus propias decisiones son capaces de dimensionarla. Seguramente no será aquella exactitud "legalista" a la que aspiran los partidarios del modelo anterior, aunque sí de "una verdad" caracterizada de manera distinta, *i.e.* la verdad práctica, o la "decisión razonable", aun en los casos difíciles. Más adelante se volverá sobre esto: cfr. V, 1.d y 5.b.

[642] Sobre el punto, referido a las tensiones entre seguridad jurídica y justicia, véase FERNÁNDEZ, ALBERTO VICENTE, *Función creadora del juez*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1980, pp. 46-48.

[643] Sobre la importancia de la educación o formación del intérprete, véase GADAMER, HANS-GEORG, *Verdad y Método*, *op. cit.*, pp. 383-396.

del asunto, esto no apunta a que el juez se "invente" el derecho o la deuda, es decir, que su mediación se lleve a cabo sin tomar en consideración las exigencias de la justicia dadas a partir de las pretensiones en juego, ni al margen de la tradición jurídica en la que se origina su oficio, ni mucho menos de la necesaria fundamentabilidad que le pesa para tomar la decisión en un sentido o en otro.

Habrá que entrar a establecer, en algún momento, *cuál debe ser* la forma racional más idónea (el camino metodológico, por llamarlo así, de la comprensión) para que los jueces den cumplimiento al deber que les pesa de administrar justicia, valga decir, para que no se confunda su acto de determinación, cuando no de creación, con un acto de arbitrariedad. Ésta es, en definitiva, la tesis central de esta investigación (cfr. *infra*, IV, 5; V, 5; VI, *passim*).

4. COMPRENSIÓN Y DECISIÓN JUSTA: LA NATURALEZA PRÁCTICA U OPERATIVA DEL RAZONAMIENTO DE LOS JUECES

a) La interpretación jurídica y su ordenación propia

Las consideraciones contenidas en los epígrafes precedentes permiten una caracterización más precisa de la actividad de los jueces en el ejercicio de sus funciones. Dicha caracterización sugiere que los jueces razonan, siempre, mediante un acto de comprensión, el cual aparece como nota esencial del acto interpretativo y de la toma de decisión, hasta tal punto que resulta difícil desligar uno del otro. La comprensión es, en realidad, interpretación y viceversa[644].

---

[644] GADAMER, HANS-GEORG, *Verdad y Método*, *op. cit.*, p. 378: "La interpretación no es un acto complementario y posterior al de la comprensión, sino que comprender es siempre interpretar, y en consecuencia la interpretación es la forma explícita de la comprensión". Por razonamiento puede entenderse, a su turno, ar-

Así mismo, lo explicado permite dar cuenta de un elemento crucial al que muchas veces no se le presta la debida atención, consistente en la *ordenación* de la propia actividad interpretativa, el fin hacia el cual está orientada la comprensión. La interpretación jurídica se caracteriza, desde luego, por ser un *razonamiento* que intenta desentrañar, comprender, discernir o establecer qué es lo justo, es decir, qué es lo debido o cuál es el derecho discutido en un litigio. No se trata de un razonamiento desprovisto de un resultado. Su fin es ordenar, prescribir o mandar lo debido o lo reclamado en el litigio. Esto sugiere una necesaria correspondencia entre las razones justificativas y su ordenación al fallo. Toda decisión judicial constituye, para decirlo con otras palabras, la materialización operativa de un proceso racional previo que ha servido para justificarlas, y esta materialización no es otra cosa que *poner en la existencia concreta*, ordenándolo, aquello que es debido en una relación jurídica.

En este sentido, la estructura de la interpretación jurídica no sólo debe ser vista en cuanto a la comprensión racional del caso, sino además en cuanto a su ordenación justa. Esta tesis es crucial para entender que el razonamiento judicial posee una dimensión normativa[645], o con mayor precisión, que su propia naturaleza es práctica, cuestión sobre la que se insistirá más adelante. El desconocimiento del aspecto *racional* de la función judicial trae inconvenientes obvios relacionados con la fuerza argumentativa y el soporte justificativo de la decisión, lo que lleva a que sean mal suplidos por elementos "irracionales" que son difíciles de analizar. Este desconocimiento implicaría aceptar la tesis de la existencia de "justificaciones no racionales" de los fallos concretos. Pero, así mismo, un desconocimiento del aspecto *decisional* es problemático no sólo porque plan-

---

gumentación. En este sentido, interpretación y argumentación son inescindibles: cfr. ASÍS ROIG, RAFAEL DE, *Jueces y normas*, *op. cit.*, pp. 213-214.

[645] En similar sentido BETTI, EMILIO, *Teoria generale della interpretazione*, Roma, Giuffrè, 1990, p. 802; FROSINI, VITTORIO, *Teoría de la interpretación jurídica*, *op. cit.*, p. 97.

tea una suficiencia aislada del razonamiento, sino especialmente porque no determina un sentido práctico a la justificación jurídica, que encuentra su punto de llegada precisamente en la decisión justa, acertada o correcta, operable en la realidad. Sería una especie de *racionalismo* judicial (me detendré en esto enseguida; un estudio más dedicado en VI, 2.c y 6.b).

Lo anterior exige que la interpretación jurídica, como comprensión de un problema con miras a un resultado, se inserte dentro de esta misma línea, abarcando ambos momentos, lo cual lleva a sostener que en todo proceso judicial hay un momento cognoscitivo y una fase volitiva, una actividad de la inteligencia o del entendimiento y un acto de la voluntad[646]. De acuerdo con esto, la interpretación jurídica, entendida como un ejercicio de comprensión de un problema jurídico para solucionarlo justamente, exige relacionar actividad racional con resultado: no se comprende jurídicamente sin tener como mira el resultado de dicha comprensión. La comprensión supone no solamente un acto respecto del "qué" se comprende, sino además del "para qué" hay un acto de comprensión. Si esto es así, la relación entre razonamiento e interpretación jurídica se aprecia con cierta facilidad por el grado de convergencia de uno y otra, que es el mismo: la necesidad de producir un resultado justo.

Esta convergencia es no solo idiomática, cosa que ocurre cuando se plantean ambas actividades a través de enunciados intercambiables, por ejemplo cuando se afirma que (a) toda decisión de un juez constitucional supone un razonamiento, o que (b) toda decisión de un juez constitucional supone una interpretación, sino además refleja un nivel de correspondencia o dependencia mutua: cuando una

---

[646] Cfr. OLLERO TASSARA, ANDRÉS, *Interpretación del Derecho y positivismo legalista*, *op. cit.*, en esp. todo el cap. 4 ("Hermenéutica jurídica y ontología en Tomás de Aquino", pp. 43-53). Esta caracterización es extremadamente importante para una cuestión que se considerará más adelante en este trabajo: la exigencia prudencial de la actividad judicial (cfr. *infra*, V, 5.f; VI, 7); un planteamiento de base a todo este asunto en TOMÁS DE AQUINO, *Sum. Theo.*, II-II, q. 60, a. 1.

de tales actividades, o ambas, está comprendida en, o no puede darse sin, la otra. Esto ocurre precisamente si están destinadas a lo mismo. Afirmada la naturaleza racional en la labor de administrar justicia, y afirmado, a su vez, el carácter necesario de la interpretación jurídica para determinar, discernir o establecer el derecho y la deuda concreta, resulta entonces que *todo el razonamiento de los jueces es esencialmente interpretativo*. Son ámbitos necesariamente intercambiables porque están destinados a lo mismo: el efecto del razonamiento jurídico (del juez) es la decisión judicial; el efecto de la interpretación jurídica (judicial) es la decisión. Esta caracterización implica, por consiguiente, el hecho de estar considerando, bajo nombres distintos, una misma actividad racional.

b) Algunas objeciones a la interpretación jurídica como acto práctico de "comprensión"

La vinculación de los momentos cognoscitivo y volitivo no siempre ha sido de buen recibo por algunas corrientes del pensamiento jurídico. De hecho, se han planteado algunas objeciones concretas. Una primera objeción ha consistido en afirmar que los jueces no necesariamente toman sus decisiones a través de una actividad racional (por ejemplo reflejada en pasos sucesivos y ordenados), sino que, algunas o muchas de las veces, ellas son alcanzadas mediante actos intuitivos, por "pura casualidad", o simplemente por una apreciación discrecional del juez de acuerdo a su "sentimiento de justicia". Esta objeción, que contiene algo de verdad, no significa sin embargo que la caracterización realizada deba ser abandonada o reformulada a través de nuevos elementos. Que se puedan encontrar decisiones judiciales alcanzadas mediante intuiciones o sentimientos de justicia no hace sino constatar el hecho ya advertido acerca de la importancia de contar con la experiencia de los jueces y con su participación activa dentro una tradición. Los jueces no son seres, de nuevo, "inanimados", sino personas con un mundo propio, educados, con trayectoria decisional, con una experiencia que, entre otras cosas, les va dando

una especie de "tino" o "refinamiento" en su capacidad de juzgar los casos concretos.

Este asunto tendrá una importancia decisiva, más adelante, cuando se aborde la prudencia jurídica como "medio" de solución de casos concretos. Pero es importante considerar ahora que las intuiciones y los sentimientos de justicia no contradicen la necesaria racionalidad comprensiva o interpretativa que a los jueces les es propia[647]. Que las decisiones sean alcanzadas de aquel modo no significa, con otras palabras, que sean producto de la irracionalidad, ni menos aún que los jueces dejen de lado su responsabilidad de motivar y justificar sus propias intuiciones y sus propios sentimientos de justicia. Esto último es lo más significativo del tema: que a pesar de mediar sentimientos e intuiciones, e incluso, como afirma AARNIO, que se puedan tomar decisiones prácticas y justas por "pura casualidad" ("azar")[648], a los jueces les pesa el deber de "racionalizarlas", como muestra de haber sido alcanzadas de manera justificada y no arbitraria. Con apariencia o sin ella, entonces, la dimensión racional es un elemento clave en la estructura de la interpretación jurídica desde el punto de vista de los jueces.

Una segunda objeción que se ha presentado ha sido la de afirmar que en algunos casos los jueces se limitan a "descubrir" normas jurídicas para ser aplicadas, y que, en tal sentido, su función radicaría solamente en hacer "descripciones" que en nada tienen que ver con actos de comprensión (por ejemplo, en los casos "fáciles"). Sin embargo, aunque puedan ser separadas las funciones racionales de "descubrimiento" y de "comprensión", la tesis que se ha presentado en esta investigación afirma que todo acto de "descubrimiento" supone, necesariamente, un acto de comprensión. Comprender muchas veces puede llevar a un acto reiterativo del juez, por ejemplo en

---

[647] Cfr. RECASÉNS SICHES, LUIS, *Nueva Filosofía de la interpretación del Derecho*, *op. cit.*, en esp. pp. 246-247.

[648] Cfr. AARNIO, AULIS, *Lo racional como razonable*, *op. cit.*, p. 26.

el siguiente sentido: "el demandante tiene razón sobre el hecho según el cual el demandado debe pagarle lo que le debe; por lo tanto, se ordena el cumplimiento de esta obligación con los intereses a que haya lugar". Una decisión de esta naturaleza, seguramente, implicó para el juez un "darse cuenta" que una de las partes tenía razón en los mismos términos de la demanda. Este "darse cuenta" puede, seguramente, ser expresado *a posteriori* mediante la fórmula de "descubrimiento": el juez "descubrió" que las pretensiones del demandante eran exactas. Sin embargo, ese "darse cuenta" implicó, necesariamente, el hecho de haber comprendido que las razones presentadas por el demandante, en definitiva, merecían o justificaban que el juez decidiera en dicho sentido "reiterativo"[649].

Una tercera objeción, algo cercana a la anterior, puede darse mediante un desglose de los posibles sentidos del significado de interpretación jurídica, dependiendo de la persona que la realiza, de tal forma que uno de tales sentidos admitiría ser caracterizado como una manifestación de la comprensión hermenéutica, mientras que el otro no. GUASTINI, por ejemplo, sostiene que la interpretación jurídica comporta dos actividades enteramente diferenciables y además separables entre sí, dependiendo de quién sea la persona que lleva a cabo el acto interpretativo[650]. La primera actividad, que es meramente conceptual y cognoscitiva, tiende a un ejercicio de "descubrimiento" o de "descripción" de los "significados que un texto expresa potencialmente", asunto que puede ser realizado por cualquier persona (*v. gr.*, un jurista teórico, un consultor jurídico, o un abogado) que

---

[649] Acerca del sentido de *hermenéutica* como comprensión y no como "explicación" (descubrimiento y/o reiteración), véase LARENZ, KARL, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, *op. cit.*, p. 238. Algo adicional será planteado más adelante: cfr. V, 1.b; VI, 2.c.

[650] Cfr. GUASTINI, RICCARDO, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho*, *op. cit.*, pp. 203 y 287. En similar sentido, SEGURA ORTEGA, MANUEL, *La racionalidad jurídica*, *op. cit.*, p. 92; véase también, sobre esa postura, DÍAZ REVORIO, FRANCISCO JAVIER, *Valores superiores e interpretación constitucional*, *op. cit.*, pp. 38-45.

no deba, con carácter necesario, decidir un asunto disputado. La segunda actividad, en cambio, está vinculada a la propia decisión, y consiste en la atribución o adscripción "de un significado a un texto" con miras a producir un resultado concreto[651].

Este desglose de GUASTINI, con todo lo importante que sea, no deja de presentar serios inconvenientes desde el punto de vista de los momentos por los que transcurre la actividad judicial, que es lo que acá interesa resaltar[652]. En efecto, tal distinción implica preguntar si el razonamiento jurídico, entendido como un razonamiento interpretativo (que incluye el sentido "dos" de GUASTINI), es una noción exagerada o no es exacta en aquellos eventos en los cuales no esté presente el ámbito decisional propiamente dicho, que es característico de los jueces. Se trataría de establecer en últimas si es posible que "razonamiento jurídico" se diferencie de "razonamiento interpretativo", como consecuencia de las distintas posibilidades o

---

[651] Es una distinción que el propio GUASTINI remite a las explicaciones de KELSEN sobre el tema: la primera sería la interpretación de los juristas teóricos o de los científicos del Derecho. La segunda, en cambio, la que KELSEN llama "interpretación auténtica" de los jueces: cfr. KELSEN, HANS, *Teoría pura del Derecho*, *op. cit.*, pp. 355-356. Paradójicamente, GUASTINI no ahorra esfuerzos tendientes a controvertir la teoría del jurista vienés sobre la interpretación jurídica, aunque lo hace desde las mismas coordenadas científicas de KELSEN. Al margen de los pormenores de dicha crítica, aunque justamente por la utilización de las mismas coordenadas científicas de KELSEN, GUASTINI mantiene la distinción y separación entre la actividad científica y la actividad judicial, como si fueran momentos inconmensurables entre sí. Esto le lleva a afirmar que un jurista teórico que *interpreta* una norma es meramente descriptor, pero si la norma admite varios sentidos interpretativos, su actividad (en tanto interpretativa) se transforma en *política del Derecho*, valga decir, en una propuesta de *sententia ferenda:* cfr. *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho*, *op. cit.*, pp. 256-262.

[652] Dicho desglose, por lo demás, está en desuso, como sostiene DIETER SIMON: cfr. *La independencia del juez*, *op. cit.*, pp. 94-95. Además, tal división es problemática para este trabajo debido al hecho de comprender la interpretación jurídica como perteneciente (exclusivamente) "al género de la interpretación textual" (cfr. *supra*, IV, 3.b y d), tema al que el propio GUASTINI dedica un trabajo: cfr. "La interpretación: objetos, conceptos y teorías", en VÁZQUEZ, RODOLFO (comp.), *Interpretación jurídica y decisión judicial*, *op. cit.*, pp. 19-38.

formas como se *usa* el razonar en el Derecho, por ejemplo conceptuando o estudiando instituciones jurídicas, o bien, por otro lado, decidiendo problemas jurídicos concretos.

Si lo anterior es cierto, supondría al menos aceptar las siguientes premisas: (i) que el razonamiento jurídico es más amplio que la interpretación jurídica; (ii) que no siempre que razonamos jurídicamente estamos interpretando; que, al contrario, (iii) siempre que interpretamos estamos razonando jurídicamente. Aceptar estas premisas supondría no identificar razonamiento e interpretación del Derecho. La razón de aceptar esta tesis podría radicar en que a veces usamos el razonamiento jurídico sin que estemos necesitados de interpretar. En el caso de los jueces esto no sería posible, como consecuencia de la noción de interpretación (comprensión) vista con anterioridad. No ocurriría lo mismo, en cambio, cuando hacemos teoría del Derecho, o cuando analizamos el Derecho desde la dogmática jurídica o la ciencia del Derecho.

Todo esto puede ser, en principio, completamente cierto: en realidad estaríamos ejerciendo la razón (nuestra razón jurídica) para analizar aspectos de la realidad jurídica sin necesidad de plantearnos casos concretos o cuestiones por resolver, ni estaríamos necesitados de comprender determinados temas para que luego fuesen vertidos en una decisión posterior. Esto podría significar, además, que la clave para hablar de un razonamiento jurídico *interpretativo* sería la presencia de casos concretos, es decir, de cuestiones que deben ser resueltas o que requieren de decisión; y como no siempre los juristas estamos (estaríamos) en presencia de dichos casos concretos, se puede concluir que no siempre los juristas utilizamos (utilizaríamos) nuestro razonamiento de una manera interpretativa.

Las cosas, sin embargo, no son así de simples. Todos los juristas –es la tesis que acá se está planteando– razonan de modo interpretativo (sentido "dos") porque siempre hay, de manera inmediata o mediata, la formulación de juicios que implican (o están ordenados a) acciones, resultados o decisiones concretas. Esto lleva a sostener, desde luego, que el primer sentido de interpretación formulado por

GUASTINI es insuficiente. Y la razón para sostenerlo, quizá la única disponible, consiste en afirmar la *naturaleza siempre práctica, operativa*, del razonamiento jurídico, contrario a la naturaleza meramente "científica" o "teórica" supuesta en las tesis de GUASTINI con relación a los científicos del Derecho (*i.e.* "descriptores" de una realidad normativa enteramente "dada")[653]. ROBERT ALEXY, entre otros, ha sido particularmente insistente en que toda aproximación, aun científica, al Derecho, es de naturaleza práctica:

> "La ciencia del Derecho, tal como es cultivada en la actualidad, es, ante todo, una disciplina práctica porque su pregunta central reza: ¿qué es lo debido en los casos reales o imaginados? Esta pregunta es planteada desde una perspectiva que coincide con la del juez"[654].

A esto añade ALEXY que asumir dicha perspectiva no significa que no puedan adoptarse otras. Sin embargo, agrega el profesor alemán que, aun siendo adoptadas otras perspectivas (por ejemplo de carácter "científica" o "filosófica"), sus enunciados, "por más abstractos que puedan ser, están siempre referidos a la solución de casos, es decir, a la fundamentación de juicios jurídicos concretos de deber ser"[655].

---

[653] Estas consideraciones, que por lo demás hacen parte de una teoría de la propia estructura del razonamiento jurídico, permiten diferenciar perspectivas metodológicas en la aproximación que puede caberle al estudioso (o científico) del Derecho. En ellas se refleja una de las cuestiones hoy más disputadas, consistente en determinar el grado de importancia y relevancia que puede concederse a un planteamiento entera y exclusivamente teórico (*i.e.* descriptor) de la realidad jurídica, cuestión que abordo, en extenso, en *Ciencia jurídica y arte del Derecho*, *op. cit.*, *passim*. Véase también MASSINI, CARLOS IGNACIO, *La prudencia jurídica*, *op. cit.*, en esp. pp. 43-49 y 145-201.

[654] ALEXY, ROBERT, *Teoría de los derechos fundamentales*, *op. cit.*, p. 33.

[655] *Ibidem*. Consúltese además, de ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, *op. cit.*, pp. 206-207. En el mismo sentido, MARTÍNEZ DORAL, JOSÉ MARÍA, *La estructura del conocimiento jurídico*, *op. cit.*, p. 73; NINO, CARLOS SANTIAGO, *Introducción al análisis del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1983, en esp. pp. 340-341; AARNIO, AULIS, *Lo racional como razonable*, *op. cit.*, pp. 50-51.

No sobra insistir en el aspecto señalado, determinante en esta investigación doctoral: por más abstractos que sean nuestros juicios y nuestras observaciones sobre una determinada cuestión jurídica (piénsese, a modo de ejemplo, en un análisis filosófico de la dignidad humana como principio fundante del orden jurídico; o en un estudio sobre el significado último de la naturaleza de los contratos, que remita a un problema antropológico de la voluntad como facultad espiritual del hombre con capacidad normativa; o incluso un estudio acerca de la moralidad "ideal" expresada en determinadas nociones de la ley natural, etc.), estamos siempre razonando acerca de posibilidades, si bien genéricas, de realización de derechos y deudas concretas, es decir, siempre estaríamos hablando de tales cosas con el propósito de verter nuestras comprensiones a la solución de casos posteriores. Todos esos estudios nos sirven a los juristas, tarde o temprano, para concretizar en juicios de deber ser las posibles implicaciones que aparezcan en las relaciones de justicia[656]. Mediatamente, al menos, estas cosas permiten dar soporte a los juicios concretos para la decisión de asuntos jurídicos[657].

Por lo tanto, la naturaleza del razonamiento jurídico (la atención a la finalidad implicada en el oficio de todos los juristas) exige una aproximación claramente superadora de la naturaleza meramente descriptiva o verificadora –meramente cognoscitiva– de la actividad de quienes disciernen, determinan, dirimen o establecen las cosas que las personas reclaman como suyas o las cosas que deben ser res-

---

[656] En similar sentido, ERRÁZURIZ MACKENNA, CARLOS JOSÉ, *Introducción crítica a la doctrina jurídica de Kelsen*, *op. cit.*, pp. 96-98.

[657] Al respecto señala RODOLFO VIGO (*La interpretación jurídica*, *op. cit.*, p. 87):

> "El conocimiento jurídico, siendo constitutivamente práctico no tiene por objeto la contemplación de una esencia inteligible, sino que su finalidad es dirigir o valorar con mayor o menor precisión y rectitud a la conducta humana en la que aparece comprometida la justicia (...). El objeto terminal de la gnoseología jurídica es siempre una decisión a tomar en una circunstancia concreta".

petadas por ellas[658]. Para expresarlo de otro modo, cualquiera que sea el "uso racional" que le demos al razonamiento jurídico, siempre tendrá como marco de referencia su intrínseca disposición a cuestiones que tarde o temprano (mediata o inmediatamente) requieren de una solución o de una decisión en concreto. El razonamiento jurídico –de todos los juristas, jueces y no jueces– es, por lo mismo, *esencialmente* práctico u operativo.

5. LA CUESTIÓN METODOLÓGICA EN LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA

a) Relevancia de la metodología

La metodología aparece en nuestros días como uno de los temas más importantes para dar cuenta de los problemas de la interpretación del Derecho. En estos apartados que siguen se analizarán sus principales rasgos y condiciones, con el propósito de fijar su marco general, para luego, en el capítulo siguiente, entrar a un análisis pormenorizado del mismo. Pues bien, es un tema de primera importancia porque tiene como misión principal servir de medio para la fundamentación y justificación del conocimiento jurídico, dentro del cual aparece el conocimiento de los jueces orientado a la toma de decisiones jurídicas concretas[659].

LARENZ afirma que la metodología cumple no sólo la función de describir el proceder de una ciencia, sino también la de fundamentación del conocimiento que se adquiere, junto con una reflexión

---

[658] Véase LARENZ, KARL, *Metodología de la Ciencia del Derecho, op. cit.*, pp. 215-221, en relación a lo poco que aporta una "dogmática jurídica" al jurista cuando no está orientada a cuestiones prácticas. En similar sentido FINNIS, JOHN, *Ley natural y derechos naturales, op. cit.*, en esp. p. 46.

[659] Cfr. ALEXY, ROBERT, *Teoría de la argumentación jurídica, op. cit.*, p. 24.

acerca del valor de los resultados obtenidos[660]. Desde el punto de vista jurídico, la cuestión metodológica tiene como meta, según dicho autor, el descubrimiento del Derecho vigente (lo justo aquí y ahora), pero con un claro sentido normativo, lo cual supone que su proceder no es un mero "coleccionar" o "registrar" un "contenido de regulación simplemente dado", sino darle forma mediante respuestas a problemas jurídicos que reclaman una finalidad[661]. Según esto, la metodología jurídica posee una clara dimensión hermenéutica, en tanto consiste en la *forma* "de comprender lo que tiene sentido en cuanto tal, en contraposición al 'explicar' objetos sin atención a la referencia al sentido"[662].

Que la metodología sea el camino racional para dar cuenta de la calidad de las respuestas a los casos concretos, es manifestación de la propia estructura del proceso de decisión judicial y, más detenidamente, una natural manifestación de la forma en que procede la razón humana. Método significa *camino racional*, *procedimiento* a través del cual se avanza con un cierto orden para el conocimiento de algo, para saber su verdad, para conocer cómo son las cosas[663]. En materia de decisión judicial, desde luego, el conocimiento de ese "algo" se orienta a la producción o realización de un acto concreto: se conoce (lo jurídicamente relevante en un caso) para decidir. En dicho sentido, el método en materia judicial consiste en el camino o procedimiento usado por los jueces para tomar sus decisiones.

---

[660] Cfr. LARENZ, KARL, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, *op. cit.*, p. 236.

[661] Cfr. *ibidem*, p. 237.

[662] *Ibidem*, p. 238.

[663] Cfr. SANGUINETI, JUAN JOSÉ, *Lógica*, Pamplona, Eunsa, 1989, p. 197. El *Diccionario de la Lengua Española* define "método", en su primera acepción, como "[m]odo de decir o hacer con orden una cosa", y en su tercera acepción como "[p]rocedimiento que se sigue en las ciencias para hallar la verdad y enseñarla", *op. cit.*, t. II, p. 1366.

A lo largo de la historia del pensamiento jurídico se han formulado distintos "modelos" o "esquemas" metodológicos, todos los cuales, sin embargo, apuntan a esto mismo: señalar medios para ofrecer justificaciones a las decisiones jurídicas concretas. Como sostiene VIGO, los modelos metodológicos buscan "señalar y proponer el modelo de juez que 'es' y/o el que 'debe ser'"[664]. Al margen de sus aciertos o deficiencias, todos son articulados desde premisas *iusfilosóficas*, ideológicas e incluso morales[665]. En no pocas ocasiones esto

---

[664] VIGO, RODOLFO L., *Interpretación Constitucional*, *op. cit.*, p. 204.

[665] Esta tesis la sostiene, con relación a la jurisprudencia de los Estados Unidos, GRAHAM WALKER, en *Moral Foundations of Constitutional Thought*, *op. cit.*, pp. 23-64. Dedica allí todo un capítulo a esta cuestión, titulado "The Moral Anatomy of Contemporary Constitutional Theory", en donde expone cuatro modelos de manera entrecruzada en un plano de dos ejes, de la siguiente forma: en el eje horizontal se enfrentan: 1) el convencionalismo y 2) el realismo; en el eje vertical están: 1) la teleología (superior) y 2) la deontología (inferior). A juicio de WALKER los opuestos son irreconciliables, mientras que de la combinación de los próximos pueden surgir modelos alternativos. Hay ocasiones, de acuerdo con él, en que las diferentes posturas de un juez o de un teórico del Derecho pueden resultar siendo contradictorias, lo cual obliga a ubicarlo en algún sector cercano a la división, pero a la vez en el sector adyacente (opuesto) según algunas formulaciones especiales dentro de su teoría. Tal es el caso de RONALD DWORKIN (el interrogante que plantea WALKER es si DWORKIN es convencionalista-deontológico o realista-deontológico).

produce una suerte de *híbridos interpretativos*[666], como también una mezcla inescindible de lo descriptivo con lo prescriptivo[667].

Así pues, la metodología jurídica es una cuestión determinante a la hora de plantear todo lo concerniente a la justificación racional de las decisiones judiciales. La metodología no se confunde, claro está, con "el fundamento" o "la justificación" de los fallos, sino que opera como procedimiento para ello, valga decir, permite al intérprete dar cuenta de su justificación o fundamentación (cfr. *infra*, V, 5.g). Los métodos que utilizan los jueces nos permiten advertir el camino o procedimiento que han recorrido, en el que aparece la forma en que han trabajado con los materiales relevantes del caso, como, por ejemplo, la valoración dada a los hechos, las normas jurídicas y los actos de voluntad, junto con el grado de importancia que conceden a dichos materiales, a la significación de los enunciados interpretativos y, además, el propio orden argumental empleado en la motivación del fallo[668].

---

[666] Es la tesis, planteada con relación a la jurisprudencia constitucional colombiana, de OSCAR MEJÍA QUINTANA: cfr. "Derecho, legitimidad y democracia: desarrollo y conflicto de los paradigmas jurídicos en Colombia", en *Pensamiento Jurídico. Revista de Teoría del Derecho y Análisis Jurídico* 8 (1997), pp. 73-83. Las clases de paradigmas que menciona, con sus correspondientes fuentes ideológicas y filosóficas, son: 1) el liberalismo escéptico, que se funda en la escuela analítica del Derecho; 2) el dogmatismo colectivista, que se nutre del *iusnaturalismo* premoderno; 3) el colectivismo silogístico, asentado en el *iuspositivismo*; y, por último, 4) el pluralismo igualitario, que se funda en la hermenéutica (postura argumentativa). MEJÍA propone superar todos estos paradigmas a través de un quinto: el consensual-discursivo, que se funda en las teorías jurídicas de RAWLS y HABERMAS. A este tema le dedica un trabajo –escrito conjuntamente con JOSÉ ANTONIO RIVAS CAMPO–, y publicado allí mismo, titulado "Consenso y opinión pública o regla de mayoría. El procedimiento de decisión de la Corte Constitucional", pp. 85-111.

[667] VIGO identifica diez modelos o paradigmas: 1) el dogmático o racionalista; 2) el irracionalista o arracionalista; 3) el político o negativista; 4) el herculeano; 5) el funcionalista o pragmático; 6) el procedimentalista; 7) el dialéctico; 8) el hermenéutico; 9) el analítico, y 10) el prudencial-retórico: cfr. *Interpretación Constitucional*, *op. cit.*, pp. 205-232.

[668] Esto no quiere decir que la justificación o la propia decisión adoptada por los jueces, explícitamente presentada en una sentencia, sea una manifestación de los

A la par de su importancia, el tema es bastante complejo. No sólo involucra una buena cantidad de variables (conceptuales, epistemológicas y aun antropológicas, como se verá en el capítulo siguiente), sino que, además, está el hecho de que no siempre se cuenta dentro de la teoría jurídica con una caracterización uniforme sobre su significado y sus elementos. Varios interrogantes concretos saltan a la vista: ¿cuál es o debe ser el método más indicado para fundamentar y justificar las decisiones de los jueces? ¿Existe un solo método de interpretación correcto, o varios? ¿De qué depende la utilización de uno u otro método de interpretación?

A estos interrogantes se suman otros que parten de la idea, por cierto bastante difundida, según la cual los métodos de interpretación jurídica significan lo mismo que los denominados elementos, criterios, pautas o cánones de interpretación: gramatical, histórico, lógico y sistemático, según la conocida clasificación de SAVIGNY. Sin embargo, ¿es lo mismo hablar de "método" que de "elemento", "criterio" o "canon" de interpretación?[669]. A dar respuestas a las anteriores preguntas se orientan los siguientes apartados.

---

verdaderos motivos o creencias que tienen sobre los asuntos juzgados por ellos, y que esos "verdaderos motivos" coincidan plenamente con el método que han seguido para llegar finalmente a una decisión. La cuestión será abordada en el último capítulo bajo la distinción entre razones "explicativas" y "justificativas". Podría suceder, en efecto, que el "razonamiento interno que se desarrolla en la mente del juez y que sirve para configurar el sentido de la decisión permanezca oculto": SEGURA ORTEGA, MANUEL, *La racionalidad jurídica*, *op. cit.*, p. 105.

[669] Parte de las respuestas a los interrogantes presentados nos la da LARENZ: "No se trata de diferentes *métodos de interpretación*, como constantemente se ha pensado, sino de *puntos de vista metódicos* que han de ser tenidos en cuenta si el resultado de la interpretación puede deber abrigar la pretensión de rectitud": *Metodología de la Ciencia del Derecho*, *op. cit.*, p. 316 (énfasis agregado). Existen autores, por ejemplo ARTURO HOYOS, que mantienen la denominación equivalente entre método y cánones: cfr. *La interpretación constitucional*, *op. cit.*, p. 13. Lo mismo puede decirse de FRANCISCO JAVIER DÍAZ REVORIO: cfr. *Valores superiores e interpretación constitucional*, *op. cit.*, pp. 313-315. Ambos, sin embargo, afirman la existencia de "un pluralismo metodológico" en la interpretación constitucional. Otros autores son más cautelosos. Por ejemplo LUIS PRIETO SANCHÍS presenta el te-

b) La finalidad práctica como criterio determinante de los métodos de interpretación

La manera más indicada para delimitar lo relacionado a los métodos de interpretación jurídica consiste en darle una mirada a la realidad sobre la cual recae todo acto interpretativo y, más ampliamente, toda la racionalidad en el Derecho. Ese "darle una mirada a la realidad" implica plantear desde un comienzo el carácter condicional del método hermenéutico con relación a lo que los juristas deben y necesitan realizar. Para decirlo de otra manera, una realidad no podría llegar a ser conocida (en este caso *juzgada* y *decidida* desde el punto de vista jurídico) sin atender a su propia especificación o a sus propios limitantes. Una realidad *práctica* tendría, por ejemplo, una primera exigencia sobre la manera como puede ser abordada, valga decir, desde una perspectiva que también debe ser *práctica*. A esto responde lo que los antiguos denominaban *ratio formalis objecti ut objectum*, aquel modo "específico" o "propio" de abordar una realidad según la realidad misma. Una realidad práctica, por supuesto, puede ser abordada desde una perspectiva no práctica; sin

---

ma mediante el epígrafe "Los llamados métodos de interpretación", para luego clarificar acertadamente que son "criterios" o "reglas de segundo grado": cfr. *Ideología e interpretación jurídica, op. cit.*, p. 102. ROBERT ALEXY, por su parte, los denomina "cánones de interpretación" y también "formas de argumentación en el discurso jurídico", a la vez que los distingue claramente de la metodología: cfr. *Teoría de la argumentación jurídica, op. cit.*, pp. 24 y 226. AULIS AARNIO los concibe en similar sentido, aunque los denomina a veces "reglas" y "directrices", como también "pautas del procedimiento del razonamiento"; cfr. *Lo racional como razonable, op. cit.*, pp. 121 y 146, respectivamente. ANDRÉS OLLERO TASSARA también plantea una diferenciación: "los mal llamados *métodos* de interpretación no son sino *tópicos argumentativos* que inclinan hacia una u otra solución o brindan ocasión de contraste": *Derechos humanos y metodología jurídica, op. cit.*, p. 219. Para una explicación acerca de la transformación de estas "reglas" en "tipos" o "métodos" de interpretación, véase GUZMÁN BRITO, ALEJANDRO, "La historia dogmática de las normas sobre interpretación recibidas por el Código Civil de Chile", cit., en esp. pp. 81-87.

embargo, no sería ésta su perspectiva "propia" y "definitiva", porque su campo de realidad (su ordenación específica) es otro[670].

Esto quiere decir que el propósito de todo método está en relación directa con el objetivo que se persigue (conocer algo de algo, saber la verdad, juzgar una realidad para alcanzar una decisión en concreto). Si el fin del saber *determina* y *condiciona* sus propios medios, la pregunta sobre la *finalidad* de la interpretación termina siendo crucial para responder la cuestión sobre los métodos de interpretación jurídica[671]. Ahora bien, la finalidad exigida por el campo de realidad sobre el cual versa el razonamiento de los jueces, como se ha indicado ampliamente, es de naturaleza práctica: consiste en determinar derechos y obligaciones, en realizar la justicia, en la comprensión de una realidad de sentido que exige ser *operada*. El propósito último de la judicatura no radica en describir un estado de cosas o en contemplar objetos de contornos precisos. Consiste, por el contrario, en ordenar acciones u omisiones a personas o instituciones, en exigir comportamientos o restituciones de cosas concretas. Si bien es cierto que parte de la realidad jurídica está dada, también es cierto que, en otra parte, reclama su realización o concretización. Este "reclamar" su realización o concretización es nota característica de una realidad de sentido. La metodología jurídica, en consecuencia, consiste en la forma racional de tomar "lo dado" para realizarlo en concreto y, por lo mismo, no es nada distinto que un camino o procedimiento racional de comprensión de problemas de sentido para solucionarlos justamente.

---

[670] Cfr. MARTÍNEZ DORAL, JOSÉ MARÍA, *La estructura del conocimiento jurídico*, *op. cit.*, pp. 17-23; MORA RESTREPO, GABRIEL, *Ciencia jurídica y arte del Derecho*, *op. cit.*, pp. 164-171.

[671] En sentido similar, CANOSA USERA, RAÚL, *Interpretación constitucional y fórmula política*, *op. cit.*, p. 83. Desde el punto de vista de una epistemología jurídica, la relación (y necesidad de tomar en consideración) entre métodos (de conocimiento jurídico) y finalidad, ha sido magistralmente expuesta por MARTÍNEZ DORAL, JOSÉ MARÍA, *La estructura del conocimiento jurídico*, *op. cit.*, *passim* (con amplia referencia bibliográfica).

La noción de fin como elemento determinante de los métodos de interpretación jurídica viene a confirmar –ahora desde el punto de vista metodológico–, lo que antes se había afirmado acerca de la íntima relación entre las razones judiciales y la decisión alcanzada (ver *supra*, IV, 4). Dicha relación, desde el punto de vista de los métodos de interpretación jurídica, sugiere que los métodos *deben ser* consistentes (adecuados) para alcanzar (cumplir) la finalidad. Esto puede ser expresado también de otra forma: el método se *subordina* a (depende de) la propia finalidad buscada. Si la decisión consiste en la justicia concreta, en lo justo y lo debido en el caso particular, el método de interpretación encuentra su justificación en la medida en que permita la consecución de dicha finalidad. Por lo tanto, la importancia que se le concede a los métodos encuentra su lugar en la medida en que sea consistente con la propia respuesta a que dicho método está llamado a servir. Si el método está en función de la finalidad, implica que no todo método es adecuado o consistente con ella. De ahí que una utilización indiscriminada de métodos no garantice el cumplimiento de la finalidad.

En materia jurídica surge, sin embargo, una cuestión difícil de resolver. En materia jurídica la finalidad consiste en alcanzar una decisión justa, y como tal perteneciente al mundo del obrar humano, con sus múltiples configuraciones y posibilidades. La metodología, desde la razonabilidad jurídica, no puede desconocer esta dificultad, la de dar cuenta de dicho "objeto práctico" u "operable": de algo que aún *no es* (en rigor), sino de algo que está por hacerse o por determinarse. El contraste que existe entre la finalidad que puede ser predicada del conocimiento de los objetos físicos del mundo exterior, de aquella que puede hacerse respecto de las conductas y del obrar humano es enorme. Aquellos están, por decirlo así, "puestos" ante nuestros ojos de una manera más o menos clara o más o menos confiable. El conocimiento correcto de este tipo de objetos consiste en un juicio de conformidad o adecuación entre nuestra razón y el objeto exterior conocido que es *afirmado* en dicho juicio.

En las realidades prácticas, como la jurídica, las cosas no son así de simples. La practicidad supone un juicio de alternativas, elecciones, configuraciones distintas respecto del obrar humano[672]. La pregunta que surge, entonces, es de la mayor importancia: ¿cómo pueden ser fundamentadas y justificadas metodológicamente las decisiones judiciales, cuando es posible configurar de distinta forma el conocimiento y las decisiones jurídicas? Como se verá luego, la respuesta a este interrogante está dada por la noción de "fin práctico", la cual supone unos contornos de racionalidad *menos fuertes* que aquellos que pueden ser establecidos respecto de los objetos físicos del mundo exterior. Para decirlo en clave epistemológica, la verdad práctica (que es el "fin" al que está orientado el saber práctico, *v. gr.* la "decisión justa"), tiene una constitución diferente a la de la verdad teórica, en la medida en que no puede ser demostrada con la rigurosidad de ésta (cfr. *infra*, V, 1.d y 5.b)[673].

Estas consideraciones, por obvias razones, plantean una cierta tensión de los elementos que configuran el método en la interpretación del Derecho, asunto que a su vez es correspondiente con la misma tensión que antes se había afirmado con relación a la actividad hermenéutica (ver *supra*, IV, 3.c y d), manifestada en la necesidad que tienen los jueces de producir decisiones correctas, adecuadas o justas, contando para tal propósito con una metodología que

---

[672] En sentido *finniseano* por "practicidad" se entiende acá el conjunto de razones para *obrar* "con miras a la decisión y a la acción": FINNIS, JOHN, *Ley natural y derechos naturales*, *op. cit.*, p. 46.

[673] Que existan esos "contornos" menos fuertes no quiere decir que no se pueda hablar de una "*verdad* práctica". Una cosa es señalar la *menor rigurosidad demostrativa* y otra bien diferente es negar de plano la existencia de la *verdad* práctica. Así pues, se puede encontrar una "verdad jurídica" (la decisión justa), aunque no puede ser mirada como si se tratara de una verdad exactamente equiparable a las que se obtienen por los métodos de las ciencias exactas. El tema es tratado a fondo en MORA RESTREPO, GABRIEL, *Ciencia jurídica y arte del Derecho*, *op. cit.*, pp. 109-138 (aspectos generales) y 271-303 (aspectos jurídicos). Véase también, sobre este punto, la obra de OLLERO TASSARA, ANDRÉS, *Derechos humanos y metodología jurídica*, *op. cit.*, pp. 105-116.

parece estar distante de ello[674]. Todos los esfuerzos llevados a cabo por las tesis hermenéuticas intentarán reflejar esta tensión, sin que lleguen, por la naturaleza práctica del razonamiento jurídico, a eliminar plenamente la "menor rigurosidad" del resultado decisorio generado por la metodología. La consecuencia que surge a partir de lo anterior es bien importante: el empleo de métodos prácticos de interpretación jurídica son medios para justificar diferentes alternativas de solución a los casos concretos. Al margen de algunas circunstancias específicas, determinadas por ciertos bienes humanos en juego, lo anterior significa que en materia jurídica no siempre existen respuestas únicas para resolver los problemas, aunque toda respuesta deba estar metodológicamente justificada[675].

Pasar por alto el campo de realidad (en este caso pasar por alto la realidad jurídica) implica una aproximación defectuosa a lo buscado por el estudioso en la respectiva área del saber, lo que, en el caso del juez, implica una defectuosa aproximación a la practicidad de la decisión justa. Desde el punto de vista del positivismo jurídico lo anterior es manifiesto: su "método científico" pasa por alto una realidad de sentido que necesita ser valorada en señal de aprobación o

---

[674] Una introducción al tema en OLLERO TASSARA, ANDRÉS, *Derechos humanos y metodología jurídica*, *op. cit.*, pp. 213-224.

[675] Como se viera más detenidamente en otro lugar (*supra*, II, 5.e), hay quienes intentan mostrar que los jueces están en capacidad (y también en la obligación) de alcanzar una única respuesta correcta a todos los casos. Las posturas que plantean la tesis de la única respuesta correcta forman parte de lo que H. L. A. HART denominara como pertenecientes a un "noble sueño", tesis que hace de RONALD DWORKIN –su máximo defensor– el "más noble soñador de todos": cfr. HART, H. L. A., "American Jurisprudence Through English Eyes: The Nightmare and The Noble Dream", cit., p. 137. Un estudio interesante, que busca demostrar que DWORKIN hace formidables intentos por revalidar el modelo exegético decimonónico de interpretación jurídica, es el de PEÑA GONZÁLEZ, CARLOS, "Discreción e interpretación judicial: la tesis de Dworkin", cit., pp. 229-242. Sin embargo, no parece ser este el caso, debido a la importancia que el autor norteamericano le concede a la fase *postinterpretativa*, que como se vio anteriormente, intenta conducir la práctica judicial hacia nuevos horizontes (mejoras), asunto impensable desde las coordenadas del modelo exegético (II, 5.e.iii).

rechazo, o bien, que exige ser determinada según "un mejor estándar" de realización. Negada su practicidad, sólo le resta imponerle su propio método (científico), al costo de imposibilitarle una justificación suficiente en aquellos casos no subsumidos por él.

Desde las coordenadas contrarias, que atienden al campo de la realidad jurídica y a la finalidad del razonamiento de los jueces, se puede hacer un contraste claro con el positivismo jurídico en tres aspectos centrales: en primer lugar, en relación con el espacio de juzgamiento desde el punto de vista metodológico, que debe ser consistente con dicha finalidad, no al contrario. En segundo lugar, la metodología no se limita a ser "descriptiva", "neutral" o "verificadora" de objetos, porque los "objetos" de juzgamiento son prácticos u operables, lo cual, por inconsistencia, no admiten una metodología de ese tipo[676]. En tercer lugar, como se desarrollará enseguida, la metodología práctica permite un espacio de juzgamiento lo suficientemente amplio, posibilitando a los jueces hacer uso de diferentes tipos de razones –por ejemplo razones no pertenecientes a la categoría de la evidencia empírica– a través de las cuales puedan dar forma a la justificación de la decisión adoptada[677].

---

[676] MAURO CAPPELLETTI, en la introducción a su ya citada obra *Procesos, Ideologías, Sociedad* (p. xiv), previene al lector al decirle que no espere "en estas páginas el indiferentismo del estudioso 'neutral'", a lo que agrega, en pie de página, que "sólo en un plano irreal y abstracto (...) se puede pensar en un hombre que sea exclusivamente 'científico' (...). El jurista verdadero es el que coloca su investigación al servicio de la solución de problemas concretos".

[677] Repasemos brevemente lo que dijera RONALD DWORKIN a este respecto (ver *supra*, II, 5.e; III, 3.b): el positivismo jurídico maneja a su juicio un concepto de Derecho estrecho, el cual se agota en la verificación del conjunto de normas válidas según hayan sido adoptadas por un legislador histórico: cfr. *El imperio de la justicia*, *op. cit.*, p. 19. Según esto, el tipo de razones que incorporan los jueces y abogados que siguen la metodología positivista estaría limitado a ese "Derecho válido", el cual, una vez que se agota, exige pasar a su extremo opuesto, cual es la absoluta discrecionalidad judicial del funcionario que toma la decisión. Como se vio anteriormente, la naturaleza práctica de los métodos de interpretación jurídica permite incorporar otro tipo de razones –además de las razones y normas de tipo legal–, como los principios jurídicos y otros estándares de juzgamiento. En esto reside, entonces, el espa-

c) Los métodos de interpretación y las razones justificativas

Lo que se acaba de exponer en el párrafo anterior es bien importante. Se trata de advertir cuáles son las razones que posibilitan una respuesta judicial a los casos concretos y cómo se configuran metodológicamente para dar cuenta de la justicia. Como se dijera en otro capítulo, una razón justificativa es una razón de soporte a los derechos y obligaciones concretas; intenta manifestar una fuente o causa de producción jurídica y sus respaldos (I, 4.b). De ahí que las razones justificativas no sean *el método mismo*, sino más bien la materia sobre la que recae el método empleado para interpretar. La importancia de esta distinción radica, por una parte, en señalar que un método de interpretación jurídica no se reduce a ser un simple procedimiento de tipo formal sin consideración a realidades concretas que le suponen. Los métodos de interpretación son, más bien, procedimientos que "manifiestan" aquellas realidades que justifican la decisión adoptada, esto es, las fuentes de los derechos y de las obligaciones.

Por otra parte, la relevancia de dicha distinción también se manifiesta en que no es cierto que los denominados "cánones" de interpretación sean los "métodos" de interpretación, sino que son más bien un conjunto de directrices o criterios que delimitan el razonamiento de los jueces o lo encausan hacia la determinación de las fuentes jurídicas concretas. En este sentido, operan como reglas racionales subordinadas o condicionadas por el propósito central del razonamiento interpretativo, que es dar cuenta de las fuentes de los derechos y obligaciones en los casos particulares. Ambos temas se pasan a desarrollar enseguida.

---

cio más amplio de juzgamiento desde una metodología práctica, que permite superar la norma estrictamente positiva, sin caer por esto en la arbitrariedad.

i. Las fuentes de los derechos y obligaciones

Los métodos de interpretación jurídica pueden ser entendidos como procedimientos racionales para el juzgamiento de situaciones concretas. Estas situaciones, a su vez, son realidades complejas que constituyen la materia sobre la cual versa la interpretación. A esta materia se le puede denominar *realidad jurídica*[678], o también, siguiendo a HERVADA, *relación jurídica* o *relación de justicia*, la cual está compuesta por sujetos titulares de derechos y obligaciones que se encuentran discutidos, o que requieren de un acto de decisión que le ponga fin con carácter definitivo[679]. El objetivo que persigue el intérprete es comprender dicha realidad para formular, determinar, prescribir u ordenar la justicia concreta.

En la medida en que se trata de un procedimiento de carácter racional –o de un acto de comprensión– la operatividad misma de todo método de interpretación supone la articulación de razones tendientes a comprender el caso y, por ende, a justificar la decisión adoptada. Las razones son propiamente el "contenido" mismo de los métodos de interpretación. Sin embargo, dichas razones son al mismo tiempo la enunciación o la expresión de aquella realidad jurídica en la que distintos sujetos discuten derechos y obligaciones. Esto supone considerar que las propias razones aluden a "algo" de la realidad jurídica que conforman los casos concretos. Los derechos y obligaciones, para decirlo con otras palabras, no pueden justificarse sobre la base de razones que no sean, al mismo tiempo, reflejadas o soportadas en la realidad jurídica concreta. Ese "algo", en último término, son las circunstancias (actos, hechos, normas, costumbres, principios, etc.) que permiten sostener que alguien tiene efectivamente un derecho o que alguien tiene el deber de comportarse de

---

[678] Una explicación detenida de este concepto en MORA RESTREPO, GABRIEL, *Ciencia jurídica y arte del Derecho*, *op. cit.*, pp. 187-202.

[679] Cfr. HERVADA, JAVIER, *Lecciones propedéuticas de Filosofía del Derecho*, *op. cit.*, pp. 244-246.

determinada manera. En razón de esto, se puede claramente decir que las razones justificativas (contenido del método de interpretación) son formulaciones de "ese algo" mediante el cual se determinan los derechos y las obligaciones concretas.

A ese "algo", eso que "constituye" o "regula" un derecho o una obligación, se le denomina "fuente del derecho" o "fuente de la obligación"[680]: es la causa por la cual alguien es titular de un derecho y alguien, correlativamente, de una obligación[681]. Una realidad jurídica, entonces, sólo puede ser comprendida cabalmente si se comprenden sus causas. Para que el intérprete (en especial, el juez) pueda resolver el problema jurídico debe indagar por las fuentes de los derechos y de las obligaciones. Así las cosas, los métodos de interpretación jurídica tienen que dar cuenta de esto: no sólo apuntan al logro de una finalidad práctica, sino además tienen como contenido (materia) el discernimiento de las fuentes o títulos de los derechos y obligaciones concretas. Los jueces encuentran en ellos el soporte de sus decisiones. La forma como sean expresadas, discernidas y establecidas las fuentes de producción jurídica, esto es, el procedimiento racional (método), no puede quedar reducida a ser un conjunto de argumentos o de criterios metodológicos de interpretación que no sean a su vez correspondientes con los argumentos y criterios articulados desde las fuentes de producción jurídica. En tal sentido, no son razones auto-referentes o auto-justificatorias, sino más bien manifestación y expresión de realidades concretas.

Esto pone de manifiesto la importancia práctica de las propias razones empleadas por el método de interpretación jurídica. Las fuentes de producción jurídica, en tanto causas de los derechos y de las obligaciones concretas, son portadoras de un sentido práctico,

---

[680] Es lo que AULIS AARNIO denomina también "bases de la interpretación": cfr. *Lo racional como razonable*, *op. cit.*, p. 121. Véase también, en este sentido, SEGURA ORTEGA, MANUEL, *La racionalidad jurídica*, *op. cit.*, p. 80.

[681] Cfr. HERVADA, JAVIER, *Introducción crítica al Derecho Natural*, *op. cit.*, pp. 34-35.

operable, y, en cuanto tal, son tomadas (determinadas, discernidas, articuladas y comprendidas) por los jueces según dicha practicidad u operatividad. De ahí que pueda afirmarse, por una parte, que las razones que emplean los jueces para solucionar los casos concretos sean razones prácticas, o bien, por otra parte, que las fuentes de los derechos y obligaciones concretas puedan ser asimiladas a los medios prácticos que determinan lo justo y lo debido concreto[682].

Este último sentido (medios prácticos) puede también ser apreciado a través de lo que RAZ denomina *razones para obrar*, razones del tipo "justificadoras" u "operativas"[683], o en términos de FINNIS, el *sentido* implicado en las razones elegidas (inteligentes) para la acción[684]. Esto quiere decir que los jueces llegan a un resultado o decisión a través de la formulación de razones que impelen un obrar concreto: "el deudor debe esto, el acreedor tiene derecho a esto". Las razones prácticas, manifestadas metodológicamente, tienen una importante significación, en la medida en que son razones que justifican el hecho de que el deudor vaya a ser condenado a dar determinada cuantía o cosa, o a sufrir cierta pena o sanción, y que el acreedor tenga derecho a determinada cosa. Como sea que estas cosas lo son en virtud de las fuentes de los derechos y obligaciones, las razones para obrar y para actuar no serían nada distinto que razones expresivas de dichas fuentes.

---

[682] En rigor, claro está, las fuentes de los derechos y obligaciones no son *meras razones*, sino hechos, condiciones, actos de voluntad, costumbres, decisiones anteriores, actos gubernamentales, etc. Sin embargo, la asimilación entre fuentes del Derecho y *razones prácticas* puede legítimamente hacerse cuando se comprende que el razonamiento judicial apunta a *expresar* dichas fuentes por medio de razones. En un sentido figurativo, pues, puede decirse que las fuentes del Derecho son las razones de las que los jueces echan mano para afirmar el derecho y la deuda concreta.

[683] Cfr. RAZ, JOSEPH, *Razón práctica y normas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, trad. de J. Ruiz Manero, 1991, p. 91. Una expresión equivalente es la de "razones normativas", en el sentido de que regulan o prescriben acciones obligatorias, o permiten dar cuenta de los derechos y obligaciones concretas.

[684] Cfr. FINNIS, JOHN, "Derecho natural y razonamiento jurídico", cit., p. 14.

Estas mismas consideraciones pueden hacerse con relación a la noción que AARNIO emplea como justificatoria de las decisiones judiciales. Como se recordará, dicho autor entiende por fuentes del Derecho *toda* razón (aceptada en una comunidad jurídica) que es usada como justificatoria de una interpretación (cfr. *supra*, IV, 3.b). Las explicaciones y el sentido en que AARNIO considera la índole propia de la justificación de las decisiones judiciales son diferentes, en ciertos aspectos y en general desde una óptica distinta, del tipo de razones justificadoras que deben emplear los jueces según esta investigación (en especial lo relativo a la cuestión problemática de admitir si *toda* razón, por el simple hecho de ser aceptada por una comunidad jurídica, puede servir de base justificatoria de una decisión: ver *infra*, V, 4.i y 5). Pero ello no impide el hecho de advertir una semejanza entre lo que él propone y el contenido del método jurídico que en este apartado se ha intentado mostrar, a saber: que las justificaciones de los jueces, sus razones prácticas, son correspondientes o asimilables, o están referidas en último término, a las fuentes de producción jurídica[685].

Así pues, como síntesis de todo lo anterior, puede afirmarse que los métodos de interpretación jurídica son un modo racional de dar cuenta de las fuentes del Derecho. Esto quiere decir que las razones prácticas pueden ser razones meramente autoritativas (intención del legislador, voluntad de la ley, intención de los contratantes, etc.), pueden incorporar criterios o cánones tradicionales de interpretación cuando haya lugar (gramatical, histórico, etc.), como también pueden incorporar razones de otra índole. Nada obsta para que los jueces aprecien la justicia concreta a partir (o en virtud) de otro tipo de fuentes o mediante el empleo de otro tipo de razones además de

---

[685] El propio AARNIO, en *Lo racional como razonable*, *op. cit.*, p. 123, lo dice de este modo: "las nociones 'razón de la interpretación jurídica' y 'fuente del derecho' son equivalentes". Esta idea la reitera en "La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico", cit., p. 28: "Las razones (argumentos) usados en la justificación jurídica se llaman *fuentes del Derecho*".

las normas jurídicas previamente establecidas: la corrección misma de la ley, la costumbre, una decisión anterior de un juez, la naturaleza humana, un sentido de justicia articulado judicialmente (*v. gr.*, en razón de una laguna o ausencia de norma), un valor constitucional (o social, económico, político, etc., p. ej., "el bien común", el criterio de las *preferred freedoms*), un principio del Derecho, la consecución de una finalidad jurídica (p. ej., la *affirmative action*), un "argumento que apele a lugares comunes" (*topoi*), etc.[686]. La legitimidad de cada uno de tales argumentos y de cada una de tales razones sólo puede ser analizada frente a los casos concretos. Acá sólo se ha planteado su viabilidad o posibilidad práctica.

ii. Los elementos o cánones de la interpretación jurídica

Como se ha dicho previamente en varios lugares, en los países cuya tradición es el Derecho legislado las razones justificativas suelen ser articuladas sobre la base de los textos legales o normativos ('enunciados interpretativos': ver *supra*, I, 4.b). Dichos textos son considerados documentos autoritativos de primera importancia, hasta tal punto que se les denomina –en una estructura jerárquica de fuentes jurídicas– la primera y principal, en tanto que las restantes (la costumbre, la jurisprudencia, la doctrina, los principios del Derecho, etc.) son relegadas a un plano secundario o residual, que operan

[686] Esta lista no pretende ser exhaustiva. Tampoco es igual, en todos sus aspectos, a la presentada por AULIS AARNIO en *Lo racional como razonable*, *op. cit.*, pp. 123-133, aunque sí responde, en el fondo, a la misma noción presentada por él. La concepción de "fuente del Derecho" que se plantea en esta investigación (cuyos términos equivalentes son los de "título jurídico" y "causa del derecho" o de "la obligación") consiste a grandes rasgos en lo que MICHEL VILLEY denominara "el mapa de las grandes rutas por donde el razonamiento jurídico llega a sus conclusiones: dicho de otra manera, (de explorar) las fuentes de lo justo", en *Consideraciones en pro del Derecho Natural clásico*, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 1966, p. 55. En este sentido, por lo tanto, las fuentes del derecho no son el derecho mismo, sino las causas por las cuales una persona tiene un derecho o una obligación concreta.

siempre y cuando una ley remita a ellas, o las permita, o no regule una situación concreta, o cosas semejantes.

Esta forma de comprender la teoría de las fuentes jurídicas, surgida al amparo de los postulados que forjaron el Estado liberal de Derecho y que fuera difundida y asumida en el ámbito jurídico por el modelo formalista, no sólo condiciona –*prima facie*– la actividad interpretativa a los textos autoritativos, sino además explica el tipo de razones (legales) que son exigidas al intérprete cuando resuelve casos concretos[687]. Explica, con otros términos, por qué los denominados "cánones" de la interpretación jurídica han jugado un papel tan importante y central en ese tipo de Estado.

En efecto, las razones interpretativas en este modelo, al responder exclusivamente a una hermenéutica de *textos legislativos*, obligan a incorporar un conjunto de criterios que permitan al intérprete dar cuenta, lo mejor posible, del lenguaje y significación de los enunciados empleados por el legislador en dichos textos, juntamente con sus intenciones y con el plan coherente de racionalidad que exige su obra. Se puede sostener que tales criterios constituyen un conjunto de directrices o reglas metodológicas que orientan la actividad interpretativa sobre el *Derecho legislado*[688]. Al operar sobre la base de

---

[687] Véase al respecto la obra de ZAGREBELSKY, GUSTAVO, *El derecho dúctil*, *op. cit.*, pp. 21-33.

[688] En rigor, no todos los criterios operan, sin embargo, sobre la base del *Derecho legislado*, como aquellos que se refieren a "las máximas de la experiencia", "los principios generales del Derecho", "la moral mayoritaria", "la realidad social y económica", etc. De cualquier modo, los tradicionales criterios, señalados ya, tienen como misión esclarecer problemas relativos al lenguaje jurídico formulado en textos legales. El caso colombiano, como muchos otros pertenecientes a la tradición del Derecho legislado, es ilustrativo a este respecto (Código Civil, artículos 25 y ss.), en la medida en que son tratados como reglas que conciernen a la interpretación de disposiciones legales (aun la aplicación de la equidad, como criterio de interpretación supletorio, el cual opera cuando existan "pasajes oscuros o contradictorios" en alguna ley). Nada obsta, a pesar de la fuerte tradición legalista al respecto, que esos cánones puedan ser usados como base de fundamentaciones de normas jurídicas no positivas, como sostiene ROBERT ALEXY: cfr. *Teoría de la argumentación jurídica*, *op. cit.*, p. 226.

enunciados legislativos el intérprete, dice LARENZ, "hace hablar" a los textos legales para el caso concreto, fijándoles un sentido[689].

El primer inconveniente que aparece, sin embargo, en la determinación de tales criterios, es su número[690]. Comúnmente se suele acudir a los elementos modernamente fijados por SAVIGNY en su *Sistema de Derecho Romano actual*[691], a saber: el gramatical, el lógico, el histórico y el sistemático[692]. Por otra parte, las propias legislaciones, la doctrina y también la jurisprudencia, se han encargado de incrementar considerablemente su número[693]. Por encima de esto, el carácter central y convergente de toda la realidad jurídica en la "legislación" estatal, propiciada por este enfoque, explica a su vez el papel central que dichos elementos han cumplido en la interpretación jurídica. Puede decirse a este respecto, que la incesante búsqueda del

---

[689] Cfr. LARENZ, KARL, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, *op. cit.*, p. 309.

[690] Cfr. ALEXY, ROBERT, *Teoría de la argumentación jurídica*, *op. cit.*, p. 24. En el mismo sentido ITURRALDE SESMA, VICTORIA, *Aplicación del Derecho y justificación de la decisión judicial*, *op. cit.*, p. 118; EZQUIAGA GANUZAS, FRANCISCO JAVIER, "Los juicios de valor en la decisión judicial", en *Anuario de Filosofía del Derecho* 1 (1984), p. 42.

[691] Cfr. SAVIGNY, FRIEDRICH K. V., "Sistema de Derecho Romano actual", cit., pp. 187-188.

[692] Para una exposición a fondo de estos criterios, véase GUZMÁN BRITO, ALEJANDRO, "La historia dogmática de las normas sobre interpretación recibidas por el Código Civil de Chile", cit., *passim*. Para una explicación sobre el origen romano de estos criterios, formulados tardíamente a partir de "fragmentos que los compiladores bizantinos descosen de textos antiguos mucho más extensos", véase MERELLO ARECCO, ITALO, "La interpretación del Derecho en los juristas romanos", en *Interpretación, integración y razonamiento jurídicos*, *op. cit.*, pp. 27-40. También CASTRO Y BRAVO, FEDERICO DE, "Naturaleza de las reglas para la interpretación de la ley", en *Anuario de Derecho Civil* n. 1, vol. xxx (1977), pp. 809-858.

[693] Por ejemplo, la equidad, los principios generales del Derecho, la analogía, etc. El tema puede complicarse, además, cuando se introducen distinciones entre criterios, como por ejemplo entre *criterios de interpretación* en sentido general (como los señalados, *v. gr.*, el gramatical, el histórico, etc.) y *metacriterios*, que serían los puntos de partida racionales de los criterios generales. Esta distinción es realizada por ASÍS ROIG, RAFAEL DE, *Jueces y normas*, *op. cit.*, pp. 204-205.

"pensamiento del legislador", como objetivo primordial, llevó a que la interpretación *legal*, formulada a través de los anteriores criterios, agotara el ámbito de toda la interpretación *jurídica*[694].

Una perspectiva hermenéutica de la interpretación jurídica permite un espacio de razones mucho más amplio que éste. Dicho espacio más amplio no supone negar este tipo de criterios, sino más bien exige ubicarlos en un contexto distinto. Adquieren, desde luego, una importante función en la justificación de las decisiones judiciales, como sea que su propósito está encaminado a determinar, aunque parcialmente[695], el derecho y la deuda concreta con base en un fuerte criterio de juridicidad, como es el ordenamiento jurídico positivo. Sin embargo, los cánones tradicionales de interpretación no agotan las razones jurídicas que pueden ser formuladas en torno a la resolución de casos concretos. Desde un punto de vista *práctico*, la posibilidad de ampliar los criterios o cánones de interpretación es una consecuencia directa tanto de la variedad de fuentes jurídicas, como de las particularidades y exigencias de los casos concretos[696]. Esto además sugiere que se trata de criterios orientadores que operan según la relevancia que adquieran en cada caso particular, sin que pueda

---

[694] Cfr. VIGO, RODOLFO L., *Interpretación jurídica*, *op. cit.*, pp. 15-18 y 87-92. Véase así mismo, EZQUIAGA GANUZAS, FRANCISCO JAVIER, "Los juicios de valor en la decisión judicial", cit., *passim*; ALONSO GARCÍA, ENRIQUE, *La interpretación de la Constitución*, *op. cit.*, pp. 77-84. Para un desarrollo pormenorizado de dichos criterios, cfr. LARENZ, KARL, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, *op. cit.*, en esp. pp. 312-344.

[695] Cfr. HESSE, KONRAD, *Escritos de Derecho Constitucional*, *op. cit.*, p. 40. Una exposición sucinta sobre el alcance limitado de estos criterios, puede verse en ITURRALDE SESMA, VICTORIA, *Aplicación del Derecho y justificación de la decisión judicial*, *op. cit.*, pp. 109-120.

[696] La consecuencia inmediata, por lo tanto, radica en el número indefinido de criterios de los que se puede hacer uso según los distintos factores que condicionan los casos concretos. En lugar de absolutizarlos o de jerarquizarlos, es preferible hablar de una utilización *contextualizada*. Sobre el particular, cfr. VILLAR PALASÍ, JOSÉ LUIS, *La interpretación y los apotegmas jurídico-lógicos*, Madrid, Tecnos, 1975, p. 11; ALEXY, ROBERT, *Teoría de la argumentación jurídica*, *op. cit.*, pp. 237-238.

darse entre ellos una jerarquización *a priori*[697]. Dicha afirmación significa que los jueces no están obligados, *necesariamente*, a seguir una pauta concreta, como suele acontecer en la presentación de los criterios de interpretación anteriormente señalados[698].

En esto también la perspectiva hermenéutica resulta ser más consistente con la naturaleza problemática de todo proceso judicial, porque permite apreciar la viabilidad y validez de todo criterio metodológico en *función* del caso concreto y no, por el contrario, el caso concreto en función de ellos. Los criterios no son, de acuerdo con lo dicho, identificables con los *métodos* de interpretación jurídica. Éstos consisten en un procedimiento racional abierto a distintas razones, no solamente a las razones que se articulan en virtud de tales criterios[699]. Para una perspectiva hermenéutica los cánones de inter-

---

[697] Cfr., en el mismo sentido, ASÍS ROIG, RAFAEL DE, *Jueces y normas*, *op. cit.*, p. 184; ITURRALDE SESMA, VICTORIA, *Aplicación del Derecho y justificación de la decisión judicial*, *op. cit.*, p. 118.

[698] Los cánones de interpretación suelen operar, en efecto, a través de un sistema en cascada: si la norma es clara, el juez debe atenerse a su sentido literal o gramatical; si no es clara, se debe proceder por vía de autoridad (*v. gr.*, a través de la figura del *référé legislatif*); si lo anterior no es posible, se debe acudir a la intención subjetiva de la norma; si no se puede, entonces a la intención objetiva del legislador; si no se advierte ella, a la analogía; si no es posible, a los restantes criterios (principios generales del Derecho, equidad, Derecho natural, etc.). Las legislaciones también suelen presentar distintas reglas jerárquicas que se combinan con las anteriores, por ejemplo: *lex superior derogat inferior*, *lex posterior derogat priori*, *lex especialis derogat generali*, como la utilización de los distintos argumentos asociativos, disociativos, generales y particulares, etc. En todo caso, la utilización de estas reglas, criterios y pautas adquieren un significado distinto desde el enfoque hermenéutico, pues su operatividad aparece circunscrita al caso concreto y no a la luz de una jerarquía establecida de antemano.

[699] Esta parece ser también la tesis de ALONSO GARCÍA, ENRIQUE, *La interpretación de la Constitución*, *op. cit.*, pp. 77-84. Aunque a veces los denomina "métodos", manifiesta que son "instrumentos interpretativos", los cuales no son proporcionados por la ley, sino por la cultura jurídica donde se aplica el ordenamiento. Su formulación es tan amplia, "que cualquier método interpretativo parece tener cobijo en alguno de los criterios" (*ibidem*, p. 82). Es cierto, por otro lado, que existen razones para identificar "criterios" con "métodos", toda vez que aquellos son pautas racionales de justificación de las decisiones judiciales manifestadas metodológicamente

pretación son meramente *instrumentales* del proceso de juzgamiento, valga decir, no agotan la interpretación ni mucho menos el "pensamiento del legislador". Podría sostenerse que se trata de *reglas de segundo grado*[700] o, como afirma ALEXY –siguiendo a PERELMAN–, de "esquemas" o "formas" de argumentos que tienen como función orientar lógicamente la racionalización de ciertos enunciados normativos[701]. Por sí solos no bastan para dar cuenta definitiva de una decisión jurídica concreta[702]. El propio ALEXY señala que no es válida la afirmación según la cual una determinada decisión es, por ejemplo, producto de una interpretación literal, histórica o finalista de una norma, pues siempre será necesario aducir otro tipo de enunciados que acompañen la corrección de la respectiva interpretación literal, histórica o finalista de la propia norma jurídica[703].

Así mismo, dichos cánones tampoco justifican una decisión en términos de una respuesta definitiva (que es precisamente la inten-

---

por quienes llevan a cabo la interpretación. Pero no hay razón en creer que tales pautas son las únicas ni, tampoco, que en ellas mismas se resuelven finalmente los métodos de interpretación, como se verá en lo que sigue.

[700] Así, por ejemplo, LUIS PRIETO SANCHÍS, en *Ideología e interpretación jurídica*, *op. cit.*, p. 102, afirma: "Se trata de reglas de segundo grado usadas para dilucidar el significado y en general para resolver los problemas que plantean las normas relevantes en un proceso". Véase, en el mismo sentido, CANOSA USERA, RAÚL, *Interpretación constitucional y fórmula política*, *op. cit.*, p. 91.

[701] Cfr. ALEXY, ROBERT, *Teoría de la argumentación jurídica*, *op. cit.*, pp. 234-235. RAFAEL DE ASÍS ROIG los llama, en esta misma línea, "técnicas argumentativas": cfr. *Jueces y normas*, *op. cit.*, p. 185.

[702] KONRAD HESSE manifiesta que las "reglas tradicionales de interpretación (...) sólo ofrecen una explicación parcial acerca del modo y manera como el Tribunal construye sus sentencias", como consecuencia de la realidad constitucional juzgada: *Escritos de Derecho Constitucional*, *op. cit.*, p. 40.

[703] Cfr. ALEXY, ROBERT, *Teoría de la argumentación jurídica*, *op. cit.*, p. 236. A esto se le conoce con el nombre de "requisito de saturación", el cual consiste en introducir razones adicionales para comprobar, por ejemplo, si el sentido de las palabras corresponde o no al uso del lenguaje de una comunidad, o si la intención del legislador puede ser comprobada mediante el sentido asignado a una interpretación histórica de la norma, o si son necesarios enunciados adicionales que permitan "valorar" los "fines" asignados a una norma jurídica.

ción que subyace en toda formulación de criterios metodológicos), porque todo acto interpretativo surgido en virtud de tales criterios está sometido a la propia comprensión (interpretación) que de ellos tenga el intérprete[704]. En el límite del escepticismo, ROSS afirmaba que las máximas de interpretación son un conjunto sistemático de "frases atractivas (a menudo acuñadas en forma de proverbios) y de significado impreciso que pueden fácilmente ser manejadas de manera tal que conduzcan a resultados contradictorios"[705].

La razón de fondo para hacer este tipo de distinciones es de naturaleza conceptual, desde luego surgida en consideración a una teoría más general que abarca el propio concepto de Derecho. Quienes entienden que las pautas o criterios interpretativos de corte tradicional (articulados en función de textos normativos) son los aspectos determinantes de todo problema hermenéutico, tienen de base una noción de Derecho de signo normativista. Esto es, consideran que el Derecho *es* un conjunto de normas, o que un derecho concreto sólo puede ser discernido en virtud de una norma jurídica positiva. Por supuesto que si el Derecho es un conjunto de *normas*, o puede ser discernido sólo en función de una norma, toda la interpretación girará en torno a resolver los "problemas" relativos a las normas que identifican cada derecho concreto. Como sea que los criterios o cánones de interpretación aluden a cuestiones pertenecientes a dichos problemas, esto es, giran alrededor de los problemas que aquejan a las normas, la importancia de considerarlos como los aspectos centrales del razonamiento jurídico termina por imponerse sobre los restantes elementos del proceso judicial. La noción de Derecho como norma plantea, en última instancia, que toda cuestión hermenéutica queda resuelta a partir de la utilización de dichos criterios metodoló-

---

[704] Cfr. ASÍS ROIG, RAFAEL DE, *Jueces y normas*, *op. cit.*, pp. 184-185.

[705] ROSS, ALF, *Sobre el Derecho y la Justicia*, *op. cit.*, p. 190. En un sentido similar, SEGURA ORTEGA, MANUEL, *La racionalidad jurídica*, *op. cit.*, p. 103.

gicos[706]. El camino para confundir dichos criterios con la propia *metodología* queda completamente abierto. Y también queda abierto el camino para afirmar que la interpretación jurídica consiste, únicamente, en un acto de comprensión del *Derecho legislado*.

Esto último, como se ha podido ver anteriormente, limita considerablemente el razonamiento de los jueces. Las normas jurídicas son apenas una parte de la realidad jurídica, sin duda una parte altamente importante, pero no son las que resuelven siempre, con exclusión a otras cosas que conforman el mundo del Derecho, los problemas de interpretación ni tampoco los problemas relativos a las decisiones judiciales. Las normas cumplen una función reguladora o constitutiva de derechos y obligaciones, pero no son los únicos parámetros racionales para evaluar realidades jurídicas concretas[707]. En ambos casos aparecen dentro de todo proceso judicial *a condición* de que realmente sirvan como supuesto de las pretensiones de las partes del proceso, y en este sentido aparecerán, seguramente, los criterios o cánones que ayudarán a los jueces a determinar el sentido normativo relevante para resolver el caso concreto. En sentido contrario, si los derechos y obligaciones concretas, alegados dentro de

---

[706] Esta crítica la hace también ZAGREBELSKY, quien plantea, a su turno, que cada criterio respondería a una suerte de "concepción ontológica" del Derecho. Afirma en este sentido (*El derecho dúctil*, *op. cit.*, p. 135):

> "[P]or ejemplo, la interpretación exegética remite a la idea del derecho como expresión de una voluntad legislativa perfecta y completamente declarada; la interpretación según la intención del legislador, a la idea positivista del derecho como (mera) voluntad de aquél: la interpretación sistemática, a la idea del derecho como sistema; la interpretación histórica, a la idea del derecho como hecho de formación histórica; la interpretación sociológica, al derecho como producto social; la interpretación según cánones de justicia racional, al derecho natural".

[707] Manifiesta JAVIER HERVADA lo siguiente (*Lecciones propedéuticas de Filosofía del Derecho*, *op. cit.*, p. 328):

> "De dos maneras la norma jurídica ordena –regula, organiza– la vida social, siendo regla o estatuto del derecho. Unas veces, es *constitutiva* de situaciones jurídicas –creando, modificando y extinguiendo relaciones–; otras veces, *regula* o modela conductas".

un proceso, tienen como causa *razones distintas* a las normativas, los problemas interpretativos adquirirán una connotación diferente.

En esto también el enfoque hermenéutico (al margen de algunas tendencias que no logran despojarse del todo del "aguijón" legalista) presenta importantes ventajas para establecer los aspectos centrales del razonamiento judicial. Toda cuestión hermenéutica dentro de un proceso judicial tiene su justificación última cuando *resuelve* el problema concreto: qué es lo justo y lo debido en el caso juzgado. Si lo "justo y lo debido concreto" no aparece articulado (discernido, establecido, comprendido) en un determinado caso a partir o en virtud de textos legislados, las razones judiciales deben dar cuenta de aquel otro contexto en el que efectivamente puedan ser advertidas las exigencias de la justicia. De ahí que los criterios metodológicos atrás mencionados no constituyan la pieza determinante, para todos los casos, de las decisiones judiciales. Son *apenas razones* (una clase de tales razones) para justificar parcialmente decisiones concretas[708].

iii. Criterios orientadores en la interpretación constitucional

En la interpretación constitucional lo expuesto en el epígrafe anterior se muestra evidente. Baste con acudir a dos autores que lo ejemplifican suficientemente. HESSE señala, en efecto, que en este ámbito existen distintos criterios o elementos de concretización de las normas constitucionales, que toman en cuenta tanto el texto constitucional como el *Derecho Constitucional no escrito*[709]. Afirma que el texto constitucional es una referencia inmediata en el proceso de juzgamiento, momento en el cual tendrían cabida los criterios tradicionales de interpretación. Sin embargo, el intérprete está condi-

---

[708] Cfr. en el mismo sentido, ITURRALDE SESMA, VICTORIA, *Aplicación del Derecho y justificación de la decisión judicial*, *op. cit*., p. 120.

[709] Cfr. HESSE, KONRAD, *Escritos de Derecho Constitucional*, *op. cit*., pp. 40-50.

cionado también por la realidad juzgada, momento en el cual aparecen elementos adicionales de concretización que superan la sola interpretación del texto normativo[710]. Señala HESSE que, además, existen principios y criterios de interpretación constitucional cuya misión es la de "orientar y encauzar el proceso de relación, coordinación y valoración de los puntos de vista o consideraciones que deben llevar a la solución del problema"[711], dentro de los cuales destaca la *unidad de la Constitución*, la *concordancia práctica*, la *proporcionalidad*, la *corrección funcional*, la *eficacia integradora* y la *fuerza normativa de la Constitución*[712].

CANOSA USERA, por su parte, afirma que en materia constitucional existen distintos componentes orientadores de la actividad hermenéutica, que sobrepasan los tradicionales cánones de interpretación[713]. Establece en primer lugar lo que él llama "elementos" característicos de la interpretación constitucional: la evolutividad, la politicidad y el factor axiológico, cada uno indicador de técnicas más definidas de interpretación (*v. gr.*, la creatividad, la discrecionalidad, las técnicas de ponderación de valores, etc.)[714]. Los anteriores elementos permiten, a juicio de CANOSA, formular en segundo lugar un conjunto abierto de principios, valores y criterios de interpretación constitucional, que serían una manifestación de los anteriores elementos, de la propia normatividad constitucional o deducidos de las exigencias de la interpretación misma[715].

Para CANOSA, estos últimos serían, en primer lugar, los que expresamente son formulados en la normativa constitucional y que

---

[710] Cfr. *ibidem*, pp. 43-45.

[711] *Ibidem*, p. 45.

[712] Cfr. *ibidem*, pp. 45-48.

[713] Cfr. CANOSA USERA, RAÚL, *Interpretación constitucional y fórmula política*, *op. cit.*, pp. 87-92.

[714] Cfr. *ibidem*, pp. 106-134.

[715] Cfr. *ibidem*, pp. 134-137; su desarrollo completo allí mismo, en pp. 141-247.

responden a los elementos fundantes de un Estado (*v. gr.* la soberanía nacional, el principio monárquico, autonomía de regiones, Estado social y democrático de Derecho, etc.): son guías que tiene el intérprete constitucional porque le permiten seleccionar materiales relevantes y ajustar los contenidos de lo interpretado[716]. A su lado están los principios generales del Derecho y aquellos que denomina principios "instrumentales", los cuales no aparecen en el texto pero sirven para acompañar otros enunciados interpretativos (son complementarios), tales como la unidad de la Constitución o la estabilidad del ordenamiento[717]. En cuanto a la dimensión axiológica, afirma CANOSA que el intérprete constitucional encuentra en los valores consagrados en el texto constitucional pautas constantes de discernimiento hermenéutico, como la libertad, la justicia, la igualdad, el pluralismo político y la dignidad humana[718].

Por último, CANOSA formula un listado abierto de cánones más específicos que denomina criterios o "factores interpretativos", los cuales, o bien derivan de algún principio constitucional (*v. gr.*, el respeto al contenido esencial de los derechos fundamentales del artículo 53.1 de la Constitución Española), están explícitamente señalados en el texto (*v. gr.*, la interpretación de los derechos fundamentales de conformidad con los tratados internacionales de Derechos Humanos, según el artículo 10.2 de esa Constitución[719]), o bien han sido desarrollados directamente por la jurisprudencia constitucional (por ejemplo, *favor legitimatis*, *in dubio pro libertate*, *stare decisis*, *concordancia práctica*, *optimación de los bienes constitucionales*, *previsión de consecuencias*, *criterio de razonabilidad*, entre muchos otros)[720].

---

[716] Cfr. *ibidem*, p. 149.

[717] Cfr. *ibidem*, pp. 175-179.

[718] Cfr. *ibidem*, p. 158.

[719] Cfr. *ibidem*, pp. 193-195.

[720] Cfr. *ibidem*, pp. 198-236.

Así las cosas, se puede advertir que en un ámbito del Derecho como el constitucional –visto a la luz de dos autores– es factible afirmar la amplitud y multiplicidad de criterios o cánones interpretativos, a lo que habría que agregar que la mayoría de los autores que se han ocupado de la interpretación constitucional, lleva a cabo su propio listado, a veces reduciendo, reiterando o considerando otros elementos distintos a los atrás señalados[721].

De todos modos, de las consideraciones anteriores se pueden colegir varias cosas. En primer lugar, que los denominados cánones de interpretación son criterios orientadores de la actividad interpretativa, destinados a delimitar, determinar o precisar enunciados pertenecientes al Derecho legislado. En segundo lugar, tales criterios no son solamente los cuatro usualmente señalados (el gramatical, el histórico, el lógico y el sistemático), sino que pueden señalarse, y de hecho así se hace comúnmente, muchos criterios adicionales, tal como lo demuestra de modo ejemplar el ámbito del Derecho Constitucional. En tercer lugar, una perspectiva amplia de cánones de interpretación permite orientar la actividad hermenéutica de los jueces en relación con realidades jurídicas no contempladas directamente por el Derecho legislado. Esto no solamente supone un número mayor de criterios interpretativos, sino un espacio más amplio de las fuentes de producción jurídica. Por último, en cuarto lugar, se puede colegir que los cánones de interpretación son instrumentos racionales que se incorporan metodológicamente en el proceso de juzgamiento, como parte de la argumentación desplegada por los jueces.

---

[721] Un clásico al respecto es el tratadista argentino SEGUNDO LINARES QUINTANA, quien ha dedicado considerables estudios al respecto: cfr. *Tratado de interpretación constitucional*, *op. cit.*, *passim*, y *Reglas para la interpretación constitucional*, Buenos Aires, Editorial Plus Ultra, 1987. No debe entenderse, con todo, que tal amplitud de criterios sea predicable únicamente de la interpretación constitucional, sino más bien de *toda la interpretación jurídica*. Un estudio importante de estos elementos (abordados como criterios generales y específicos de interpretación jurídica), es el ya citado libro de RAFAEL DE ASÍS ROIG, *Jueces y normas* (pp. 186-214), en el que se señalan algunas tentativas de clasificación de dichos criterios.

En dicho sentido, operan como "esquemas de argumentos" que ayudan a la determinación de las fuentes jurídicas de producción de derechos y obligaciones.

6. EL PESO DE "LO POLÍTICO" EN LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

a) Planteamiento

Salvo el ejemplo anterior sobre criterios de interpretación constitucional, todo lo que se ha planteado hasta ahora en este capítulo refleja un entorno de cuestiones generales sobre la interpretación jurídica, que si bien fijan el marco de la actividad de los jueces, no toman en cuenta un ámbito del Derecho específico, o una materia en particular, que exija eventualmente hacer algunas modificaciones. Esto es relevante por lo siguiente: la doctrina especializada sostiene que al hablar de *interpretación constitucional* deben tenerse en cuenta ciertos factores que la particularizan de alguna manera, que en algo la hacen "distinta" de la interpretación jurídica en sentido general. Lo más importante de esto radica en que estos factores podrían producir cambios importantes relacionados con las condiciones de racionalidad implicadas allí o, de modo más significativo aún, transformar la naturaleza misma de la interpretación constitucional, como se verá luego. En este sentido, todo intento por vincular a los intérpretes constitucionales a las mismas exigencias de los restantes jueces, tendría que dar cuenta de aquella afectación[722].

---

[722] Un desconocimiento de las modalizaciones de la interpretación constitucional podría llevar a la afirmación de que la justicia constitucional "opera exactamente igual que la jurisdicción ordinaria", a la vez que una acentuación de sus particularidades podría dar lugar a un desconocimiento de la teoría jurídica de la interpreta-

De todos los factores que se mencionan, el más importante es, sin duda, el *político*[723]. Y esto por la siguiente razón: en todas las áreas del Derecho es posible plantear dificultades interpretativas (similares a la constitucional) en razón de las características de los textos normativos (carácter abierto, presencia de principios y fines, etc.). Además, en todas ellas, en mayor o menor medida, existe una clara dimensión axiológica que opera como síntoma de una tensión interpretativa de la que deben dar cuenta todos los jueces. En cambio, el factor *político* supone una particularidad ausente del resto del ordenamiento, o por lo menos tiene una incidencia que es bastante menor a la que se presenta en el ámbito de la interpretación constitucional, en donde se refleja, como se suele decir, la clásica tensión entre Política y Derecho[724]. Esto es así porque la interpretación constitucional opera sobre la base de problemas políticamente

---

ción, tal como lo manifiesta acertadamente ENRIQUE ALONSO GARCÍA: cfr. *La interpretación de la Constitución, op. cit.*, p. 27.

[723] Sobre este tema véase, al menos, los siguientes autores: CAPPELLETTI, MAURO, "La actividad y los poderes del juez constitucional en relación con su fin genérico", cit., en esp. pp. 379-394; CANOSA USERA, RAÚL, *Interpretación constitucional y fórmula política, op. cit.*, en esp. pp. 115-122; SAGÜÉS, NÉSTOR PEDRO, *La interpretación judicial de la Constitución, op. cit., passim;* del mismo autor, sobre el tema, *Mundo jurídico y mundo político*, Buenos Aires, Depalma, 1978, *passim*; HESSE, KONRAD, *Escritos de Derecho Constitucional*, *op. cit.*, pp. 57-78; LOEWENSTEIN, KARL, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 1982, pp. 309-321; SANTIAGO, ALFONSO, *La Corte Suprema y el control político. Función política y posibles modelos institucionales, op. cit., passim.*

[724] Para SANTIAGO la dialéctica central del Derecho Constitucional consiste en advertir las relaciones entre Política y Derecho: cfr. *La Corte Suprema y el control político, op. cit.*, p. 37. Para GARCÍA DE ENTERRÍA el problema mencionado constituye *uno* de los dos más importantes sobre la interpretación constitucional. El otro que le merece la atención coincide, por cierto, con el tema central de esta investigación. En sus propios términos: "¿de dónde extrae el Tribunal Constitucional sus criterios de decisión, supuesto que él interviene justamente en el momento en que se comprueba una insuficiencia del texto constitucional?"; en *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional, op. cit.*, p. 158.

relevantes[725], cuya solución depende, en buena medida, del uso de argumentaciones de conveniencia pública, ligados a las propias ideologías políticas de los jueces[726]. Algunos autores afirman, incluso, que este factor es lo suficientemente fuerte como para generar una "politización de la justicia" (que operaría con base en determinados objetivos políticos), de tal forma que no sería posible mantener la tesis de que allí opera una interpretación de naturaleza rigurosamente jurídica[727].

Las razones por las cuales habría que hacer la distinción anterior tienen que ver con lo siguiente:

a) En primer lugar, está la posición de la que gozan los tribunales constitucionales (como de las cortes supremas en los sistemas de control difuso) y el efecto vinculante de sus decisiones, que contrasta significativamente con la posición y decisiones tomadas por los demás jueces en los distintos ámbitos jurídicos[728]. El juez constitucional

---

[725] Cfr. DÍAZ REVORIO, FRANCISCO JAVIER, *Valores superiores e interpretación constitucional*, *op. cit*., p. 306.

[726] Cfr. KENNEDY, DUNCAN, *Libertad y restricción en la decisión judicial*, *op. cit*., pp. 107-115.

[727] Sobre esta postura y el carácter político de la justicia constitucional, es obligado citar a SCHMITT, CARL, en especial *La defensa de la Constitución*, Madrid, Tecnos, prólogo de P. de Vega, 1983, y la réplica que a la misma hiciera HANS KELSEN, en *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Madrid, Tecnos, trad. de R. J. Brie, 1995. Sobre la polémica suscitada entre ambos autores y su conceptualización respectiva frente al tema, véase el estudio preliminar de G. Gasió a la obra citada de KELSEN, pp. ix-xliv. En cuanto a la postura schmittiana, desde un punto de vista crítico, véase GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, *op. cit.*, pp. 159-163. En este libro GARCÍA DE ENTERRÍA cita partes de un significativo trabajo de SCHMITT (*Reichsgericht als Hüter der Verfassung*, 1929), uno de los cuales es bastante representativo de su postura: "Una expansión sin inhibiciones de la Justicia no transforma al Estado en jurisdicción, sino los Tribunales en instancias políticas. No conduce a juridificar la política, sino a politizar la justicia. Justicia constitucional es una contradicción en los términos".

[728] Al respecto consúltese, sobre esta cuestión, MARÍN, JOSÉ ÁNGEL, *Naturaleza jurídica del tribunal constitucional*, *op. cit.*, en esp. pp. 73-137.

tiene un lugar predominante dentro de las fuentes de producción jurídica por mandato mismo de la propia Constitución: es una especie de "legislador"[729], no simplemente porque pueda crear derechos y obligaciones en situaciones particulares y concretas (tema común a todos los jueces: cfr. *supra*, IV, 3.f), sino porque sus decisiones pueden desplazar otras proferidas por otros órganos naturales de producción jurídica. Así mismo, está su capacidad de formular subreglas o subnormas constitucionales con pretensión equivalente a la Constitución misma[730], lo que no sólo ha venido transformando la clásica categoría de la simple sentencia de inconstitucionalidad de las leyes, sino además la manera tradicional de ver la cúspide orgánica de producción jurídica, que descansaba en el parlamento u órgano legislativo[731].

---

[729] Cfr. LINARES QUINTANA, SEGUNDO V., *Tratado de interpretación constitucional*, *op. cit.*, p. 119. También cabría aludir a una "subcategoría del poder legislativo", como lo hace CAPPELLETTI, MAURO, en "La actividad y los poderes del juez constitucional en relación con su fin genérico", cit., p. 393. Se trata de un "legislador positivo", "auténtico": cfr. AJA, ELISEO (ed.), *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*, *op. cit.*, p. xxix.

[730] Cfr. ALONSO GARCÍA, ENRIQUE, *La interpretación de la Constitución*, *op. cit.*, pp. 4-6.

[731] Los tribunales constitucionales no se han limitado a dirimir cuestiones de la "gran política", sino además intervienen permanentemente en la defensa de los derechos fundamentales, muchas veces mediante decisiones que contrastan significativamente con el clásico esquema de la división de poderes. Esto ha dado como resultado nuevos "tipos de sentencias" para su protección, tales como las denominadas modulativas o condicionales, aditivas, exhortativas, con efectos *ex nunc* o *ex tunc*, integradoras, etc.: cfr. AJA, ELISEO (ed.), *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*, *op. cit.*, pp. xxviii-xxx; RUBIO LLORENTE, FRANCISCO, *La forma del poder*, *op. cit.*, pp. 483-491. Sobre estas "denominaciones de sentencias" en el Derecho Comparado, véase NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO, "Consideraciones sobre la tipología y efectos de las sentencias emanadas de tribunales o cortes constitucionales en el Derecho Comparado", en AA.VV., *Jurisdicción Constitucional de Colombia. La Corte Constitucional 1992-2000*, *op. cit.*, pp. 369-381. Sobre la denominación en Colombia consúltese allí mismo el trabajo de MARTÍNEZ CABALLERO, ALEJANDRO, "Tipos de sentencias en el control constitucional de las leyes: la experiencia colombiana", pp. 383-408.

b) En segundo lugar, a todo lo anterior se viene a sumar, en la mayoría de los países que tienen una Corte o Tribunal Constitucional, los propios mecanismos de su integración: los jueces constitucionales suelen ser elegidos por el órgano legislativo, elección que generalmente está condicionada por factores de representación de las fuerzas políticas en su seno. De acuerdo con esto, buena parte de los debates que se suscitan entre dichas fuerzas vienen ahora a ser trasladados, cuando haya lugar, al propio Tribunal Constitucional: sus jueces se han convertido en los árbitros "dominantes y supremos del proceso político"[732].

c) En tercer lugar, y como corolario del anterior punto, se plantea el debate sobre la naturaleza misma de los tribunales constitucionales: si son en realidad órganos jurisdiccionales o políticos[733], si poseen una doble naturaleza (jurídica y política a la vez) o, incluso, si es preferible hablar de una de ellas dependiendo de la materia específica sobre la cual estén juzgando un caso paso en particular[734]. En este último sentido, un caso "jurídico" exigiría razonamientos y deci-

---

[732] CANOSA USERA, RAÚL, *Interpretación constitucional y fórmula política*, *op. cit.*, p. 38. Similar es la opinión de GARCÍA VILLEGAS, MAURICIO, *La eficacia simbólica del Derecho*, *op. cit.*, p. 130; y de SIMON, DIETER, *La independencia del juez*, *op. cit.*, p. 173.

[733] Cfr. OTTO PARDO, IGNACIO DE, "La posición del Tribunal Constitucional a partir de la doctrina de la interpretación constitucional", en AA.VV., *El Tribunal Constitucional*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1981, vol. III, pp. 1939-1940. Para DE OTTO el problema básico de la interpretación constitucional consiste en determinar, en último término, el carácter político o no de la jurisdicción constitucional (cfr. *ibidem*, p. 1940).

[734] Véase al respecto MARÍN, JOSÉ ÁNGEL, *Naturaleza jurídica del Tribunal Constitucional*, *op. cit.*, pp. 74-75. Así mismo, CANOSA USERA, RAÚL, *Interpretación constitucional y fórmula política*, *op. cit.*, pp. 34-43; PRIETO SANCHÍS, LUIS, "Notas sobre la interpretación constitucional", cit., pp. 179-181. Este último afirma que los tribunales constitucionales actúan como órganos jurisdiccionales (a instancia de parte, operando sobre casos concretos, fundamentando sus decisiones en enunciados normativos, etc.), y también como órganos cuyas decisiones "tienen la fuerza propia de las normas del legislador, operando sobre el ordenamiento que habrá de proporcionar la premisa mayor de los futuros actos de interpretación" (*ibidem*, p. 180).

siones "regladas", fruto de una interpretación jurídica en estricto sentido, mientras que un caso "político" permitiría un razonamiento y una decisión fruto de la libre discrecionalidad (*i.e.* en el sentido de "no reglada"[735]).

Estas características han dado lugar a tres grandes posiciones entre los expertos[736]. La primera ha consistido en negar la existencia de cuestiones políticas susceptibles de ser justiciables, de tal manera que se rechaza la existencia misma de tribunales constitucionales y su correspondiente control. La segunda ha afirmado lo contrario, la naturaleza esencialmente jurídica de todas las cuestiones, aun políticas, semejante a lo que ocurre en la interpretación del Derecho ordinario. Por último, está la respuesta que ha sostenido la juridicidad de la interpretación constitucional sobre un objeto de naturaleza política, lo cual lleva a que, por un lado, sus consecuencias sean distintas a las que se producen en el Derecho ordinario, y, por el otro, a que se mantenga una referencia jurídica clara.

De las tres posiciones, la última parece ir por buen camino, como sea que en su fórmula se combinan (y a su vez se diferencian) dos cuestiones distintas. En efecto, una cosa es la consecuencia o impacto que produce un órgano como el tribunal constitucional –lo que acá no se discute– y otra bien distinta es el material que se juzga constitucionalmente (el objeto político). El primer aspecto no es lo verdaderamente importante: lo significativo no está en que los tribunales puedan desplazar decisiones del legislador o las de otros jueces, o que sus sentencias sean algo más que declaratorias de inconstitucionalidad. Tampoco es relevante que representen o defiendan determinadas "fuerzas políticas" ni, como se viera en capítulos anteriores, que "posean convicciones ideológicas sobre todos los temas". En cambio, el segundo aspecto es el que plantea un verdadero reto para

---

[735] Cfr. MARÍN, JOSÉ ÁNGEL, *Naturaleza jurídica del Tribunal Constitucional*, *op. cit.*, pp. 74-78.

[736] Sigo en esto a SANTIAGO, ALFONSO, *La Corte Suprema y el Control Político*, *op. cit.*, pp. 40-46.

sus jueces, que la posición comentada se encarga de manifestar entre líneas: *a pesar del material político*, las decisiones emanadas de un tribunal constitucional poseen, deben poseer, un entorno determinado jurídicamente, que es sobre el cual descansa en último término su actividad. Sobre esto girarán los siguientes párrafos.

b) El contexto de las diferencias entre la interpretación jurídica y la constitucional

El mejor camino para resolver el tema planteado consiste en demostrar que la interpretación constitucional no se diferencia (no se *debe* diferenciar) *esencialmente* de la interpretación jurídica, es decir, desde el punto de vista de la naturaleza del oficio de los jueces, lo cual comprende su deber de administrar rigurosamente la justicia en los casos concretos. En tal sentido, resulta más apropiado decir que la interpretación constitucional es "una especie" de la interpretación jurídica en general y no algo completamente distinto de ella, y que las particularidades o anomalías presentes allí, si bien especifican de algún modo el razonamiento en este ámbito del Derecho (por ejemplo, las relacionadas con el impacto de las decisiones), no son tan significativas como para aminorar sus exigencias. Tales particularidades son, desde luego, indicativas de algún cambio; pero dicho cambio no podría significar una sub-valoración de la dimensión racional y de la exigencia de justificación que deben tener los jueces constitucionales con relación a la justicia concreta. Al fin y al cabo los jueces constitucionales son *jueces*, y en dicho sentido participan de un mismo talante u oficio, de una misma condición perteneciente a los restantes jueces.

Las consecuencias de esto son formidables para el tema que nos ocupa: los jueces con competencia constitucional *siguen* siendo jueces en todo el sentido de la palabra, y por ende están sujetos al mismo estatuto de deberes y responsabilidades de los demás jueces. Hablar de particularidades en la interpretación constitucional significa que hay cuestiones que no están presentes, con el mismo alcan-

ce o de la misma manera, en las interpretaciones de los restantes jueces y tribunales, sin que esto signifique, a su turno, que no existan particularidades en éstas, o que en uno u otro caso los jueces y tribunales no tengan el deber de comprender los casos concretos, justificarlos y decidirlos en justicia.

Para expresarlo de otro modo, que un juez constitucional deba resolver asuntos centrales, específicos o particulares del Derecho, no quiere decir que los demás jueces no deban resolver *otros* asuntos centrales, específicos y particulares del Derecho. Es tan importante y particular el fallo de un juez penal que tiene entre manos un proceso en el que están en juego aspectos relacionados con la libertad física de las personas, como el fallo de un juez laboral que tiene el deber de resolver cuestiones que en muchas ocasiones puede significar la propia subsistencia económica de toda una familia. Por lo tanto, la mayor complejidad o importancia de los temas constitucionales no podría ser planteada al margen de la importancia y significancia que tienen muchos procesos judiciales en diversas áreas del Derecho.

De acuerdo con esto, la índole de las particularidades de la interpretación constitucional debe ser advertida en un contexto distinto al de la propia estructura, exigencias y características de toda interpretación jurídica[737]. Un proceso constitucional es distinto de un proceso laboral o de un proceso penal no porque se deba llevar a cabo una transformación de los elementos estructurales de la interpretación jurídica, sino más bien por el hecho de la propia materia juzgada y del tribunal o juez que debe juzgar cada proceso. La idea de fondo, entonces, sería más bien de *grado*, en lugar de una supuesta "transformación" de la interpretación jurídica en otra cosa.

Esta consideración es ventajosa (y además demostrable, como se verá luego), en la medida en que toma en cuenta la naturaleza racional del acto interpretativo y su ordenación a un resultado concreto,

---

[737] Sobre el particular, véase CALLEJÓN BALAGUER, MARÍA LUISA, *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico, op. cit.*, pp. 46-47.

según las mismas consideraciones establecidas atrás para el caso de la interpretación jurídica en general. En tal sentido, sitúa a la interpretación constitucional en el mismo nivel de exigencias de justificación predicables de los restantes jueces, y por tal motivo permite sentar las siguientes premisas básicas de su significado: (i) se trata de una interpretación de naturaleza jurídica, es decir, que tiene como propósito discernir las fuentes de producción del Derecho (constitucional) para ordenar lo justo o lo debido concreto; (ii) la actividad interpretativa (como acto de comprensión de carácter necesario o indispensable), siempre está presente en materia de juzgamiento constitucional; y, por último, (iii) las razones justificativas que utilizan los jueces constitucionales en apoyo de sus fallos deben ser consistentes con la justicia (constitucional) concreta[738].

c) La formalidad jurídica de las materias constitucionales

Ahora bien, que la naturaleza de la interpretación constitucional sea *jurídica* requiere por lo menos dos condiciones. La primera es de índole conceptual, relacionada con el significado de "lo jurídico". Esta condición es importante aunque insuficiente. Es importante porque permite plantear que las materias políticas son de alguna manera tratables desde el punto de vista de su juridicidad. Desde

---

[738] Lo justo o lo debido concreto, en materia constitucional, no siempre está referido a una relación jurídica concreta, en el sentido ordinario de esta expresión: un demandante y un demandado, un acreedor y un deudor (piénsese, por ejemplo, en los procesos de constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes, que son distintos a los procesos de tutela o amparo). Sin embargo, para todo lo que sigue, se entenderá que es posible la predicación de lo justo o lo debido concreto en cualquier proceso constitucional, como sea que toda relación de justicia no sólo es conmutativa, sino además, legal y distributiva. En este sentido, lo justo y lo debido aluden al hecho según el cual el juzgamiento constitucional de una ley representa la forma mediante la cual la sociedad entera viene a ser una suerte de "demandante-acreedor" del cumplimiento efectivo de las normas constitucionales. Sobre las relaciones de justicia, así comprendidas, véase HERVADA, JAVIER, *Lecciones propedéuticas de Filosofía del Derecho*, *op. cit.*, en esp. pp. 89-162.

luego, esto se predica no sólo de materias estrictamente "políticas", sino de cualquiera otra que esté presente en el ámbito constitucional. Si se advierte con atención lo que las constituciones contemporáneas suelen regular, se puede constatar que no solamente contienen provisiones de carácter político, o que afectan políticamente las competencias en el ejercicio del poder público, sino que además poseen provisiones garantistas de los derechos fundamentales, las cuales involucran toda suerte de ámbitos regulativos de la conducta humana, como lo religioso, lo moral, lo económico, lo cultural, lo ambiental, y muchos otros. Es un hecho incuestionable que todas esas cosas tienen algo en común que las hace ser materia de un juicio constitucional. Si los jueces constitucionales juzgan sobre cuestiones políticas, religiosas, morales, económicas y demás, es porque de alguna manera todas estas cuestiones son susceptibles de tratamiento jurídico: tienen una dimensión jurídica clara[739].

Argumentado por el absurdo, a nadie se le ocurriría decir que los jueces constitucionales, además de transformarse en "actores políticos" (y la interpretación constitucional en interpretación política), se transforman también en "actores religiosos" cuando tienen que decidir cuestiones sobre libertad religiosa, o en "moralistas" cuando tienen que decidir sobre cuestiones morales, y así sucesivamente. Ninguno de esos ámbitos transforma la naturaleza de la interpretación constitucional en el sentido atrás indicado, precisamente porque poseen y denotan "juridicidad". Estas consideraciones, si bien absurdas, permiten en todo caso plantear que la respuesta a la cuestión de fondo hay que buscarla en otro lugar, pues si el peso de lo político es tan fuerte en una Constitución, hasta el punto que haga desaparecer la índole jurídica de su interpretación, cabría de la misma manera plantear si el peso de lo religioso, lo moral, lo económi-

---

[739] Esto lo pone de manifiesto, aunque sin profundizar en el punto y sólo aludiendo a los "actos propiamente políticos", OTTO BACHOF, en *Jueces y Constitución, op. cit.*, pp. 60-61.

co, etc., produce un efecto igualmente transformador en la naturaleza de la interpretación constitucional.

En este punto es bueno señalar que la gran importancia de la "rehabilitación de la razón práctica" en los estudios y en la práctica del Derecho, ha sido justamente la de entender que el razonamiento jurídico opera mediante razones de diversa índole (políticas, religiosas, morales, económicas, etc.), articuladas a partir del encuentro entre el jurista que razona y su propio horizonte o campo vital de comprensión de los materiales de que dispone para tomar decisiones en concreto.

Lo anterior muestra, en consecuencia, que si la naturaleza de la interpretación constitucional es jurídica, también *debe ser* considerada desde el punto de vista de su juridicidad. En esto consiste la segunda condición: en tanto jurídica, los jueces están obligados a interpretar las cuestiones constitucionales desde criterios jurídicos, debidamente justificados en Derecho y no desde criterios indiscriminados. Esto mostraría que el problema de fondo no residiría tanto en la materia de juzgamiento propiamente dicha, como en la propia índole de las razones que emplean los jueces constitucionales para fundar sus decisiones, desde luego articuladas según lo establecido anteriormente, es decir, sobre las fuentes del Derecho Constitucional y sus respaldos.

Ahora bien, esto no aparece como una opción, sino como una exigencia: la juridicidad manifiesta una cualidad relacional de lo justo y lo debido respecto de personas concretas y, en cuanto tal, uno de los primeros elementos para su efectividad consiste en que las personas (la sociedad en general) observen un comportamiento conforme a aquello que es "jurídico", esto es, que es justo y debido[740]. De la misma manera, cuando existe un caso concreto que no es posible

---

[740] Sobre el concepto de "juridicidad" y su relación con lo justo y lo debido concreto, véase HERVADA, JAVIER, *Lecciones propedéuticas de Filosofía del Derecho*, *op. cit.*, pp. 230-231 y 329-330.

resolver amigablemente entre las partes de una relación jurídica (y por esto entiéndase también los casos de juzgamiento de constitucionalidad de las leyes y no sólo los casos en los que se debe fallar sobre derechos fundamentales), la presencia e intermediación del juez viene a representar la posibilidad de manifestar esa juridicidad reguladora. Cuando esto sucede, la grave responsabilidad del juez radica en su deber de actualizar y hacer efectivos cada derecho y cada deuda concreta. Los jueces constitucionales no deben hacer una cosa distinta que una actualización de la *propia juridicidad* expresada en la Constitución[741].

d) La naturaleza jurídica de la Constitución como criterio insuficiente

Infortunadamente, una reflexión sobre el razonamiento práctico es usualmente dejada de lado cuando se abordan cuestiones jurídicas como las tratadas hasta ahora, y con ello se dejan de lado importantes elementos para determinar qué es una *materia* o *realidad jurídica* (como la constitucional) y, a su vez, qué implicaciones posee dicha materia o realidad desde el punto de vista de su juzgamiento por parte de los jueces. Por contraste, en lugar de plantear una mirada a la realidad jurídica, se pre-fijan conceptos y luego, conforme a lo definido, se construyen posiciones sobre su propia juridicidad. Por ejemplo, casi siempre se dan razones relacionadas con la naturaleza jurídica de la Constitución (su fuerza normativa, su supremacía, etc.) para plantear, enseguida, que la interpretación constitucional es estrictamente jurídica, que sigue un método jurídico y que tiene una

[741] El concepto de actualización no supone sino un cumplimiento efectivo de lo regulado jurídicamente, concepto que abarca tanto las hipótesis de desarrollo constitucional, como también de la propia interpretación constitucional. Sobre el particular, véase HESSE, KONRAD, *Escritos de Derecho Constitucional*, *op. cit.*, pp. 33-34.

finalidad jurídica[742]. El propio concepto de Constitución es lo que viene a ser presentado como respuesta central para abordar este problema. Uno de los trabajos ya clásicos en el tema ha sido el de GARCÍA DE ENTERRÍA. Afirma este autor, en efecto, que todo el problema de la justicia constitucional, especialmente de su interpretación, "enraiza en una cuestión de principio: si se conviene o no en reconocer a la Constitución el carácter de norma jurídica"[743]. Si la respuesta a esta cuestión es negativa –dice el autor–, la justicia constitucional será transformada en una cuestión de lucha entre competidores. Si, en cambio, la respuesta es afirmativa, la naturaleza jurídica de la interpretación constitucional se impone, pues consistiría en resolver cuestiones políticas, pero desde el punto de vista del Derecho[744].

Estas observaciones son insuficientes por lo anteriormente dicho. Además, porque existen razones históricas que así lo demuestran, como sucede con el constitucionalismo de los Estados Unidos. En efecto, como se sabe, toda la estructura del régimen constitucional estadounidense ha descansado sobre dos pilares esenciales, la naturaleza normativa y fundamental de la Constitución (*Fundamental Law*) y su supremacía jurídica (*Supreme Law of the Land*). Estos pi-

---

[742] También se plantea, a su turno, que la cuestión central consiste en un desarrollo "infinito" de los preceptos constitucionales, tanto por el juez como por el legislador, "y que ambos pueden llegar a soluciones divergentes", como lo hace ALONSO GARCÍA, ENRIQUE, *La interpretación de la Constitución*, *op. cit.*, p. 26. Esta no es, sin embargo, la cuestión central, sino más bien esta otra: cuál es el alcance, o cuáles las limitaciones y condiciones del razonamiento jurídico práctico para que sea considerado como proveedor o como medio racional de respuestas acertadas en "aquel desarrollo infinito" de los preceptos constitucionales.

[743] GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, *op. cit.*, p. 175.

[744] Cfr. *ibidem*, pp. 175-178. Véase también MORTATI, CONSTANTINO, *Istituzioni di Diritto pubblico*, Padua, Cedam, 1976, vol. II, p. 1974, quien sostiene que los tribunales constitucionales deciden sobre conflictos políticos, "pero lo característico es que la resolución de los mismos se hace por criterios y métodos jurídicos".

lares, articulados desde las propias páginas del *The Federalist*[745], no sólo son recogidos por la propia Constitución de los Estados Unidos[746], sino además por el desarrollo jurisprudencial que de ella ha llevado a cabo la Corte Suprema de ese país, comenzando por el famoso fallo *Marbury v. Madison*, proferido por el juez J. MARSHALL en 1803, que inauguró el control de constitucionalidad (*judicial review*) en el mundo[747]. Pero, a pesar de todo lo anterior, es decir, de

---

[745] HAMILTON, ALEXANDER, MADISON, JAMES, y JAY, JOHN, *El Federalista*, México, Fondo de Cultura Económica, reimpr. 2001, p. 332. Allí se lee (No. 78, HAMILTON):

> "Una Constitución es de hecho una ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces. A ellos pertenece, por lo tanto, determinar su significado, así como el de cualquier ley que provenga del cuerpo legislativo. Y si ocurriere que entre las dos hay una discrepancia, debe preferirse, como es natural, aquella que posee fuerza obligatoria y validez superiores; en otras palabras, debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios. Esta conclusión no supone de ningún modo la superioridad del poder judicial sobre el legislativo. Sólo significa que el poder del pueblo es superior a ambos y que donde la voluntad de la legislatura, declarada en sus leyes, se halla en oposición con la del pueblo, declarada en la Constitución, los jueces deberán gobernarse por la última de preferencia a las primeras. Deberán regular sus decisiones por las normas fundamentales antes que por las que no lo son".

[746] Artículo VI, 2:

> "Esta Constitución, y las leyes de los Estados Unidos que se expidan con arreglo a ella, y todos los tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la suprema ley del país y los jueces de cada Estado estarán obligados a observarlos, a pesar de cualquier cosa en contrario que se encuentre en la Constitución o las leyes de cualquier Estado".

[747] *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803). Sobre los hechos del caso, consúltese BICKEL, ALEXANDER M., *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, Binghamton, Vail-Ballou Press, 1986, 1ª. ed. de 1962, pp. 1-14; DUCAT, CRAIG R., *Constitutional Interpretation. Powers of the Government*, St. Paul, West Publishing Co., 1978, pp. 1-11; SOLA, JUAN VICENTE, *Control judicial de constitucionalidad*, *op. cit.*, pp. 187-192. Sobre una explicación de los antecedentes del *judicial review* y su posible formulación en un caso anterior a *Marbury v. Madison* (en la Corte de Circuito del Estado de Virginia), véase LORA DELTORO, PABLO DE, *La interpretación originalista de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, pp. 95-97, y la bibliografía allí referida.

"pilares" tan importantes y de su desarrollo jurisprudencial, algunas de las más grandes discusiones jurídicas en los Estados Unidos han girado (desde hace doscientos años hasta nuestros días), alrededor de la cuestión relativa a si los jueces constitucionales hacen "política" o interpretan en "Derecho" los asuntos constitucionales, o sobre cuáles son o deben ser los límites de la interpretación constitucional[748].

Lo anterior quiere decir que aun una Constitución que determine su naturaleza como "jurídica" no significa ni ha significado saldar la cuestión acerca de cuál es la *naturaleza* de la interpretación constitucional. Por las mismas razones, una transformación del con-

---

[748] Sobre estas "grandes discusiones", véase LORA DELTORO, PABLO DE, *La interpretación originalista de la Constitución*, *op. cit.*, *passim*; SAGÜÉS, NÉSTOR PEDRO, *La interpretación judicial de la Constitución*, *op. cit.*, en esp. pp. 100-103; ALONSO GARCÍA, ENRIQUE, *La interpretación de la Constitución*, *op. cit.*, *passim*; BERNAL PULIDO, CARLOS, *El Derecho de los derechos*, *op. cit.*, pp. 33-42; GREY, THOMAS C., "Do We Have an Unwritten Constitution?", *Stanford Law Review* 27 (1975), pp. 703-718; BERGER, RAOUL, *Government by Judiciary. The Transformation of the Fourteenth Amendment*, Cambridge, Harvard University Press, 1977, *passim*. Se trata de discusiones que presentan, en un extremo, la visión textualista, originalista, interpretativista (*strict constructionists*), enfrentada a la postura no originalista, no interpretativista, creadoras (*broad constructionists*), como alternativas acerca de los límites de la interpretación constitucional. Los rótulos para denominar cada postura no dejan de ser riesgosos, no sólo por la dificultad de apreciar en todos los casos el uso de categorías similares, sino especialmente por las matizaciones que exijan ser realizadas dependiendo del autor elegido (sobre los "usos" posibles de estas categorías y sus connotaciones políticas, véase ELY, JOHN HART, *Democracia y desconfianza*, *op. cit.*, en esp. cap. I). Además de esto, la rotulación puede no ser el mejor instrumento cuando se plantean tesis intermedias que manejan algunos planteamientos de uno y otro lado. En todo caso, la idea de estos extremos representa una importante aproximación a la fisonomía de estos debates. Los primeros serían partidarios de interpretaciones ligadas a la intención de los constituyentes (*framers*) y a la no-discrecionalidad judicial, tema éste que suele ser articulado a través de la idea de la autorrestricción judicial (*self-restraint*) y al carácter eminentemente jurídico de la interpretación. Los segundos serían partidarios de una interpretación progresista, que toma en cuenta la idea de una Constitución que responde a todos los cambiantes momentos históricos (*living Constitution*) y, en consecuencia, le otorgan un papel central y protagónico a los jueces (activismo judicial). Esta última postura hace de la interpretación un espacio "menos jurídico" y de mayor "trascendencia política" que la anterior.

cepto de Constitución tampoco permite arribar a la conclusión de que se trata de una interpretación jurídica, como podría suponerse a partir de los aportes de KELSEN en torno a la figura del control constitucional concentrado, o de la paulatina pero constante aparición, en la gran mayoría de los países de Europa y América, de tribunales constitucionales desde que finalizó la Segunda Guerra Mundial[749]. Si bien es cierto que la idea de Constitución que tenían Europa y los países que siguieron su tradición se transformó radicalmente (transformación que supuso un abandono de la conocida caracterización que hiciera LASALLE de la Constitución, entendida como una "hoja de papel", como de las doctrinas francesas que consideraban que se trataba de una exhortación de principios programáticos al legislador), también lo es que aún permanecen intactas las discusiones en torno a los métodos, fines y naturaleza de la interpretación constitucional[750]. Muy a pesar de estos eventos –de la Constitución normativa y de sus guardianes–, las discusiones acaecidas en el ámbito norteamericano no han hecho más que universalizarse[751].

Así, pues, para concluir este tema merece la pena reiterar lo dicho anteriormente: no es una declaratoria de la Constitución como

---

[749] KELSEN contribuyó notablemente a la noción jurídica de Constitución entendida como "norma de normas", ubicada, como se sabe, en su cúspide piramidal: cfr. KELSEN, HANS, "La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia Constitucional)", en RUIZ MANERO, JUAN (ed.), *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Madrid, Debate, trad. de J. Ruiz Manero, 1988, pp. 109-155; también *Teoría general del Derecho y del Estado*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, trad. de E. García Maynez, 1995, p. 156; véase así mismo MARÍN, JOSÉ ÁNGEL, *Naturaleza jurídica del Tribunal Constitucional*, *op. cit.*, pp. 31-57.

[750] Es posible que la razón por la cual aún perduren estas discusiones no consista tanto en la naturaleza "jurídica" de la Constitución, como en una especie de "anómala naturaleza jurídica", como lo hace notar LORA DELTORO, PABLO DE, *La interpretación originalista de la Constitución*, *op. cit.*, p. 26. De cualquier modo, como se ha sostenido, la solución a este problema reside otro lugar.

[751] Sobre la importancia del constitucionalismo norteamericano como reflexión "universal" sobre estos temas, véase ALONSO GARCÍA, ENRIQUE, *La interpretación de la Constitución*, *op. cit.*, p. 6; y RUBIO LLORENTE, FRANCISCO, *La forma del poder*, *op. cit.*, pp. 573-581.

verdadera norma jurídica lo que la hace ser portadora de una interpretación jurídica. Se requiere además que sus propios intérpretes justifiquen sus decisiones mediante razones jurídicas de índole constitucional y que dichas razones sean consistentes con la justicia concreta. En el fondo, estas consideraciones ponen de manifiesto que no es tan desafortunada la apreciación que hiciera el juez norteamericano CHARLES E. HUGHES, Presidente de la Corte Suprema de su país, cuando consideraba que la Constitución es, en definitiva, lo que los jueces dicen que es[752]. Esta apreciación, de nuevo, sitúa toda la problemática en la índole de las razones que emplean dichos jueces para afirmar que la Constitución es "esto" o "aquello", y en la consistencia que dichas razones deben tener con la justicia constitucional concreta. La naturaleza jurídica de la interpretación constitucional exige, por lo tanto, considerar que *efectivamente* la materia sobre la cual recae el acto interpretativo es una materia jurídica, junto al hecho, más importante aún, de advertir que los jueces constitucionales (en tanto intérpretes) tienen la obligación de asumir su tarea desde la propia formalidad jurídica que, desde luego, emana de toda provisión constitucional. Sólo atendiendo a estas cuestiones tiene sentido afirmar que la naturaleza de la interpretación constitucional es jurídica, y que lo político (lo moral, lo religioso, lo económico, lo social, etc.) es susceptible de ser razonado jurídicamente.

Al afirmarse que la interpretación constitucional presenta diferencias respecto de la interpretación que es realizada por los restantes jueces según el Derecho legislado, se quiere manifestar algo que está más allá (o más acá) de consideraciones relativas a la naturaleza del acto interpretativo propiamente dicho. Si la interpretación constitucional es jurídica quiere entonces decir que presenta las mismas

---

[752] La expresión textual, que se ha hecho famosa, es esta: "We live under a Constitution; but the Constitution is what the judges say it is": HUGHES, CHARLES EVANS, *The Supreme Court of the United States*, ed. cast. *La Suprema Corte de los Estados Unidos*, México, Fondo de Cultura Económica, trad. de R. Molina Pasquel y V. Herrero, 1971, p. 7.

características, notas esenciales, y exigencias que son predicables de cualquier interpretación en el Derecho. Que algunos o muchos jueces no sigan estas exigencias sólo vendría a demostrar su insuficiente disposición de asumir, con la seriedad requerida, la tarea que les ha sido encomendada. Que se hayan transformado en "actores políticos", entendiendo por esto algo que se encuentra por fuera de las exigencias jurídicas de la razonabilidad práctica, no desecha la teoría esbozada en estas páginas, sino más bien sugiere la presencia de elementos desviados en el oficio de algunos jueces constitucionales. Un número suficiente de casos ya reseñados en anteriores capítulos refleja esto con claridad.

7. RECAPITULACIÓN

El propósito de este capítulo consistió en delinear una teoría de la interpretación jurídica lo suficientemente sólida, que fuera capaz de abrir espacios de racionalidad en el tratamiento de los problemas judiciales. Se planteó como eje conceptual básico la noción de interpretación jurídica como acto de comprensión a partir de las tesis desarrolladas por la corriente hermenéutica, lo cual ha demostrado ser de una invaluable riqueza para orientar la temática central de este trabajo. Veamos algunos puntos importantes al respecto:

1) En primer lugar, desde el punto de vista del Derecho el concepto de interpretación jurídica surge alrededor de problemas concretos que requieren ser solucionados en justicia, a través de distintos estándares no predeterminados o jerarquizados de antemano. La riqueza de esto consiste en que, por una parte, los jueces no están limitados a fallar únicamente sobre la base del Derecho legislado, sino más bien sobre la base de aquellas fuentes jurídicas que resulten más significativas en el caso concreto. Por otra parte, se ha expuesto que la articulación de un estándar de juzgamiento no es producto de una voluntad ciega, sino más bien de un acto de comprensión racio-

nal, y por lo mismo susceptible de ser evaluado o confrontado desde el punto de vista de la razón humana.

2) En segundo lugar, la tesis permitió apreciar, en contraste con el formalismo jurídico, que los jueces cumplen una función de la mayor importancia en la resolución de casos judiciales: no se limitan a *desvelar* o *descubrir* un objeto de la realidad fenoménica, o a realizar operaciones descriptivas conforme a ciertos hechos supuestamente evidentes que se les imponen con singular firmeza. Los problemas que deben resolver son todos ellos complejos e incompletos; no dicen mayor cosa sin la lectura propia del intérprete. Por este motivo exigen su mediación para solucionarlos. El enfoque hermenéutico sostiene, en este contexto, que además es importante entender la figura del juez en toda su dimensión personal, desde su propio entorno de precomprensiones, expectativas y tradiciones. Lo valioso en este punto es entender la función judicial como una actividad que debe combinar lo propio que el juez tiene, con los datos que constituyen el caso concreto y, además, con la exigencia de interpretarlos en procura de alcanzar la justicia concreta.

3) Seguidamente se pasó al estudio de la comprensión del lenguaje normativo y su relevancia en todos los casos judiciales. Allí sobresalió la idea de que los jueces no realizan actividades racionales distintas al aplicar e interpretar el Derecho, con lo cual se desdibujaron las distinciones que realizan las teorías estándar entre "aplicación" e "interpretación" jurídica por un lado, y casos "fáciles" y "difíciles" por el otro. En este punto se planteó además la exigencia de comprender realidades a las que el lenguaje normativo refiere, lo que deberá implicar más adelante la viabilidad de formular espacios, tanto epistemológicos como ontológicos, para un ejercicio judicial de justificación y fundamentación más consistente y sólido.

4) Se hizo notar, de modo contrario al formalismo jurídico, que la comprensión judicial es esencialmente valorativa y, además, que la función judicial es creativa en todos los casos. De igual manera, y contrariamente a lo sostenido por quienes plantean esto mismo a través de la figura de la discrecionalidad judicial, se advirtió que la

capacidad creativa de los jueces no es ilimitada, que una cosa es "crear" derechos y obligaciones y otra bien diferente "inventarlos" (*i.e.*, sin justificación). Los límites fueron establecidos a través del entorno del problema mismo, de la exigencia de contar con la tradición jurídica en la que operan los jueces, de la posibilidad de dialogar con dicha tradición y, desde luego, de la necesidad de solucionar el problema en justicia. Lo más significativo de esto último consiste en que la decisión justa es para la hermenéutica una manifestación de la comprensión y, por lo tanto, es teóricamente viable plantear su racionalidad.

5) Posteriormente, el capítulo pasó a esbozar el significado de la actividad hermenéutica sobre la base de considerar la naturaleza del razonamiento de los jueces. Se advirtió que todo proceso judicial responde a una estructura y que dicha estructura es esencialmente práctica, es decir, operable. La estructura implicó considerar que el razonar de los jueces tiene un momento cognoscitivo, encaminado a la articulación de razones prácticas, operativas, tendientes a producir un resultado concreto y, por esto último, un momento volitivo, que se resuelve en la disposición y ánimo de fallar la justicia concreta. Dar cuenta de esta estructura implicó advertir una relación de consistencia entre las razones empleadas por los jueces y la decisión alcanzada.

6) Luego el capítulo analizó los rasgos principales de la cuestión metodológica en la interpretación jurídica. En una breve síntesis, la tesis demostró que toda su reflexión está condicionada por la finalidad que se busca o se persigue en términos jurídicos, y para nuestro caso, en el proceso judicial. Esto ha sido especialmente clave para esta investigación, por dos cosas. En primer lugar, porque fijó los derroteros por los cuales debe atravesar el razonamiento de los jueces: se trata de un procedimiento racional de naturaleza práctica, por medio del cual los jueces comprenden problemas de sentido para solucionarlos en justicia. El estudio de esta metodología práctica está aún pendiente (el siguiente capítulo tendrá que explorar esto detenidamente). En segundo lugar, porque permitió señalar un claro

contraste con las teorías estándar del Derecho, que *niegan* un entorno de justificabilidad del razonamiento en el momento de la decisión, como consecuencia de articular una metodología no práctica ("científica") en la aproximación a las cuestiones del Derecho.

7) El siguiente tema consistió en analizar que una metodología práctica permite incorporar como base justificativa toda razón que dé cuenta de la finalidad de la justicia. Se vio que la clave más importante para comprender la índole de las razones que emplean los jueces para resolver los casos concretos consiste en advertir que dichas razones expresan (o buscan expresar) las fuentes jurídicas mediante las cuales alguien tiene un derecho o una obligación concreta. Toda interpretación jurídica, en este sentido, es un acto de comprensión de problemas respecto de los cuales hay la necesidad de establecer la presencia de fuentes jurídicas (causas, títulos), pues precisamente éstas permiten determinar que el deudor está obligado al pago de una suma de dinero, o el acreedor al disfrute de un bien, o el demandante al ejercicio pleno de su libertad. Es acá donde viene a resolverse la materia sobre la cual versa todo acto interpretativo que comprende un problema jurídico.

8) Se hicieron así mismo varias distinciones cruciales. La primera, que no debe confundirse el método con las razones justificativas, sino más bien que el método se constituye en el procedimiento ordenado mediante el cual dichas razones son expresadas. La segunda, que las razones justificativas son una manifestación de las fuentes de los derechos y las obligaciones; pero, así mismo, que las fuentes de los derechos y obligaciones no son en rigor "razones", sino realidades jurídicas que son tomadas en cuenta en el acto racional interpretativo que las justifica. La tercera distinción fue ubicada en torno a los denominados criterios, directrices o cánones de interpretación jurídica. El tema resultó crucial en la medida en que muchos tienden a confundirlos con la propia metodología. Se expuso a este respecto que los cánones son directrices y guías que orientan la actividad hermenéutica; son criterios del método de interpretación pero

no se confunden con él. Su operatividad aparece circunscrita a la relevancia e importancia de las fuentes de los derechos en juego.

9) La última parte del capítulo se destinó a estudiar si el factor político, como característica propia del Derecho Constitucional, obligaba a reformular la teoría de la interpretación jurídica analizada previamente, en especial en lo que tiene que ver con su naturaleza. Se planteó como telón de fondo que el problema no consiste en saber si en realidad los jueces constitucionales juzgan cuestiones políticas, sino más bien en *cómo lo hacen*. Más detenidamente, se plantearon dos ideas centrales: la primera, que la interpretación constitucional es "esencialmente jurídica" porque lo jurídico no excluye ni tiene por qué excluir de su ámbito los temas políticos (como tampoco los temas de otra índole: económicos, sociales, religiosos, morales, etc.). La segunda, que además de la naturaleza jurídica de los temas constitucionales, se exige de parte de sus destinatarios e intérpretes considerarlos y asumirlos desde el punto de vista mismo de la juridicidad.

CAPÍTULO V

LOS MODELOS DE RAZONAMIENTO PRÁCTICO Y LAS CONDICIONES PARA ARRIBAR A DECISIONES JUSTAS

Este capítulo está destinado a abordar de lleno los aspectos principales, ventajas y debilidades, desarrollos y tesis más relevantes de una interpretación jurídica basada en el razonamiento práctico. Tiene el propósito de advertir en qué sentido resulta posible cimentar, o lo que es lo mismo, justificar y fundamentar de una manera más firme y sólida las respuestas correctas, acertadas o justas en la interpretación constitucional.

Con este estudio se procura despejar interrogantes centrales de esta investigación, para lo cual se procederá de la siguiente forma. En primer lugar, se hará un planteamiento amplio del tema, intentando mostrar los rasgos principales que definen el razonamiento práctico, cuáles son sus conceptos determinantes y, así mismo, cuáles son las explicaciones básicas para abordar la finalidad del razonamiento jurídico desde esta perspectiva. Se debe hacer notar que esta primera etapa del capítulo busca exponer *temas generales* y que, en dicho sentido, no entra a analizar asuntos puntuales, o matices específicos, que están presentes en distintos enfoques o modelos del pensamiento práctico. A esto último responde la siguiente parte del capítulo, que constituye el grueso del mismo. Allí se exponen, en

efecto, dos modelos del razonamiento jurídico práctico, denominados, respectivamente, "procedimentales" y "prudenciales", respecto de los cuales se hace un desarrollo de sus principales tesis y algunos planteamientos críticos o, en su caso, comentarios.

1. UNA APROXIMACIÓN AL PENSAMIENTO PRÁCTICO EN EL DERECHO

a) Planteamiento

En el capítulo anterior se hizo notar que el razonamiento de los jueces exige el empleo de un método de interpretación que posibilite formular criterios de corrección y de justicia a la conducta jurídica humana, como consecuencia del tipo o naturaleza *práctica*, operable, del saber jurídico. Se afirmó que esto no constituía una arbitraria e indiscriminada elección metodológica llevada a cabo por quienes la asumen, sino una manifestación o exigencia de la realidad hacia la que se ordena dicho saber. Quien aborda racionalmente una realidad "asume" la metodología de estudio según la perspectiva de inteligibilidad que la misma realidad representa, ofrece o exige. En consecuencia, el razonamiento de los jueces debiera ser práctico *porque* la realidad jurídica misma denota dicha practicidad; si la realidad jurídica no fuera práctica, no tendría sentido emplear un método práctico para su razonamiento[753].

---

[753] Se trata de una perspectiva que puede remontarse hasta ARISTÓTELES (y aun con anterioridad), lo cual no sugiere que exista una línea uniforme desde entonces acerca de su caracterización, condiciones, delimitaciones o exigencias. De hecho es posible encontrar claras diferencias entre metodologías de corte práctico en el razonamiento jurídico, como distintas interpretaciones acerca de lo que el propio ARISTÓTELES entendía por tal. Aún más: hay bastantes propuestas que asumen la matriz del razonamiento práctico a la par que desconocen y rechazan, de manera explícita, el pensamiento aristotélico. La explicación de lo anterior radica en la exis-

En este punto se advierten claras diferencias con la "racionalidad" positivista. Mientras en una perspectiva práctica se plantea una actitud personal de *apertura* a la realidad y, en cuanto tal, la exigencia de ser abordada según sus propios requerimientos, en la perspectiva positivista se determina de manera *a priori* su aproximación metodológica, y en tal sentido, se condiciona el razonamiento jurídico al seguimiento de unas coordenadas científicas establecidas de antemano[754].

Las consecuencias que se derivan de ambas formas de plantear el razonamiento jurídico son determinantes para abordar el oficio de los jueces y juristas en general. Veamos a continuación qué significa una perspectiva práctica del razonamiento jurídico y cuáles son sus implicaciones, buscando contrastar esto con los postulados establecidos por el positivismo jurídico y otras posturas ya analizadas[755].

b) Realidad práctica y razonamiento jurídico

Una realidad práctica es aquella que exige ser actuada, obrada u operada de conformidad con una finalidad concreta, una realidad respecto de la cual es necesaria la intervención humana para su con-

---

tencia de *otras orientaciones* filosóficas –por ejemplo de raíz kantiana– que también afirman la posibilidad del saber práctico (cfr. *infra*, V, 4). Sobre esto consúltese MASSINI, CARLOS IGNACIO, "Método y Filosofía práctica", en *Persona y Derecho* 33 (1995), pp. 223-226.

754 Este tema ha sido magistralmente expuesto por JOSÉ MARÍA MARTÍNEZ DORAL, en *La estructura del conocimiento jurídico, op. cit.*, en esp. pp. 13-34.

755 Debe tenerse presente que este ejercicio de comparación tiene como mira, principalmente, el que se ha denominado previamente positivismo "de avanzada", o en un sentido más amplio, las posturas *decisionistas* de la interpretación jurídica, las cuales han sido de referencia constante en capítulos anteriores. De todas formas, la teoría del razonamiento práctico que será expuesta en lo sucesivo, también contrasta con el positivismo decimonónico o formalismo jurídico, estudiado previamente.

creción[756]. Por contraste, una realidad "no práctica", o bien, una realidad "teórica", es aquella que, por decirlo así, se encuentra plenamente determinada o delimitada en su existencia, una realidad que existe como tal y que no requiere un acto externo para su configuración. De acuerdo con esto, las formas de razonamiento de cada una de las clases de realidades mencionadas se pueden establecer con facilidad. Mientras que en las realidades teóricas la razón se limita a llevar a cabo una especulación, contemplación o descripción del "objeto", en las prácticas la razón se orienta hacia su realización o determinación[757]. Razonar en términos prácticos, por lo tanto, es razonar "acerca de qué (debe uno) hacer. La razonabilidad práctica es razonabilidad al decidir, al asumir compromisos, al elegir y ejecutar proyectos, y, en general, al actuar"[758].

Aunque existen matices y desarrollos puntuales que pueden variar de un autor a otro, la explicación anterior ilustra el ámbito de una y otra forma de razonamiento. Un razonamiento teórico, en cuanto es meramente descriptor de realidades, no exige ni implica nada distinto que una aproximación "neutral", "demostrativa" y "avalorativa" a las mismas. En cambio, un razonamiento práctico, en cuanto se orienta hacia la realización de algo aún no existente, implica siempre una aproximación "directiva", "valorativa" y "prescriptiva", buscando su determinación concreta[759].

Desde el punto de vista jurídico se puede sostener, de conformidad con lo anterior, que el razonamiento exigido en esta materia es *necesariamente* práctico porque, como se explicó en otro capítu-

---

[756] Cfr. MARTÍNEZ DORAL, JOSÉ MARÍA, *La estructura del conocimiento jurídico*, *op. cit.*, p. 17.

[757] Cfr. *ibidem*, pp. 13-15.

[758] FINNIS, JOHN, *Ley natural y derechos naturales*, *op. cit.*, p. 46.

[759] Cfr. MORA RESTREPO, GABRIEL, "Moral, Derecho y razonabilidad práctica", en OLANO, HERNÁN, y OVIEDO, JORGE (Coord.), *Hacia una comprensión humana del Derecho. Estudios en homenaje a Roberto Suárez Franco*, Bogotá, Temis, 2006, pp. 51-61.

lo, la cuestión central del oficio del jurista radica en establecer lo justo o lo debido en una relación jurídica, es decir, en tomar una decisión (una obra o acción) concreta (ver *supra*, IV, 4.a y b). Su campo de actividad consiste, con otras palabras, en *prescribir* un comportamiento concreto caracterizado por su corrección o justicia, y no simplemente en *describirlo*.

Esto que se acaba de manifestar no implica que al jurista le esté vedada la posibilidad de hacer "descripciones". Una *razón práctica* es lo mismo que una *razón para obrar*, y por lo tanto la obra misma es el resultado de una operación racional inteligente y reflexiva. Esta precisión es importante hacerla notar, además, porque se podría pensar que, en tanto está orientada a acciones concretas, una actividad práctica termina siendo un mero ejercicio irreflexivo, que responde a un impulso ciego, o que no existe una dimensión "conceptual" en la misma, o bien, que no es posible un "conocimiento" de los estándares previamente establecidos en un ordenamiento jurídico para la toma de decisiones. Por el contrario, lo que se plantea es que una perspectiva práctica del razonamiento exige sobrepasar una actividad meramente descriptiva de la realidad considerada, porque su "objeto" es reclamado o exige su realización, que, para el ámbito jurídico, es la acción justa o debida en una situación particular y concreta[760]. En tal sentido, implica que su ámbito racional *se dirige intencionalmente* a realizar una acción u obra y que, por lo tanto, ésta encuentra su soporte en dicho ámbito racional[761].

Para usar unas categorías ya explicadas anteriormente, lo dicho reconoce que la realidad jurídica es, por una parte, una realidad "da-

---

[760] Cfr. HERVADA, JAVIER, *Lecciones propedéuticas de Filosofía del Derecho*, *op. cit*., p. 593.

[761] La función primaria de las razones justificativas no es otra que servir de soporte de los razonamientos que conducen a las acciones concretas y, en cuanto tales, exige considerarlas desde una perspectiva que va más allá de su mera descripción o constatación. Sobre este punto véase NINO, CARLOS SANTIAGO, *La validez del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1985, p. 130.

da", pero al mismo tiempo, por otra parte, es una realidad operable que reclama su justa realización (ver *supra*, IV, 5.b)[762]. Desde estas consideraciones se advierte la necesidad que posee el jurista de *razonar* sobre lo "dado", valorándolo o evaluándolo para realizar la acción justa en los casos concretos. Podría, incluso, resultar más preciso sostener, como sugiere MARTÍNEZ DORAL, que el razonamiento jurídico se caracteriza por ser *necesariamente* práctico, pero al mismo tiempo, como *no exclusivamente* práctico, porque toda acción se realiza sobre la base de su comprensión racional y según estándares previos que la orientan reflexivamente[763].

Nótese además que esta dimensión racional o justificativa, presente en la actividad jurídica, se predica de todos los casos judiciales, sin importar qué tan discutidas o discutibles sean los estándares previos de juzgamiento[764], lo cual es opuesto al planteamiento positivista, pues como se viera en otra parte, éste plantea una actividad racional para algunos casos, mientras que para otros no. Para los que denominan casos difíciles, en efecto, el positivismo considera que allí se hace más bien "política jurídica" y que, por esto mismo, según sus propios estándares científicos, hay una ausencia de racionalidad jurídica[765]. Para los modelos prácticos del razonamiento jurídico, en

---

[762] Cfr. HERVADA, JAVIER, *Lecciones propedéuticas de Filosofía del Derecho*, *op. cit.*, p. 592.

[763] Cfr. MARTÍNEZ DORAL, JOSÉ MARÍA, *La estructura del conocimiento jurídico*, *op. cit.*, pp. 14-15 y 101-103. Una fundamentación de este tema en ARISTÓTELES, *De Anima*, III, 433a 13-14 (en adelante *De An.*); y en TOMÁS DE AQUINO, *Sum. Theo.*, I, q. 79, a. 11, ad 2.

[764] En contra de esto, véase SEGURA ORTEGA, MANUEL, *La racionalidad jurídica*, *op. cit.*, pp. 67-72. Aunque para todos los modelos prácticos del razonamiento jurídico lo dicho en el texto es válido, el alcance de la justificación varía dependiendo de si estamos en presencia de casos "fáciles" o casos "difíciles", categorías que en esta investigación han sido criticadas (véase *supra*, III, 3.b y IV, 3.e; algo adicional en *infra*, VI, 3.c.ii).

[765] A esto debe agregarse que el concepto de "razón", desde una perspectiva práctica, tiene un sentido distinto al considerado por el positivismo (véase *supra*, II, 5.d y III, 3.b). Para HANS KELSEN, en efecto, la "razón práctica" es una noción contradictoria porque, a juicio suyo, el "conocer" y el "querer" se rechazan mutuamente.

cambio, *siempre* hay una exigencia racional porque siempre hay una exigencia de alcanzar, como sostenía VIEHWEG, "lo justo aquí y ahora" dentro de las varias posibilidades de elección del resultado concreto[766].

En esto acabado de exponer reside una de las claves más importantes para comprender el tipo de actividad a la que responde el razonamiento jurídico, y así mismo, permite explicar en qué sentido hay una radical diferencia con la racionalidad positivista. Para una perspectiva práctica, la actividad jurídica es *racional* porque su resultado está calificado, sustentado o justificado, o es susceptible de tales cosas y, por consiguiente, la acción justa o debida –la decisión jurídica– no se produce por medio de una voluntad ciega o de un acto imposible de ser comprendido desde el punto de vista de la razón. Los expositores que asumen una perspectiva práctica del razonamiento jurídico resaltan esta dimensión racional, al entender que su propósito consiste en justificar decisiones a partir de "razones" y "argumentos" controlables, que busquen reducir, hasta donde más sea posible, lo que haya de incertidumbre en la configuración del obrar jurídico humano[767].

Un claro ejemplo de lo anterior son las explicaciones de ALEXY sobre la naturaleza del *discurso jurídico*. Sostiene que se trata de un *caso especial* del razonamiento práctico general, sujeto a ciertas li-

---

En sus propios términos, "una razón que crea normas es una razón que conoce y al mismo tiempo que quiere, es a la vez conocer y querer. Esta es la noción contradictoria de la *razón práctica*": "Justicia y Derecho Natural", en KELSEN, HANS (y otros), *Crítica del Derecho Natural* (1959), Madrid, Taurus, trad. de E. Díaz, 1966, p. 119. La idea había sido expuesta por el propio KELSEN en *Teoría pura del Derecho*, cuando manifestaba que la razón es *siempre* un conocer y no un acto de voluntad: cfr. *op. cit.*, p. 203.

[766] Cfr. VIEHWEG, THEODOR, *Tópica y jurisprudencia*, *op. cit.*, p. 129.

[767] Una introducción sobre los lineamientos esenciales del razonamiento práctico en la interpretación jurídica, puede verse en MASSINI, CARLOS IGNACIO, "Doce tesis sobre semántica e interpretación jurídica", en AA.VV., *Interpretación, integración y razonamiento jurídicos*, *op. cit.*, pp. 139-143.

mitaciones, en donde se discuten cuestiones prácticas "sobre lo que hay que hacer u omitir, o sobre lo que puede ser hecho u omitido", con el propósito de tomar decisiones acertadas o correctas, admisibles a la luz del ordenamiento jurídico vigente[768]. Para este autor, una decisión jurídica es correcta porque se han aducido razones o pueden ser aducidas razones para ello, es decir, razones respecto de las cuales existe una *pretensión de corrección* en el marco del ordenamiento jurídico vigente[769].

Se puede entonces decir, como síntesis de lo anterior, que el razonamiento práctico consiste en la capacidad humana de *razonar* o *reflexionar* justificada o correctamente sobre la forma de actuar y obrar en circunstancias concretas. Desde la perspectiva del Derecho, consiste en la capacidad de dar razones justificadas para la toma de decisiones jurídicas justas, correctas o acertadas.

c) El razonamiento práctico como una actividad no indiferente de su resultado

Una perspectiva práctica del razonamiento jurídico plantea desde un comienzo una significación de mayor "exigencia" y "compromiso" del oficio de los jueces y juristas en general, en comparación con la ofrecida por el positivismo jurídico y otras corrientes ya analizadas, si se tiene en cuenta, conforme a lo señalado, que en tanto realidad práctica, la decisión a la que debe arribarse en los casos concretos no sólo no está determinada de antemano, sino además implica para los jueces un compromiso con su corrección o justicia[770]. Ya se irá estableciendo en este capítulo, paulatinamente, cuáles

---

[768] Cfr. ALEXY, ROBERT, *Teoría de la argumentación jurídica*, *op. cit.*, pp. 206-207.

[769] Cfr. *ibidem*, p. 208; véase también, allí mismo, p. 133.

[770] Conforme a esto, puede decirse que el razonamiento práctico consiste también en una *voluntad* "reflexiva", lo cual plantea, por una parte, la exigencia de una comprensión previa de los elementos que justifican su propio accionar o determina-

son los *medios legítimos* que algunos modelos prácticos del razonamiento jurídico proponen para llevar a cabo esa tarea. Por ahora es relevante manifestar que este compromiso hacia la corrección o justicia denota una actividad que no es indiferente ante su resultado, sino más bien "reflexiva", "intencionada" e "inteligente": "aquello que debe ser realizado, actuado, en la existencia concreta", pero, al mismo tiempo, considerando "un objetivo y finalidad específica" susceptible de corrección o de justicia.

Lo que se acaba de exponer muestra la cercanía del razonamiento jurídico a exigencias morales, aspecto que la tradición positivista ha negado insistentemente, hasta el punto de convertir la separación entre moral y Derecho en una de sus principales tesis[771]. Para el Derecho, sin embargo, afirmar que su propia perspectiva o modo racional de comprensión implica la presencia de cuestiones moralmente relevantes, es no sólo significativo, sino que, principalmente, constituye una manifestación natural de lo regulado: el orden de la conducta humana respecto de *cosas valiosas* que exigen su efectivo goce, posesión y disfrute[772]. Esto no implica sostener una *identificación* entre moral y Derecho, ni desconocer la existencia de cuestio-

---

ción, y por otra parte, la disposición, tendencia o ánimo ("compromiso") con la justicia o corrección, es decir, con un resultado calificado. Cuando se estudien los modelos prudenciales del razonamiento jurídico, se verá que esta perspectiva es central en sus exposiciones (véase *infra*, V, 5).

[771] Consúltese al respecto BOBBIO, NORBERTO, *El positivismo jurídico. Lecciones de Filosofía del Derecho reunidas por el doctor Nello Morra* (1979), Madrid, Debate, trad. cast. de R. de Asís y A. Greppi, 1993, en esp. pp. 141 y 145-148. Algo similar es el planteamiento de H. L. A. HART: cfr. *El concepto de Derecho*, *op. cit.*, p. 230. En cuanto a los planteamientos de HANS KELSEN sobre este punto, cfr. *Teoría pura del Derecho*, *op. cit.*, pp. 12, 80-82, 85-88 y 94, y *Teoría general del Derecho y del Estado*, *op. cit.*, pp. vii (del prólogo), 16-17 y 55-56.

[772] Sobre esta dimensión moral relacionada con la razón práctica, y particularmente referida a la prudencia, véase ARISTÓTELES, *Et. Nic.*, VI, 1140a 25-27; también *Retórica*, I, 1366b 20-23 (en lo sucesivo *Ret.*). En ésta manifiesta: "La prudencia es la virtud propia de la inteligencia por la que se adquiere la facultad de deliberar adecuadamente acerca de los bienes y de los males, de los que ya se ha hablado en relación con la felicidad".

nes meramente "técnicas" que hacen parte de la realidad jurídica[773]. Lo que sugiere más bien es indicar la existencia de relaciones y ámbitos cercanos entre la moral y el Derecho, y en reconocer que la finalidad implicada en el razonamiento jurídico, así llegue a versar sobre cuestiones meramente técnicas, tiene un *sentido calificado* o *valioso* para sus destinatarios, o para la misma sociedad. De ahí que, para los modelos prácticos, el razonamiento jurídico es un caso especial del razonamiento moral[774], o bien, está de algún modo emparentado con la moral[775].

---

[773] Para una parte de los modelos prácticos, cuyas exposiciones se nutren de la Filosofía clásica *realista*, la dimensión práctica de la operatividad humana se concreta tanto en el "obrar", como en el "hacer". La diferencia entre ambas las explica JOSEF PIEPER, desde la perspectiva de las virtudes humanas, de la siguiente forma (*Las virtudes fundamentales*, Madrid-Bogotá, Rialp-Quinto Centenario, 3ª. ed., 1988, p. 68):

> "El operar humano presenta dos formas fundamentales: el obrar (*agere*) y el hacer (*facere*). La 'obra' resultante del hacer son las formaciones objetivas de fabricación artística y técnica. La 'obra' que resulta del obrar somos nosotros mismos (...) El 'arte' [o técnica] es la 'norma' del hacer (*recta ratio factibilium*); la 'prudencia', 'norma' del obrar (*recta ratio agibilium*)".

Así las cosas, la diferencia entre ambas radica en que, mientras en el arte o la técnica se mira el producto exterior como tal, esto es, la obra realizada y sin ninguna consideración respecto de quien la realiza, en la prudencia la obra se revierte hacia quien la produce en un sentido estrictamente moral, es decir, se adecua o se corresponde con su propia *intencionalidad*. La dimensión moral presente en el razonamiento jurídico, aludido en el texto, responde a la última de las mencionadas, sin que esto lleve a desconocer una dimensión "artística" o "técnica" en la misma. Ambos aspectos los he abordado en la citada obra *Ciencia jurídica y arte del Derecho*, pp. 43-45 y 297-303. La distinción puede verse en ARISTÓTELES, *Et. Nic.*, VI, 1140a 10 y en TOMÁS DE AQUINO, *Sum. Theo.*, I-II, q. 57, a. 4, *resp*.

[774] Cfr. MACCORMICK, NEIL, *Legal Reasoning and Legal Theory*, *op. cit.*, p. 272; HABERMAS, JÜRGEN, *Facticidad y validez. Sobre el Derecho y el Estado democrático de Derecho en términos de teoría del discurso*, Madrid, Trotta, ed. cast. de M. Jiménez Redondo, 1998, p. 302.

[775] Cfr. FINNIS, JOHN, "Derecho natural y razonamiento jurídico", cit., *passim*. Existe una parte del razonamiento jurídico, como sostiene FINNIS, que no es necesariamente moral, sino más bien técnico, que el autor identifica con un objeto cultural, como es el caso de la legislación: cfr. *ibidem*, p. 22. Para profundizar en esto, véase MASSINI, CARLOS IGNACIO, "Dworkin, Finnis y la 'única respuesta correcta'",

La principal consecuencia que deriva de esto tiene que ver con en el tipo de respuesta que debe ser articulada en cada caso concreto. Para los modelos prácticos del razonamiento jurídico, no sólo las "razones" en sí mismas deben ser "buenas" razones, o razones correctas, sino además las propias decisiones deben ser en algún sentido *valiosas* o estar *calificadas* de alguna manera. Si bien entre los distintos enfoques prácticos hay discrepancias en relación al significado de una decisión valiosa o calificada, como se expondrá más adelante, todos apuntan sin embargo a este mismo principio acabado de señalar.

d) El significado de la "corrección" o "justicia" desde una perspectiva práctica del razonamiento jurídico

Los modelos de razonamiento jurídico práctico sostienen que es posible, pero además exigible, arribar a una decisión justa, correcta o acertada, y que se puede estar en capacidad de evaluar o discriminar entre esas respuestas y las que no lo son[776]. Desde el punto de vista de los jueces, esta idea no es nada diferente que hacer de alguna manera explícita su propia razón de ser en el contexto de las relaciones humanas. El oficio de los jueces está justificado en tanto se solucionan *problemas jurídicos* "en justicia", "correctamente", o "acertadamente", y no, por el contrario, cometiendo "injusticia", haciéndo-

---

en LEGARRE, SANTIAGO, MIRANDA ALEJANDRO y ORREGO, CRISTÓBAL (eds.), *La lucha por el Derecho Natural. Actas de las Jornadas en Homenaje a John Finnis. A 25 años de la publicación de Natural Law and Natural Rights*, Santiago, Cuadernos de Extensión Jurídica, Universidad de los Andes, 2006, pp. 114-115. Véase además, sobre esta cercanía entre aspectos morales y el razonamiento jurídico, ALEXY, ROBERT, *Teoría de la argumentación jurídica*, *op. cit.*, p. ej., pp. 30-34; del mismo autor, la ya citada *Derecho y razón práctica*, *passim*.

[776] Cfr. ATIENZA, MANUEL, *Las razones del Derecho*, *op. cit.*, p. 6; *ibidem*, "El Derecho como argumentación", cit., p. 39; ITURRALDE SESMA, VICTORIA, *Aplicación del Derecho y justificación de la decisión judicial*, *op. cit.*, pp. 251-252.

lo "incorrectamente" o de forma "desacertada"[777]. La actividad judicial, al menos en cuanto a la pretensión que subyace en esta idea esbozada de las respuestas calificadas o valiosas, es afirmada sobre la base de determinados estándares de responsabilidad. Los jueces, con otros términos, son responsables de administrar la justicia y no la injusticia.

Ahora bien, por el hecho de afirmarse una respuesta calificada o valiosa, los modelos comentados no están suponiendo que su conocimiento o evaluación sea una cuestión fácil de hacer, o que se pueda demostrar de la misma forma como se demuestra que "estas letras existen" o que "el sol calienta la tierra". Los partidarios del razonamiento jurídico práctico plantean que el ámbito racional en el Derecho implica una aproximación menos "rigurosa" a sus elementos y que, al tiempo que existen estándares de juzgamiento, también existen circunstancias de variación y provisionalidad, todo lo cual sitúa al razonamiento jurídico en un terreno de constante *tensión* para arribar a respuestas o decisiones correctas. Los modelos prácticos del razonamiento jurídico se apartan así de quienes plantean que el razonamiento en el Derecho emplea un método de conocimiento "científico", en el sentido "apodíctico" o "demostrativo", como es usual en las tesis provenientes del positivismo "tradicional", ya vistas en otro lugar (ver II, 5.b).

---

[777] CARLOS IGNACIO MASSINI ha llamado la atención sobre la necesidad de distinguir, según la perspectiva o corriente práctica de la que se trate, entre "corrección" y "justicia", ya que no son nociones equivalentes. La *corrección*, cuyo significado es más bien de origen Moderno, alude a una *ética del deber* de acuerdo a una voluntad externa al sujeto, cuyo comportamiento resulta correcto o incorrecto según cumpla o no con lo dispuesto por dicha voluntad. En cambio, la *justicia* es una noción clásica o antigua, que está centrada en la *virtud* y en su objeto –el *bien humano*–, de tal suerte que la conducta justa lo es porque, provenga o no de una fuente externa de regulación, representa para la persona un acto moralmente perfectivo. Cfr. "Dworkin, Finnis y la 'única respuesta correcta'", cit., pp. 105-107. Esta es una distinción importante que, bajo otro esquema y desarrollo conceptual, se irá haciendo manifiesta a lo largo de éste y el capítulo próximo.

La explicación de esto radica en que la practicidad del razonamiento jurídico provee una certeza que no es absoluta, o que admite excepciones vinculadas a las circunstancias históricas, a exigencias particulares de los casos y, por supuesto, a la propia comprensión del intérprete[778]. Para emplear algunas categorías filosóficas, el objeto del razonamiento jurídico no versa sobre algo necesario e independiente de la acción humana, sino sobre algo particular y contingente que depende de ella[779]. Lo "contingente", por oposición a lo "necesario", significa aquello que puede ser de una manera o de otra, o para decirlo figurativamente, implica un "más" o un "menos", cuya determinación –"mayor" o "menor"– depende del caso –de los hechos o circunstancias y pruebas– y de la efectiva y razonada intervención humana, en donde hay que contar con la mirada personal y propia del juez[780].

El alcance que tiene esta explicación no es otro que situar el razonamiento práctico en un contexto en el cual, en comparación con el razonamiento teórico, supone una comprensión de su campo de realidad desde unas coordenadas epistemológicas diferentes. El ámbito práctico no provee unos criterios "fuertes" de corrección o verdad de las premisas utilizadas y de los resultados obtenidos, *en comparación* con aquellos criterios provenientes de las denominadas ciencias "duras" o "demostrativas"[781]. Adviértase en esto el énfasis

---

[778] Cfr. VIGO, RODOLFO L., *El iusnaturalismo actual. De M. Villey a J. Finnis*, México, Fontamara, 2003, p. 27.

[779] Cfr. *ibidem*, p. 26.

[780] Como afirma TOMÁS DE AQUINO, frente a "lo contingente no puede regirse el hombre por la verdad absoluta y necesaria", sino por la experiencia e inteligencia de las cosas pasadas (cfr. *Sum., Theo.*, II-II, q. 49, a. 1, *resp.*), como también por la *recta disposición* al bien humano (cfr. *ibidem*, II-II, q. 47, aa. 2, *resp.*, y 6, *resp.*; I-II, q. 57, aa. 4, *resp.*, y 5 *resp.*). Sobre los actos humanos y la imposibilidad de obtener una "certeza demostrativa", véase también, allí mismo, II-II, q. 70, a. 2, *resp.*

[781] Afirma VIGO que una de las consecuencias principales del razonamiento práctico, para el jurista, implica el hecho de "contentarse normalmente con alcanzar conclusiones probables y de cierta inseguridad: ello por el terreno contingente en el

puesto en el ámbito de la comparación: no es que el razonamiento práctico sea incapaz de captar o arribar a una decisión correcta o verdadera, sino más bien que sus estándares y criterios de "razonar", "explicar", "demostrar" o "justificar" dichas decisiones no son los mismos que se usan para "razonar", "explicar", "demostrar" o "justificar" premisas y resultados obtenidos en el ámbito de las ciencias exactas. En una clara intuición de este problema, decía ARISTÓTELES que es absurdo exigir de un matemático el uso de la persuasión, como exigir de un retórico el empleo de un método rigurosamente demostrativo[782].

Como se ha expuesto con anterioridad, todo esto no sugiere ni implica una ausencia de racionalidad. La intervención humana, que determina una respuesta práctica concreta, es exigida sobre la base de estándares "razonados" o "inteligentes", y no el producto de algún capricho subjetivo de quien la realiza. De paso, la perspectiva que se comenta se aparta también de los modelos de la discrecionalidad judicial, para quienes las decisiones de los jueces –en aquellos casos que la teoría en mención ha denominado "difíciles"–, no pueden ser comprendidas como respuestas correctas, sino sólo como respuestas posibles, que emanan de un acto de voluntad judicial impermeable a la razón humana, o son producto de motivaciones ocultas, concepciones personales y otros criterios semejantes.

Este asunto puede ser considerado, tal vez, como el de mayor especificación del razonamiento práctico. Consiste en mostrar que, a pesar de las variaciones posibles en relación a los medios elegidos y a la decisión alcanzada, puede llevarse a cabo un ejercicio reflexivo y razonable de los mismos, y con esto, estar en condiciones de afirmar

---

que se desenvuelve, en donde las mismas normas se proyectan de manera distinta según las circunstancias cambiantes": *Interpretación jurídica, op. cit.*, p. 99.

[782] ARISTÓTELES, *Et. Nic.*, I, 1094b 22-25: "[E]s propio del hombre instruido buscar la exactitud en cada materia en la medida en que la admite la naturaleza del asunto; evidentemente, tan absurdo sería aceptar que un matemático empleara la persuasión como exigir de un retórico demostraciones".

su propia verdad o su corrección[783]. Los modelos prácticos del razonamiento jurídico acuden a la teoría de la justificación y fundamentación para establecer, precisamente, cuáles deben ser los medios más consistentes, o las condiciones y límites, que posibilitan tomar decisiones de acuerdo a una dimensión calificada o valiosa de las mismas. En materia jurídica, los criterios "débiles" de corrección o verdad, por oposición a los criterios "fuertes" de las ciencias exactas, no implican, por lo tanto, un desconocimiento de exigencias ni operan como "excusa" para abandonar la necesaria disposición práctica a realizar la justicia concreta.

e) La cuestión sobre si existe una única respuesta correcta o decisión justa

De lo anteriormente expuesto deriva la siguiente observación. Cuando se afirma que los jueces tienen la obligación de llegar a una decisión justa o correcta, no se está afirmando que exista *una y única* decisión justa o correcta para todos los casos judiciales[784]. La frase "para todos los casos judiciales" es importante para determinar un problema frente al cual distintos autores o modelos prácticos difieren, como se enunciará al final de este epígrafe y se expondrá, a fondo, en el desarrollo que aún queda pendiente de esta investigación. Al margen de esto último, la tesis señala que una única respuesta co-

---

[783] El empleo del concepto "verdad", para algunas posturas, podría no ser el más indicado para plantear una referencia al razonamiento práctico, sino, en su lugar, la noción menos comprometida de "razonabilidad" o "corrección" de una respuesta. Este uso de categorías se verá reflejado en el desarrollo de este capítulo.

[784] En contra de esto está la posición de CARLOS IGNACIO MASSINI quien afirma que, en el contexto del pensamiento *realista clásico*, y conforme a la noción de justicia y el bien humano, sólo puede haber una "única" y "mejor" decisión justa: cfr. "Dworkin, Finnis y la 'única respuesta correcta'", cit., pp. 95-117. Cuando se aborden los modelos *clásicos* se volverá sobre esto mismo, intentando desarrollar más a fondo las razones por las que, a mi juicio, desde esa doctrina se afirma lo contrario a lo sostenido por MASSINI (cfr. *infra*, V, 5.c; se mirará, a su vez, una excepción al tema, que se hará evidente en el capítulo siguiente: cfr. *infra*, VI, 5.b).

rrecta constituye una exigencia muy fuerte del razonamiento jurídico, que remite tanto a postulados científicos como los señalados en el epígrafe anterior, a criterios de comprobación predicables de las ciencias exactas, como a condiciones o cualidades especiales, incluso sobrehumanas, de los jueces. En su lugar, lo que se afirma desde los postulados prácticos es que los jueces deben arribar a *una* respuesta correcta o justa, la cual puede ser correcta o justa entre varias otras que también lo son, mientras otras muchas soluciones son incorrectas o injustas.

Este aspecto es altamente significativo. Si bien la tesis de una única respuesta correcta es sugestiva y plausible, en la medida en que expresa un deber genérico de conducta de los jueces, o el ideal hacia el cual deben orientarse en cada caso concreto, es al mismo tiempo una tesis que presenta algunas dificultades. Por una parte, exigiría que en cada caso concreto existieran elementos de tal claridad y similitud, de orden fáctico como normativo y, así mismo, de naturaleza hermenéutica, que resultara posible establecer con plena certeza su resultado. Y aun si estas cosas pudieran darse, la tesis de la única respuesta correcta no puede dejar de lado la incidencia valorativa de los jueces, junto a la relevancia, ya analizada, que adquiere la lectura de los elementos del caso desde el momento *presente* de ellos y sus personales coordenadas históricas (ver IV, 3.c).

Por otra parte, la tesis de una única respuesta correcta para todos los casos posibles, exige explicaciones más detenidas acerca de su propia viabilidad, la dependencia de tales explicaciones respecto de posturas epistemológicas determinadas y, además, exige detenernos en requisitos o cualidades que debieran poseer los jueces para ser capaces de articular, en cada caso concreto, una única respuesta correcta. Si se toman, por ejemplo, las explicaciones que a este respecto han sido dadas por DWORKIN, parece estar claro, como se estudió en su momento, que la tesis genera ulteriores dificultades de las que pretende solucionar, al hacerla depender de una discutible mejor teoría política y jurídica subyacente a las prácticas de una sociedad determinada, mediante criterios que, en ciertos eventos, permiten

camuflar con premisas interpretativas lo que Hércules subjetivamente considera en los casos concretos. La tesis de la respuesta correcta así planteada, no ofrece elementos de discriminación entre respuestas diversas, sino que, por el contrario, condiciona la única respuesta correcta a la ideología que poseen los jueces (ver *supra*, II, 5.e.iii y iv)[785].

Pero no sólo en razón de las explicaciones ofrecidas por DWORKIN pueden encontrarse reparos a la tesis esbozada, sino, además, porque una sola respuesta correcta no permite apreciar la riqueza de las variables legítimas en los asuntos humanos. Razonar en términos prácticos, como afirma FINNIS, es hacerlo con "miras a la decisión y a la acción" a través de la elección de distintas opciones legítimas, y también, a la posibilidad de evaluar, crítica y reflexivamente, los medios que nos conducen a las decisiones y acciones concretas[786]. La elección de "distintas opciones" legítimas no sólo se plantea respecto de opciones inconmensurables entre sí, o pertenecientes a ámbitos diferentes de realidades. Como se profundizará en su momento, la riqueza de las variables legítimas es también apreciable y posible en ámbitos semejantes, o frente a un mismo estado de cosas, como consecuencia de una participación gradualmente distinta en un mismo "bien" o en una opción "racionalmente atrayente" (ver V, 5.b y c).

---

[785] Si bien el planteamiento de DWORKIN se nutre de una visión *práctica* de la realidad jurídica, especialmente en razón de los principios del Derecho y la valoración esencialmente moral de los jueces, las consecuencias de su postura (la única respuesta correcta), plantea inconvenientes a la luz de la "elección" entre distintas razones prácticas y la mayor o menor concreción legítima para expresar la justicia en los casos concretos. La "propuesta práctica" acá esbozada mostrará que esta diferencia constituye una crucial distinción.

[786] Cfr. FINNIS, JOHN, *Ley natural y derechos naturales*, *op. cit.*, pp. 45-46. Una crítica al concepto de una sola respuesta correcta, y que apunta a las tesis de DWORKIN, es el ya citado artículo del propio FINNIS, "Derecho natural y razonamiento jurídico", en esp. pp. 21-39.

Con esto se plantea además una cierta discrecionalidad judicial que, sin embargo, está delimitada por estándares de corrección racional de las respuestas admisibles (buenas) en los casos concretos, muy diferente a lo que se propone desde la discrecionalidad judicial auspiciada por el positivismo jurídico. En efecto, desde una perspectiva práctica del razonamiento jurídico es posible arribar a dos o más decisiones correctas frente a un mismo caso, no porque no se pueda determinar racionalmente la legitimidad de cada una, ni porque el acto de la elección de una u otra descanse, a su turno, en un acto de creación judicial de carácter "irracional", sino porque cada respuesta puede dimensionar una forma de justicia o corrección propia, y en tal sentido, respecto de ella pueden ser aducidas razones sobre su admisibilidad. Así mismo, el acto de creación judicial de derechos y obligaciones, entendiéndose por esto una legítima delimitación y concreción de los mismos, está circunscrito en los modelos del razonamiento práctico a las mismas consideraciones anteriores: un acto de creación judicial opera sobre la base de su corrección o justicia, a su turno susceptible de ser evaluado racionalmente (ver *supra*, IV, 3.f). Como sostiene ALEXY desde las coordenadas de la teoría de la argumentación jurídica, el razonamiento práctico no proporciona un método para encontrar en todos los casos una única respuesta correcta, sino más bien las condiciones y estructuras racionales para razonar correctamente sobre las distintas maneras de actuar jurídicamente[787].

Una cuestión crucial en todo este tema, y sobre lo cual cada modelo de razonamiento práctico plantea distintas aproximaciones y soluciones, es mirar si en el abanico de respuestas posibles, sólo una

---

[787] Cfr. ALEXY, ROBERT, *Derecho y razón práctica*, *op. cit.*, pp. 32-33. En otro lugar sostiene lo siguiente: "Los jueces intentan, aún en casos difíciles, decidir con base en motivos jurídicos y dar una fundamentación jurídica racional, o cuando menos deben hacerlo así. Ellos reivindican la aspiración a que su decisión, si no la única correcta, es no obstante correcta": *Teoría del discurso y derechos humanos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, trad. de L. Villar Borda, 1995, pp. 39-40.

logra pasar el "test" de su corrección o justicia, lo que daría como resultado que, para ese caso en particular, sólo podría plantearse una única respuesta o decisión correcta. De igual forma, una variante importante de esto mismo radica en mirar si ante un mismo caso puede ser posible arribar a dos decisiones correctas, aunque contradictorias entre sí. Frente a estos asuntos se presentan criterios distintos entre los modelos de razonamiento práctico, los cuales se expondrán en este capítulo y cuyo alcance será apreciado plenamente al final de esta investigación. Este aspecto debe dejarse provisionalmente abierto, porque implica presentar explicaciones y conceptos adicionales a los considerados hasta ahora. La cuestión presupone, para decirlo más claramente, *visiones* jurídicas y filosóficas que sirven tanto para delimitar aspectos conceptuales como, incluso, la utilización de una terminología específica para referir el tema.

De todas formas, por lo pronto vale la pena reiterar que los modelos prácticos del razonamiento jurídico buscan establecer condiciones, exigencias y límites a la actividad judicial, tendientes a mostrar que las opciones elegidas por los jueces estén debida y suficientemente justificadas y fundamentadas en Derecho, que son *opciones* correctas o justas para solucionar los casos.

2. La importancia de una perspectiva práctica del razonamiento jurídico

Lo expuesto hasta ahora es suficientemente ilustrativo para afirmar que una perspectiva práctica del razonamiento jurídico ofrece importantes elementos de análisis para encarar los problemas planteados a lo largo de esta investigación. Si bien demostrar esto constituye el objeto de lo que resta de este y el siguiente capítulo, se puede no obstante adelantar algunas ideas generales sobre la importancia del razonamiento práctico en el Derecho.

En primer lugar, se trata de una caracterización que parece estar bastante cercana a lo que ya se ha analizado acerca de la naturaleza y

los elementos que configuran la interpretación jurídica en general. Una perspectiva práctica en el Derecho implica asumir la tarea interpretativa como un acto racional que toma en consideración los diferentes aspectos que suelen ocurrir dentro de los procesos de decisión judicial, a la vez que asume decididamente el papel protagónico del intérprete en dicho proceso. Se trata, claro, de un ejercicio racional altamente complejo, que parte de las dificultades propias en la determinación de una obra, conducta o acción en concreto, pero que, al mismo tiempo, exige buscar alternativas posibles para decidir en justicia.

En consonancia con esto mismo, dicha caracterización permite dar cuenta, de un modo más consistente que otros modelos ya reseñados, de las particularidades o "anomalías" propias de la interpretación constitucional, en la medida en que plantea un "estatuto de responsabilidades" a los jueces con competencia en este campo, similar al de los restantes jueces, y encara decididamente la viabilidad justificativa de decisiones sobre todo tipo de problemas y temas jurídicos, aun tan complejos como los que acontecen en sede constitucional.

En segundo lugar, el razonamiento jurídico, entendido desde una perspectiva práctica, supera al modelo formalista en cuanto asume la existencia de todo problema jurídico como un dato complejo en el que no todo está, de antemano, resuelto, y en el que aparecen diversos parámetros de juicio no necesariamente contenidos, todos ellos, en el ordenamiento jurídico positivo, lo cual implica una apertura racional de los jueces a otros estándares de justificación (ver *supra*, IV, 3.b). Lo supera también en cuanto al carácter protagónico que le concede a los jueces, y en la inevitable lectura que deben llevar a cabo de todos los elementos que configuran el caso, las valoraciones y elecciones que realizan respecto de dichos elementos y, por supuesto, la determinación del sentido de juridicidad desde el punto de vista de la pertinencia, caso por caso, de la justicia concreta.

En tercer lugar, la perspectiva práctica del razonamiento jurídico es cualitativamente superior a aquellas posturas que hacen de la vo-

luntad de los jueces el elemento más importante de resolución de los casos, en la medida en que establece condiciones limitadoras al ejercicio de la función judicial. Dentro de esas condiciones está la necesidad de plantear justificaciones racionales admisibles a la luz de criterios calificados, es decir, dentro de un cierto margen de legitimidad. El razonamiento jurídico-práctico podría estar algo cercano a la tesis presentada por KELSEN y HART, en cuanto considera la posibilidad o alternativa de distintas lecturas respecto de los elementos normativos que solucionan los casos y, además, en cuanto al ámbito de discrecionalidad conferido a los jueces para elegir una de ellas. Pero se aleja de dicha tesis en la medida en que toda elección de las distintas alternativas supone llevar a cabo juicios de corrección respecto de cada uno de los enunciados interpretativos posibles, juicios que exigen considerar como viables aquellos enunciados que de alguna manera generan una respuesta *buena* y, como tal, desechar aquellos que no lo hagan. De acuerdo con esto, la propia discrecionalidad judicial cuenta con condiciones, limitaciones y criterios de corrección bastante más definidos o concretos.

Finalmente, una perspectiva práctica del razonamiento jurídico parece estar bastante más cercana al pensamiento de DWORKIN en comparación a los anteriores autores, debido a una caracterización semejante del proceso judicial y, en particular, en todo lo que concierne a la necesidad de encontrar respuestas debidamente justificadas de parte de los jueces, que es un punto en el que el autor norteamericano insiste en toda su obra. Sin embargo, los modelos prácticos del razonamiento jurídico, articulados a través de las tesis anteriormente formuladas, apuntan a resolver los inconvenientes que aparecen en torno a las tesis de DWORKIN relacionadas con los criterios ideológicos y concepciones personales de los jueces, y la obligación que tienen de encontrar, para todos los casos, una única respuesta correcta, a la que sustituyen, como ha podido verse con anterioridad, por la posibilidad de una respuesta buena o correcta entre varias.

De todas formas, debe recalcarse que las tesis que se han formulado hasta este punto, sobre el razonamiento práctico, han sido planteadas desde consideraciones generales o amplias, haciendo caso omiso de puntos específicos que podrían hacer surgir dificultades nuevas, o similares, a las ya observadas en posturas como las anteriores. Al estudio de las diferentes visiones del razonamiento práctico, y su incidencia en materia jurídica, se orientan los epígrafes siguientes.

3. ELEMENTOS DE DIFERENCIACIÓN: MODELOS PROCEDIMENTALES Y MODELOS PRUDENCIALES DEL RAZONAMIENTO JURÍDICO PRÁCTICO

a) Algunos puntos de desacuerdo

Los partidarios de los modelos prácticos del razonamiento jurídico entenderían que las explicaciones dadas anteriormente son, a grandes rasgos, correspondientes al razonamiento jurídico y a la forma de plantear exigencias relacionadas con criterios de corrección o de justicia de las decisiones judiciales. Dichos modelos insisten principalmente en estos puntos: hay dificultades (normativas y no normativas) que están presentes en todo proceso judicial; hay, a su vez, la necesidad de resolver los casos judiciales de acuerdo a criterios racionales que puedan ser controlados de alguna manera; hay también una exigencia de decidir correctamente los casos; y, por último, frente a un mismo caso concreto pueden ser articuladas distintas decisiones correctas siempre y cuando estén adecuadamente justificadas.

Estos puntos esbozados, sin embargo, presentan un alto grado de generalidad. Caracterizan el proceder racional de los jueces y juristas en general, como también las dificultades acaecidas en torno suyo, pero no dan cuenta de los aspectos puntuales, específicos, mediante los cuales pueden ser determinadas las exigencias o límites del

razonamiento mismo y el grado de corrección que deben cumplir las decisiones judiciales. En este sentido, las posibilidades de ser asumidos enteramente por los distintos enfoques prácticos no dejan de estar enmarcadas dentro de la propia generalidad aludida.

Esto es relevante para distintos temas. Por ejemplo, algunos partidarios de un enfoque práctico, como se verá luego, consideran que si bien resulta aceptable caracterizar las respuestas judiciales como buenas alternativas de decisión, nada obstaría para que fueran planteados algunos casos puntuales en los cuales haya de ser necesario tomar en consideración respuestas mejores (en el sentido de respuestas únicas), como consecuencia de los bienes humanos que estarían en juego. Así mismo, las explicaciones específicas acerca de qué es una respuesta buena y qué es una mejor o única respuesta correcta, para casos como los anteriores, difieren considerablemente entre diversos enfoques prácticos.

Puede advertirse además que expresiones tales como "corrección", "justicia", "verdad", o criterios como los señalados atrás para plantear la menor rigurosidad del razonamiento práctico en comparación con el razonamiento teórico, son considerados, unas y otros, como elementos sobre los cuales es indispensable llevar a cabo una mayor precisión. Particularmente la noción de "verdad", así sea afirmada sobre la base de criterios "débiles", suscita algunas reservas en algunos planteamientos o enfoques, pues se considera que dicha noción apela a estándares "fijos" que de alguna manera contrastan con la "provisionalidad" a la que apunta el razonamiento práctico, y por tal motivo se prefiere usar expresiones distintas, como por ejemplo "corrección" o "razonabilidad". Para expresarlo de otro modo, la "corrección" o "razonabilidad" de una respuesta judicial sugiere una mayor "flexibilidad" en relación con las posibles respuestas admisibles en un marco general de justificación, y no, por el contrario, la noción de "verdad", la cual, por muy "débiles" que sean sus criterios, parece remitir en todo caso a una cierta "objetividad" y en dicho sentido a la necesidad de articular una visión especial o particular del conocimiento humano.

Todas estas cuestiones y matices, en realidad, provienen de una similar caracterización del razonamiento jurídico surgido a través de una desigual manera de conceptualizar algunos de los más importantes elementos que le sirven de base. Su tratamiento remite, tarde o temprano, a la consideración de distintos aspectos de naturaleza filosófica, que son los que vienen a soportar todo el andamiaje de conceptos, relaciones y supuestos del razonamiento jurídico manejado por cada una de las posturas prácticas. Tales aspectos plantean, por ejemplo, una determinada valoración acerca de la relación hombre-mundo desde el punto de vista de la razón humana. El fondo de esta cuestión es altamente complejo. Está constituido por diferentes puntos de partida y de llegada, como por varias relaciones, generalmente bipolares, acerca de un sinnúmero de cuestiones que hacen explícitas las condiciones mismas del conocimiento, como por ejemplo la posición del sujeto y del objeto, los medios racionales y sus fines, los puntos de partida del razonamiento y sus concreciones, la relación entre razón y voluntad, o entre razón y realidad, y cosas semejantes. Cada autor, en último término, lleva a cabo no sólo una fijación conceptual de la terminología empleada, del lugar relativo que ocupan las relaciones anteriores, como también una elección acerca de aquello que considera que es importante y significativo para dar cuenta, según su propósito, de las condiciones en que puede o podría desarrollarse el razonamiento humano.

Así las cosas, se torna indispensable articular un criterio clasificatorio que posibilite abordar los diferentes desarrollos y las tesis específicas de los modelos de razonamiento práctico y, especialmente, que permita delimitar conceptualmente los elementos centrales de cada postura a la luz de la justificación y fundamentación del proceder racional e interpretativo. El criterio clasificatorio que se ha elegido consiste en distinguir los modelos prácticos en dos grandes grupos: el primero es de carácter formal o procedimental, mientras que el segundo es de carácter material o sustancial, en lo sucesivo denominado razonamiento práctico prudencial. Expliquemos esta clasificación con mayor detalle.

b) El retorno y "rehabilitación" de la razón práctica y sus principales orientaciones en la teoría jurídica contemporánea

Si bien una aproximación práctica al mundo jurídico es tan antigua como el Derecho mismo, su articulación como forma propia del razonamiento jurídico no ha sido siempre aceptada por algunas doctrinas dominantes. El auge a nivel epistemológico de una visión *cientificista* de la realidad, acontecido en la época moderna, trajo como consecuencia el abandono de la razón práctica y, en su ausencia, la prevalencia del positivismo jurídico como eje de las explicaciones acerca del Derecho[788]. Sólo a mediados del siglo XX se presenta, a nivel de la teoría jurídica, una especie de retorno a la *vieja razón práctica*, a través de diversos autores que, a su manera, plantearon tesis que contrastaban radicalmente con aquella doctrina.

Sostiene a este respecto MASSINI que fue en Alemania, durante la década de los años '60, "donde se puso de manifiesto de modo más decidido y sistemático este intento de rehabilitar el saber práctico", y cuya forma definitiva se dio con la publicación, entre 1972 y 1974, de dos volúmenes colectivos con el título de "Rehabilitación de la Filosofía Práctica", editadas por MANFRED REIDEL[789].

El terreno académico para el retorno de la razón práctica estaba en esos años claramente abonado, gracias al impacto que habían tenido obras tan importantes como *Tópica y jurisprudencia* de VIEHWEG, aparecida en 1953, en la que se buscó plantear un catálogo amplio de razones interpretativas, denominadas *lugares comunes* o *topoi*, como criterios de justificación jurídica de mayor relieve en las prácticas judiciales, y que reclamaban una perspectiva decidida-

---

[788] Un recuento de este fenómeno, en extenso, puede verse en VOEGELIN, ERIC, *The New Science of Politics. An Introduction* (1952), Chicago, The University of Chicago Press, 1983, pp. 1-26. Para una síntesis sobre el abandono de la razón práctica en la Edad Moderna, véase CIANCIARDO, JUAN, *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, *op. cit.*, pp. 137-139.

[789] Cfr. MASSINI, CARLOS IGNACIO, "Método y Filosofía práctica", cit., p. 225.

mente práctica del razonamiento jurídico[790]. Así mismo, el *Tratado de la argumentación* de PERELMAN, obra escrita con OBRECHTS-TYTECA, de 1958, presentó como tesis central el empleo de una racionalidad *retórica* en un contexto comunicativo, y en alguna medida gracias a dicha obra, se vislumbró una teoría de la argumentación jurídica cuya característica principal consistió en el uso de una metodología práctica que contrastaba, abiertamente, con la empleada por el positivismo jurídico[791]. También es de resaltar la obra de GADAMER, *Verdad y método*, publicada en 1960, como una propuesta hermenéutica que buscaba generar espacios dialógicos entre el legislador del pasado y la propia situación existencial del intérprete, a través de los cuales fuera posible dar cuenta de la tensión entre diversas razones interpretativas y la necesidad de decidir correctamente los casos concretos, con lo cual se perfilaba como exigencia una perspectiva necesariamente práctica para razonar en el Derecho[792].

---

[790] Cfr. VIEHWEG, THEODOR, *Tópica y jurisprudencia*, *op. cit.* Si bien existen obras anteriores a ésta, que discrepan del modo como se entendía el razonamiento jurídico anterior, la de VIEHWEG fue una obra de gran impacto en la que decididamente se presentó una crítica radical y sistemática a la interpretación cientificista del Derecho, estableciendo que las propias premisas que constituyen el modelo silogístico son discutibles, lo que las hace a su vez objeto de interpretación. Señala VIEHWEG que el oficio del intérprete del Derecho se parece al del retórico clásico, quien debe buscar aquellos argumentos o lugares comunes –*topoi*– que mayor peso o difusión tengan en la comunidad en la cual vaya a ser resuelto el caso. La finalidad de utilizar esta clase de argumentos es la de lograr la mayor adhesión posible de parte de los destinatarios de la interpretación. Algunos planteamientos que pueden contener, para el caso de la interpretación constitucional, la utilización de una tópica limitada y la idea de concretización práctica a la luz de casos concretos, es la obra ya citada de KONRAD HESSE, *Escritos de Derecho Constitucional*.

[791] Cfr. PERELMAN, CHAÏM y OBRECHTS-TYTECA, LUCIE, *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, *op. cit.* Sus tesis han encontrado importantes desarrollos en autores como ALEXY y AARNIO, que serán estudiados con cierto detalle más adelante (cfr. *infra*, V, 4).

[792] Cfr. GADAMER, HANS-GEORG, *Verdad y método*, *op. cit.* La relevancia de la perspectiva hermenéutica fue puesta en evidencia en el capítulo IV, *supra*.

A los anteriores nombres cabría agregar, en un contexto hispanoamericano, los aportes de RECASÉNS SICHES recogidos en su obra *Nueva Filosofía de la interpretación del Derecho*, publicada en 1956, mediante la cual el autor reclamaba el empleo de una *lógica* más amplia en el razonamiento jurídico, denominada por él "lógica de lo razonable" o "*logos* de lo humano", la cual contrastaba con los postulados hasta entonces ofrecidos por las teorías dominantes, ausentes de una visión "lógica" como esa para llevar a cabo una aproximación práctica al Derecho[793].

En un sentido más amplio que el mencionado al comienzo, puede afirmarse que la rehabilitación de la razón práctica no sólo ha supuesto hacerle frente a las explicaciones de corte cientificista del Derecho, sino además, según lo expuesto en un epígrafe anterior, a aquellas posturas que confieren poderes excesivos a los jueces, como acontece con la vertiente de la discrecionalidad judicial de KELSEN o HART, pero también, con las tesis provenientes del realismo jurídico norteamericano y el "Movimiento del Derecho Libre" (ver *supra*, II, 5.c). El retorno del razonamiento práctico en materia jurídica ha buscado situarse, si se quiere, en una especie de *punto intermedio* en el cual se procura mostrar una actividad vinculada a estándares justificativos del razonamiento práctico, a la vez que se reconoce un espacio suficiente para la argumentación y el papel protagónico de los jueces de acuerdo a ciertas limitaciones.

---

[793] Cfr. RECASÉNS SICHES, LUIS, *Nueva Filosofía de la interpretación del Derecho*, *op. cit.*, *passim*, en esp. pp. 131-187 y 277-291. No sobra señalar algunos intentos por recuperar cierta visión práctica del Derecho, ubicados con anterioridad a las obras señaladas, como lo indica KARL LARENZ en relación con estudios provenientes del neokantismo alemán de principios del siglo XX (que podrían contener algunos elementos que combinan lo teórico y lo práctico), y la teoría fenomenológica del Derecho (en tanto aparece la incorporación de lo teleológico y valorativo de los fenómenos jurídicos): cfr. LARENZ, KARL, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, *op. cit.*, en esp. pp. 113-140. Algunos aportes a este tema pueden verse en OLLERO TASSARA, ANDRÉS, *¿Tiene razón el Derecho?*, *op. cit.*, en esp. pp. 413-427.

La visión práctica del razonamiento jurídico ha mantenido su norte en estudios posteriores a los reseñados atrás, alcanzando en nuestros días no sólo un amplio reconocimiento a nivel doctrinal, sino además una notable profundidad y solidez teórica. Sin embargo, y como ya se ha apuntado, más allá de aproximaciones comunes y puntos de contacto, existen diferencias considerables entre modelos prácticos del razonamiento jurídico, como consecuencia de supuestos gnoseológicos y conceptuales diversos que les imposibilita, en conjunto, ser clasificados y estudiados homogéneamente[794].

MASSINI afirma a este respecto que la rehabilitación del pensamiento práctico "tomó dos orientaciones fundamentalmente diferentes: una de ellas de raíz kantiana y la otra de fuente aristotélica"[795], y en tal sentido, a partir de cada una se han llevado a cabo desarrollos específicos del razonamiento jurídico y de las condiciones y límites en el proceder de los jueces cuando toman sus decisiones. Las diferencias entre una y otra orientación responden, por obvias razones, a las diversas visiones filosóficas y desarrollos teóricos de KANT y ARISTÓTELES, al carácter formalista de la razón práctica del primero, que encuentra en leyes universales y *a priori* de la razón el fundamento del comportamiento moral del hombre, y al carácter "material" y finalista de la razón práctica del segundo, que encuentra

---

[794] A pesar de sus diferencias, no debe pasarse por alto la importancia de los puntos comunes, o el hecho de que se compartan "rasgos esenciales" (que no niegan sus ulteriores diferencias) entre ambas propuestas del razonamiento práctico. Esto ha permitido, hasta ahora, su estudio desde unas coordenadas similares, al menos dialógicamente "más cercanas" si se comparan, por ejemplo, con propuestas que difieren –como sucede con la mayoría de las *teorías estándar del Derecho*– en cuanto a la propia naturaleza del razonamiento jurídico. Para decirlo de otra forma, es más fácil "tejer relaciones" y "comparaciones" entre propuestas que conciben el razonamiento jurídico como práctico, sea caracterizado como *procedimental* o *prudencial*, que hacerlo entre alguna de éstas y las que niegan dicha practicidad, por ejemplo el *positivismo jurídico*, porque el lenguaje respectivo, los conceptos básicos y el posterior análisis de cada tema están condicionados *ab initio* por perspectivas irreconciliables.

[795] MASSINI, CARLOS IGNACIO, "Método y Filosofía práctica", cit., p. 226.

en la categoría de "bien" y en la "experiencia" de la vida en comunidad, la explicación definitiva de la moralidad humana[796].

Para lo propuesto en este trabajo, el criterio de distinción anterior es de gran ayuda pues permite situar, en un contexto general de referencia, los distintos enfoques –kantianos y aristotélicos– que se pasan a exponer enseguida. Esto es así porque los modelos procedimentales articulan una visión predominantemente "formal" del razonamiento jurídico, en tanto que los prudenciales lo hacen desde un punto de vista "material", o a través de elementos de corrección referidos a una dimensión "bondadosa" de la praxis humana.

Desde luego, lo dicho no implica desconocer la presencia de otros planteamientos filosóficos, o la incorporación de elementos conceptuales provenientes de autores distintos a ARISTÓTELES o KANT, dentro de cada visión respectiva. Por ejemplo, respecto de los modelos procedimentales, la exposición siguiente se hará tomando como base la teoría de la argumentación jurídica de ROBERT ALEXY y algunos planteamientos provenientes de AULIS AARNIO, que manejan de base postulados claramente kantianos. Sin embargo, también se puede hablar en dichos modelos de una notable presencia de elementos de la Filosofía analítica, o desarrollos provenientes de la teoría de la argumentación perelmaniana y de la ética discursiva de HABERMAS[797]. Y lo mismo cabe decir para los modelos prudenciales,

---

[796] La explicación dada en el texto responde, desde luego, a un intento por sintetizar dos planteamientos filosóficos riquísimos y de gran fondo, a los que no se les puede dar en esta investigación el espacio y la profundidad que ameritan. Con todo y esto, paulatinamente irán apareciendo algunos elementos de sus respectivas filosofías, bien directamente –especialmente para el caso de ARISTÓTELES–, o bien en alusión a las tesis de algunos autores que los desarrollan.

[797] Sobre esta cuestión, consúltese ATIENZA, MANUEL, *Las razones del Derecho*, *op. cit.*, destinada al estudio de importantes modelos de razonamiento práctico, entre los cuales están los "procedimentales". Sobre las influencias filosóficas y conceptuales de la obra de ALEXY, véase PINTO FONTANILLO, JOSÉ ANTONIO, *La teoría de la argumentación jurídica en Robert Alexy*, Madrid, Biblioteca de la Universidad Complutense, 2003, en esp. pp. 115-135 y 152-208 (disponible en http://www.ucm.es

que en esta investigación tomará como referencia las exposiciones de autores como JOHN FINNIS, JOSÉ MARÍA MARTÍNEZ DORAL y JAVIER HERVADA, cuyas tesis se nutren de una tradición claramente aristotélica, pero notablemente enriquecida y profundizada por los aportes y desarrollos de TOMÁS DE AQUINO[798].

Antes de proseguir con las respectivas exposiciones de cada modelo, es bueno aclarar que la elección de los anteriores autores se debe a que sus propuestas no sólo contienen una elaboración detallada y suficiente de elementos, tanto conceptuales como metodológicos del razonamiento jurídico práctico, sino además porque constituyen, en términos generales, planteamientos hasta cierto punto paradigmáticos en sus respectivas orientaciones, o han mostrado alguna importancia o relevancia al respecto. Lo dicho, en consecuencia, no implica desconocer importantes estudios y planteamientos de otros

---

/eprints/view/creators/Pinto_Fontanillo,_Jos=E9_Antonio.html. La página fue consultada 21/9/2006).

[798] Este desarrollo *tomista* ha enriquecido los planteamientos aristotélicos de múltiples formas, como se expondrá en su momento. Debe tenerse presente, en todo caso, que las fuentes aristotélicas no son uniformemente empleadas por los distintos autores que, de alguna manera, apoyan sus tesis en el pensamiento del Estagirita. Es posible identificar, simplificadamente, al menos los siguientes "modelos" o "enfoques", según se privilegie una de sus obras o perspectivas. En la *tópica* (a partir de los *Tópicos*, que compone una de las seis obras del *Organon* aristotélico), se busca privilegiar el punto de vista común de lo verosímil en contraposición a lo necesario, a través de la utilización de la dialéctica como criterio metodológico (*v. gr.*, el caso de T. VIEHWEG). En la *retórica*, por su parte, se busca privilegiar el conjunto de medios de argumentación para persuadir o lograr la "adhesión de los espíritus" (el caso paradigmático es CH. PERELMAN). Finalmente, puede hablarse del modelo *prudencial* a partir, aunque no exclusivamente, de la *Ética Nicomaquea*, en el que se busca privilegiar la comprensión hermenéutica (o desde la cual se aprecia el saber moral respecto de otros, como sucede en el caso de H. G. GADAMER: "junto a la *phrónesis*, la virtud de la consideración reflexiva, aparece la comprensión": *Verdad y método*, *op. cit.*, p. 394), o la decisión justa (como ámbito de la verdad práctica, *i.e.* un bien humano concreto: HERVADA, MARTÍNEZ DORAL, MASSINI, OLLERO, FINNIS, VIGO, etc.). Ésta perspectiva, *prudencial*, es la que se expone en este capítulo. Una conjugación de algunos elementos aristotélicos se da en RECASÉNS SICHES (la prudencia "enuncia" la metodología, constituye el prólogo para proseguir con otros criterios: *Nueva Filosofía de la interpretación del Derecho*, *op. cit.*, en esp. pp. 289-291).

autores, tanto "procedimentales" como "prudenciales", sino sólo tomar como referencia aquellos que, según el criterio elegido, permiten dilucidar los problemas planteados en esta investigación[799]. Tampoco sobra advertir que la exposición de los modelos elegidos está circunscrita a aquellos problemas que han surgido con anterioridad, lo cual, por lo mismo, no busca ser de ningún modo una exposición completa de la obra de los autores mencionados. El interés está puesto en mirar de qué manera son planteados allí los criterios de justificación y fundamentación del razonamiento práctico, junto a las limitaciones, condiciones y orientaciones que son o podrían ser advertidas para la actividad interpretativa de los jueces.

Así las cosas, y aclarado lo anterior, se pasa a exponer enseguida cada uno de los modelos prácticos mencionados.

4. EL MODELO DEL RAZONAMIENTO PRÁCTICO PROCEDIMENTAL

a) Explicación introductoria

Un modelo de carácter procedimental es aquel que atribuye al procedimiento el papel central o determinante en el proceso de justificación y fundamentación racional. Por procedimiento puede entenderse un conjunto de reglas formales de argumentación racional,

---

[799] Especialmente en relación con una perspectiva prudencial, se dará cuenta, en lo sucesivo, de otros importantes autores que acompañan las exposiciones sobre el tema. Con relación a los modelos prácticos procedimentales, además de los de ALEXY y AARNIO, se deben mencionar, aunque no hagan parte de la siguiente exposición, los importantes aportes de NEIL MACCORMICK (cfr. *Legal Reasoning and Legal Theory*, *op. cit.*), ALEKSANDER PECZENIK (principalmente su obra *On Law and Reason*, London-Dordrecht-Boston, Kluwer Academic Publishers, 1989) y, desde una visión esencialmente kantiana, el norteamericano JOHN RAWLS (*Teoría de la justicia* [1971], México, Fondo de Cultura Económica, trad. de M. D. González, 2ª. ed. 1995).

estructuradas a través de diferentes elementos conceptuales de carácter lógico, técnico y transicional, las cuales operan a través de limitaciones y condiciones que deben ser respetadas por los participantes de una discusión para garantizar la corrección de la propia argumentación y de su resultado. El conjunto de tales reglas viene a constituir una teoría del discurso práctico[800].

ROBERT ALEXY ha elaborado quizá la teoría más representativa y completa de un modelo procedimental del razonamiento jurídico práctico. Según ALEXY, "la idea básica de la Teoría del Discurso es la de poder discutir racionalmente sobre problemas prácticos, con una pretensión de rectitud"[801] que busca ser alcanzada mediante el seguimiento de un conjunto de reglas que aseguren la corrección de las proposiciones o enunciados normativos empleados en el procedimiento[802]. Para este autor una proposición normativa (o enunciado normativo) es aquella que expresa un juicio de valor o deber ("algo es bueno", "algo debe ser realizado") y su corrección depende de si hay "criterios o reglas que permitan diferenciar las buenas razones de las malas, es decir, los argumentos válidos de los inválidos"[803]. La teoría del discurso práctico constituiría un intento por saldar pacíficamente las discusiones racionales acerca de dichos juicios mediante la incorporación de ciertas exigencias formuladas como reglas de la discusión racional[804].

---

[800] Cfr. PINTO FONTANILLO, JOSÉ ANTONIO, La *Teoría de la argumentación jurídica* en Robert Alexy, *op. cit.*, pp. 63-65.

[801] ALEXY, ROBERT, *Teoría del discurso y derechos humanos*, *op. cit.*, p. 48.

[802] Cfr. ALEXY, ROBERT, *Teoría de la argumentación jurídica*, *op. cit.*, p. 34.

[803] *Ibidem*, p. 176. Véase también de ALEXY su artículo "La idea de una teoría procesal de la argumentación jurídica", en GARZÓN VALDÉS, ERNESTO (ed.), *Derecho y Filosofía*, Barcelona, Alfa, 1985, pp. 43-57. En este último trabajo manifiesta el carácter primordial del procedimiento como garantía de la corrección de los enunciados normativos (un enunciado normativo es correcto "si y sólo si puede ser el resultado de un procedimiento", p. 45).

[804] Cfr. ALEXY, ROBERT, *Teoría de la argumentación jurídica*, *op. cit.*, p. 177. Agrega ALEXY enseguida que "las reglas de la discusión racional no se refieren,

A pesar de sus dificultades, la pretensión de ALEXY consiste en elaborar una suerte de "código de la razón práctica"[805], y aunque el cumplimiento de las exigencias y condiciones establecidas por dichas reglas no garantice "la certeza definitiva de todo resultado", sin embargo "caracteriza este resultado como racional", y en dicho sentido como correcto[806]. Una de las ideas centrales en su teoría gira en torno a este principio, que es común a los planteamientos prácticos generales expuestos con anterioridad. En efecto, plantea ALEXY que la racionalidad "no puede equipararse con la certeza absoluta" y en esa medida, la teoría del discurso no puede "proporcionar criterios tan fuertes como para que pueda determinarse con seguridad un resultado"[807].

Las reglas del discurso práctico propuestas por ALEXY son agrupadas en seis conjuntos claramente delimitados, para un total de veintiocho reglas. Estas reglas "generales" del discurso práctico son completadas por otras "especiales" en el discurso jurídico, que se verán más adelante. De las reglas generales, veintidós están referidas a condiciones, limitaciones, fundamentaciones, cargas de la argumentación racional, y reglas transicionales cuando se presenten problemas sobre los hechos aducidos por los hablantes, o sobre aspectos lingüísticos o conceptuales acaecidos en el discurso, o sobre el pro-

---

como las de la lógica, sólo a proposiciones, sino también al comportamiento del hablante. En este sentido, pueden designarse como 'reglas pragmáticas'".

[805] *Ibidem* p. 36. ALEXY reconoce que existen serias dificultades para lograrlo: cfr. *ibidem*, p. 185.

[806] Cfr. ALEXY, ROBERT, *Teoría del discurso y derechos humanos*, *op. cit.*, p. 49; *Teoría de la argumentación jurídica*, *op. cit.*, p. 238: "Lo que se indica son reglas y formas cuyo cumplimiento o utilización hace que aumente la probabilidad de que en una discusión se llegue a una conclusión correcta, es decir, racional". En p. 279 afirma que "[s]i una discusión se corresponde con estas reglas y formas, el resultado alcanzado en la misma puede designarse como 'correcto'".

[807] Cfr. *ibidem*, pp. 238 y 278, donde manifiesta que "[n]o es la producción de seguridad lo que constituye el carácter racional de la Jurisprudencia, sino el cumplimiento de una serie de condiciones, criterios o reglas". Véase así mismo *Derecho y razón práctica*, *op. cit.*, pp. 31-32.

pio discurso práctico. Las restantes seis reglas se refieren a la forma de los argumentos a partir de la manera como se fundamenta o justifica un enunciado y las posibles discusiones que surjan alrededor del mismo[808]. En lo que sigue se mirarán los rasgos esenciales de esta propuesta.

b) Un procedimiento reglado

La sistematización llevada a cabo por ALEXY de las reglas del discurso práctico tiene como mira establecer las condiciones de fundamentabilidad discursiva de las afirmaciones o aserciones de un hablante. Su propuesta (las veintidós reglas del discurso práctico y las seis formas de argumentos) apunta en buena medida a sentar las bases a través de las cuales es posible argumentativamente una pretensión de corrección.

El primer grupo de reglas, denominadas *reglas fundamentales*, establecen las condiciones de cualquier comunicación en la que se trate sobre corrección de enunciados, proposiciones, aserciones o afirmaciones. Con estas reglas se busca un nivel de coherencia entre los participantes y un uso común del lenguaje, por ejemplo exigiendo que sean sinceros y que no incurran en contradicciones, o que si aplican un predicado a un objeto determinado, estén dispuestos a aplicar ese mismo predicado a otro objeto igual en todos sus aspectos relevantes[809].

El segundo grupo lo denomina ALEXY *reglas de razón*, y plantean expresamente las condiciones de razonabilidad del discurso a través de las reglas de fundamentabilidad de las afirmaciones y sus

---

[808] ALEXY utiliza indistintamente los conceptos de "justificación" (*Rechtsfertigung*) y "fundamentación" (*Begründung*), aunque no desconoce algunas diferencias entre ellos (cfr. *Teoría de la argumentación jurídica*, *op. cit.*, pp. 52, n. 3 y 213, n. 23). La distinción, en cambio, será esencial para los modelos de razonamiento práctico prudencial: cfr. *infra*, 5.g.

[809] Cfr. *Teoría de la argumentación jurídica*, *op. cit.*, pp. 185-187.

problemas relevantes. Son reglas que exigen aducir razones sobre lo que se dice, además de plantear un acceso libre a las discusiones y la no coerción a los participantes[810].

El tercer grupo busca hacer explícitas las exigencias de fundamentación, denominadas *reglas sobre la carga de la argumentación*. Su propósito radica en hacer viable la discusión en aquellos casos en los que, por ejemplo, un participante da un trato distinto a otro presuponiendo un mismo estado de cosas, o cuando cuestiona argumentos contrarios. En casos así se busca, a partir de estas reglas, que el participante introduzca una diferencia relevante para el trato desigual, o se le exige dar razones que sustenten sus contraargumentos[811].

El cuarto grupo lo denomina ALEXY *reglas de fundamentación*, y están referidas a las características de la argumentación práctica mediante las cuales puede ser posible justificar y fundamentar las formas de los argumentos. Una forma de argumento, como se verá enseguida, se refiere a la manera como alguien sustenta una afirmación, aduciendo una norma o las consecuencias que se derivan de seguir una norma. Las reglas de fundamentación buscan que lo aducido sea depurado o probado de alguna manera y, además, que lo que se aduce como justificación sea generalizable, es decir, que pueda ser aceptado por todos los participantes. Sobre estas reglas, centrales en la teoría alexyana, se volverá luego (*infra*, V, 4.c)[812].

El quinto grupo se refiere a las *reglas de transición*, que son aquellas que permiten resolver distintos problemas argumentativos sobre hechos, sobre la utilización de enunciados desde su punto de vista tanto lingüístico como conceptual, y sobre la discusión práctica en sí misma considerada. Mediante estas reglas se garantiza que los

---

[810] Cfr. *ibidem*, pp. 187-190.

[811] Cfr. *ibidem*, pp. 191-193.

[812] Cfr. *ibidem*, pp. 197-200.

participantes puedan introducir discursos particulares para dilucidar problemas como los mencionados[813].

Finalmente, el último grupo de reglas son las denominadas formas de argumentos, las cuales, como se apuntó hace un momento, se refieren a la estructura argumentativa empleada por un participante de un discurso, cuyo objetivo radica en señalar los presupuestos o soportes utilizados para fundamentar las distintas afirmaciones (si a través de una razón o a través de un regla, si se aducen hechos o consecuencias de seguir una regla, etc.)[814]. Tales formas de argumentos, según ALEXY, se transforman en *reglas* del discurso práctico cuando son exigidas en determinadas situaciones argumentativas, es decir, cuando se le exige a un participante que utilice una forma específica de argumento práctico[815].

Todas las anteriores reglas van determinando los diferentes aspectos de una discusión racional, encausándola hacia un resultado lo más depurado posible. Plantean condiciones y exigencias a los argumentos y enunciados empleados en ella, y además regulan el comportamiento de los hablantes y el paso a otras formas de la discusión. En términos generales, podría decirse que una discusión encausada por reglas como las anteriores, permite afirmar que la pretensión de corrección podría ser efectivamente alcanzada en la medida en que los argumentos en contienda son depurados de diferente forma. Así mismo, porque exige a los participantes el cumplimiento de ciertos mínimos o condiciones para entrar y permanecer en la discusión. Lo que la teoría del discurso hace es ofrecer un conjunto de pautas procedimentales y criterios de orientación a las diferentes discusiones prácticas que puedan presentarse entre dos o más participantes en igualdad de condiciones.

---

[813] Cfr. *ibidem*, pp. 200-201.

[814] Cfr. *ibidem*, pp. 193-197.

[815] Cfr. *ibidem*, p. 184, n. 29.

El propósito "ideal" (nótese el entrecomillado) de la teoría del discurso práctico consiste en alcanzar un consenso (acuerdo) entre distintos participantes que han seguido y cumplido las reglas y formas establecidas por el procedimiento (las veintiocho reglas generales), y así mismo, que su resultado pueda ser calificado como *correcto*. Según ALEXY, la idea del consenso va unida a la *pretensión de corrección* de los enunciados normativos: "quien afirma un juicio de valor o de deber plantea una pretensión de corrección; pretende que su afirmación es fundamentable racionalmente"[816]. Que una afirmación sea fundamentable racionalmente quiere decir que pueden ser aducidas razones para afirmar su corrección, que la afirmación puede ser problematizada y que las razones aducidas deben ser puestas a prueba de alguna manera.

Ahora bien, este propósito "ideal" de alcanzar un consenso podría verse, sin embargo, truncado. Podría suceder, en efecto, que *a pesar* de haberse seguido el procedimiento y haberse agotado las condiciones establecidas por las reglas del discurso práctico, no resulte posible alcanzar tal acuerdo entre los participantes, o más importante y problemático aún, que dos resultados puedan ser *contradictorios* o *incompatibles* entre sí, a pesar de que ambos puedan ser considerados como resultados *racionales*. Esta posibilidad es reconocida por el propio ALEXY, y por ello manifiesta que la convergencia en un resultado unitario constituye un "ideal" de las reglas del discurso, pero que, al no ser posible su garantía en todos los casos, se debe más bien plantear como objetivo central de la teoría de la argumentación jurídica el simple hecho de *seguir el procedimiento* señalado por las reglas[817]. Analicemos esto con más detalle.

---

[816] *Ibidem*, p. 133; también p. 208: "Quien fundamenta algo pretende que su fundamentación es acertada y, por ello, su afirmación correcta".

[817] Cfr. *ibidem*, pp. 300-304.

c) Los límites del discurso práctico general

El ideal de alcanzar un consenso sobre cuestiones prácticas se apoya en el cumplimiento de las condiciones del discurso práctico, es decir, que se aduzcan razones, que dichas razones sean puestas a prueba y, además, que se hayan eliminado los posibles contraargumentos o la problematización de las aserciones. Las reglas de razón y las reglas de fundamentación vienen a jugar un papel determinante en el cumplimiento de este propósito. Las reglas de razón plantean condiciones del discurso y se caracterizan por exigir a todo participante que fundamente lo que sostiene, a menos que pueda dar razones que justifiquen rechazar una fundamentación. Por su parte, las reglas de fundamentación tienen como objetivo poner a prueba las convicciones de los participantes, en particular la garantía de la racionalidad de las convicciones morales que poseen, y que constituye en rigor la exigencia de la comprobación. ALEXY las enuncia de este modo:

> "(5.2.1) Las reglas morales que sirven de base a las concepciones morales del hablante deben poder pasar la prueba de su génesis histórico-crítica. Una regla moral no pasa semejante prueba: a) si aunque originariamente se pudiera justificar racionalmente, sin embargo ha perdido después su justificación, o b) si originariamente no se pudo justificar racionalmente y no se pueden aducir tampoco nuevas razones que sean suficientes.
>
> (5.2.2) Las reglas morales que sirven de base a las concepciones morales del hablante deben poder pasar la prueba de su formación histórica individual. Una regla moral no pasa semejante prueba si se ha establecido sólo sobre la base de condiciones de socialización no justificable"[818].

Estas reglas, centrales en la teoría alexyana, están destinadas a la exigencia de soporte y apoyo para cada una de las aserciones y proposiciones esbozadas por los participantes. En términos ideales, ob-

---

[818] *Ibidem*, pp. 199-200.

servar estar reglas permite depurar las creencias y convicciones que ellos posean, en la medida en que se les exige cumplir estándares o pruebas de justificación, tanto por razones históricas como por su aceptación social. Sin embargo, son reglas que a su vez presentan algunas dificultades apreciables. Por una parte, están sujetas a sus propias condiciones, es decir, al problema de saber en qué consiste una justificación originaria y a los parámetros para establecer cuándo se pierde la justificación de una convicción o regla moral determinada. Por otra parte, está el hecho de saber en qué consisten las "condiciones de socialización no justificable". Existirá un número más o menos amplio de casos en los que una regla moral pasaría o no pasaría ambas prueba, bien sea porque se ha dado una especie de "tono" moral convergente sobre determinados asuntos que aparezcan generalmente indiscutidos (por ejemplo la prohibición de la esclavitud o el rechazo al terrorismo), o bien porque se estén discutiendo asuntos en los que el "peso moral" no constituya un criterio determinante para llegar a un resultado. Sin embargo, en otro tipo de casos, en aquellos casos-límite o esencialmente controvertidos en las sociedades contemporáneas, la exigencia de comprobación de una convicción moral es compleja, pues estaría sometida a nuevas "reglas" de definición de las propias condiciones para lograr superar las pruebas, o bien, supondría la incorporación de nuevos criterios que indiquen cuándo se pierde una justificación moral originaria y cuando se cumple con el requisito de la socialización.

ALEXY es enteramente consciente de estas dificultades, y por eso plantea que se debe dejar abierta la cuestión sobre qué significan las "condiciones de socialización no justificable"[819] y, así mismo, que la teoría del discurso práctico sólo es concebible como una exigencia general de justificación mediante la cual se aumentan las probabilidades de lograr un consenso, "pero ni garantizan el que pueda obtenerse un acuerdo racional para cada cuestión, ni el que cualquier

[819] Cfr. *ibidem*, p. 200.

acuerdo alcanzado sea definitivo e irrevocable"[820]. Un importante argumento es presentado por ALEXY de este modo:

> "Una garantía de consenso en cada cuestión sólo podría (...) aceptarse si fuera cierta la premisa empírica de que no hay desigualdades antropológicas de los hombres que se opongan al discurso, y que puedan excluir, también bajo las condiciones del discurso ideal, un consenso en cuestiones prácticas (por tanto, en cuestiones de valoraciones). Esta cuestión no se puede resolver"[821].

Esta imposibilidad definitiva de alcanzar un consenso formaría parte de lo que ALEXY denomina "los límites del discurso práctico general". Tales límites se reducen a cuatro, a saber: 1) algunas reglas sólo pueden cumplirse parcialmente; 2) algunos pasos de la argumentación no están determinados; 3) todo discurso tiene puntos de partida que son las propias convicciones de los participantes (dichas convicciones, de acuerdo con ALEXY, son históricamente dadas y, por ello, mutables)[822], y 4) puede darse el hecho según el cual, a pesar de alcanzarse un acuerdo, no todos estén dispuestos a seguirlo (no todos estén dispuestos a su cumplimiento)[823].

Así las cosas, por lo apuntado puede verse claramente que la posibilidad de alcanzar un acuerdo racional (consenso), que había sido

---

[820] *Ibidem*, p. 201. Véase así mismo pp. 300-303, en donde manifiesta que no puede ni aceptarse ni excluirse una garantía del consenso.

[821] *Ibidem*, p. 301.

[822] Cfr. ALEXY, ROBERT, *Derecho y razón práctica*, *op. cit*., p. 65; *Teoría de la argumentación jurídica*, *op. cit*., p. ej., pp. 37, 140 y 201.

[823] Esta última limitación fue presentada por ALEXY en respuesta a algunos de sus críticos, recogida en el "Postfacio" de la edición castellana de la *Teoría de la argumentación jurídica* (*op. cit.*, pp. 295-299). Allí distingue ALEXY, siguiendo a KANT, entre el *principium diiudicationis* y el *principium executionis*, es decir, entre la formación del juicio (conocimiento racional) y la formación de la voluntad (estar dispuestos a actuar en aquel sentido determinado por el juicio). Explica el autor que un acuerdo racional (juicio) no implica un acuerdo real (voluntad de seguirlo), con lo cual se confirmaría que se trata de una limitante adicional del discurso práctico general.

manifestado anteriormente como el propósito "ideal" de la teoría del discurso, no puede ser el objetivo propio de la misma, sino más bien, en "realidad", el hecho de seguir el procedimiento de las reglas de la discusión práctica, como expresamente lo plantea ALEXY[824]. La conclusión central que puede ser extraída a este respecto, consiste en que el cumplimiento de las condiciones y reglas del discurso práctico puede dar lugar, en casos-límite o controvertidos, a varias respuestas debidamente justificadas, aunque incompatibles entre sí, o que en una discusión práctica el procedimiento del discurso permitiría suponer como posible la existencia de *dos* o más respuestas *correctas*, así se presente una oposición plena entre las mismas[825].

d) La necesidad del discurso jurídico

Las anteriores consideraciones muestran que el discurso práctico de carácter general tiene algunas debilidades, pues sus reglas no prescriben de qué premisas normativas deben partir los participantes y, además, tienen como supuesto sus convicciones personales, con frecuencia incompatibles entre sí. En este contexto se introduce el discurso jurídico como medio de suavizar aquellas debilidades[826], y además, sostiene ALEXY, como medio para "alcanzar soluciones vinculantes", posibilidad ésta que, en un discurso práctico de carácter general, se encuentra claramente limitada[827].

---

[824] ALEXY manifiesta expresamente este hecho: cfr. "Problemas de la teoría del discurso", en *Actas del Congreso Internacional de Filosofía*, Buenos Aires, Universidad de Córdoba, 1988, pp. 59-70. En p. 67 sostiene que "el criterio real de corrección no es el consenso, sino cumplir con el procedimiento".

[825] Cfr. *Teoría de la argumentación jurídica*, *op. cit*., pp. 202 y 302-303.

[826] Cfr. *ibidem*, p. 273.

[827] *Ibidem*, p. 202. Es decir, en materia jurídica, contrariamente a lo que ocurre en una discusión práctica de carácter general, existe la necesidad de decidir. Véase también, allí mismo, p. 273.

El discurso jurídico constituye, para ALEXY, un "caso especial del discurso práctico general", pues al tiempo que versa sobre cuestiones prácticas que son discutidas desde el punto de vista de la pretensión de corrección, se caracteriza también por su vinculatoriedad al Derecho vigente[828]. Esto implica reconocer que en el discurso jurídico se da una mayor demarcación respecto de lo que puede ser objeto de discusión, pues se trata de justificar cuestiones prácticas sobre la base de ciertas condiciones limitativas, como son, dice el autor, la sujeción a la ley, la atención a los precedentes judiciales, el recurso o apelación a la dogmática jurídica y, si hay lugar a ello, a las reglas del ordenamiento procesal[829].

ALEXY aborda el discurso jurídico a través de reglas de argumentación destinadas a justificar proposiciones normativas en el marco de las condiciones anteriores. Y propone dos vías para ello. Por una parte, están las reglas de la denominada justificación interna, mediante las cuales la corrección del discurso versa sobre el empleo lógicamente correcto de las premisas, y en razón de esto, su objetivo radica en asegurar la justicia formal y la seguridad jurídica[830]. En este sentido, toda decisión jurídica es correcta si se aduce por lo menos una norma universal, y en los casos en los que sea posible, a partir de una norma universal, derivar distintas conclusiones, la decisión debe seguirse lógicamente de dicha norma universal junto con otras proposiciones que la justifiquen[831]. En los casos difíciles, sostiene ALEXY, las reglas lógicas empleadas en la justificación interna son insuficientes, a causa, por ejemplo, de las distintas propiedades que contiene el supuesto de hecho que regula una norma, o porque puede dar lugar a distintas interpretaciones, o por haberse empleado al-

---

[828] Cfr. *ibidem*, p. 206.

[829] Cfr. *ibidem*, pp. 35-36.

[830] Cfr. *ibidem*, pp. 214-222.

[831] Cfr. *ibidem*, p. 215.

guna premisa en una discusión jurídica que exija una justificación adicional[832].

Sin embargo, esta insuficiencia sólo pone de presente que, al lado de la justificación interna, se hace indispensable dar cuenta de otra vía de justificación, precisamente destinada a la corrección o fundamentación de las premisas usadas en la estructura formal anterior. A esto responde la justificación externa, es decir, al empleo de argumentos provenientes del ordenamiento jurídico vigente, o de argumentos que puedan ser reconducidos a él. ALEXY divide en seis grupos de "reglas" y "formas" la justificación externa, del siguiente modo[833]: 1) las reglas y formas de interpretación vinculadas a la ley (son los cánones de interpretación), (2) las reglas de la argumentación dogmática, (3) las reglas sobre el uso de los precedentes, (4) las reglas de las argumentación empírica, (5) las formas especiales de argumentos jurídicos (usados principalmente en la metodología jurídica, *v. gr.*, la analogía, los argumentos *a contrario*, *a fortiori*, *ad absurdum*, etc.), y (6) las reglas de la argumentación práctica general.

La explicación respecto al último grupo se debe a que, según ALEXY, el discurso jurídico no excluye ni expulsa las reglas generales de la argumentación práctica[834], sino que las sujeta a condiciones especiales en la medida en que operan en el marco del ordenamiento jurídico vigente. Dependiendo de cada caso concreto, todos los grupos y reglas anteriores se usan separada o combinadamente y, particularmente, empleando el mayor número posible de argumentos pertenecientes a cada una de las reglas anteriores[835].

---

832 Cfr. *ibidem*, p. 216. Las causas de la dificultad de algunos casos es algo parecida a lo planteado en esta investigación: véase *supra*, II, 4.

833 Cfr. *ibidem*, pp. 222-272.

834 Cfr. *ibidem*, pp. 272-280.

835 Un análisis más detenido sobre el origen y alcances de esta importante distinción, entre justificación interna y externa, será realizado en el siguiente capítulo: véase VI, 2.c.

Así pues, desde estas consideraciones parece viable sostener, en consonancia con lo recién apuntado, que la incorporación de reglas de discusión jurídica posibilita determinar respuestas a los casos concretos de una forma más "firme" en comparación con una discusión práctica de carácter general, como consecuencia de la "institucionalización" del Derecho y del señalamiento de limitaciones dadas en virtud de reglas específicas que están enmarcadas en el ordenamiento jurídico vigente. Las condiciones limitativas, como afirma ALEXY, determinan "el campo de lo posible discursivamente de la manera más racional posible"[836].

e) Respuestas contradictorias o discursivamente posibles en el discurso jurídico

Cabría preguntar si las explicaciones anteriores son suficientes para obviar la cuestión anteriormente formulada, acerca de si es posible que distintos participantes lleguen a resultados contradictorios entre sí, o bien, para referir el tema al marco de esta investigación, si dos jueces distintos pueden arribar a decisiones contradictorias habiendo *respetado* y *seguido* las reglas específicas de la argumentación jurídica. La cuestión es relevante no sólo en consideración a la existencia de cláusulas abiertas en el ordenamiento jurídico, o al hecho de un uso dogmático diverso en la interpretación, por mencionar dos ejemplos concretos, sino además a que ALEXY vincula la argumentación práctica "general" a las reglas del discurso jurídico, lo que hace que sus debilidades puedan ser transferidas al Derecho, o que, de algún modo, incidan en sus discusiones.

Una pista importante que ofrece ALEXY sobre este asunto, consiste en sostener que uno de los objetivos del discurso jurídico radica en hacer viable una decisión racional en los casos concretos, y da como referencia, particularmente, la toma de una decisión "entre

---

[836] *Teoría de la argumentación jurídica*, *op. cit.*, p. 273.

dos soluciones contradictorias discursivamente posibles"[837]. Esto parece dar a entender que aun en el campo jurídico también hay cabida a "lo contradictorio" sobre un punto específico, aunque dicha contradicción sea "superable" mediante la capacidad *decisoria* propia del Derecho, particularmente de la capacidad de decisión que poseen los legisladores y jueces.

Nótese que en esta aproximación al tema no se cuestiona la tesis, ya esbozada, según la cual no debemos equiparar el procedimiento racional para la toma de decisiones con la *seguridad* del resultado para todos los casos jurídicos[838]. Sin embargo, esta tesis, que es plausible en consideración a las posibles respuestas *correctas* admisibles en los casos concretos, tiene necesariamente que hacerle frente al hecho de que, en el abanico de respuestas alternativas, dos de ellas sean entre sí radicalmente opuestas o contradictorias. Y la razón es sencilla: la corrección de distintas respuestas parece implicar que, de alguna manera, todas ellas pueden pasar el "umbral" de la corrección misma, lo cual parece imposible en aquellos eventos en los cuales las respuestas, referidas a un mismo estado de cosas, hechos, circunstancias o características, terminen solucionando de manera contradictoria el asunto. Para expresarlo de otra forma, una cosa sería admitir una "gradualidad" en la corrección, y otra bien distinta la oposición de respuestas, calificadas ambas como igualmente correctas. Esto último conllevaría, entre otras cosas, a que el propio significado de la expresión 'correcto' sea en sí mismo contradictorio[839], o que se autorefute, pues al tiempo de concederse un derecho mediante una regla (R), se permitiría su negación mediante otra (–R)[840].

---

[837] Cfr. *ibidem*, pp. 201-202.

[838] Cfr. *ibidem*, p. 278.

[839] Esto es reconocido por el propio ALEXY: cfr. *ibidem*, p. 301.

[840] Sobre los defectos racionales de esta (im)posibilidad, desde consideraciones de lógica formal, negando que pueda haber jamás una contradicción en proposiciones jurídicas igualmente válidas, véase por todos TOLLER, FERNANDO, "Refutaciones lógicas a la teoría de los conflictos de derechos", 133-181.

El carácter "más limitado" de las reglas de la discusión jurídica y la sujeción de los argumentos al Derecho institucionalizado permite, desde luego, estar más cerca de obtener decisiones uniformes en muchos casos, debido a la fijación de estándares normativos más o menos determinados. Sostiene ALEXY que, en tal sentido, hay casos en los cuales no existen dudas sobre cómo se debe decidir[841], al tiempo que hay casos en los cuales la utilización de las reglas del discurso jurídico delimita más claramente las alternativas posibles de decisión[842].

Sin embargo, a su juicio, esto no quita la posibilidad de otros casos en los cuales puedan candidatizarse respuestas contradictorias entendidas ambas como *racionales*[843]. Precisa ALEXY que la *no contradicción* sólo puede ser válida en el nivel del "sistema normativo de cada persona individual", lo cual es una manifestación natural y por lo demás explícita de las *reglas fundamentales* que operan como estándares mínimos de toda discusión racional (*v. gr.*, "ningún hablante puede contradecirse")[844]. Sin embargo, considera que es posible que se presenten "sistemas normativos incompatibles entre sí de distintas personas", y que sea frecuente, en el sistema normativo institucionalizado, la cristalización de puntos de vista valorativos "completamente diferentes y, a menudo, divergentes"[845]. Por consiguiente, en algunos casos pueden existir dificultades que hacen viable el juego de respuestas tanto discursivamente posibles como contradictorias entre sí.

Ahora bien, estas consideraciones parecen hasta cierto punto una renuncia de ALEXY a incorporar criterios ulteriores de discriminación entre respuestas, es decir, a ir más allá de los enunciados

---

[841] Cfr. *Teoría de la argumentación jurídica*, *op. cit.*, p. 29.

[842] A esto apunta, en realidad, el objetivo de sus reglas: cfr. *ibidem*, pp. 34-39, 213, 274-275 y 278-280.

[843] Cfr. *ibidem*, p. 273.

[844] Cfr. *ibidem*, pp. 301-302.

[845] Cfr. *ibidem*, p. 32.

normativos consagrados en un sistema jurídico institucionalizado, con lo cual parece incurrir en la confusión, ya vista anteriormente, entre "derecho" y "norma", o entre realidad y regla (ver *supra*, III, 3.c). De igual manera, debe tenerse en cuenta, como ya fue apuntado también, que la incorporación de las reglas de la argumentación práctica general al discurso jurídico hace que se trasladen, en algún sentido, sus propias limitaciones. ALEXY considera a este respecto que la remisión a estas reglas es indispensable para la justificación de las reglas del discurso jurídico y, más aún, que éstas encuentran su propio fundamento en aquellas[846]. Las reglas prácticas generales sirven, por ejemplo, en la fundamentación de premisas normativas surgidas al amparo de los cánones de interpretación, como en su propia elección, o en la fundamentación de enunciados provenientes de la dogmática jurídica, en el uso variable de los precedentes, o en la propia justificación interna, que exigen la articulación de reglas prácticas generales de argumentación[847]. Desde esta perspectiva, resulta obligado manifestar, como lo hace el autor, que la "incerteza debida a la naturaleza del discurso práctico general no puede por ello nunca ser eliminada por completo"[848].

Así las cosas, si bien el procedimiento propuesto a través de las reglas de la discusión jurídica busca una delimitación más clara sobre lo discursivamente posible, en la teoría de ALEXY no se garantiza con ello la eliminación de la posible existencia de dos respuestas contradictoriamente correctas. Para el autor alemán, la eliminación de esta

---

[846] Cfr. *ibidem*, pp. 272 y 277.

[847] Cfr. *ibidem*, p. 271.

[848] Cfr. *ibidem*, p. 274. Más adelante reitera lo mismo: "las debilidades del discurso práctico general se suavizan ciertamente de forma considerable en el discurso jurídico, aunque nunca puedan ser eliminadas": *ibidem*, p. 278. Una manifestación clara de esta ausencia de certeza la formula ALEXY alrededor de la argumentación empírica: "tanto en el discurso práctico general como en el discurso jurídico, la *argumentación empírica* juega siempre un papel importante y, con frecuencia, el decisivo" (*ibidem*, p. 275), y en tal sentido, lo obtenido por el "saber empírico" no puede ser objeto de "una certeza necesaria" (cfr. *ibidem*, pp. 275-276).

posibilidad estaría suponiendo un criterio fuerte o absoluto de la corrección y, con ello, la consecuente anulación del propio procedimiento, pues, en dado caso, la decisión sería impuesta por alguien y no el producto de una discusión[849]. Con esta explicación se reafirma el criterio central de la teoría del discurso, consistente en asumir "una concepción *absolutamente procedimental de la corrección*", o bien, la idea de que el eje del discurso es el procedimiento *absoluto* que versa, a su turno, sobre una corrección *relativa*[850]. Quien quisiera plantear el procedimiento como un medio para encontrar la plena seguridad de la corrección, debe "renunciar a una teoría de la argumentación jurídica racional"[851] (se verá luego que, para ALEXY, esta característica es tanto una "debilidad" como una "ventaja" de la teoría: *infra*, V, 4.h). No está demás decir que una alternativa de la corrección excluyente frente a dos respuestas discursivamente posibles, formaría parte, a juicio de ALEXY, de una "tesis ontológica que tiene poco en su favor y contra la cual se puede aducir mucho"[852].

f) Los juicios de valor en el procedimiento ante los casos controversiales

Las explicaciones dadas al problema planteado van señalando el entorno, a la vez rico y difícil, de una teoría procedimental del razonamiento jurídico, cuyas reglas, principalmente las que fundamentan las decisiones, podrían en algunos casos concretos ser empleadas para arribar a respuestas alternativas y opuestamente correctas. El problema básico de la teoría del discurso así expuesta, radica en que no existe un procedimiento seguro que garantice que las "valoraciones" y "estimaciones" que se hacen sobre problemas jurídicos, pue-

---

[849] Cfr. *ibidem*.

[850] Cfr. *ibidem*, p. 303.

[851] *Ibidem*, p. 278; véase allí mismo, pp. 37-38.

[852] *Teoría de la argumentación jurídica*, *op. cit*., p. 302.

dan ser resueltos a través de estándares o criterios de carácter objetivo que señalen alguna frontera o limitación, en aquellos casos en los que el propio Derecho vigente (positivo) ha guardado silencio, o ha dejado un campo abierto de posibilidades, como las mencionadas.

La respuesta dada por ALEXY, como se acaba de exponer, lleva a sostener un criterio débil a esta cuestión, e incluso, para ese tipo de casos, una defensa del carácter no concluyente de la corrección. Asumir lo contrario sería plantear la tesis de la única respuesta correcta, que en la teoría de ALEXY es articulada como idea regulativa o aspiración, es decir, como un deber de los jueces que, en la práctica, no tiene mayor asidero que la propia intención de alcanzarla. La tesis de la única respuesta correcta sólo presupone, a juicio suyo, que "en algunos casos se puede dar una única respuesta correcta", pero así mismo, "que no se sabe en qué casos es así, de manera que vale la pena procurar encontrar en cada caso la única respuesta correcta"[853]. Con estas indicaciones se corrobora lo dicho anteriormente, acerca de la renuncia del autor por encontrar o reconocer criterios ulteriores de discriminación entre respuestas. Y, si se observa detenidamente, se plantea además una especie de perspectiva *escéptica* de la corrección última, porque la idea regulativa de la única respuesta correcta no permite saber "en qué casos" se puede, efectivamente, dar una única respuesta correcta.

Veamos brevemente este mismo tema a la luz de la exposición que hace otro autor procedimental, el finlandés AULIS AARNIO.

Aplicado al tema de la interpretación jurídica propiamente dicha, AARNIO se pregunta qué tipo de condiciones deben cumplir los enunciados interpretativos para dar cuenta de la mejor justificación posible sobre un caso difícil. La mejor justificación posible, según él, es aquella que sigue un procedimiento del discurso práctico racional. Seguir dicho procedimiento, sin embargo, puede dar lugar a que una interpretación I_1 esté debidamente justificada, como también al

---

[853] *Derecho y razón práctica*, *op. cit*., p. 20.

hecho de que otra interpretación I_2 que dé cumplimiento al mismo procedimiento también lo esté[854].

La explicación de lo anterior radica, según AARNIO, en que toda interpretación debidamente justificada debe cumplir con ciertas precondiciones, las cuales, una vez satisfechas, permiten articular respuestas contradictorias entre sí. La primera precondición consiste en que el intérprete debe hacer uso de las fuentes del Derecho de acuerdo a las reglas de la interpretación jurídica. Pero esto sólo demuestra que una interpretación I_1 es legalmente posible, como también, *cumplida la precondición*, que I_2, I_3..., lo fueran. Esto significa que el uso adecuado de las fuentes del Derecho puede dar lugar a distintas alternativas interpretativas semánticamente posibles (I_1, I_2, I_3...)[855]. La segunda precondición consiste en afirmar que toda interpretación supone pautas valorativas que implican, para el intérprete, establecer un orden de preferencia respecto del uso que da a las fuentes del Derecho. Esto puede dar lugar a que distintos intérpretes establezcan órdenes de preferencia distintos, porque los mismos presuponen una clara "referencia a valoraciones" y, por consiguiente, pueden llegar a respuestas contradictorias que compitan entre sí[856].

Ambas precondiciones, cumplidas por distintos intérpretes con relación a un caso difícil, sólo puede dar como resultado que tanto I_1 como I_2 (o I_3, I_4...) están debidamente justificadas, que son correspondientes a la categoría de la mejor justificación y que son puntos de vista interpretativos coherentes[857]. De acuerdo con esto, AARNIO considera que el "punto decisivo por lo que respecta a la interpretación 'mejor justificada' es, sin duda, la diferencia en los jui-

---

[854] Cfr. AARNIO, AULIS, *Lo racional como razonable*, *op. cit*., pp. 236-237.

[855] Cfr. *ibidem*, p. 237.

[856] Cfr. *ibidem*, p. 238.

[857] Cfr. *ibidem*, pp. 237-238.

cios de valor", y que "este rasgo vuelve plausible hablar de más de una respuesta correcta en el razonamiento jurídico"[858].

La base estructural (gnoseológica) de la teoría del discurso y de los modelos procedimentales, como se ampliará enseguida, consiste en mostrar dificultades inherentes a las valoraciones, las cuales responden a un contexto tanto histórico como cultural y, al mismo tiempo, son formuladas desde la perspectiva de un participante que puede aceptar o rechazar una determinada escala de valoraciones dentro del espectro, más o menos amplio, que a tal efecto es dejado por los ordenamientos jurídicos vigentes. Este planteamiento es similar a lo ya dicho sobre la existencia de estándares o criterios de razonamiento para ciertos casos, susceptibles de generar suficientes acuerdos entre los participantes, y la inexistencia de criterios para la corrección de decisiones contradictorias en los casos-límite o controversiales.

Al igual que acontece con ALEXY, la tesis de AARNIO, al hacer depender las decisiones en los casos-límite a "órdenes distintos de preferencia", permite candidatizar como correctas respuestas alternativamente contradictorias, con lo cual se plantea, además del escepticismo ya mencionado en relación a los criterios de corrección para dichos casos, un cierto *relativismo axiológico* en la justificación jurídica. Si bien ALEXY parece plantear esto mismo a la luz de su tesis, recientemente expuesta, sobre el concepto *relativo de la corrección*, AARNIO alude explícitamente al hecho de que se debe asumir un relativismo axiológico en la argumentación jurídica, pues sólo así se puede pretender dar cuenta del aspecto "provisional" y de la "no definitividad" de las respuestas surgidas en virtud suyo (se volverá de nuevo sobre este tema: ver *infra*, V, 4.h)[859].

Los partidarios de este modelo, desde luego, buscan aminorar hasta donde más sea posible la eventual arbitrariedad que pueda de-

---

[858] *Ibidem*, p. 239.

[859] Cfr. *ibidem*, pp. 262-263.

rivarse de este hecho. La inclusión de un modelo estatal de normas jurídicas (acompañado del respeto a los precedentes judiciales y a los desarrollos de la dogmática jurídica), junto a las reglas del discurso práctico, son elementos centrales con los cuales la teoría procedimental cuenta para ello. El procedimiento intenta llevar a cabo un ejercicio de racionalización de tales convicciones, sometiéndolas a pruebas, depurando sus contenidos, confrontándolas con otras razones y convicciones que son, a su turno, sometidas a otras pruebas, depuraciones y confrontaciones. En dicho proceso los participantes pueden cambiar o no sus propias convicciones. Pueden ser persuadidos de la necesidad de rectificar, o pueden no serlo. En palabras de AARNIO, "si *A* o *B* realmente logran que el otro cambie de opinión, esto se debe al hecho de que la persuasión del primero ha conducido a este resultado"[860].

Así pues, como corolario de lo anterior se puede decir que el procedimiento mediante el cual se desarrolla el discurso jurídico constituye un espacio dialógico que, en condiciones ideales, permitiría obtener un resultado convergente de las distintas interpretaciones enfrentadas (consenso o aceptabilidad racional), pero que, en condiciones reales, siempre está sujeto a que los propios participantes acepten modificar sus propias convicciones.

g) El soporte definitivo de las razones prácticas

Lo expuesto hasta este punto exige considerar uno de los aspectos determinantes de la justificación jurídica, a saber: si es posible fundar en último término una justificación racional por fuera del propio discurso. Esto es, si la fuerza de un argumento reside en el propio argumento articulado en virtud de las reglas del discurso, en la aceptación que genere, o en otro lugar.

---

[860] *Ibidem*, p. 266.

Tanto ALEXY como AARNIO sostienen que no puede residir en el propio argumento, por la posible regresión hacia el infinito surgida en virtud de contraargumentaciones o dudas válidas generadas por los participantes sobre los enunciados prácticos, o porque supondría una justificación racional de carácter circular. Esto tiene que ver con el denominado "trilema de Münchhausen", que fuera formulado por el filósofo alemán HANS ALBERT. Alude al barón de Münchhausen, quien trató de salir del fango tirando de sus propios cabellos hacia arriba[861]. Esto, aplicado al tema en cuestión, implicaría un razonamiento auto-referente y circular, esto es, a que las razones se justifiquen en las propias razones y, además, a que las razones sean objeto de contraargumentos regresivos.

Una salida posible consistiría en acudir a una instancia de comprensión metafísica mediante la cual se soporte a las justificaciones (*i.e.* "por fuera" del discurso y de la argumentación misma)[862], o a un

---

[861] *Traktat uber kritische Vernunft*, 1968, citado por ALEXY en *Teoría de la argumentación jurídica*, *op. cit.*, pp. 176-177. Véase sobre el tema, además, LORA DELTORO, PABLO DE, *La interpretación originalista de la Constitución*, *op. cit.*, pp. 64-68. Un estudio introductorio de H. ALBERT en SALAS, MINOR E., "¿Qué pasa actualmente en la Teoría del Derecho alemana? Un breve bosquejo general", en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* 24 (2001), pp. 203-234.

[862] Sobre el punto ALEXY entiende por metafísica dos cosas. Por una parte, lo que denomina "metafísica empática", ligada a las ideas de "totalidad", "necesidad", "redención" (o que involucra un sentido religioso) y "normatividad". A esta clase de "metafísica" le niega su posibilidad de fundamentación del discurso práctico. Por otro lado, lo que denomina "metafísica constructiva", cuyo eje está dominado por la "estructura de la comunicación", y que involucra los conceptos "racional" y "universal" como "soportes" de la "corrección". Según ALEXY, esta segunda clase de metafísica sería viable porque implica el reconocimiento del otro como "persona", como "autónomo" y como "digno", en el plano comunicativo. Sin embargo, para que esta "metafísica" sea posible, se requiere su "estabilización", es decir, la paulatina aceptación de la racionalidad y universalidad en el respeto por el otro (de ahí su nombre, "metafísica constructiva"). Lo que se plantea como interrogante en el texto, desde luego, no responde a éste peculiar sentido de "metafísica", sino a si es posible afirmar un fundamento o soporte último de las razones prácticas de carácter objetivo, que se encuentre por fuera de la "estructura comunicativa" de los participantes del discurso, *v. gr.*, en "la realidad" o en el "ser humano", y que sirva como *supuesto* o *prius* de la propia "estructura comunicativa". Queda claro, así, que esto no sería po-

sistema objetivo de valoraciones, *v. gr.* a través de enunciados de Derecho Natural. Sin embargo, para el enfoque procedimental, acudir a instancias como las anteriores no sólo presenta el problema de que se echaría por tierra el carácter "provisional" de las respuestas prácticas, sino además el inconveniente relacionado con el método mediante el cual puede ser posible la aprehensión de una realidad "objetiva" que pueda fundamentar una acción en concreto (habría que dar cuenta, en este caso, de la denominada *falacia naturalista*: ver *infra*, V, 5.i.ii y iii)[863]. AARNIO plantea a este respecto que los valores no pueden ser justificados sobre una "base objetiva", pues ellos dependen o están inmersos en "sistemas" más amplios de valores elegidos de manera distinta por culturas diversas. Agrega, con base en esto mismo, que existen razones suficientes "para sostener que toda valoración es de naturaleza relativa"[864].

La última salida posible sería la de apelar a la evidencia como criterio de fundamentación, lo cual es descartado por el modelo procedimental en razón del inconveniente de saber en qué consiste, como tal, una "proposición evidente", y así mismo, a que no toda evidencia es aceptada por todos[865]. Sostiene ALEXY, en esta misma línea de aproximación al tema, que el argumento más fuerte contra la evidencia reside en que "diferentes personas viven evidencias diferentes", y además, que no existen criterios para distinguir entre evidencias correctas e incorrectas[866].

---

sible en el desarrollo que hace ALEXY sobre el asunto. El tema es desarrollado por ALEXY en "Menschenrechte ohne Metaphisyk?", publicado en *Deutsche Zeitschrift für Philosophie* 52 (2004), pp. 15-24, versión castellana "¿Derechos Humanos sin metafísica?", trad. de E. R. Sodero, pp. 1-14, *pro manuscripto*.

[863] Cfr. ALEXY, ROBERT, *Teoría de la argumentación jurídica*, *op. cit.*, pp. 32-34, 52-55 y 141; AARNIO, AULIS, *Lo racional como razonable*, *op. cit.*, p. ej., pp. 250-253.

[864] Cfr. AARNIO, AULIS, *Lo racional como razonable*, *op. cit.*, p. 267.

[865] Cfr. ALEXY, ROBERT, *Teoría de la argumentación jurídica*, *op. cit.*, pp. 55-56; AARNIO, AULIS, *Lo racional como razonable*, *op. cit.*, p. 273.

[866] Cfr. ALEXY, ROBERT, *Teoría de la argumentación jurídica*, *op. cit.*, p. 56.

Los partidarios del modelo procedimental recurren, por lo tanto, a otros elementos explicatorios. Buena parte de estos elementos se encuentran en la obra del filósofo alemán JÜRGEN HABERMAS, en especial su idea de los "esquemas cognitivos" (compartidos o modificados mediante argumentos), a veces denominados "representaciones del mundo" o "mundo vital" (*Lebenswelt*), articulados mediante una comunicación efectiva o *actos de habla*[867]. Los esquemas cognitivos aluden al conjunto de reglas que "están en la base de las convicciones morales" de los participantes, "surgidas históricamente" y que son formuladas mediante el lenguaje de la moral[868].

La importancia de este concepto consiste en la posibilidad de articular un principio normativo que sirva de base al discurso práctico en tanto (1) sea comprehensivo de las necesidades generalmente aceptadas, (2) sea lo suficientemente flexible para que los participantes modifiquen sus convicciones si a ello hay lugar, y (3) obligue a los participantes que han aceptado una norma a seguirla en casos similares. Este principio es denominado de universalización o de generalizabilidad[869], el cual permite que las razones morales y convicciones subjetivas de los participantes puedan de alguna manera, al interior del propio discurso, ser contrastadas o aceptadas como una base común desde la cual se construye la corrección de las mismas. Para ALEXY, este principio lleva necesariamente a reglas de *fundamentación* como las apuntadas anteriormente, relativas a la "génesis críti-

---

[867] Cfr. HABERMAS, JÜRGEN, *Wahrheitstheorien* ("Teorías sobre la verdad"), 1973, cit. por ROBERT ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, *op. cit.*, pp. 111-130. Este escrito puede verse en HABERMAS, JÜRGEN, *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*, Madrid, Cátedra, 1989, pp. 113-158. Algunas de estas ideas habermasianas están también en su obra *Facticidad y validez*, *op. cit.*, en esp. pp. 63-103. Véase también el desarrollo pormenorizado que ALEXY lleva a cabo alrededor de estas nociones habermasianas para formular, con base en ello, su regla general de fundamentación, en *op. cit.*, pp. 131-142.

[868] Cfr. ALEXY, ROBERT, *Teoría de la argumentación jurídica*, *op. cit.*, p. 125.

[869] Cfr. *ibidem*, pp. 138-139.

ca" y la "formación histórica" de las convicciones de los participantes, y en tal sentido, su formulación hace posible hablar de necesidades generalmente aceptables que son corregidas, depuradas y confrontadas a medida que se vaya desarrollando el discurso.

Un recurso similar es el establecido por AARNIO mediante la articulación del concepto wittgensteniano de *forma de vida*, el cual guarda estrecha relación, en muchos aspectos, con la idea de representaciones del mundo o mundo vital de HABERMAS[870]. Según AARNIO, existe una suerte de universalidad de los juicios morales en la medida en que todo sistema de valores constituye una "práctica vital" que nos es dada y respecto de la cual los seres humanos participaríamos socialmente. La forma de vida consistiría, justamente, en el supuesto de nuestras acciones, y por lo tanto, no es objeto de nuestra "elección racional", sino que "crea la *base* de la elección racional"[871]. Entre las formas de vida existen criterios diferenciadores surgidos en virtud de los "juegos del lenguaje", y en razón de esto es factible encontrar interpretaciones distintas acerca de los valores establecidos en cada una de ellas. Pero esto no conduce, según AARNIO, a la arbitrariedad y al caos, en la medida en que existen suficientes "parecidos de familia" entre las distintas formas de vida a causa de los juegos del lenguaje[872]. Siguiendo a WITTGENSTEIN, plantea que, precisamente por esto último, puede lograrse un consenso entre los participantes:

---

[870] Cfr. AARNIO, AULIS, *Lo racional como razonable*, *op. cit.*, pp. 267-279 y 291-296. La obra central de LUDWIG WITTGENSTEIN, respecto de la cual AARNIO basa esta argumentación, es *On Certainty* (en ANSCOMBE, GERTRUDE E. M. y VON WRIGHT, GEORG HENRIK [eds.], Oxford, 1969. Hay versión cast. a cargo de J. L. Pracks V. Raga, *Sobre la certeza*, Barcelona, Gedisa, 1988). Como sostiene PEDRO RIVAS, esta noción wittgensteniana de *forma de vida* es la clave de todo el sistema de AARNIO: cfr. "La razonabilidad jurídica, entre el relativismo y la intersubjetividad. La *Teoría de la argumentación jurídica* de Aulis Aarnio", en SERNA, PEDRO (ed.), *De la argumentación jurídica a la hermenéutica. Revisión crítica de algunas teorías contemporáneas*, *op. cit.*, p. 80.

[871] AARNIO, AULIS, *Lo racional como razonable*, *op. cit.*, p. 270.

[872] Cfr. *ibidem*.

> "Si hay un parecido de familia suficiente entre las formas de vida (juegos del lenguaje), es posible entonces lograr un *consenso* acerca de los criterios de valoración entre quienes pertenecen a diferentes formas de vida. No sólo ellos se entienden recíprocamente, sino que también son capaces de aceptar las opiniones de los otros, aun cuando esta aceptación *no* esté basada en fundamentos racionales. En términos generales, podemos hablar de 'compromisos'. Nuevamente, cuando no hay suficiente 'parecido de familia', el consenso es imposible"[873].

Una fundamentación última del discurso (alcanzado el consenso) sería, según AARNIO, de carácter irracional, aunque no arbitraria. Es de carácter irracional porque "las fundamentaciones últimas de nuestros juicios, las columnas que los sustentan, no se encuentran en la experiencia"[874], sino que la preceden junto al conocimiento mismo. Pero esto no equivale a decir que nuestros juicios sean arbitrarios, en la medida en que están determinados (condicionados) por una *forma de vida*, y por tal razón una fundamentación última reside en que hay *cosas que nos están dadas* y respecto de las cuales no hay posibilidad de dudar[875]. La forma de vida aparece así conectada en la teoría de AARNIO a la certeza: "lo que aceptamos como cierto, lo aceptamos incondicionalmente y ya no dudamos más. Y es así como la certeza es precondición de todo conocimiento"[876].

De lo expuesto cabe entonces concluir que tanto las *representaciones del mundo*, como las *formas de vida*, terminan siendo elementos cruciales en los modelos procedimentales, al menos por tres razones. En primer lugar, porque vienen a representar los puntos de partida del razonamiento práctico (convicciones de los participantes,

---

[873] *Ibidem*. La idea del "consenso" o "aceptabilidad racional" supone, en consecuencia, valores comunes "dominantes en la sociedad": cfr. RIVAS, PEDRO, "La razonabilidad jurídica, entre el relativismo y la intersubjetividad. La *Teoría de la argumentación jurídica* de Aulis Aarnio", cit., p. 76.

[874] AARNIO, AULIS, *Lo racional como razonable*, *op. cit*., p. 273.

[875] Cfr. *ibidem*, pp. 272-273.

[876] *Ibidem*, p. 274.

entramado de interpretaciones *dadas*, formas culturales comunes, etc.). En segundo lugar, porque posibilitan en alto grado el acuerdo racional entre los participantes (el consenso es posible en la medida en que los participantes del discurso discurren sobre una pluralidad de problemas que tienen de base un entramado de experiencias compartidas socialmente). Por último, porque dichas experiencias permiten llevar a cabo un ejercicio normativo de *generalizabilidad* (en coordenadas neokantianas), el cual vendría a ser correspondiente con la regla de fundamentación racional de los argumentos empleados dentro de un discurso práctico: sobre la base de la forma de vida común, de las convicciones normativas de los participantes y de los esquemas cognitivos dados, y con fuerte resonancia del imperativo categórico de KANT, todo participante debe aceptar la regla según la cual "las consecuencias de una norma para la satisfacción de las necesidades de cualquier individuo deben poder ser aceptadas por todos" (ALEXY)[877], o la regla según la cual "un participante en la discusión no puede invocar un juicio de valor que él mismo no está dispuesto a generalizar para cubrir otros casos similares" (AARNIO)[878].

h) El *relativismo axiológico moderado*: la distinción entre "corrección" y "verdad" práctica

Los problemas jurídicos que son sometidos al procedimiento del discurso deben tomar en consideración algunos datos estandarizados de naturaleza obligatoria, denominados por ALEXY, como se viera previamente, condiciones de limitación de la argumentación jurídica (sujeción a la ley, a los precedentes y al desarrollo de la dogmática jurídica). Sin embargo, conforme a lo expuesto en el punto anterior, dichas condiciones no garantizan que las convicciones personales de

---

[877] ALEXY, ROBERT, *Teoría de la argumentación jurídica*, *op. cit.*, p. 138.

[878] AARNIO, AULIS, *Lo racional como razonable*, *op. cit.*, p. 256; así mismo, p. 257: "tienes que comportarte de forma tal que tu acto pueda ser universalizado".

los participantes puedan ser eliminadas o modificadas en todos los casos. ALEXY considera que esto es una debilidad de la teoría del discurso, pero al tiempo es una ventaja, porque permite que todo diálogo pueda ser aprovechado por cualquiera que esté dispuesto a *seguir el procedimiento*, sin importar realmente cuáles sean sus propias convicciones. La instancia racional para justificar juicios es precisamente *dialógica*, lo cual significa que tiene vocación *transubjetiva* y por lo tanto no es impuesta de ninguna manera[879].

Esta ventaja, desde luego apreciable, no puede sin embargo dejar de lado la importante cuestión acerca de si existen límites materiales o de fondo a las propias convicciones de los participantes, particularmente de aquellos que desempeñan una posición de poder, como los jueces y legisladores. Desde la teoría de la justificación externa esto no parece posible, porque su aporte no garantiza un estándar delimitativo en casos como los controversiales[880]. Acá el punto más importante para resaltar radica en que las ventajas que ofrece la teoría del discurso, disuelve al propio tiempo el fondo argumentativo en la medida en que se privilegia la forma racional del procedimiento. Se trata, por supuesto, de una renuncia a diferenciar convicciones erradas de las convicciones correctas para casos en los que el Derecho no ha dispuesto una clara orientación a los mismos, con la consecuencia, ya vista, de hacer viable la hipótesis del reconocimiento y negación al mismo tiempo de un derecho concreto.

La explicación de esta renuncia reposa en un escepticismo frente a la corrección (fundamentación) última de una convicción determinada y controvertida, acompañada al mismo tiempo por una perspectiva claramente relativista. AARNIO ha elaborado a este respecto un planteamiento interesante. Sostiene que la única posibili-

---

[879] Cfr. ALEXY, ROBERT, *Teoría de la argumentación jurídica*, *op. cit.*, *passim*, p. ej. pp. 138-142; 146-151; 278-280; 300-304.

[880] Desde luego, garantizan decisiones sobre casos no controversiales y, por ende, aquellos que son comúnmente aceptados o generalizables, como los de una "extrema injusticia" (este tema será retomado en el siguiente capítulo: VI, 4.c).

dad de diálogo intersubjetivo, en las diferentes formas de vida, implica asumir un *relativismo axiológico* calificado como *moderado*. Un relativismo axiológico moderado es aquel que opera bajo ciertas condiciones de *racionalidad comunicativa* relativa a acciones o normas de deber ser que, en cuanto tales, no admiten un criterio de verdad, sino de corrección[881]. Un criterio de verdad significa que es posible someter fácticamente un enunciado a una prueba empírica y constatable, mediante la cual se establecen propiedades a las cosas sin necesidad de llevar a cabo un ejercicio de argumentación discursiva. Así, a la pregunta ¿de qué color es este papel?, puede establecerse como criterio de verdad un enunciado que señale una propiedad que (en tanto probada) sea correspondiente con la naturaleza de lo preguntado (el papel *es blanco*). La respuesta, en cuanto probada, es verdadera o falsa. En cambio, un criterio de corrección no admite una respuesta como la anterior, en la medida en que puede ser dudada por el destinatario de ella. Los enunciados relativos a acciones o normas son de esta clase. Así, a la pregunta ¿qué debo hacer en este caso? pueden darse varias respuestas que, cada una a su manera, son susceptibles de ser contraargumentadas por el destinatario (¿por qué debo hacer esto? ¿por qué no debo hacerlo?). Son respuestas que exigen argumentación[882]. De allí que para AARNIO sea preferible hablar de respuestas susceptibles de *corrección* y no de respuestas estructuradas bajo la forma de la *verdad*[883].

---

[881] Cfr. AARNIO, AULIS, *Lo racional como razonable*, *op. cit.*, p. 244.

[882] Cfr. *ibidem*, pp. 244-245. Un estudio sobre esta aproximación de AARNIO a la verdad y la corrección, es el de RIVAS, PEDRO, "La razonabilidad jurídica, entre el relativismo y la intersubjetividad. La *Teoría de la argumentación jurídica* de Aulis Aarnio", cit., pp. 71-103.

[883] Una noción equivalente a "corrección" es "razonabilidad", o ámbito de "lo razonable", entendidas en un sentido concreto, pues alude al mismo contexto anterior, de mayor elasticidad o flexibilidad. Esta noción se remonta a PERELMAN. Sobre el particular consúltese MANASSERO, MARÍA DE LOS ÁNGELES, *De la argumentación al derecho razonable*, *op. cit.*, pp. 123-130. Allí afirma, entre otras cosas (pp. 125-126), lo siguiente:

Esto explicaría, a su turno, las dificultades que pueden aparecer cuando las respuestas articuladas en virtud del razonamiento práctico son calificadas como "verdaderas", así se trate de una noción de "verdad práctica" o verdad en sentido "débil". Una noción de "verdad práctica" supondría para dichas posturas la utilización de enunciados poco flexibles en cuanto expresan, por denominarlo así, propiedades "fijadas" en la naturaleza, o supondría un ejercicio de constatación fáctica de la naturaleza humana según la cual "esta acción concreta" es verdadera para este caso concreto y por lo tanto no hay posibilidad de ser contraargumentada por otros (ni habría necesidad de ser demostrada)[884]. La noción de verdad práctica remitiría para AARNIO, a pesar de su sentido débil, a cierta rigidez conceptual o a una determinada comprensión estática de las cosas a las que está siendo referida. Para expresarlo de otra manera, si las razones para obrar no son definitivas, ni tampoco la decisión, quiere ello decir, en último término, que toda posible indicación acerca de la funcionalidad del razonamiento práctico tendría que ser llevada a cabo a través de una noción que tuviera en cuenta las distintas variaciones, cambios y relatividad (la provisionalidad) que una y otra cosa suponen, pero no a través de una noción que llegare a implicar cierta ri-

---

"El carácter tan estricto que Perelman otorga al concepto de verdad impide aceptar la posibilidad de la verdad práctica. Esta renuncia no significa la negación de racionalidad, sino una nueva concepción de la misma, pero sólo para el ámbito de la praxis. Así toma el nombre de 'ámbito de lo razonable', debido a la elasticidad de la idea de razón como metodología propia: la Teoría de la Argumentación".

[884] Según AARNIO "se puede hablar de verdad sólo si se presupone que ha habido un acuerdo previo acerca de los criterios de verdad"; sin embargo, tales criterios "están tipificados por la relatividad histórica. Esto se debe no sólo al hecho de que el conocimiento humano de los valores varía con el tiempo y la cultura. El problema es más profundo. Los valores no son una entidad ontológica que pudiera existir independientemente del sujeto": *Lo racional como razonable*, *op. cit.*, p. 262.

gidez, precisión o definitividad de los mismos, como es el caso de la noción de "verdad" práctica[885].

Según AARNIO, la discusión práctica está situada en un contexto de flexibilidad, porque su propósito es que el destinatario de la norma (o de una decisión que establece un deber ser) *acepte* las razones que le son comunicadas para llevar a cabo la acción concreta. De ello depende el consenso. La racionalidad comunicativa consiste en *comunicar razones* (no demostradas empíricamente, como en el caso de la verdad) para llegar a una comprensión mutua entre las partes. Esto implica que ellas deben *compartir* un mismo sustrato de valoraciones respecto de las argumentaciones ofrecidas para que sea posible el acuerdo. Si estas valoraciones no son compartidas, no existe la posibilidad de alcanzar la comprensión mutua, a menos que uno de los participantes logre *persuadir* al otro de aceptar su postura. Si esto no llegara a ocurrir, y por supuesto, al no estar relacionadas con un criterio de verdad sino de corrección, dos o más respuestas normativas pueden llegar a estar "*igualmente bien* fundamentadas" por el procedimiento del discurso racional[886]. Ante esto se impone la necesidad de contar con un relativismo axiológico que permita explicar las varias respuestas "bien fundamentadas" que compiten entre sí.

---

[885] La solución a la que recurren estos modelos procedimentales consistiría, como afirma ANDRÉS OLLERO TASSARA, en disociar *razón* y *verdad*, aunque ampliando el concepto de la razón para hacerlo capaz "de algo más que descubrir la verdad y el error: justificar lo no demostrable, colmando el vacío que deja la inviabilidad de la evidencia en el ámbito de la práctica. Característico de este tipo de discurso deliberativo es precisamente el razonamiento jurídico", en *Derechos humanos y metodología jurídica*, *op. cit.*, p. 114. Pero esta disociación es, a juicio de OLLERO, un error del que participarían los modelos procedimentales, consistente en manejar una concepción meramente *lógica* de la "verdad", entendida apenas como atributo del conocimiento y no como "la realidad *ontológica* que sirve de fundamento" a los juicios de naturaleza práctica (cfr. *ibidem*, pp. 114-115). Se volverá sobre esto más abajo, en V, 5.g y 5.i.

[886] AARNIO, AULIS, *Lo racional como razonable*, *op. cit.*, p. 247 (énfasis en el original).

AARNIO no afirma, como tampoco lo hace ALEXY, que cualquier respuesta sea, sin más, admisible dentro de la categoría de una respuesta "bien fundamentada". Se trata por ello de un relativismo axiológico *moderado*. Es moderado en la medida en que una respuesta debe dar cuenta del sistema de valores de la comunidad jurídica en que la respuesta pretende ser presentada como base justificatoria de un obrar concreto, además del hecho de contar con un procedimiento argumentativo reglado[887]. Es relativa en la medida en que

---

[887] AARNIO distingue, siguiendo a WRÓBLEWSKI y, más de cerca, a ALEXY, que *La racionalidad jurídica* puede estar referida a un aspecto interno de justificación (lógico-deductivo), o a un aspecto externo (conectada al discurso y, por lo tanto, a los contenidos de las premisas). Para AARNIO, las reglas de la racionalidad externa proporcionan los elementos más importantes de la justificación jurídica. Las reglas de la racionalidad interna, en cambio, sólo proporcionan un orden inferencial en el que cabe la posibilidad de llegar a resultados arbitrarios y no aceptables (lo cual no deja de ser paradójico desde una crítica como la esbozada en el texto). Según este autor, la racionalidad externa es más importante porque mediante ella se ofrece una justificación jurídica *contextualmente suficiente*, porque la respuesta "proporciona el trasfondo jurídico sobre cuya base la interpretación puede ser aceptable en la comunidad jurídica" (cfr. *Lo racional como razonable*, *op. cit.*, p. 250). Ambos tipos de racionalidad son recogidos por AARNIO a través de la elaboración de reglas y condiciones generales del discurso práctico procedimental, algunas de ellas similares a las de ALEXY. Son las siguientes: 1) Condiciones generales (reglas básicas, puntos de partida, etc.), que AARNIO identifica con las *reglas de consistencia* (reglas de la lógica), las *reglas de eficiencia* (que el discurso sea provisorio de una respuesta), las *reglas de sinceridad* (apertura subjetiva, no coacción, posibilidad de cuestionar, exigencia de honestidad, etc.), las *reglas de generalización* (es la regla, ya vista, de estirpe kantiana, de universalidad normativa: "tienes que comportarte de forma tal que tu acto pueda ser universalizado"), las *reglas de apoyo* (todo enunciado tiene que ser justificado o ser susceptible –si se demanda– de dicha justificación; estas reglas son especialmente importantes porque permitirían alcanzar el objetivo de toda justificación, el cual consiste en "lograr la coherencia y, por medio de ella, la aceptabilidad en la comunidad jurídica"). 2) Las reglas de la carga de la prueba, divididas por AARNIO en dos grupos: *procedimentales* (regla de "seguir el precedente" salvo justificación en contrario; regla de presentar una justificación si la misma es cuestionada y, por último, la regla de justificar un punto de vista no relevante), y *materiales* (regla de *igualdad substancial* o de *justificación de trato diferenciado*); por último, las reglas especiales de prueba en las ramas especiales de la ciencia jurídica (son dependientes a la ordenación de las fuentes del Derecho de cada comunidad jurídica). Sobre todo este tema cfr. *ibidem*, pp. 253-263.

dos sistemas jurídicos pueden contener distintas respuestas (sistemas de valores) y en la medida en que, dentro de un mismo sistema, caben distintas valoraciones sobre una misma cuestión debatida o controversial[888].

i) Balance y discusión crítica

La exposición de un modelo procedimental no se agota en lo señalado en los epígrafes precedentes. Sus autores llevan a cabo un desarrollo pormenorizado sobre las formas de concreción de los elementos esbozados en sus respetivas teorías, la interrelación de las reglas del discurso práctico y la manera como son integrados los puntos de apoyo respectivos. Sin embargo, para los objetivos trazados en esta investigación, las explicaciones anteriores permiten caracterizar de manera suficiente los datos centrales del modelo, al menos con relación a la teoría de la justificación y a los puntos de partida de las razones con las que cuenta el razonamiento jurídico allí desarrollado.

En términos globales, la teoría del discurso acompañada de reglas como las señaladas atrás, demuestra poseer una gran riqueza en cuanto a que su finalidad implica una búsqueda cooperativa de una solución correcta a un problema práctico y no, por el contrario, que la misma haya de ser el producto de coacciones o la simple imposición de una voluntad externa o no fundamentada. Esto es no sólo

---

[888] Las reglas de la racionalidad externa no son, por ello, "universalmente válidas y eternas que gobiernen el proceso de pensamiento del hombre. En este sentido, la aceptabilidad racional no presupone una interpretación metafísica. Por el contrario, está siempre abierta una posibilidad genuina de que en alguna cultura (...) la gente sea racional en un sentido diferente al aquí definido. Ella no es racional para nosotros, pero lo es para ella misma", *Lo racional como razonable*, *op. cit.*, p. 252. Así mismo, dentro de una misma cultura, sólo puede alcanzarse la aceptabilidad racional de una interpretación si se cumplen las siguientes condiciones: "a) [que] las partes en el diálogo tienen una base común en el conocimiento, es decir, su evidencia con respecto a la realidad es igualmente amplia, y b) ambas partes tienen que someterse ellas mismas a los mismos valores", *ibidem*, p. 262.

una consecuencia directa del papel meramente *funcional* que cumple la corrección en esta teoría, es decir, como un "factor a 'buscar' en la argumentación" y no propiamente como un factor "dado"[889], sino además en razón de lo que persigue el propio procedimiento discursivo, esto es, servir como una especie de "mecanismo de tanteo" en la búsqueda de respuestas con mayor o menor grado de corrección[890].

Así mismo, el modelo procedimental ofrece una importante salida a los problemas de justificación racional de las decisiones prácticas, pues las hace descansar en el seguimiento de un procedimiento racional discursivo compuesto por un número plural de reglas, las cuales señalan condiciones y límites a las premisas utilizadas por los participantes. Trasladado al tema de las decisiones judiciales, podría decirse que el modelo procedimental determina un marco de posibilidades "sujetas" o "determinadas" por criterios que encausan el ejercicio de razones que pudieran ser empleadas por los jueces en los casos concretos.

De cara a lo visto en capítulos anteriores, a partir de dichas reglas se ofrecen contrastes significativos con otros modelos y con algunas de las decisiones, ya analizadas, de la Corte Constitucional colombiana. Además de las bondades establecidas previamente en relación con *todos los modelos prácticos* del razonamiento jurídico (V, 1-3), valdría la pena resaltar dos aspectos puntuales. Por un lado, está el carácter indispensable de la justificación, planteada como exigencia para que una decisión sea considerada "racional" y "correcta", lo cual contrasta con los modelos estudiados en capítulos anteriores. Por otro lado, si bien las condiciones limitativas de un proceso judicial, como es natural, no permiten que sean satisfechos todos los pasos y reglas de la discusión, algunas de sus exigencias pueden ser rei-

---

[889] Cfr. PINTO FONTANILLO, JOSÉ ANTONIO, La *Teoría de la argumentación jurídica* en Robert Alexy, *op. cit.*, p. 295.

[890] Cfr. *ibidem*.

vindicadas como parte de lo que los jueces deben hacer, como mínimo, en la articulación racional de sus propias decisiones. Es el caso, por ejemplo, de aquellas reglas que exigen *ab initio* la coherencia de trato a partir del principio de universalidad o generalización, como requisito formal de corrección argumentativa, significativamente desconocido en algunos de los fallos analizados previamente en esta investigación (particularmente los casos sobre el Concordato, la "Representante Morales" y la decisión de 2006 sobre el aborto).

Ahora bien, estas ventajas –y los demás aspectos valiosos de este modelo–, si bien importantes, plantean también algunas dudas concretas. En efecto, los puntos de partida y supuestos de los que parte el procedimiento están determinados por una racionalización generalizable de las convicciones personales de cada participante, que a su vez provienen de un entramado de experiencias recibidas del pasado, integradas en modelos de vida y representaciones del mundo compartidas. La complejidad de éstas y su racionalización permite depurar hasta cierto punto el obrar humano desde el punto de vista de su corrección, pero sitúa la justificación en un terreno algo movedizo, al menos si se tienen en cuenta las dificultades para remover convicciones "erradas" de los participantes. Si el modelo procedimental no introduce un criterio para diferenciar lo errado de lo verdadero, en relación al fondo mismo de las cuestiones prácticas, podría poner en entredicho las ventajas "formales" acabadas de señalar.

En el caso de ALEXY, como ya se sostuvo, se deja abierta la cuestión sobre el significado correcto de una convicción o de una premisa normativa defendida por un participante, esto es, por fuera de las propias posibilidades que permite el procedimiento reglado. Las ventajas que a este respecto señala ALEXY, no despeja sin embargo las dificultades que pueden ser establecidas en torno a las reglas de fundamentación (aquellas que ponen a prueba las convicciones de los participantes) en casos respecto de los cuales existan serias discusiones morales. Sobre esto pueden plantearse tres problemas concretos: en primer lugar, cuáles serían los criterios para considerar que una regla moral "ha perdido" su justificación; en segundo lugar, cuáles

serían los criterios que posibilitan hablar de "nuevas razones" aducidas para justificar una regla moral que originariamente no se pudo justificar; y, por último, de quién dependería (Estado, mayorías, concepciones de "iluminados", jueces, etc.) afirmar que una regla moral pasa o no pasa la prueba de su formación histórica individual. El dejar "abiertas" estas cuestiones significa que son insolubles, o que la teoría del discurso no puede (o no debe) solucionarlas, con lo cual se llega a lo que WALKER denomina un "callejón sin salida" en la fundamentación última de las decisiones prácticas, tema visto con anterioridad (III, 5.c y d).

AARNIO intenta saldar el asunto aunque también de manera insatisfactoria, pues hace depender el éxito de una discusión práctica en una racionalidad compartida entre los participantes, o en la capacidad de *persuadir* al otro para que cambie su convicción personal sobre los juicios de valor que posea. Cuando estas cosas no son posibles, no queda otra vía que considerar las valoraciones que cada uno posea como ámbitos racionalmente infranqueables, y en razón de esto, asumir un *relativismo axiológico* como postulado axiomático de toda discusión práctica. Dicho criterio es una manifestación clara de renuncia racional a la comprensión de realidades por sí mismas valiosas, a "enunciar a un nivel universal, que algo es bueno o bueno en sí mismo"[891], pues en casos en los que se discuten valores, sostiene AARNIO, "no hay forma racional" de resolverlos, debido a que en dichas discusiones "están siempre implicados métodos no racionales"[892].

Esta salida deja serias dudas sobre la posibilidad de plantear aspectos más definitivos en torno a la justificación de las decisiones judiciales, como las constitucionales, analizadas en esta investigación. Pasemos ahora al estudio del otro modelo de razonamiento práctico, previamente denominado prudencial, para ver si en él se

---

[891] Cfr. *Lo racional como razonable, op. cit.*, p. 266.

[892] Cfr. *ibidem*, pp. 266-267.

superan estos problemas, y si, al mismo tiempo, a partir del mismo resulta posible plantear como telón de fondo unos "soportes" más contundentes al razonamiento de los jueces.

5. EL MODELO DEL RAZONAMIENTO PRÁCTICO PRUDENCIAL

a) Explicación introductoria

Un enfoque prudencial es aquel que atribuye a la *finalidad* del razonamiento el papel central y determinante en el proceso de justificación y fundamentación racional, o, para expresarlo de una forma más rigurosa, es aquel que plantea que toda respuesta a problemas de carácter práctico está debidamente articulada cuando dimensiona un aspecto de la verdad práctica[893]. Esto significa que el razonamiento práctico tiene como propósito establecer, prescribir, mandar u ordenar una respuesta que, de suyo, estaría calificada sustancialmente mediante estándares de realización de dicha verdad. En este sentido, la idea misma de "corrección" de la propia respuesta es sobrepasada por una categoría más definitoria o más exigente: la "verdad práctica" sería algo más que la producción de "juicios correctos" o que el seguimiento y cumplimiento de reglas de discusión práctica, ya que se refiere, particularmente, a una dimensión de plenitud o realización personal, o para emplear un lenguaje más filosófico, tanto a la idea de naturaleza humana como a la realización de los fines perfectivos que dimanan de ella[894].

---

[893] La base de este modelo es el planteamiento de ARISTÓTELES, en *Et. Nic.*, VI, 2, 1139a 20-1139b 10. Sobre esta noción de verdad práctica, véase MASSINI, CARLOS IGNACIO, *La prudencia jurídica*, *op. cit.*, en esp. pp. 57-58.

[894] Cfr. VIGO, RODOLFO L., *El iusnaturalismo actual. De M. Villey a J. Finnis*, *op. cit.*, p. 27.

Para esta postura usar la noción de "corrección" como correlativa o en lugar de "verdad práctica" podría ser posible, o viable, siempre y cuando aquella dimensione o haga explícitas sus condiciones. En este sentido, no se trataría de una alternativa lingüística empleada por equivalencia, sino que, por el contrario, con la noción de "verdad práctica" se plantean unas exigencias que sobrepasan las implicaciones que aparecen alrededor de la "corrección" de las razones justificativas. Como se verá más adelante, estas condiciones requieren, además, del concurso de una disposición especial del entendimiento práctico, denominada prudencia, capaz de comprender en un plano existencial, real y concreto, las exigencias –hasta cierto punto "objetivas"– del comportamiento humano. Como afirma VIGO, "el juicio prudencial opera como una especie de puente entre ciertas exigencias universales o generales y cierto problema que compromete determinados sujetos situados en un tiempo y espacio establecido, por eso, aquel juicio define lo 'justo concreto'"[895]. Hablar de "corrección" de una razón práctica tiene así, y esto es lo que se quiere hacer ver, una significación distinta a la establecida por los modelos procedimentales.

La tradición clásica del Derecho Natural ha sido particularmente abanderada de este enfoque[896]. Sus expositores sostienen que ra-

---

[895] VIGO, RODOLFO L., *Interpretación jurídica*, *op. cit.*, p. 39.

[896] Esta tradición se nutre principalmente de las obras de ARISTÓTELES y TOMÁS DE AQUINO. También se le puede denominar *Realismo jurídico clásico*. Sobre esta perspectiva pueden consultarse, entre muchas otras, las siguientes obras: HERVADA, JAVIER, *Lecciones propedéuticas de Filosofía del Derecho*, *op. cit.*; del mismo autor, *Introducción crítica al Derecho Natural*, *op. cit.*; MASSINI, CARLOS IGNACIO, *Sobre el realismo jurídico*, *op. cit.*; *ibidem*, *La prudencia jurídica. op. cit.*; CASARES, TOMÁS D., *La justicia y el Derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 3ª. ed., 1997; CASAUBÓN, JUAN A., "La justicia en el pensamiento neotomista", en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1983, pp. 103-135; COTTA, SERGIO, *Justificación y obligatoriedad de las normas*, Madrid, Ceura, trad. A. Fernández Galiano, 1987; HOYOS CASTAÑEDA, ILVA M., "Las causas del derecho. Estudio desde una consideración realista", en *Díkaion. Revista de Fundamentación Jurídica* 2 (1988), pp. 20-45; KALINOWSKI, GEORGES, *Concepto, fundamento y concreción del Derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1982; VIGO,

zonar en términos prácticos consiste en saber elegir y actuar, dentro de las múltiples posibilidades de realización humana, un bien atrayente; o, lo que es lo mismo, que las razones prácticas actualizan y realizan un bien humano[897] (desde el punto de vista jurídico un término equivalente es "un derecho concreto"). Esta tradición está lejos de considerar como algo irrelevante, en esta búsqueda de un bien humano, el recurso al diálogo racional y a las argumentaciones, si se quiere, regladas[898]. En el plano jurídico la búsqueda incesante del derecho no es ajena a una instancia dialógica, aunque su objetivo aparece calificado mediante un criterio más fuerte que el señalado por los modelos procedimentales.

De acuerdo con esto, un procedimiento racional operaría como *instrumento* o *medio* dispuesto a, o condicionado por, la búsqueda de una finalidad concreta (el bien humano o derecho), y la decisión alcanzada no sería simplemente *racional* o *correcta* por el mero hecho de haberse seguido dicho procedimiento, sino por manifestar existencialmente un bien humano. En consecuencia, el procedimiento racional –las propias razones prácticas, articuladas o no mediante el empleo de reglas de discusión al estilo de ALEXY– no constituye el aspecto determinante de la "corrección".

Esta caracterización exige a los partidarios del razonamiento práctico prudencial considerar que las propias razones prácticas no

---

RODOLFO L., *Las causas del Derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1983; VILLEY, MICHEL, *Compendio de Filosofía del Derecho* (2 vols.), Pamplona, Eunsa, 1979-1981; *ibidem*, *El pensamiento ius–filosófico de Aristóteles y de Santo Tomás*, Buenos Aires, Ghersi, ed. C. I. Massini, 1981.

[897] Cfr., por ejemplo, FINNIS, JOHN, "Derecho natural y razonamiento jurídico", cit., *passim*; VIGO, RODOLFO L., "Razonamiento justificatorio judicial", cit., pp. 488-490; OLLERO TASSARA, ANDRÉS, *¿Tiene razón el Derecho?*, *op. cit.*, p. ej. pp. 413-427.

[898] Cfr. RABBI-BALDI, RENATO, "El Derecho natural como núcleo de racionalidad de la realidad jurídica", en *idem* (Coord.), *Las razones del Derecho Natural. Perspectivas teóricas y metodológicas ante la crisis del positivismo jurídico*, *op. cit.*, pp. 40-44.

encuentran su justificación última en un ejercicio de depuración estrictamente racional (como sería el caso, por ejemplo, de un participante que *modifica* sus convicciones personales por medio de la persuasión, o porque reconoce la validez de convicciones contrarias a las suyas). Esto obliga introducir una dimensión de *fundamentabilidad* a las propias razones justificativas de una decisión práctica. Al desarrollo de estos aspectos acabados de presentar se orientan los siguientes epígrafes.

b) La finalidad del razonamiento práctico: "verdad práctica" y "opción racional atrayente"

Se ha sostenido, en la presentación anterior, que los modelos prudenciales del razonamiento práctico afirman que una decisión o respuesta a un problema jurídico está calificada mediante estándares que, de alguna manera, manifiestan o expresan la verdad práctica. Esto es una consecuencia clara de la forma como, para la tradición filosófica clásica, es concebido el sentido u objeto del acto racional humano, tanto si hablamos de razonamiento teórico como si lo hacemos en relación con el práctico. Ambos, en efecto, tienen como objeto propio la verdad[899], y su diferencia estriba en que "de las cosas que caen bajo la aprehensión del entendimiento unas se ordenan a un obra o acción y otras no se ordenan"[900].

Se afirmó también, al comienzo de este capítulo, que si se hace un contraste o comparación entre los criterios para hablar de la verdad en el ámbito práctico y en aquel proveniente de las denominadas "ciencias duras", tendríamos que admitir una diferencia relacionada con la "fuerza" o "debilidad" en uno y en otro caso. La verdad

---

[899] Cfr. ARISTÓTELES, *Et. Nic.*, VI, 1139a 28-30; TOMÁS DE AQUINO, *Sum. Theol.*, I, q. 79, a. 11, *resp*.

[900] GÓMEZ ROBLEDO, ANTONIO, *Ensayos sobre las virtudes intelectuales*, México, Fondo de Cultura Económica (1957), reimp., 1986, p. 57.

práctica, en comparación con las verdades predicables de las ciencias exactas, es en el anterior sentido (y *sólo* en el anterior sentido) una verdad "débil". Lo cual no significa una devaluación de la noción de verdad, sino más bien el hecho de ser ubicada en un contexto explicativo distinto. La verdad es un concepto análogo que, en cuanto tal, no sólo es posible su predicación en diversos órdenes de realidades, sino además permite una mayor o menor realización en un contexto semejante, o ser participada de distinta manera en una misma realidad concreta. Se puede poseer la verdad, en consecuencia, de distinto modo[901]. Así las cosas, por muy "débil" que sea la verdad práctica, sigue siendo sin embargo *verdad*, aunque tenga una caracterización diferente. Una verdad "débil" es, al fin y al cabo, una verdad y no una falsedad[902].

A partir de esta caracterización surge el tema, que ha sido recurrente en buena parte de las explicaciones dadas a lo largo de este capítulo, sobre si la verdad práctica es *una sola*, o si, por el contrario, es posible plantear *varias verdades* frente a los casos concretos. La tesis principal que se plantea a partir de los modelos prudenciales –y que es común a los distintos enfoques prácticos del razonamiento jurídico, al margen de sus explicaciones o del uso diverso de expresiones para referir el tema–, consiste en sostener por vía general y *prima facie*, la posibilidad de plantear distintas respuestas, todas ellas legítimas o atrayentes, siempre y cuando dimensionen una parte de la verdad práctica o expresen, cada una a su manera, un aspec-

---

[901] La fundamentación de este tema se puede ver en TOMÁS DE AQUINO, *Sum. Theol.*, I, q. 16, a. 2, *resp.*, y a. 6, *resp*.

[902] El contexto de la verdad práctica entendida como una verdad "débil" no es otro que el de señalar, como se viera al comienzo de este capítulo, un contraste con la verdad "fuerte" de las ciencias exactas. Y en tal sentido se puede comprender, como sostiene RABBI-BALDI, que "la razón práctica (entendida en sentido aristotélico) no asume una dimensión de exactitud porque ni las exigencias fundamentales de la persona se hallan ya definitivamente concluidas, ni existe un ordenamiento completo y coherente que permita su simple 'aplicación'": RABBI-BALDI, RENATO, "El Derecho natural como núcleo de racionalidad de la realidad jurídica", cit., p. 29.

to de ella (o la "corrección", para el caso de los modelos procedimentales ya analizados).

Desde el punto de vista de los modelos prudenciales, la explicación de lo anterior tiene que ver, básicamente, con la pluralidad de *opciones legítimas* (medios) para actuar y, a la vez, la variabilidad de *opciones atrayentes* (fines) para la realización humana. Para decirlo de otra forma, el razonamiento práctico no es un "catálogo" cerrado de acciones y fines que establece de antemano cómo debe comportarse una persona en cada situación concreta, o cuál ha de ser la perspectiva que cada uno debe tener acerca de sus propios proyectos de vida. Por el contrario, el razonamiento práctico supone un carácter *elegible* de los medios para llevar a cabo, responsablemente, una "opción de vida" o cumplir con una meta o propósito determinado, y a la vez posibilita que dicha meta o propósito posea una *intensidad diferente*, una manera diversa de realización[903].

Debe hacerse notar que esta caracterización no implica solamente "opciones de vida" distintas e inconmensurables como expresiones legítimas de actuar y obrar conforme a la verdad práctica (soy "abogado" o soy "médico"). Significa también "graduación" y "diferenciación" dentro de una misma forma de comprender los propósitos, intereses, oportunidades y exigencias que se les presentan a las personas en una opción de vida semejante. Como se tendrá ocasión de exponer más adelante (*infra*, V, 5.d), la verdad práctica para los modelos prudenciales implica la idea de "bienes" (tanto básicos como no básicos) que operan como estándares (en mayor o menor medida) de realización humana, entendiendo por esto no sólo la elección de "un bien" entre alternativas de bienes distintos, sino además la concreción de los bienes elegidos de acuerdo a sus múltiples formas de permitir dicha realización[904].

---

[903] La explicación a fondo de este tema puede verse en FINNIS, JOHN, "Derecho natural y razonamiento jurídico", cit., pp. 13-16.

[904] A esto responde la noción de "bien" como concepto análogo: cfr. ARISTÓTELES, *Et. Nic.*, I, 6, 1096a 23-24. La relevancia de esta analogía implica que

Así las cosas, ante situaciones particulares y concretas, el razonamiento práctico, en su intento por obrar correctamente, puede encontrar formas de actuación *racionalmente atrayentes*, entendidas como "objetivamente buenas" aunque *realizables de distinta manera*[905]. La opción elegida, atrayente desde el punto de vista de la razón, es una "apuesta" a que su realización manifiesta una obra o acción correcta o verdadera (no mala ni falsa), que revierte en beneficio de la persona misma.

c) Medios "alternativos" y analogía de la decisión práctica

La caracterización anterior exige detenernos en dos objeciones que, ocasionalmente, son formuladas sobre la base de que, al plantear la posibilidad de una mayor o menor verdad práctica, no sólo se incurre en una contradicción lógica, sino además en una especie de "decisionismo" que implica la propia negación de aquella verdad.

La primera objeción dice que el razonamiento jurídico está *necesariamente* obligado a proporcionar (*consecuente*) una única solución correcta porque *deriva* de un estado de hechos y normas (*antecedente*) lo suficientemente delimitados y precisos. O para decirlo de otra manera, que toda decisión práctica es verdadera en un solo sentido porque depende de una causa (que para del Derecho se denomina *título* jurídico) que así lo indica y determina. Así, por ejemplo, ante un título jurídico indiscutido, se plantea que dos abogados están obligados a conceptuar uniformemente a su cliente, o ante un "diagnóstico" claro de un enfermo, que dos médicos distintos están obligados a tomar un sólo curso de acción para curarlo.

---

el razonamiento práctico no tiene por objeto saber "qué es el bien en general, sino si el acto a ser realizado, aquí y ahora, es un bien o un mal": VIGO, RODOLFO L., "Razonamiento justificatorio judicial", cit., p. 489. Se volverá sobre la analogía de la decisión práctica en el epígrafe siguiente.

[905] Cfr. FINNIS, JOHN, "Derecho natural y razonamiento jurídico", cit., p. 13.

Esta objeción, que contiene en el contexto aducido una fuerza incuestionable, olvida sin embargo que al lado de esos "diagnósticos" claros y títulos indiscutidos –los cuales, desde luego, implican también un ejercicio razonable de comprensión de su propia claridad, según lo expuesto en IV, 3.d–, existen también aquellos que implican ser *fijados* de alguna manera porque, en su realidad, no son *necesariamente* conclusivos o concluyentes. Lo antecedente no siempre es tan preciso ni siempre está tan delimitado como se quisiera, y por ese motivo no siempre se está en condiciones de saber con "exactitud" cómo habría de ser regulado un derecho específico, o cómo habría de ser solucionado un caso. Para una perspectiva práctica del razonamiento jurídico, además, la "claridad final" es *siempre* el resultado de una tarea racional en la que la propia perspectiva personal de quien juzga cumple un papel definitivo, junto al sentido interpretativo asignado. Lo dicho anteriormente en relación a la crítica al modelo formalista y al *racionalismo* que subyace en esta objeción, es por supuesto conducente (en cuanto se considera la realidad jurídica compuesta por datos *plenamente* "dados": ver *supra*, IV, 3.c). Lo mismo en relación a la respuesta que se diera anteriormente a propósito de la objeción de GUASTINI sobre su noción de interpretación jurídica como "acto reiterativo" o de "descubrimiento", y no de "comprensión, de las pretensiones de un demandante o, para el caso que ahora nos ocupa, de los "antecedentes claros" (ver *supra*, IV, 4.b). A lo cual habrá de agregarse, cuando se considere la segunda objeción, la dimensión graduable o la mayor o menor intensidad de una respuesta correcta o verdadera.

Al margen de estas consideraciones, lo cierto es que una perspectiva prudencial del razonamiento jurídico no cae en ningún "decisionismo" al plantear la diversidad de medios y fines –que es quizás lo que subyace en la objeción mencionada– porque no se afirma que *cualquier respuesta* sea simplemente correcta, sino sólo aquellas que dimensionen (en mayor o menor medida) la verdad práctica. Para los modelos prudenciales del razonamiento práctico, desde luego, es posible que la razón encuentre *sólo una opción racionalmente*

atrayente –caso en el cual deberá, precisamente, ser la opción (única) elegida para llevar a cabo la acción respectiva–, como también es posible que la razón encuentre alternativas de acciones correctas. En ambos casos –varias opciones o única opción– está presente, como telón de fondo, la exigencia de una elección calificada por la propia *intención* o *apetito rectamente ordenado*, como sostiene ARISTÓTELES[906], es decir, por la disposición y voluntad de querer conformarse cada uno con la verdad en sus actuaciones concretas[907]. Este criterio, que es pieza clave en los modelos prudenciales, implica entender la voluntad humana como una facultad "inteligentemente libre" y dispuesta a actuar de la forma lo más razonablemente posible, y no como una "voluntad indiferentemente libre", incapaz de discernir entre opciones legítimas e ilegítimas en el comportamiento humano.

La segunda objeción es una variante de la anterior. Consiste en afirmar que la "variabilidad" de las opciones correctas o verdaderas sólo se predica en el nivel de los medios, pero no, en cambio, en el de las conclusiones. Así, por ejemplo, el propósito final del razonamiento práctico de un médico sería que el enfermo esté "sano", o que, en el caso de un juez, se determine la "justicia" concreta, lo que admitiría *varias posibilidades* o *medios* correctos para lograrlo, pero sólo una conclusión. Esta variante de la objeción es, por una parte, más significativa que la anterior, o al menos estaría mejor planteada, porque da lugar a un ámbito de posibilidades correctas (en el marco

---

[906] Cfr. *Et. Nic.*, VI, 1139a 31. Sobre la cuestión véase GÓMEZ ROBLEDO, ANTONIO, *Ensayo sobre las virtudes intelectuales*, *op. cit.*, pp. 58-59.

[907] Toda la fundamentación de este tema en ARISTÓTELES, *Et. Nic.*, en esp. todo el libro VI (por ejemplo VI, 1139a 25-30; 1140a 25-1140b2 20; 1142b 10-26; 1143a 20; 1143b 2; 1144a 30-35); *De An.*, III, 9, 432b 27; también TOMÁS DE AQUINO, *Sum. Theo.*, I, q. 79 a. 11, *resp.*; I-II, q. 13, aa. 1, 3 y 4; I-II, q. 57 a. 4, *resp.*; I-II, q. 57, a. 5, *resp*; I-II, q. 94 a. 3, y además todo el tratado de la prudencia, II-II, q. 47-56. Uno de los mejores expositores del pensamiento clásico sobre este tema es, a mi juicio, ERIC VOEGELIN, en particular su obra *Anamnesis*, Notre Dame, University of Notre Dame Press, 1ª. ed. traducida y editada por Gerhart Niemeyer, 1978, en esp. pp. 55-70.

de lo elegible), lo cual es, claramente, una característica de las realidades prácticas.

Sin embargo, por otra parte, se parece a la objeción anteriormente formulada en cuanto a que, si bien admite opciones diversas en los medios elegibles, plantea al mismo tiempo la exigencia de una única opción correcta en el nivel de la solución. Y es en este último aspecto en el cual la objeción adolece de un defecto, no tanto porque la elección de un medio específico, y no otro, puede llevar a que la decisión sea distinta en algún sentido, sino principalmente porque parece tomar la finalidad del razonamiento práctico en un contexto meramente abstractivo, o incluso "nominal", de realización, olvidando la mayor o menor participación o la intensidad diferente que, en lo concreto, se puede lograr o llevar a cabo sin que se desvirtúe por ello la exigencia de la finalidad, precisamente porque se ha participado en la misma a través de una intensidad diferente.

Es correcto afirmar, desde luego, que constituye un deber de los médicos tomar decisiones para que sus pacientes estén "sanos", o que los jueces tienen la obligación de administrar la justicia, y que para lograrlo pueden hacer uso de distintos medios correctos y alternativos. Sin embargo, no deja por ello de estar siendo afirmado en un nivel abstracto y apenas indicativo de un deber genérico de conducta, el cual exige una concreción o determinación en los casos particulares y concretos. Es en éste nivel, de lo particular y específico, en el que la razón práctica no se rige por lo "necesario", sino precisamente por lo que "puede ser de un modo o de otro". Nótese que lo que "puede ser de un modo o de otro" no significa que "puede ser de cualquier modo". Que algo pueda ser de un modo o de otro dentro de los límites de lo que es la verdad práctica, es plantear que aquellos deberes genéricos (alcanzar la "Salud", lograr la "Justicia") pueden ser realizables de distinta forma, es decir, según una "intensidad" o "graduación" diferente y de acuerdo a una particular "me-

dida" de la verdad[908]. Lo que plantea TOMÁS DE AQUINO a propósito de la universalidad de los primeros principios de la ley natural, es claramente relevante. Dice el Aquinate:

> "[La razón especulativa] versa principalmente sobre cosas necesarias, que no pueden comportarse más que como lo hacen, y por eso tanto sus conclusiones particulares como sus principios comunes expresan verdades que no admiten excepción. La razón práctica, en cambio, se ocupa de cosas contingentes, cuales son las operaciones humanas, y por eso, aunque en sus principios comunes todavía se encuentra cierta necesidad, cuanto más se desciende a lo particular tanto más excepciones ocurren. Así, pues (...), en el orden práctico, la verdad o rectitud práctica no es la misma en todos a nivel de conocimiento concreto o particular, sino sólo de conocimiento universal; y aun aquellos que coinciden en la norma práctica sobre lo concreto, no todos la conocen igualmente"[909].

Negar que puedan existir decisiones diversamente correctas o verdaderas parte de una equivocada concepción del razonamiento del jurista, pues supone que las diversas respuestas son siempre contradictorias o que llevan, necesariamente, a una contradicción. Y esto tiene relación con una característica del pensamiento moderno que se ha puesto de relieve en ocasiones anteriores: la negación de la analogía. Está claro que si se plantean las posibles respuestas como disyuntivas perfectas, la negación de la univocidad parece conllevar necesariamente a la afirmación de la equivocidad. Sin embargo, se olvida con esto un tercer tipo de polisemia o de relaciones de diversidad: la analogía. Lo interesante en la analogía es que, en lugar de oposición y enfrentamiento entre significados, implica una distin-

---

[908] Entre otras cosas, en esto reposa la dimensión "creativa" de los jueces, su importante labor no sólo para "decir" el derecho concreto, sino además para "fijar sus titulares", o para "ajustarlo" y "medirlo" en frente de lo particular y específico. Sobre esto véase las explicaciones, de inigualable sencillez y riqueza, del prof. JAVIER HERVADA, en *Lecciones propedéuticas de Filosofía del Derecho*, *op. cit.*, p. 406.

[909] TOMÁS DE AQUINO, *Sum. Theol.*, I-II, q. 94, a. 4, *resp.*

ción según la gradualidad o la intensidad[910]. Según la anterior visión analógica dos respuestas pueden distinguirse, no por oposición (caso de la contradicción), sino por intensidad. Ciertamente, entre curar a un enfermo y agravarlo, o entre reconocer el derecho a la libertad de expresión y no reconocerlo en absoluto, existe contradicción y, evidentemente, en ambos casos las dos respuestas o decisiones no pueden ser simultáneamente correctas[911]. Pero al mismo tiempo, nada impide realizar con mayor o menor intensidad la "universalidad" de "*La* salud" o "*La* justicia" mediante criterios que difieran –en el marco de lo contingente y lo analogable– en "lo sano" concreto y en la forma de regular la libertad de expresión en lo concreto.

Así las cosas, la finalidad a la que apunta el razonamiento práctico no es, para los modelos prudenciales, una entidad conceptual cuya realización "concreta" o "real" resulta aplicable de manera *inequívoca*, sino *análoga*. Es conveniente reiterar que la analogía no sólo es atribuible a realidades pertenecientes a órdenes de realidades distintas, sino además, también supone una mayor o menor "participación" (casos "periféricos") respecto del significado central o "propio" que le pertenece (casos "focales" o "sin restricción") en relación a un mismo ámbito o realidad, como acertadamente ha expuesto FINNIS[912].

---

[910] Cfr. HOYOS CASTAÑEDA, ILVA M., *De la dignidad y de los Derechos Humanos. Una introducción al pensar analógico*, Bogotá, Temis-Universidad de La Sabana, 2005, en esp. pp. 143-152 y 321-324. Véase así mismo, HERRERA PARDO, CAMILA F., "Lógica jurídica y razonamiento práctico a la luz del realismo jurídico clásico", Bogotá, Universidad de La Sabana, 2007, *pro manuscripto*.

[911] Un largo y exhaustivo trabajo sobre el principio lógico de no contradicción, aplicándolo al Derecho, y en concreto a las supuestas oposiciones o conflictos entre derechos, tanto patrimoniales, como fundamentales, demostrando que no puede darse una contrariedad o una contradicción en enunciaciones jurídicas en los casos concretos, puede verse en TOLLER, FERNANDO, "Refutaciones lógicas a la teoría de los conflictos de derechos", 133-181.

[912] Se trata de la "aplicación" de conceptos generales a realidades cada vez más "diferenciadas", sin que esto suponga un desconocimiento o abandono de lo "típi-

Así mismo, a más de haber sido reiterado constantemente, se debe recalcar que al afirmarse que "no existe una *única* respuesta correcta o verdadera" (para todos los casos), no implica sostener que "no existe *ninguna* respuesta correcta o verdadera". Más bien implica decir que la razonabilidad práctica está en capacidad de advertir ante un caso concreto, cuyas fuentes no sean del todo claras, o sus consecuencias del todo determinables, respuestas admisibles y respuestas inadmisibles, y que, al propio tiempo, es capaz de reflexionar y elegir una respuesta admisible sobre la base de que expresa, manifiesta o dimensiona la verdad práctica (o un aspecto suyo) y, por último, que dos o más jueces pueden razonablemente disentir entre cuál de todas las respuestas admisibles es la que, para el caso en concreto, realiza de mejor forma la verdad práctica. La razón práctica no es, como se dijera atrás, una suerte de "recetario" según el cual para cada situación humana hay una solución predispuesta o fijada de antemano, ni tampoco una fuente imprevisible de criterios que no suministran orientación alguna para saber cómo se debe actuar correctamente en las circunstancias particulares y concretas.

Como se verá en su momento, una de las piezas claves en el razonamiento práctico, según los modelos prudenciales, consiste en que tiene puntos de partida (sus *principios*) que, precisamente, apuntan a *dirigir* la conducta humana en la multiplicidad de opciones "racionalmente atrayentes", o que permiten descartar algunas opciones por ser simplemente irracionales[913]. Particularmente en materia jurídica, existen también criterios adicionales para *razonar co-*

---

co", "focal" o "central" implicado en aquellos conceptos generales: cfr. *Ley natural y derechos naturales*, *op. cit.*, pp. 43-51.

[913] La tesis, que será desarrollada más adelante, puede verse en FINNIS, JOHN, "Derecho natural y razonamiento jurídico", cit., *passim*. Una exposición breve de esto mismo es desarrollada por RODRÍGUEZ ALCALÁ, ROBERTO MORENO, "Respuestas correctas, justas y la persistencia del encanto del legalismo. Comentario a 'Dworkin, Finnis y la única respuesta correcta' del Prof. Carlos Ignacio Massini", en LEGARRE, SANTIAGO, MIRANDA ALEJANDRO y ORREGO, CRISTÓBAL (eds.), *La lucha por el Derecho Natural*, *op. cit.*, pp. 133-135.

rrectamente en procura de alcanzar la justicia concreta. Ambos asuntos están relacionados con las exigencias de *justificación* y, particularmente, de *fundamentación* del razonamiento jurídico, como se expone detenidamente en otro lugar (cfr. *infra*, V, 5.h y VI, 3-6)[914].

d) Los bienes humanos y la imposibilidad de decisiones justas contradictorias

De cara a los modelos procedimentales ya vistos, lo dicho en el epígrafe anterior podría no decir mayor cosa en la medida en que no sean articuladas explicaciones adicionales sobre qué quiere decir, en concreto, la "verdad práctica", o cómo podría ser "contextualizada" a partir de elementos que permitan afirmar exigencias que sobrepasen la mera formalidad implicada en aquellos modelos. Si bien las distintas respuestas correctas no surgen, en la teoría de ALEXY o AARNIO, como consecuencia del cumplimiento de un estándar como el señalado por los modelos prudenciales (verdad práctica), alguien podría sostener que están de todas maneras afirmando un criterio similar a ese a través de la articulación y cumplimiento establecido por las reglas de la discusión práctica, y que, en uno y otro caso, podría llevarse a cabo una equivalencia conceptual en cuanto a los criterios adu-

---

[914] Desde una perspectiva práctica-prudencial, la cuestión sobre si existe una única "verdad" o "decisión justa", o varias, a los casos jurídicos, no ha sido uniformemente presentada por todos los autores pertenecientes a esta corriente. Es el caso de CARLOS I. MASSINI quien sostiene que, desde el punto de vista de la justicia, sólo puede haber una *única respuesta justa*. MASSINI considera, contrariamente a lo expuesto en el texto, que las "varias alternativas" sólo serían predicables cuando se asume ya no el punto de vista de la justicia, sino el de la "corrección": cfr. su artículo, dedicado exclusivamente a este asunto, "Dworkin, Finnis y la 'única respuesta correcta'", cit., pp. 95-117. Sobre esto ha respondido, en defensa de la tesis de FINNIS, ROBERTO MORENO RODRÍGUEZ ALCALÁ, en su artículo "Respuestas correctas, justas y la persistencia del encanto del legalismo", cit. pp. 119-149. La tesis de fondo de éste último es, a grandes rasgos, aunque desde luego más detallada (en cuanto tiene como mira las objeciones de MASSINI), coincidente en algunos puntos a los presentados en esta investigación.

cidos por cada postura, al margen de la distinción idiomática empleada.

Sin embargo, esta observación no sería del todo acertada, no sólo porque es posible plantear diferencias en torno a las ideas de "corrección" y "verdad", sino además por el grado de importancia que es concedido al procedimiento racional mismo en cada postura. Para los modelos prudenciales la verdad práctica no es simplemente un "resultado" o una expresión meramente "conclusiva" de un ejercicio racional más o menos sofisticado o cuidadoso. Es algo más que esto, aunque sea también en parte consecuencia de un ejercicio racional reflexivo e inteligente. Los modelos prudenciales precisan que la verdad práctica consiste en dar cuenta de *bienes* humanos y, en tal sentido, la noción de fin (verdad práctica) está intrínsecamente calificada por la efectiva adquisición, posesión, disfrute o consecución de dichos bienes.

En este sentido se puede sostener, por un lado, que la categoría más importante del razonamiento práctico, para un modelo prudencial, es la noción de "bien" a ser alcanzado en circunstancias particulares y concretas, y no la noción de "procedimiento" o "reglas" de la discusión racional[915]. Así mismo, por el otro, que a partir de la noción de "bien humano" el razonamiento jurídico se sitúa desde coordenadas cualitativas especiales que condicionan, a la vez que sobrepasan, cualquier empleo procedimental del razonamiento práctico. Razonar en términos prácticos, para la visión prudencial, consiste en una actividad reflexiva (si se prefiere "reglada"), que no es indiferente de su resultado, sino que, por el contrario, implica siempre un sentido personal de realización o "plenitud" en razón de los bienes humanos efectivamente ordenados (como se verá en el epígrafe siguiente, la noción jurídica de bien humano es lo justo o lo debido, el derecho o la obligación concreta). Los bienes operan entonces como estándares de realización humana que la propia razonabilidad

[915] Cfr. FINNIS, JOHN, *Ley natural y derechos naturales*, *op. cit*., p. 75.

práctica podría estar en condiciones de discernir correctamente. La tradición filosófica clásica entiende el tema, precisamente, en este sentido: la verdad y el bien se "implican mutuamente"[916], lo cual significa que "lo verdadero es un bien, pues de otra suerte no sería apetecible, y el bien, por su parte, es algo verdadero, pues de otra manera no sería inteligible"[917].

De acuerdo con lo anterior, para una visión prudencial del razonamiento práctico, la finalidad (resultado que dimensiona la verdad práctica) supone comprender que la propia metodología (*v. gr.*, las reglas del discurso práctico) tendría que estar en función suya, y no al contrario. Si para ALEXY y AARNIO el procedimiento venía a representar el aspecto determinante, por decirlo así, de la corrección de las decisiones, para un enfoque prudencial del razonamiento práctico el procedimiento viene a cumplir la función de medio (calificado) de esas decisiones. La metodología, por lo tanto, no es concebida como fin (o sus reglas como fundamento) del proceso racio-

---

[916] La explicación clásica del tema está en TOMÁS DE AQUINO, *Sum. Theol.*, I, q. 79, a. 11, ad. 2; véase también *Sum. Theo.*, I–II, q. 94, a. 2, *resp.*, en cuanto a la idea del bien como parte de la esencia del fin. En ARISTÓTELES la relación *bien-fin-verdad* está presente con meridiana claridad, pues supone la idea de *perfección* o *plenitud*, que es hacia lo cual las cosas, y con mayor razón el hombre, tienden. En efecto, la misma idea de *bien* refleja el carácter de perfección y, por lo tanto, de fin, pues la perfección está más cerca cuando se tienen más y mayores bienes: cfr. *Et. Nic.*, I, 1094a 2; *Política*, I, 1252a 2.

[917] GÓMEZ ROBLEDO, ANTONIO, *Ensayo sobre las virtudes intelectuales*, *op. cit.*, p. 57. Un enfoque prudencial del razonamiento práctico establece, en consecuencia, una relación de consistencia recíproca entre *razonamiento* y *finalidad*, valga decir, mediante la idea de "ordenación" *a* la "verdad", a la que califica mediante estándares de realización humana. Esto lo expresa ARISTÓTELES cuando sostiene que "[e]l que delibera rectamente (...) es el que es capaz de poner la mira razonablemente en lo práctico y mejor para el hombre": *Et.*, *Nic.*, VI, 1141b 10; véase también VI, 1139a 25; VI, 1140b 5-20; en cuanto al razonamiento práctico conforme a la verdad, cfr. *ibidem*, VI, 1143a 22.

nal, sino como medio subordinado para encontrar la respuesta que dimensione la verdad práctica concreta[918].

La relevancia que tiene esta caracterización puede ser suficientemente apreciada en relación a la hipotética posibilidad de respuestas contradictorias en los casos concretos. Nótese que esta cuestión no se refiere a la "intensidad" o "analogía" de varias respuestas que dimensionan un aspecto valioso de la existencia de las personas (esto es, que se refieren a un bien humano, básico o no básico), lo que fue discutido en el epígrafe anterior, sino más bien a si es posible que, frente a alternativas contradictorias (o frente a decisiones, para emplear el lenguaje de ALEXY, "discursivamente posibles"), puedan ser afirmadas condiciones racionales limitativas que exijan eliminar una de ellas. Para expresar esto mismo con otros términos, la afirmación según la cual en los casos concretos pueden ser articuladas varias respuestas que dimensionen la verdad práctica, según el postulado de la "diversa intensidad" o "analogía", es diferente de la cuestión sobre si es posible, o no, plantear respuestas *verdaderas* sobre bienes humanos a pesar de ser ellas contradictorias.

En este punto es fácil hacer notar que, para los modelos prudenciales, la noción de bienes humanos limita esta posibilidad, pero al mismo tiempo, al hacerlo, afirma un aspecto del razonamiento práctico que es cualitativamente superior a lo expuesto por los modelos procedimentales respecto de los casos-límite o controversiales. Esto no es tanto porque se violente el principio de no-contradicción mirado desde el punto meramente formal de la lógica (que de hecho ocurriría), sino porque la contradicción de respuestas implicaría necesariamente la negación y afirmación, al mismo tiempo, de bienes

---

[918] Cfr. OLLERO TASSARA, ANDRÉS, *Derechos humanos y metodología jurídica*, *op. cit.*, pp. 115-116. Allí afirma la importancia del procedimiento racional como medio (auxiliar) de la verdad buscada por el razonamiento práctico. Consúltese también, sobre las implicaciones del procedimiento racional frente a una teoría de la justicia y la dimensión de verdad en las respuestas jurídicas, en *idem*, *¿Tiene razón el derecho?*, *op. cit.*, pp. 253-316.

humanos. El "no tanto" quiere decir que no es un problema meramente formal, ubicado en el plano de la lógica, sino más bien, principalmente (o además), en el plano de la realización y plenitud humana, aspecto que se torna aún más relevante en los casos sobre derechos fundamentales, que es el campo de predilección de la teoría constitucional contemporánea[919].

Acudamos a un ejemplo sencillo. Como se expuso previamente, las reglas procedimentales de la discusión práctica, al admitir respuestas "discursivamente posibles" aunque incompatibles entre sí, podría significar una eventual anulación de un derecho fundamental sobre la base de que los argumentos empleados no lograron pasar la prueba de su "universalidad". Respuestas discursivamente posibles, para estos modelos, podrían ser del estilo "inconstitucionalidad de las normas que prohíben el aborto" y "constitucionalidad de las normas que prohíben el aborto", cada una de las cuales sería admisible según los propios estándares racionales que son postulados para la discusión práctica-jurídica, ya señalados con anterioridad. Con base en estas reglas y condiciones, en un Estado constitucional democrático que involucre valores plurales, o deje abierta la cuestión del aborto, resultará posible, al menos *prima facie*, acudir a una u otra respuesta de manera consistente con aquellas reglas. Y en tal sentido, se supedita la noción de "bien humano" a las variables no siempre necesariamente verdaderas de las propias convicciones morales y normativas de los participantes, a sus "esquemas cognitivos dados", o al hecho de tener que dejar abierta la cuestión relevante sobre cuáles valoraciones prácticas son conducentes a un bien humano y cuáles no, al margen de sus posibilidades fácticas.

---

[919] En los demás casos también es viable la imposibilidad de respuestas contradictorias, no sólo por lo expresado en el texto, es decir, en cuanto a que supondría afirmar y negar al mismo tiempo un "derecho" no-fundamental concreto, sino también porque, para la perspectiva que se comenta, *todo derecho* representa para la persona un bien en algún sentido (una *cosa justa*). Esto se analiza con más detalle en el epígrafe siguiente.

El criterio de los bienes humanos parece en este sentido ser más fuerte y limitante que lo discursivamente posible, en la medida en que reclama "estándares objetivos" de realización. Dichos estándares no son asumidos de forma dogmática, sino que aparecen como consecuencia de que la posesión efectiva de dichos bienes conlleva un carácter valioso de la existencia humana, o procura una mayor *realización de la persona* (lo que FINNIS llama *human flourishment*[920]). Se comprende, así, la insistencia en que la razonabilidad práctica no

[920] Cfr. *Ley natural y derechos naturales*, *passim*, por ej. pp. 44, 48-49, 51, 57, 78. La expresión *human flourishment* puede ser entendida como una forma básica de plenitud, esto es, que una persona lleva a cabo, actualiza y realiza su propio proyecto de vida de tal manera que participa de una existencia valiosa: cfr. *ibidem*, p. 65. La tesis de FINNIS ha planteado algunos interrogantes acerca de la forma como debe ser comprendida la dimensión finalística de la realización personal, esto es, cuál es ese fin en estricto y concreto sentido. La tesis de FINNIS está en reconocer, por una parte, la existencia de una pluralidad de fines que son todos correspondientes a la idea de la mayor realización posible de un bien humano básico (en este último sentido, la realización de un *derecho natural* en concreto, como el conocimiento, la experiencia estética, la sociabilidad, la razonabilidad práctica, la amistad con Dios, etc.: cfr. *ibidem*, pp. 113-129), sin una suerte de "fin dominante" o jerárquicamente superior a los demás. Por otra parte está, sin embargo, la cuestión advertida por TOMÁS DE AQUINO en relación con el fin último de la existencia humana, *i.e.*, la bienaventuranza y la amistad de Dios (*Sum. Theo.*, I-II, q. 1, aa. 6, 7; q. 4, a 8: "[P]orque el hombre tiene toda la plenitud de su perfección en Dios"; también II-II, q. 47 a. 2 ad 1) y en virtud de la cual, tal como es desarrollada por GRISEZ, GERMAIN, BOYLE, JOSEPH y el propio FINNIS (cfr. "Practical Principles, Moral Truth, and Ultimate Ends", en *The American Journal of Jurisprudence* 32 (1987), pp. 99-151), existiría una ordenación *esencial* de toda la existencia humana hacia la "íntima comunión en el gozo divino". La tesis más acertada parece consistir en que la última cuestión respondería no necesariamente a una suerte de "fin dominante", sino, en su lugar, a un "fin incluyente", cuya posesión conlleva a la realización personal plena en todos los bienes humanos básicos (esto último no descarta la realización en un bien concreto: cfr. *Ley natural y derechos naturales*, *op. cit.*, pp. 136-137). De cualquier modo, FINNIS es especialmente reiterativo en afirmar que la plena realización personal supone elegir distintos medios a partir de las opciones y elecciones que cada persona hace en concreto de uno de ellos, lo que equivale a decir que existe una pluralidad de formas para realizar el ideal de la vida buena (cfr. *ibidem*, p. ej., pp. 123-125; 131-137; 148-154).

sea considerada "simplemente un mecanismo para producir juicios correctos, sino un aspecto de la plenitud de todo ser personal"[921].

FINNIS ha expuesto con relación a esto que el criterio de los bienes humanos es realizable porque el razonamiento práctico cuenta con "exigencias de método", las cuales, a diferencia de las exigencias contempladas en las reglas de la discusión práctica de los modelos procedimentales, están proyectadas hacia lo sustancial, es decir, hacia la promoción y respeto incondicional de dichos bienes. Por ejemplo, la exigencia de estar abiertos a todos los bienes básicos o fundamentales, a respetarlos en todo acto y en sentido absoluto, a buscar siempre la promoción del bien común a través del razonamiento práctico, a no ser indiferentes ante los bienes básicos de los demás, o a ejecutar acciones eficientes e idóneas para alcanzar la plenitud y realización de la persona, etc.[922]. Esto garantiza que los bienes humanos no podrían ser negados sobre la base de cualquier discusión de tipo práctico, o que la alternativa "contradictoria" que no promueve o respete dichos bienes, sea descartada[923].

Si se quisiera refinar estas exigencias, mediante una fórmula afortunada y comprensiva de todas ellas, puede decirse que estamos en presencia de la exigencia central de considerar al otro en igual dignidad y eminencia, y a querer siempre su propio bien. Desde este

---

[921] *Ibidem*, p. 155.

[922] Las exigencias de las que habla FINNIS se encuentran en *Ley natural y derechos naturales*, *op. cit.*, pp. 131-163. Son en total nueve: 1) Un plan de vida coherente; 2) ninguna preferencia arbitraria entre los valores; 3) ninguna preferencia arbitraria entre las personas; 4) desprendimiento (estar abiertos a todos los bienes básicos); 5) compromiso (con los bienes elegidos); 6) eficiencia razonable; 7) respeto por todo valor básico en todo acto; 8) las exigencias del bien común y, 9) seguir la propia conciencia. Una explicación sucinta y bien lograda de estas exigencias, puede verse en VIGO, RODOLFO L., *El iusnaturalismo actual. De M. Villey a J. Finnis*, *op. cit.*, pp. 117-120.

[923] FINNIS afirma que quien "vive a la altura de estas exigencias es de este modo el *phronimos* de Aristóteles; posee la *prudentia* de Tomás de Aquino; son exigencias de razonabilidad o sabiduría práctica, y no vivir a la altura de ellas es irracional": *Ley natural y derechos naturales*, *op. cit.*, p. 133.

perspectiva, HOYOS CASTAÑEDA ha sostenido que la "fórmula práctica de la dignidad humana" puede ser concretada a través de dos reglas o "notas" centrales: la primera es que *todo hombre ha de ser respetado como persona*; la segunda, que *todo hombre ha de ser reconocido como persona*[924].

En razón de esto, puede verse como, para los expositores de los modelos prudenciales, el razonamiento práctico postula claramente "supuestos incondicionales de respeto a una realidad objetiva" y, así mismo, "criterios metodológicos" que orientan su desarrollo hacia decisiones calificadas sustancialmente y no sólo de forma procedimental. Sostiene HOYOS CASTAÑEDA que sin el reconocimiento del otro como persona, de su identidad personal y comunitaria, y sin el respeto incondicionado a sus derechos fundamentales, no puede haber propiamente dicho diálogo racional, sino más bien divulgación de ideas o expresión de convicciones personales de manera pública, lo cual es muy diferente[925]. Desde este punto de vista, no cualquier decisión, *aun aquellas que tengan de base una convicción personal de los participantes*, podría ser articulada de manera suficiente o ser contemplada como legítima.

Desde luego, las implicaciones de esta tesis es problemática para los modelos procedimentales en la medida en que éstos asumen, en razón del criterio de lo "discursivamente posible" para los casos-límites o controversiales, un supuesto relativista y escéptico al considerar que no es posible afirmar la dimensión valiosa de una respuesta calificada en sus propios términos, porque no existe un baremo externo a sus reglas que permita discriminar entre respuestas contradictorias en dichos casos, como sí sucede con el criterio incondicional de respeto a la dignidad humana y a sus bienes fundamentales, o con la proyección de estos requerimientos hacia todos los res-

---

[924] Cfr. HOYOS CASTAÑEDA, ILVA M., *De la dignidad y de los Derechos Humanos. Una introducción al pensar analógico*, *op. cit.*, pp. 185-188.

[925] Cfr. *ibidem*, pp. 115-116.

tantes derechos de las personas (ver algo adicional a esto en el siguiente apartado).

La cuestión así planteada recibe de parte de los modelos procedimentales la inminente respuesta de que, precisamente, el objetivo del procedimiento radica en asumir como principio regulativo el hecho de que no pueden existir "verdades" (o "bienes") distintos a los que son formulados por las reglas de la discusión, y a que, en definitiva, el procedimiento permite afirmar respuestas discursivamente posibles, aunque contradictorias, como corolario de la igualdad participativa en una discusión práctica. Por ende, afirmar como "verdad" el bien absoluto de la vida del *nasciturus*, o en un sentido más amplio, afirmar como regla la prohibición de manera absoluta de atentar contra cualquier derecho fundamental, sólo sería posible (de forma provisional en todo caso) si pasan las pruebas de su génesis histórico-crítica y de su formación histórica individual (variantes del principio de "universalidad"), y sólo así los participantes podrían acomodar sus convicciones a dicha regla, al haberlas asumido como parte de "sus necesidades generalmente aceptadas". Recuérdese además lo dicho por ALEXY en relación a que, en el fondo, una afirmación que suponga algún "absoluto" de la corrección de una decisión práctica descansa en alguna "tesis ontológica" sospechosa, respecto de la cual, dice, hay razones suficientes para confrontarla con éxito.

Planteadas las cosas del modo anterior, claro está, no tiene sentido llevar a cabo una refutación que implique eliminar los estándares de racionalidad desde los cuales es formulada la anterior respuesta. Del relativismo no es posible salir a menos que se acepte que es posible (en algún sentido) alguna verdad, lo cual, paradójicamente, constituiría una negación, *ab initio*, del propio relativismo. Y esto cobija por igual al relativismo pleno, al moderado, o al implicado en los casos-límite o controversiales como en el ejemplo anterior. La tesis relativista descansa necesariamente en la idea de que es imposible afirmar verdades o realidades como ciertas (al margen de pretender afirmar como objetivamente válidas, o en cierto modo como verdaderas, sus propias premisas y estándares de racionalidad), más allá de

la que uno o varios estén dispuestos a aceptar, o bien, de que lo aceptado es aceptado sobre la base de su provisionalidad (lo que también cobijaría, por cierto, a sus propios estándares racionales).

Desde un punto de vista gnoseológico, la tesis procedimental está soportada, como en su momento se expuso, en una concepción escéptica del conocimiento (al margen de que el escepticismo sea asumido solamente para algunos casos, como los controversiales)[926]. En consecuencia, la afirmación de que existen bienes que constituyen el objetivo real de justificación última en el razonamiento práctico, o que se deben respetar "núcleos objetivos" y por lo tanto inviolables en sentido absoluto, como por ejemplo el respeto absoluto de la vida del *nasciturus* y su reconocimiento, sin condiciones, como persona, es para los modelos procedimentales necesariamente incorrecta y, tal como fue oportunamente indicado, sus implicaciones son *necesariamente* problemáticas desde las coordenadas científicas anteriores.

Así las cosas, con lo explicado en este epígrafe se pone al descubierto que, al lado de ese sustrato "común" al que apelan los distintos modelos del razonamiento práctico, existen diferencias de fondo que reposan en visiones, o más precisamente en "condiciones" de la propia razonabilidad, que sobrepasan la sola apelación idiomática del significado de una respuesta correcta en el proceso de decisión. Desde el punto de vista de lo consignado en los párrafos anteriores, una contra-réplica a los modelos procedimentales supone plantear las cosas desde estándares racionales distintos a los postulados por dichos modelos. Tales estándares, por cierto, son los que permiten sentar las bases para distinguir entre justificación y fundamentación del razonamiento jurídico, como se expondrá luego, y para superar

---

[926] En el capítulo siguiente se hará una crítica a fondo a esta postura, a la luz del denominado criterio de la "injusticia extrema", que operaría como criterio objetivo y limitante de la discusión práctica. Se expondrán allí, como parece intuirse, las debilidades de esta tesis procedimental al diferenciar criterios racionales para casos de "injusticia extrema" y para aquellos "límite" o "controversiales" (VI, 4.c y d).

una visión no conflictivista de los derechos fundamentales en casos como los reseñados en esta investigación.

e) La realización de la persona y la tesis de los derechos

La cuestión sobre las respuestas "discursivamente posibles" no es rechazada por los modelos prudenciales cuando se plantea la mayor o menor intensidad, o la *medición* y *regulación* diferente de los derechos concretos, sino en los casos en los que se plantea la alternativa contradictoria de la negación y afirmación al mismo tiempo de los derechos que se discuten. A pesar que el ejemplo usado en el epígrafe anterior –o la mayoría de los ejemplos que están disponibles en el Derecho Constitucional– se refiera a "bienes humanos fundamentales", la cuestión anterior no se limita a dichos bienes, sino que, por extensión, es aplicable a los bienes humanos "no fundamentales". Esto tiene que ver con el concepto de Derecho que se plantea desde esta postura, como se pasa a desarrollar en este apartado.

La teoría de los bienes humanos alude, en efecto, a la gran variedad y multiplicidad de derechos que las personas tienen o deben tener según las fuentes autoritativas de producción jurídica, establecidas históricamente y según los criterios de ordenación específica que cada sociedad establece para su legítimo goce y disfrute, como también se refiere a aquellos "bienes humanos fundamentales" directamente implicados en la mayor realización de la persona. Los bienes humanos pueden ser denominados, entonces, "derechos concretos", tanto naturales o fundamentales como positivos o no fundamentales, que las personas poseen para su propia realización o que la facilitan de alguna manera. Dentro de la gran variedad de derechos concretos algunos realizarán con mayor fuerza dicha finalidad de la realización de la persona (naturales o fundamentales), en tanto

que otros estarán ubicados dentro de un margen de menor realización de la misma[927].

Este menor margen no supone una menor relevancia, si se tiene en cuenta que todo derecho, de algún modo, realiza, permite, supone o cumple una función respecto de alguna finalidad humana. Hasta las cuestiones más "intrascendentes" dentro de una regulación jurídica concreta podrían ser miradas, en este planteamiento, a través de esta idea básica de ordenación hacia una finalidad que, a su turno, refleja (aunque no siempre de manera inmediata) cierta dimensión bondadosa (esto es, referida a algún bien humano).

Desde el punto de vista de la tradición filosófica y jurídica clásica, lo dicho ha sido expuesto a través de la noción de "Derecho vigente", que en este planteamiento tiene un alcance distinto al manejado por los modelos procedimentales. El orden jurídico se comprende, para aquella tradición, como una *unidad* que en parte es natural y en parte es positiva, siendo lo "natural" aquello que es "común en todas partes" o en "todas partes tiene la misma fuerza", y lo "positivo" aquello que depende de la libre configuración humana[928]. Al consistir en una unidad, implica la idea de un todo ordenado según una pluralidad de relaciones que, de alguna manera, suponen armonía y correspondencia. Lo "natural" encuentra en lo "positivo" no sólo una mayor eficacia o realización efectiva, sino además una

---

[927] De la gran amplitud de bienes humanos existirán algunos que no sólo responden a la categoría de *derechos concretos*, sino además a la categoría de *fin* en tanto y en cuanto sean potenciados debidamente para la mayor plenitud humana: cfr. *ibidem*, pp. 113-125. Esta categoría corresponde, en lenguaje finniseano, a los derechos naturales en estricto rigor (bienes humanos *básicos*). Los demás derechos (los positivos), también permiten la realización de dicha vida valiosa, pero en un sentido no focal o primario de lo que ello supone. Son aspectos que permitirían, complementarían o ayudarían a la realización de los derechos naturales en tanto fines.

[928] Sostiene ARISTÓTELES (*Et. Nic.*, V, 1134 b 20-22) que "[l]o justo político puede ser natural y legal; natural, lo que tiene en todas partes la misma fuerza y no está sujeto al parecer humano; legal, lo que considera las acciones en su origen indiferentes, pero que cesan de serlo una vez la ley lo ha resuelto". Véase también, *Ret.*, I, 1373b 5-7.

concreción cada vez más detallada de sus exigencias. Y lo "positivo", si bien proviene de la libre configuración de la voluntad humana (los vehículos deben transitar por la derecha de la vía pública, no por la izquierda), encuentra un punto de apoyo o relación en alguna dimensión de lo "natural" o de la naturaleza (por ejemplo, de las cosas), justificándose con ello la presencia de un bien humano concreto (*v. gr.*, la preservación de la vida o de la salud). Lo "más positivo", según este planteamiento, se apoya en algún elemento "no positivo" (o por la izquierda o por la derecha, no por ambas calzadas a la vez)[929]. La idea central es que entre lo natural y lo positivo se presentan relaciones y conexiones de diversa índole, pero todas ellas formando una unidad en razón de la realidad regulada, estructurada y ordenada, y donde lo que usualmente se denomina "Derecho positivo", como ordenamiento jurídico de un país determinado, está transido de diversos y numerosos elementos naturales.

Esta noción de Derecho vigente no surge, sin embargo, como punto de partida axiomático, sino más bien como consecuencia de la propia experiencia vital y la participación de cada uno en las relaciones humanas, en donde comparecen tanto "la pretensión de justicia" como la "fuerza obligatoria" de las cosas debidas, junto al "carácter cultural e institucional de la vida jurídica toda" y su "constitutiva dimensión hermenéutica"[930].

Lo anterior tiene un alcance extraordinario: la visión realista clásica del fenómeno jurídico no minimiza ni excluye la necesidad de

---

[929] Sobre el particular consúltese HERVADA, JAVIER, *Introducción crítica al Derecho Natural*, *op. cit.*, en esp. pp. 105-106; *ibidem*, *Historia de la ciencia del Derecho Natural*, Pamplona, Eunsa, 2ª. ed., 1991, pp. 17-31; FINNIS, JOHN, *Ley natural y derechos naturales*, *op. cit.*, pp. 311-317; y OLLERO TASSARA, ANDRÉS, "La eterna polémica del Derecho Natural. Bases para una superación", en RABBI-BALDI, RENATO (Coord.), *Las razones del Derecho Natural. Perspectivas teóricas y metodológicas ante la crisis del positivismo jurídico*, *op. cit.*, pp. 279-299.

[930] Cfr. SERNA, PEDRO, "Sobre las respuestas al positivismo jurídico", en RABBI-BALDI, RENATO (Coord.), *Las razones del Derecho Natural. Perspectivas teóricas y metodológicas ante la crisis del positivismo jurídico*, *op. cit.*, p. 85.

fuentes autoritativas o positivas (no limitadas, desde luego, a la sola ley) de los derechos y deudas concretas, sino todo lo contrario, las reclama como manifestación de las exigencias sociales y como elementos indispensables para su regulación y concreción efectiva. Tampoco concibe la realidad de los derechos y obligaciones, ni siquiera los derechos naturales, como elementos estáticos, plenamente delimitados en abstracto para ser captados intelectualmente como objetos, sino que exige una fecunda comprensión desde la razonabilidad práctica. Los derechos naturales son, en realidad, "aterrizados", es decir, no basta meramente con apelar a la "naturaleza humana" o a una idea de justicia como *loci communes* para prescindir del andamiaje institucional que le corresponde a la sociedad entera, representada principalmente en sus legisladores y jueces, ni tampoco con una prédica de exigencias captadas privadamente de antemano por la mente de unos elegidos, cuestiones éstas más próximas a una visión *racionalista* de los derechos naturales[931].

Según esto, no sólo el Derecho tiene una manifestación real *en la sociedad*, sino además los derechos naturales no son el producto de un ejercicio racional en cabeza de unos "iluminados": junto al dato natural, tienen una *dimensión histórica*, *cultural*, *social*, etc., y sobre todo institucional, que exige de parte de sus principales actores, como los legisladores y jueces, su pleno reconocimiento jurídico. Para la tradición clásica, el fundamento último del razonamiento jurídico es un tema antropológico, pero no *derivado* de allí mediante enunciados de carácter *a priori*, sino mediante la experiencia de lo jurídico, de una, por denominarla así, *fenomenología* de la realidad del Derecho manifestada en el complejo de las relaciones humanas (cfr. *infra*, 5.i; VI, 5).

Ahora bien, la tradición clásica del Derecho natural aspira a que tanto los legisladores como los jueces posean una suficiente sabiduría práctica (*phronesis*) y compromiso humano para saber discernir,

---

[931] Cfr. *ibidem*, p. 84.

respetar, concretar y delimitar las exigencias de la justicia en los casos particulares y contingentes, en las múltiples circunstancias de la vida. Como se verá en el siguiente apartado, la prudencia jurídica es postulada como el *camino racional* más indicado para dar cuenta de las exigencias implicadas en ello, pues consiste en la facultad de juzgar las acciones y los medios concretos con miras a la toma de una decisión que permite y actualiza una mayor realización humana. Desde exigencias universales, la prudencia busca particularizar, concretar y determinar conductas en el plano de lo contingente y variable.

Nótese, entonces, que para esta postura los derechos naturales no son "objetos" enteramente dados, con prescindencia de nuestra comprensión, participación y experiencia de la vida, sino que los conocemos y actualizamos a partir de la misma. Ni son tampoco la contrapartida, la oposición, la otra cara de la moneda opuesta al orden jurídico, sino una manifestación suya. Así mismo, a la vez que existen exigencias humanas para la debida articulación social de los derechos naturales (*bienes humanos básicos*), se advierte también que las fuentes autoritativas (de nuevo, no limitadas a la legislación) son indispensables para la concreción actual de lo justo por naturaleza y, además, que es posible llevar a cabo planteamientos justificativos, evaluativos y críticos de la forma y el contenido de todo ordenamiento jurídico.

Paralelamente, la tesis de los derechos alude también a los deberes correlativos que surgen para otros respecto de tales derechos concretos. La tesis de los deberes correlativos está en un nivel de correspondencia con la tesis de los derechos concretos, como sea que estos adquieren su pleno sentido en tanto y en cuanto sean respetados, no interferidos o restaurados a sus propios titulares. De manera singular, la noción de deber jurídico se aprecia de un modo más relevante cuando se mira a la luz de una teoría de la justicia[932], porque la ac-

[932] Para la tradición clásica realista, la noción de justicia no apunta a un ideal, y ni siquiera a una "idea regulativa", como alguna parte del pensamiento contempo-

ción justa es precisamente aquella que no interfiere, respeta, permite la realización, devuelve o restaura a su titular aquel bien concreto (debido) en una relación jurídica[933].

Así las cosas, la "realización de la justicia" (el acto especificador de la racionalidad jurídica, por medio del cual se realiza la acción justa) es otra manera de expresar la misma exigencia de realización personal o el efectivo goce de un bien humano concreto, esto es, del derecho. En este sentido, "verdad jurídica" significa también realización personal o efectivo goce de un bien humano concreto en cuanto jurídico. Para expresarlo de otra manera, "realización efectiva de la justicia", "fin de todo razonamiento jurídico", "verdad práctica-jurídica", "bienes humanos", "realización personal", etc., son términos que de alguna manera están en mutua relación conceptual desde el punto de vista de la ordenación propia a la que apuntaría la razonabilidad práctica en el Derecho.

f) La prudencia jurídica

Los modelos prácticos prudenciales no descartan que una teoría procedimental como la del discurso práctico de ALEXY, o cualquiera otra, puedan contribuir a iluminar aspectos importantes de los juicios prácticos de corrección. Sin embargo, estas teorías procedimen-

---

ráneo a veces la concibe (cfr., por ejemplo, ATIENZA, MANUEL, *Tras la Justicia*, *op. cit.*, p. ix). Por el contrario, la justicia consiste en una *acción humana concreta*, destinada a resolver problemas prácticos entre personas que reclaman derechos, o entre personas a quienes se les exige el cumplimiento de deberes jurídicos. Sobre el tema, desde esta perspectiva, véase FINNIS, JOHN, *Ley natural y derechos naturales*, *op. cit.*, pp. 190-226; y HERVADA, JAVIER, *Introducción crítica al Derecho Natural*, *op. cit.*, pp. 9-38.

933 Cfr. HERVADA, JAVIER, *Introducción crítica al Derecho Natural*, *op. cit.*, *passim*, en esp. pp. 9-64; *idem*, *Lecciones propedéuticas de Filosofía del Derecho*, *op. cit.*, pp. 145-159. Esto indica que la "justicia concreta" (lo justo y lo debido) no es sino una concreción de *realidades*, y por lo mismo no opera como una entidad abstracta o formal, o como simple vocablo exhortativo de una situación ideal humana.

tales presentan un inconveniente apreciable desde la teoría de los bienes humanos o derechos concretos, según lo apuntado en los párrafos anteriores. En ellas se enfatiza exageradamente la dimensión argumentativa como base de la decisión, en desmedro de su legitimidad o justicia material. Y así, el uso de meros procedimientos formales termina limitando las posibilidades y exigencias del razonamiento práctico[934].

Por el contrario, el criterio determinante y central del razonamiento jurídico para un modelo prudencial, al consistir en una finalidad calificada, implica un ejercicio metodológico que posibilite su cumplimiento, esto es, supone un espacio o camino racional en el cual se articulen no sólo buenas razones prácticas, sino que las mismas apunten, indispensablemente, a la justicia entendida como verdad jurídica[935]. Esto lo expresa ARISTÓTELES cuando plantea que el razonamiento humano tiene por objeto no sólo la producción de juicios formalmente correctos, sino particularmente la forma como se alcanza la verdad, tanto en materia especulativa como práctica[936]. Una metodología prudencial responde a este objetivo.

En efecto, la prudencia jurídica consiste, como se ha dicho, en una actividad racional dispuesta y ordenada a la realización de un obrar humano; su objeto es "siempre una decisión jurídica a tomar

---

[934] Si bien se trata de una metodología completamente distinta a la positivista, los modelos procedimentales del razonamiento práctico participan del mismo defecto ya anotado con anterioridad, valga decir, el considerar a la metodología (aquí, el procedimiento reglado del discurso) como la pieza determinante o central del razonamiento jurídico que proponen.

[935] Cfr. OLLERO TASSARA, ANDRÉS, *Derechos humanos y metodología jurídica*, *op. cit.*, pp. 23-24.

[936] Por ejemplo, en *Et. Nic.*, VI, 1139a 5-10, afirma: "[E]stableceremos que son dos las partes racionales: una, con la que percibimos las clases de entes cuyos principios no pueden ser de otra manera, y otra, con la que percibimos los contingentes"; y más adelante, en VI, 1139b 11-14, que "la función de ambas partes intelectivas es, por tanto, la verdad; así pues, las disposiciones según las cuales cada parte alcanza principalmente la verdad [teórica y práctica, respectivamente], ésas son las virtudes de ambas"; véase también I, 1102a-1102b.

en una circunstancia concreta"[937]. Es tanto conocimiento de los medios para elegir, como mandato, producción del acto ordenado[938]. Requiere de un proceso cognoscitivo, "un cierto discurso, un camino intelectual conformado por varios pasos a través de los que se va arribando paulatinamente a la verdad de las cosas prácticas"[939]; pero además requiere del concurso de la voluntad, puesto que "el solo conocimiento es impotente para conducirnos a la solución normativa adecuada a una circunstancia particular"[940], esto es, a la determinación del obrar justo concreto.

De acuerdo con esto, está claro que la prudencia tiene en cuenta la corrección *sustancial* del razonamiento práctico, en la medida en que su transcurrir está siempre orientado hacia un bien humano que ha de ser puesto en la existencia concreta[941]. Ahora bien, esta noción "clásica" de prudencia, como sostiene MARTÍNEZ DORAL, es fácilmente contrastable con la noción "moderna", pues en ésta se en-

---

[937] MARTÍNEZ DORAL, JOSÉ MARÍA, *La estructura del conocimiento jurídico*, *op. cit.*, p. 73.

[938] Cfr. MASSINI, CARLOS IGNACIO, *La prudencia jurídica*, *op. cit.*, p. 38.

[939] *Ibidem*, p. 47.

[940] MARTÍNEZ DORAL, JOSÉ MARÍA, *La estructura del conocimiento jurídico*, *op. cit.*, p. 85. La prudencia es *exigente* no sólo en consideración a una ordenación, por decirlo así, genérica respecto de los fines, sino además en consideración al *afecto* (disposición o ánimo) hacia los fines prácticos. Véase el pasaje de ARISTÓTELES contenido en *Et. Nic.*, III, 1114a 32; TOMÁS DE AQUINO es lo suficientemente claro al respecto: *Sum. Theo.*, I-II, q, 57 a. 4, *resp.*: "Por consiguiente, para la prudencia, que es la recta razón de lo agible, se requiere que el hombre esté bien dispuesto respecto de los fines, lo cual se logra por el apetito recto"; también I-II, q. 57 a. 5, *resp.*; I-II, q. 58, a. 5, *resp.;* II-II, q. 47, a. 4, *resp*.

[941] Afirma ARISTÓTELES, *Et. Nic.*, VI, 1140b 3-4, que "la prudencia es un modo de ser racional verdadero y práctico, respecto de lo que es bueno y malo para el hombre"; véase también VI, 1140b 20-22; VI, 1140a 25-1140b 5; 1142b 20-30; *Ret.*, I, 1366b 20-22. Sobre el punto son también importantes las explicaciones de TOMÁS DE AQUINO, en *Sum. Theo.*, I-II, q. 57, a. 4, *resp.*; q. 57, a. 5, *resp.*; II-II, q. 47, a. 2, ad. 1; q. 47, a. 4, *resp.*; q. 47, a. 8, *resp*. Entre los autores contemporáneos es recomendable consultar a MARTÍNEZ DORAL, JOSÉ MARÍA, *La estructura del conocimiento jurídico*, *op. cit.*, p. 23-24; 83-92; 108-109; y MASSINI, CARLOS IGNACIO, *La prudencia jurídica*, *op. cit.*, pp. 33-40; 51-63; 162-173.

tiende meramente como osadía o arrojo, o como recato, o como la habilidad que tiene una persona de procurarse, como pensaba KANT, el mayor bienestar posible, desplazando con ello a un segundo plano la corrección y rectitud del obrar humano[942]. En contraste con esto, la forma clásica de entender la prudencia implica algo más, pues se trata de "una energía del espíritu, una potenciación de la inteligencia y de la voluntad del hombre que le pone precisamente en situación de tomar decisiones acertadas"[943].

Miradas las cosas desde el razonamiento de los jueces, todo indica que el proceso judicial responde a esta misma metodología. Como se expuso en otra parte, la forma como los jueces determinan, definen, dicen y ordenan el derecho y la deuda en los casos concretos depende no sólo de su buen razonamiento o de las buenas razones empleadas, sino además de su buena disposición y ánimo para ordenar el cumplimiento efectivo de la justicia (ver *supra*, IV, 5.b). Puede decirse que en dicho proceso el oficio del juez coincide con el objeto de la justicia (hacer lo justo), y exige la posesión de esa virtud, esto es, tener una "constante y perpetua voluntad de dar a cada uno lo que le corresponde", como señalaban ULPIANO[944] y TOMÁS DE AQUINO[945]. La razón es que si bien el juez no es el titular del derecho

---

[942] Cfr. MARTÍNEZ DORAL, JOSÉ MARÍA, *La estructura del conocimiento jurídico*, *op. cit.*, pp. 74-75. La cuestión en KANT se encuentra dilucidada en *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Barcelona, Ariel, ed. bilingüe, trad. de J. Mardomingo, 1996, p. 160.

[943] MARTÍNEZ DORAL, JOSÉ MARÍA, *La estructura del conocimiento jurídico*, *op. cit.*, p. 74.

[944] D. 1, 1, 10: "*Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*".

[945] *Sum. Theo.*, II-II, q. 58, a. 1, resp.: "*la justicia es el hábito según el cual uno, con constante y perpetua voluntad, da a cada uno su derecho*" (énfasis en el original).

ni el obligado por la deuda que se reclama, su oficio exige su realización[946].

Conviene recordar, a propósito de lo acabado de mencionar, las indicaciones genéricas que postula TOMÁS DE AQUINO sobre las exigencias de todo juicio, a saber: a) que se trate de un acto de la razón, "pues decir o definir algo es propio de la razón", y b) que haya un cierto ánimo, intención o disposición del que juzga, "por el cual tiene la idoneidad para juzgar rectamente"[947]. Al lado de estas indicaciones generales, el Aquinate establece tres condiciones específicas para que un juicio sea recto o justo: a) que proceda de la inclinación de la justicia; b) que emane de la autoridad (*i.e.* que emane de la administración de justicia), y c) "que sea pronunciado según la recta razón de la prudencia", a lo que agrega que si faltare alguna de tales condiciones el juicio sería ilícito. La falta de prudencia lleva, según él, a un juicio *suspicaz* o *temerario*[948]. Para TOMÁS DE AQUINO, en consecuencia, el acto derivado del hábito operativo denominado prudencia es un acto racional, pero también es algo más: es imperio que ordena, voluntad definitoria del acto concreto hacia el bien, que, en el área del Derecho, es el realizar la justicia satisfaciendo el derecho del otro[949].

En consecuencia, la prudencia jurídica especifica la propia actividad de los jueces desde el punto de vista de la naturaleza misma del acto interpretativo y de su ordenación a la justicia: hay una parte del oficio de los jueces que es *racional*, que está destinada a la comprensión del caso concreto y al establecimiento de aquellas razones

---

[946] De ahí que TOMÁS DE AQUINO afirmara que los jueces no sólo requieren de la prudencia, sino además deben poseer el ánimo de la justicia: "Así pues, el juicio es acto de justicia, según que ésta se incline a juzgar rectamente, y de prudencia, en cuanto que esta virtud pronuncie el juicio", *Sum. Theo.*, II-II, q. 60, art. 1, *resp.*, ad 1. Véase también, allí mismo, II-II, q. 50 a. 1, *resp.*

[947] *Ibidem*, II-II, q. 60, a. 1, ad 1.

[948] Cfr. *ibidem*, II-II, q. 60, a. 2, *resp.*

[949] Cfr. *ibidem*, II-II, q. 47, a. 8, *resp.*; I-II, q. 57, aa. 4, *resp.* y 5 *resp.*

de justicia que dan cuenta de los derechos y deudas presentes en una disputa jurídica; pero, a su vez, hay una parte de dicho oficio que consiste en el imperio de la voluntad de dar a cada uno lo justo o lo debido, esto es, la disposición de ser justo o el querer obrar la justicia y no la injusticia. En este sentido, la prudencia es *conocimiento* y *determinación racional* (no mera discreción judicial) y además *voluntad* reflexiva que mueve a (quiere) la realización de lo justo.

g) La justificación y fundamentación como aspectos diferenciables del razonamiento práctico

Con la incorporación de la prudencia jurídica se puede dar un paso más hacia la determinación del oficio del jurista –y de los jueces en particular–, como una actividad calificada y de mayor significación que la metodología propuesta por los enfoques procedimentales del razonamiento práctico. El asunto puede aún completarse además con el planteamiento que desde un enfoque prudencial se lleva a cabo, o podría llevarse a cabo, sobre la justificación jurídica. Se trata de un tema que, al igual que en los modelos procedimentales, está referido al ámbito de los "motivos", "razones", "estándares de juicio", "formas de argumentación", "empleo formalmente correcto de los razonamientos", etc., a través de los cuales los jueces toman sus decisiones concretas. La justificación apunta a que tales decisiones sean tomadas mediante razonamientos correctos, adecuados, coherentes, y a que los mismos puedan conducir a respuestas o decisiones correctas y justas, o que tales respuestas o decisiones no sean el producto de una acción arbitraria. Sobre este aspecto, la tesis de la prudencia tiene mucho que aportar en beneficio de esta importante dimensión del razonamiento jurídico, como se verá luego.

Ahora bien, antes de proseguir con este tema, es oportuno hacer la siguiente observación. A lo largo de esta investigación se han usado indistintamente las expresiones "justificación" y "fundamentación" como sinónimas. La razón de este uso equivalente se debe a que, en la doctrina especializada, ambos términos son empleados de

esa manera. Sin embargo, conforme a lo que se ha venido exponiendo, es decir, tomando como base las explicaciones dadas por los modelos prudenciales del razonamiento jurídico, se advierte la necesidad de diferenciar ambos conceptos. En efecto, de un modo latente, en dichas explicaciones se articulan presupuestos que operan como puntos de partida, como exigencias o como referentes indispensables de las propias razones que pueden ser aducidas por medio del razonamiento jurídico. Un enfoque prudencial parece decir que los motivos, razones, argumentos y estándares de juzgamiento de situaciones jurídicas, cuentan con "soportes" o "cimientos" adicionales que, de alguna manera, posibilitan un ejercicio racional más depurado y a la vez más consistente con su intrínseca finalidad. Para decirlo de otra manera, todo ejercicio racional que intente mostrar una razón para obrar, requiere principiar en algún punto, precisamente en aquel punto en que no sea necesario dar razones adicionales para la acción[950]. Así, mientras la justificación parece referirse al ámbito meramente "discursivo", y como tal se mantiene en el campo de "las razones empleadas", la fundamentación parece plantear los propios supuestos o bases de las razones empleadas, señalando sus límites y orientado sus desarrollos.

Cabe aclarar que la distinción entre "justificación" y "fundamentación" no se encuentra como tal expresada, es decir, con esas mismas denominaciones –y con el alcance que se intenta dar en este trabajo, *i.e.*, para ser referida al razonamiento de los jueces constitucionales–, en los autores pertenecientes modelo prudencial. Sin embargo, esto no significa que dicha distinción no esté "latente" en sus exposiciones y, más aún, que todo el entorno del razonamiento jurídico expresado por dichos autores no permita llevar a cabo esta distinción, sino todo lo contrario: hay un entramado de nociones y relaciones que la implican. El propósito de esta investigación es, en cuanto a este crucial punto se refiere, un intento por mostrar que

[950] Cfr. ARISTÓTELES, *Et. Nic.*, VI, 1144a 30.

esa distinción está presente y que, al mismo tiempo, existen elementos de juicio para proponerla mediante las denominaciones elegidas, como se irá haciendo evidente en lo sucesivo (véase también el capítulo siguiente: VI, 5).

Ahora bien, los modelos procedimentales no desconocen la importancia de los puntos de partida del razonamiento práctico. Sin embargo, para estos modelos tales puntos de partida están ubicados en un contexto que hace imposible una formulación crítica respecto de los mismos, pues, como se expuso en su momento, responden más a la idea de las "convicciones personales" de los participantes de una discusión práctica, las "formas de vida", o los "esquemas cognitivos dados" en un ámbito determinado de la cultura. Para los modelos prudenciales, por el contrario, la fundamentación establece criterios definitivos o de mayor peso acerca de la concreción, articulación, discernimiento o determinación de los derechos o bienes humanos concretos, porque constituye un presupuesto susceptible de ser comprendido en términos "objetivamente valiosos" para todos. Es presupuesto, aun, de criterios como los anteriormente formulados por los modelos procedimentales[951].

La importancia de esta distinción es especialmente relevante para el tema que nos ha ocupado en esta investigación, pues exige una remisión de la actividad racional a estándares o referentes que sobrepasan de algún modo los estándares o referentes del Derecho positivo vigente, y en tal sentido, permite tomar en consideración un punto de apoyo sustancialmente delimitado y correcto. Un fundamento significa aquel principio o realidad que sustenta o soporta algo, que le sirve de cimiento, aquello por lo cual ese algo (por ejem-

[951] Pueden ser enumerados muchos otros criterios que jueguen el mismo papel de fundamentación, por ejemplo un acto de poder estatal, la autoridad del cargo, la regla de las mayorías, etc. Para los modelos prudenciales, sin embargo, existen considerables defectos en criterios como los anteriores, en cierto modo similares a los que son esbozados por los modelos procedimentales, pues apelan a puntos de partida no necesariamente correctos o verdaderos, o porque no expresan un modo directivo o deontológico delimitado por exigencias anteriores a toda discusión práctica.

plo, la realidad jurídica o la razonabilidad práctica) tiene su explicación más importante y definitiva[952]. Operar jurídicamente sobre la base de una fundamentación no sólo posibilita, por ejemplo, situar las convicciones personales de los participantes de una discusión práctica, incluidos los jueces, desde ciertos estándares objetivos, sino además estar en posesión de elementos prácticos diferenciados de los que provee la justificación, para llevar a cabo una crítica fecunda a fallos constitucionales como los reseñados en capítulos anteriores.

Esto implica sostener, por un lado, que las explicaciones relacionadas con la sola justificación del razonamiento jurídico no agotan el tema de las decisiones correctas, acertadas o justas en el Derecho. Pero al mismo tiempo, que la fundamentación no debe implicar un menosprecio de la "justificación" propiamente dicha, sino más bien brindarle un aumento de sus condiciones de racionalidad. La justificación acompañada de la fundamentación permite, con otras palabras, encausar y orientar el ámbito del razonamiento jurídico justificativo desde una realidad por sí misma valiosa, superando con esto las dificultades de lo "discursivamente posible". El único problema de la fundamentación residiría en su "prueba", si por esto se entiende la exigencia de comprobación racional según los estándares que a ese efecto son planteados por los modelos procedimentales y otros modelos vistos anteriormente. Desde una perspectiva de la prudencia, sin embargo, hay razones suficientes para no desechar esa "comprobación", aunque sea necesario hacer un "giro" filosófico y situarla desde postulados epistemológicos diferentes, como se expondrá en su momento.

Así las cosas, en lo que resta de este capítulo se abordará, en sus rasgos generales, la forma como pueden ser planteadas la justificación y la fundamentación del razonamiento jurídico desde los modelos prudenciales. Por la importancia ya anotada, el capítulo siguiente

---

[952] Cfr. MORA RESTREPO, GABRIEL, *Ciencia jurídica y arte del Derecho*, *op. cit.*, p. 232.

estará destinado a formular una teoría más comprehensiva de esta distinción y a poner a prueba, más detalladamente, su verdadero alcance y significación para el razonamiento de los jueces.

h) La justificación del razonamiento jurídico desde la perspectiva de la prudencia jurídica

Se afirmaba previamente que a la prudencia jurídica competen dos actividades, una de carácter cognoscitivo y otra de carácter volitivo, la primera encaminada al conocimiento de los medios y la segunda a ordenar la acción justa concreta. La tradición filosófica desglosa estas actividades del acto prudencial a través de tres momentos distintos, pero relacionados entre sí: desde el punto de vista cognoscitivo aparecen la deliberación y el juicio; desde el punto de vista volitivo, el mandato[953]. Veámoslos sucintamente.

La deliberación consiste en considerar atentamente los medios y elementos que permitirán tomar la decisión[954]. De cara al razonamiento jurídico, la deliberación tiene una particular importancia relacionada con la justificación, tanto interna como externa. Esto es así porque su objeto es fijar las premisas o enunciados interpretativos que permitirán la formación de la segunda etapa, el juicio jurídico, y además porque la deliberación consiste en comprender la dimensión jurídica de los hechos constitutivos del caso concreto. ARISTÓTELES afirma que la deliberación no tiene por objeto los fi-

---

[953] Cfr. DE AQUINO, TOMÁS, *Sum. Theo.*, II-II, q. 47, a. 8. En II-II, q. 53, aa. 3-5, plantea que los tres momentos son necesarios, so pena de derivar en defectos o vicios del razonamiento práctico: la falta de deliberación conduce a la "precipitación"; la falta de juicio, a la "inconsideración"; en tanto que la falta de mandato lleva a la "inconstancia".

[954] Según ARISTÓTELES la prudencia se refiere, específicamente, a aquellas cosas que son objeto de deliberación, es decir, a aquello que está al alcance y es realizable por el hombre (cfr. *Et. Nic.*, III, 1112a 31), a lo que el hombre puede hacer y a las acciones que se hacen con miras a otras cosas (cfr. *Et. Nic.*, III, 1112b 32).

nes, sino los medios que conducen a los fines[955]. En términos jurídicos los medios significan tanto los hechos y pruebas, como la comprensión del Derecho vigente, y más precisamente de *las fuentes de producción jurídica*, es decir, aquellos datos de la realidad en virtud de la cual resulte posible comprender los aspectos de la juridicidad que sean relevantes para solucionar el caso[956].

La atención a la realidad fáctica y jurídica va a significar dar cuenta de la *legitimidad* (justificación) de las premisas aportadas para la toma de la decisión. No es una tarea fácil: en el campo de las realidades prácticas, los medios y elementos para la deliberación se caracterizan por su *contingencia*, *variabilidad* e indeterminación[957], lo cual denota una imposibilidad de demostración con una necesidad rigurosamente lógica de lo indagado. Para el pensamiento clásico, la deliberación opera bajo la forma de "discusión" o "diálogo" entre varios, lo que al decir de MASSINI, "supone un análisis, un intercambio de puntos de vista, una ponderación de los pro y los contra, acerca de los diferentes medios posibles de conducir eficazmente a la realización de un fin en el orden humano"[958]. Y aunque en ocasiones un juez se encuentre solo, cuenta también "con los aboga-

---

[955] Cfr. *Et. Nic.*, III, 1112b 11.

[956] Existe una estrecha relación o cercanía entre la deliberación prudencial y la retórica, pues como sostiene VIGO, el "intérprete no sólo procura dilucidar la verdad jurídica sino que además tiene que mostrar las razones y argumentos que permitan sostenerla en la controversia, y además, persuadir al destinatario de que es la más justa y razonable": *Interpretación jurídica*, *op. cit.*, pp. 102-103. Esta cercanía es puesta en evidencia por ARISTÓTELES, p. ej., en *Ret.* I, 1359a 30-35 y por TOMÁS DE AQUINO, *Sum. Theo.*, II-II, q. 48, a. único, *resp.* Desde luego, ambas deben distinguirse, como afirma CARLOS I. MASSINI, puesto que la deliberación tiene por objeto la "verdad práctica", mientras que la retórica sólo la persuasión (cfr. *La prudencia jurídica*, *op. cit.*, pp. 54-58). Sin embargo, esto último no impide su valía en el razonamiento práctico, en tanto sirve como medio o *ayuda* para persuadir de la propia verdad práctica, según señala ARISTÓTELES: cfr. *Ret.*, I, 1355a 20-35. Véase también OLLERO TASSARA, ANDRÉS, *¿Tiene razón el Derecho?*, *op. cit.*, pp. 419-420.

[957] Cfr. MASSINI, CARLOS IGNACIO, *La prudencia jurídica*, *op. cit.*, pp. 51-53.

[958] *Ibidem*, p. 59.

dos de las partes, que a través de sus alegatos, ponen de manifiesto los diferentes puntos de vista y proponen las posibles, y disímiles, soluciones del caso"[959]. (Naturalmente, esas disímiles soluciones a los casos no serán todas legítimas, como ya se ha dicho). En igual sentido, los jueces cuentan con los precedentes judiciales, lo que les permite "un diálogo intemporal" con "aquellos que tuvieron entre sus manos la responsabilidad de decidir situaciones semejantes"[960]. Debe agregarse, además, el diálogo con los tratadistas, autores de reflexiones sobre la situación fáctica y las instituciones jurídicas involucradas, el diálogo con los legisladores que han puesto distintas señales normativas para guiarse y, en un espectro más amplio, el diálogo con el Derecho Comparado, en búsqueda de mejores y nuevas soluciones, que den mayor satisfacción a la justicia en el caso concreto.

Desde el punto de vista hermenéutico, tal como fue desarrollado en el capítulo anterior, la deliberación puede ser entendida como la búsqueda de *comprensión* de una realidad de sentido que, por sí sola, exige ser valorada desde las "coordenadas históricas" y el "momento presente" del juez, desde sus propios pre-juicios y precomprensiones (IV, 3.c), aunque esté dispuesto a revisarlas si a ello hubiere lugar. El razonamiento de los jueces no puede, como se afirmara también, desconocer *lo dado*, aquello que surge de los hechos y pruebas aportadas, como tampoco las fuentes autoritativas del Derecho. Desde el punto de vista epistemológico, esto manifiesta un dato crucial, consistente en el hecho de que una "comprensión adecuada" de la realidad jurídica es lo que soporta la propia justificación racional, la formulación de los enunciados y premisas del juicio y la toma de la decisión concreta (los otros dos momentos de la prudencia). Para expresarlo con otros términos, los jueces razonan (en tanto sujetos) sobre la base de su comprensión (en tanto sujetos que comprenden la realidad jurídica).

---

[959] *Ibidem*.

[960] *Ibidem*, p. 60.

En efecto, por "comprensión adecuada" puede entenderse las distintas formas de "acceso racional" al mundo del Derecho. MARTÍNEZ DORAL ha estudiado con especial cuidado este tema[961]. Sostiene que la realidad jurídica es susceptible de ser abordada a través de una estructura cognoscitiva compuesta por gradas de intelección o perspectivas de conceptualización, las cuales, si bien por sí mismas son plenamente autónomas, al mismo tiempo se articulan según relaciones de apoyo, todas ellas movidas u orientadas hacia la consecución de fines prácticos. Las gradas de intelección dependen de la "lejanía" o "inmediatez" operativa de la decisión. En un plano inmediato está el mandato o imperio: la orden del juez que falla en algún sentido. Sin embargo, dicho fallo requiere de una etapa previa de conocimiento, determinada por la deliberación y posterior formación del juicio en la prudencia jurídica. A su turno, la deliberación exige una aproximación al Derecho desde otras gradas, ubicadas por MARTÍNEZ DORAL alrededor de los hábitos intelectuales: por una parte, el conocimiento del Derecho vigente en razón de sus causas próximas, que corresponde a una aproximación *científica* al fenómeno jurídico, lo que es equivalente al estudio de la "dogmática jurídica" o ciencia del Derecho[962]; por la otra, el conocimiento jurídico en razón de sus causas últimas o fundamentales, que corresponde a una aproximación *filosófica* al Derecho, esto es, la reflexión según la filosofía jurídica[963].

---

[961] Cfr. MARTÍNEZ DORAL, JOSÉ MARÍA, *La estructura del conocimiento jurídico*, *op. cit.*, *passim*. Véase también MORA RESTREPO, GABRIEL, *Ciencia jurídica y arte del Derecho*, *op. cit.*, *passim*, destinado a esto mismo.

[962] Este nivel es correspondiente, *mutatis mutandi*, a lo que ALEXY denomina "condiciones de limitación del discurso jurídico" *(supra*, V, 4.h). Sin embargo, es bueno tener en cuenta que la noción *Derecho vigente* para todo el realismo jurídico clásico es más amplia que la manejada por aquel (*i.e.*, ordenamiento jurídico vigente conformado por la ley, la doctrina jurídica y los precedentes judiciales), tal como quedó establecido atrás al abordarse la tesis de los derechos (V, 5.e).

[963] En *Ciencia jurídica y arte del Derecho* sostengo esto mismo, aunque presento la estructura del saber jurídico en consideración a los hábitos intelectuales, tal como fueron abordados por ARISTÓTELES en su *Ética Nicomaquea*, a saber: el sa-

De lo anterior puede colegirse que la justificación racional exige tejer puentes entre las distintas maneras de comprender la realidad jurídica en su conjunto y en sus particularidades. Para una perspectiva prudencial del razonamiento jurídico, ese "tejer puentes" no sólo implica el apoyo cognoscitivo según gradas distintas de captación del Derecho vigente, sino también un orden inferencial apropiado. Como se verá en el capítulo siguiente, la justificación racional exige tanto el empleo de premisas materiales que sustenten debidamente, en justicia, la decisión, como el empleo correcto y lógico de los enunciados interpretativos usados para la misma. De cualquier forma, el punto especialmente relevante de lo expuesto, radica en que las gradas de intelección aparecen como momentos del conocimiento jurídico que soportan, según su propio ámbito de conceptualización, las decisiones a ser tomadas concretamente en el mundo de la practicidad. Por supuesto, y como consecuencia de la *inmediatez* a la que está llamada, el momento insustituible y sobre el cual se vierten todos los restantes es la actividad racional de la prudencia ante la situación concreta que reclama una decisión. De ahí que suela considerarse que el método práctico por excelencia del razonamiento jurídico es el *prudencial*[964].

---

ber prudencial (*phronesis*), el saber técnico (correspondiente a la *techne*), el saber propiamente científico (*episteme*), el saber filosófico (*sophia*), y el conocimiento intuitivo o intelectual (*nous*): cfr. *op. cit.*, *passim*, en esp. el capítulo 9. Por lo tanto, se pasa de las tres gradas o modos del conocimiento jurídico, según expone MARTÍNEZ DORAL, a una estructura de cinco niveles o elementos, que incluye y especifica aquellos tres.

[964] La noción de "método", como se ha dicho (*supra*, IV, 5), consiste en un camino racional a través del cual podemos conocer algo de algo, por ejemplo saber cómo son las cosas. Cuando dicho conocimiento está en función de una finalidad *práctica*, el método no cumple, por definición, una función teorética, sino que está llamado a la realización del objeto operable, realizable, actuable. Algunos podrían considerar que la prudencia no es método. Sin embargo, la noción de método es correspondiente con la noción de *hábito intelectual*, un "modo de obrar o de proceder" respecto del cual resulta admisible caracterizar la prudencia jurídica (una de las acepciones de la palabra "método" es justamente esa: cfr. *Diccionario de la Lengua Española*, *cit.*, 2ª. acepción, t. II, p. 1366).

i) Las vías de fundamentación del razonamiento jurídico

i. Los dos caminos de los modelos prudenciales

De lo dicho puede extraerse una importante conclusión relacionada con la justificación jurídica, a saber: que una decisión está tomada de manera correcta, acertada o justa cuando es producto de un razonamiento deliberativo, el cual, a su vez, toma en cuenta el conocimiento de la realidad jurídica tanto por sus condicionamientos aparentes y próximos, como por sus condicionamientos últimos y definitivos. La decisión prudencial, por consiguiente, se apoya en el Derecho vigente, pero además está abierta a una comprensión más radical de sus exigencias y posibilidades de configuración según el caso concreto.

Para los partidarios de los modelos prudenciales del razonamiento jurídico, existe la necesidad de distinguir entre "justificación" y "fundamentación" jurídica, como quedó apuntado ya. Esto quiere decir que toda razón práctica, aun aquellas que provienen de las "convicciones personales" o de "esquemas cognitivos dados", requieren pasar la prueba de su fundamentación racional. En tal sentido, "razonar justificadamente" exige preguntar ulteriormente sobre la fundamentación de ese razonar.

Los partidarios de un modelo de razonamiento práctico prudencial no sólo consideran posible dicha fundamentación, sino además consideran que se trata de una exigencia del propio acto racional y decisional de la prudencia jurídica y de los restantes niveles o gradas de comprensión jurídica. Ahora bien, a pesar de estas coincidencias generales, al interior de esta postura podría darse una discusión relacionada con "el lugar" en el que dicha fundamentación puede ser encontrada, en particular si la "reflexión filosófica", sobre todo aquella que incorpora elementos provenientes de la antropología metafísica o que involucra tesis "ontológicas", constituye dicha fundamentación, o si, en su lugar, es necesario plantear un soporte distinto a

las razones prácticas[965]. Como se verá enseguida, para autores como MARTÍNEZ DORAL o HERVADA, por ejemplo, la respuesta sobre la fundamentación *ontológica* es afirmativa, pues se trata de dar cuenta de la naturaleza humana en cuanto a su mayor radicalidad, y en tal sentido, la captación racional de principios prácticos destinados a obrar correctamente, es decir, para hacer el bien o lo justo, implica una "filosofía del hombre", o una remisión, tarde o temprano, a enunciados o explicaciones de índole metafísico.

Para FINNIS, en cambio, la fundamentación del razonamiento práctico no exige la fijación de premisas provenientes de la metafísica, sino más bien del propio orden racional en el cual toda razón práctica se asienta. Sostiene, en consecuencia, que tal fundamento está constituido por el conocimiento intuitivo de los primeros principios de la razonabilidad práctica, llamados también principios de la ley natural, como "el bien ha de hacerse y el mal evitarse", conocimiento que es obtenido por cualquier persona que comprenda los términos de la proposición enunciada por el principio, esto es, como aserto de una proposición por sí misma válida y valiosa, o razonable, que no implica o requiere de explicaciones adicionales. Veamos más detenidamente ambas posturas, empezando por la última anunciada, la cual será luego aquí contrastada, a la vez que refinada y corregida, con la vía ontológica.

---

[965] Para efectos de este trabajo, no se tendrán en cuenta distinciones posibles entre "ontología" y "metafísica", que en cierto modo son más de orden terminológico. Por encima de esto, lo importante de lo dicho en el texto radica en que apelar a una instancia de comprensión metafísica u ontológica del Derecho y del mundo de las realidades prácticas, ha sido objeto de fuertes críticas, como se ha puesto de manifiesto en algunos lugares de esta investigación (recuérdese la sospecha de ALEXY sobre el asunto: *supra*, V, 4.e). Mi libro *Ciencia jurídica y arte del Derecho*, ya citado, trata *in extenso* este problema, en esp. pp. 24-78 y 172-179. Algo adicional sobre este tema se dirá en el capítulo siguiente de esta investigación: cfr. VI, 5.a.

ii. La vía de los primeros principios prácticos

La tesis central de FINNIS, como se ha dicho, consiste en mostrar que el fundamento de las razones prácticas no requiere hacer uso de conceptos de teorización como el de "naturaleza humana", sino la comprensión autoevidente (*self-evident*) de los primeros principios de la razonabilidad práctica. Dichos principios (*in universali*), afirma, no se comprenden a través de observaciones de la naturaleza humana, sino "experimentando la propia naturaleza, por decirlo así, desde adentro, bajo la forma de las propias inclinaciones": se obtienen "por un simple acto de comprensión no inferencial", de forma inmediata o por una simple mirada (*simplici intuitu*) en virtud de la cual "uno capta que el objeto de la inclinación que uno experimenta es un caso de una forma general de bien, para uno mismo (y para otros semejantes a uno)"[966].

Esta tesis es desarrollada por FINNIS a la luz de los planteamientos que a este respecto hace TOMÁS DE AQUINO. A la luz de su interpretación, FINNIS afirma que la articulación de la "naturaleza humana" en el Aquinate es un simple "apéndice especulativo añadido a modo de reflexión metafísica"[967]:

> "[P]ara Tomás de Aquino la manera de descubrir qué es moralmente recto (virtud) y desviado (vicio) no es preguntar qué está de acuerdo con la naturaleza humana, sino qué es razonable. Y esta investigación nos conducirá, al final, hasta los primeros principios inderivados de razonabilidad práctica, principios que no hacen ninguna referencia a la naturaleza humana, sino sólo al bien humano"[968].

---

[966] FINNIS, JOHN, *Ley natural y derechos naturales*, *op. cit.*, p. 68.

[967] *Ibidem*, p. 69.

[968] *Ibidem*. Una fuente obligada en el pensamiento de FINNIS, además de TOMÁS DE AQUINO, es el escrito de GERMAIN GRISEZ, "The First Principle of Practical Reason. A Commentary on the *Summa Theologiae* 1-2, Question 94, Article 2", publicado en *Natural Law Forum*, vol. 10, 1965, pp. 168-196. Los primeros principios de la razonabilidad práctica son denominados también preceptos de la ley na-

Los primeros principios, para FINNIS, no son las reglas concretas, o específicas, de las acciones o decisiones prácticas, sino sus puntos de apoyo o de partida. Sostiene al respecto lo siguiente:

> "Los principios prácticos básicos, tales como que el conocimiento es un bien que se ha de buscar y que la ignorancia ha de ser evitada, no desempeñan el mismo papel que las reglas, en el razonamiento práctico o en la explicación y descripción del obrar inteligente. Un principio práctico básico sirve para orientar nuestro razonamiento práctico, y puede concretarse (más que "aplicarse") en un gran número indefinido de premisas y principios prácticos más específicos. Más que restringir, sugiere nuevos horizontes para la actividad humana (...). [S]i uno presta atención cuidadosa y honestamente a las posibilidades humanas relevantes uno puede comprender, sin razonar a partir de ningún otro juicio, que la realización de esas posibilidades es, en cuanto tal, buena y deseable para la persona humana; y (...) esta comprensión no requiere de justificación ulterior"[969].

El énfasis que FINNIS lleva a cabo sobre el carácter inderivado de los primeros principios cumple en su teoría un doble propósito. Por una parte, mostrar que al igual que ocurre con el razonamiento teórico o especulativo, en donde es posible asentir sin necesidad de prueba en sus puntos de partida (por ejemplo los principios de no contradicción, identidad o tercero excluido), en el razonamiento práctico se presenta algo semejante, como sucede con el enunciado *el bien ha de hacerse y el mal ha de evitarse*[970]. Agrega que toda

---

tural. Cfr. al menos los siguientes apartes de la *Suma de Teología* de TOMÁS DE AQUINO: I-II, q. 91, a. 3, *resp.;* q. 94, a. 1 ad 2; q. 94, a. 2. Sobre la evidencia de los primeros principios y la necesidad de su comprensión (no innatos), I-II, q. 58, a. 4, *resp.;* I-II, q. 94, a. 2, *resp.*; I-II, q. 66, a. 5, ad. 4. Sobre los distintos niveles de conocimiento de los primeros principios, I-II, q. 93, a. 2, *resp.*; q. 94, a. 6, *resp.*; q. 100, a. 1, *resp;* q. 100, a. 3, *resp.;* q. 100, a. 11, *resp.* Sobre el conocimiento prudencial de los principios universales y de los objetos particulares, I-II, q. 58, a. 5; II-II, q. 47, a. 3, *resp.* Sobre la condición de verdad en los primeros principios, pero la eventual discrepancia en sus conclusiones, I-II, q. 94, a. 4, *resp.* En cuanto a la inmutabilidad de los primeros principios, I-II, q. 94, a. 5, *resp.*

[969] *Ley natural y derechos naturales*, *op. cit.*, pp. 95 y 103.

[970] Cfr. TOMÁS DE AQUINO, *Sum. Theo.*, I-II, q. 94, a. 2, *resp.*

persona en uso de razón, "con la experiencia relevante" y con "comprensión de los términos" de una proposición como la señalada, asiente a ella "sin necesidad de un argumento como prueba"[971].

Por otra parte, la tesis de la evidencia en FINNIS adquiere una notable importancia para demostrar que la impugnación humeana, posteriormente llamada *falacia naturalista*, no puede afectar la tesis de TOMÁS DE AQUINO sobre los primeros principios, y con esto busca reforzar la idea de que una fundamentación del razonamiento práctico no tiene por qué estar anclada en premisas de naturaleza ontológica[972]. Como se sabe, el planteamiento de HUME consistió en realizar una contundente crítica a los "sistemas de moral" en los que se emplean proposiciones *ónticas* en la descripción de conductas, para derivar de allí, falazmente, conclusiones *deónticas*, relacionadas con la prescripción de aquellas. El planteamiento, ciertamente falaz, supone el paso de proposiciones en donde se emplea la cópula "*es* o *no es*", a proposiciones en las cuales la cópula es reemplazada por "*debe* o *no debe*". El planteamiento de FINNIS, por el contrario, al considerar como punto de partida del razonamiento práctico los primeros principios basados en la evidencia, lleva a considerar que no hay allí una descripción sobre "hechos", "seres" o la "naturaleza humana" y, por lo tanto, no están apelando a proposiciones sobre un estado de cosas que involucren categorías sobre el "ser". Los primeros principios son, por el contrario, proposiciones cuya verdad deriva de su intrínseca y manifiesta razonabilidad, porque por medio de su captación se capta al mismo tiempo la categoría fundamental

---

[971] FINNIS, JOHN, *Ley natural y derechos naturales*, *op. cit.*, p. 65.

[972] Cfr. HUME, DAVID, *A Treatise of Human Nature* (1740), publicado en *The Philosophical Works*, Green, T. H. y Grose, T. H., Darmstadt, Scientia Verlag Aalen, 1964, libro III, parte I, sec. I, pp. 245-246.

del razonamiento práctico, es decir, "el bien" que ha de ser perseguido y realizado[973].

Siguiendo a TOMÁS DE AQUINO, FINNIS recalca en el hecho de que la evidencia de un principio práctico no es de carácter innato, sino que requiere una forma de participación en su propio valor como algo deseable, querido o apreciable por sí mismo[974], o para emplear el lenguaje del Aquinate, son naturalmente captados por el hábito de la *synderesis*, sobre la base de nuestras inclinaciones y el conocimiento de sus posibilidades[975].

Así las cosas, los primeros principios prácticos juegan un papel determinante en el razonamiento jurídico, no sólo por constituirse es sus puntos de partida, sino además porque operan como "razones últimas para la elección y la acción"[976], porque permiten la identificación de un conjunto de bienes humanos básicos o fundamentales, esto es, determinan el contenido de los derechos naturales como la

---

[973] Cfr. *Ley natural y derechos naturales*, *op. cit.*, pp. 57-89. Un estudio completo sobre el tema, es la obra de MASSINI, CARLOS IGNACIO, *La falacia de la falacia naturalista*, Mendoza, Editorial Idearium, 1995.

[974] La evidencia es por lo tanto de carácter personal (*self-evident*): cfr. *ibidem*, en esp. pp. 67-68 y 92-100. Se trata de una evidencia *analítica*, no ausente de aquellos datos de la comprensión y experiencia de cada uno. Como sostiene MASSINI, "para que el entendimiento práctico capte por evidencia la relación deóntica que existe entre los extremos de una proposición de la ley natural, ese entendimiento debe estar en posesión de un cierto conocimiento de los extremos"; se trata entonces "de proposiciones que son evidentes por sí mismas (*per se*), es decir, que no pueden ser sino percibidas como verdaderas por todos aquellos que alcancen a conocer el significado de sus variables nominales": MASSINI, CARLOS IGNACIO, "La nueva escuela anglosajona del Derecho Natural", en RABBI-BALDI, RENATO, *Las razones del Derecho Natural. Perspectivas teóricas y metodológicas ante la crisis del positivismo jurídico*, *op. cit.*, pp. 262-263. Una explicación importante sobre la evidencia, además de la obra de FINNIS, en KALINOWSKI, GEORGES, *El problema de la verdad en la moral y en el Derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 1979, trad. de E. Marí, en esp. pp. 133 ss.; FOSBERY O. P., ANÍBAL E., *El hábito de los primeros principios*, Tucumán, Universidad Católica de Tucumán, 1983, *passim*.

[975] Cfr. *Ley natural y derechos naturales*, *op. cit.*, en nota III.4, p. 108.

[976] FINNIS, JOHN, "Derecho natural y razonamiento jurídico", cit., p. 12.

vida, el conocimiento, la amistad o sociabilidad, la libertad o el razonamiento práctico, la experiencia estética, el juego y la religión[977], justifican el ejercicio de la autoridad política y explican "la fuerza obligatoria" del Derecho y su fundamentabilidad[978].

Los primeros principios jugarían el mismo papel que en la teoría del discurso (procedimental) lo hacen las convicciones personales de los participantes, aunque a través de una calificación diferente respecto de la propia racionalidad implicada en ellos, como sea que sugieren una cierta objetividad y universalidad (a su turno reflexiva y honesta) sobre las distintas posibilidades humanas relevantes, independientemente de la mayor o menor concreción que los primeros principios pueden llegar a tener en los diferentes proyectos particulares, o de la forma que pueda tomar cada uno de ellos en una "variedad inagotable de proyectos y acciones particulares"[979].

Por cierto, lo anterior no implica que *todo razonamiento práctico* deba dar cuenta de manera necesaria (de modo explícito) de los puntos de partida. Los primeros principios prácticos *casi nunca* necesitan ser formulados como premisas "para el razonamiento práctico real de una persona (...) En este sentido, el razonamiento práctico

---

[977] En *Ley natural y derechos naturales*, FINNIS identifica los siete bienes humanos básicos señalados en el texto (cfr. *op. cit.*, pp. 113-123). Un intento por fundamentar esta "lógica" del razonamiento, cfr. *ibidem*, pp. 91-111. La formulación genérica del discurso práctico a partir del carácter autoevidente –*self-evident*– de los principios la da el propio FINNIS: [una cosa] "... es un bien, en sí mismo, ¿no es verdad?", *ibidem*, p. 117. Cabe anotar que después de la aparición de *Natural Law and Natural Rights* FINNIS ha modificado en algo su "lista" de bienes humanos básicos: véase a modo de ejemplo su obra *Aquinas: Moral, Political and Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 1998, pp. 82, 97-98, 143-163, en la que el matrimonio aparece como un bien básico autónomo.

[978] Cfr. FINNIS, JOHN, *Ley natural y derechos naturales*, *op. cit.*, pp. 57-58. Véase también de FINNIS, sobre el tema, "Foundations of Practical Reason Revisited", publicado en *The American Journal of Jurisprudence* 50 (2005), pp. 109-131, vers. cast. de E. R. Sodero, "Los fundamentos de la razón práctica reexaminados", *pro manuscripto*.

[979] *Ley natural y derechos naturales*, *op. cit.*, p. 96.

es como el razonamiento 'teórico', que posee sus propios supuestos y principios básicos y usualmente tácitos"[980]. Pero, a pesar de no requerir en todos los casos una explícita formulación, "pueden ser aislados e identificados, mediante la reflexión no sólo sobre nuestro propio pensamiento, sino también sobre las palabras y las obras de otros"[981]. En el razonamiento judicial, en la categoría que las teorías estándar del Derecho manejan como casos constitucionales difíciles (*supra*, II, 4), por ejemplo, es bastante probable que haya de ser necesaria dicha articulación explícita de fundamentación, asunto que puede además ser relevante en un proceso de confrontación de niveles conceptuales en torno a determinadas cláusulas abiertas, principalmente cuando estén referidas a derechos humanos o fundamentales (algunas consecuencias de esto más adelante: VI, 4-5).

En síntesis, de lo anterior puede colegirse que, en el planteamiento que hace FINNIS, los primeros principios prácticos, que guían la acción humana, no son derivados ni inferidos de "principios especulativos", ni "de hechos", ni de "proposiciones metafísicas sobre la naturaleza humana" o "sobre la naturaleza del bien y del mal", ni de una "concepción teleológica de la naturaleza", ni de "ninguna otra concepción de la naturaleza", etc.[982]. No obstante, permiten plantear una fundamentación del "deber ser" en su captación evidente, sin necesidad de fijar conceptualmente elementos concernientes al "ser" de la naturaleza humana[983]. Así mismo, la fundamentación del razonamiento práctico, si bien siempre está presente en su discurrir, pues la supone, no suele estar explícitamente formulada de

---

[980] *Ibidem*, p. 95.

[981] *Ibidem*. Allí afirma seguidamente que "frecuentemente decimos '¡demasiado tarde!'; pero, ¿qué tan a menudo formulamos el supuesto sobre el cual descansa nuestra conclusión, el supuesto rector de que el tiempo no puede ser revertido?".

[982] Cfr. *ibidem*, p. 67.

[983] Un desarrollo pormenorizado de esto, en FINNIS, JOHN, "Natural Inclinations and Natural Rights Deriving 'Ought' from 'Is' According to Aquinas", en ELDERS, L. J. y HEDWIG, K. (eds.), *Lex et Libertas*, Città del Vaticano, Accademia di S. Thommaso, 1987, pp. 45-47.

modo expreso en el discurso jurídico y en las razones justificativas de los jueces, aunque en ocasiones la requieran, sobre todo en los casos judiciales que versan directamente sobre bienes humanos básicos.

iii. La vía ontológica

La perspectiva *ontológica* es la segunda vía de fundamentación del razonamiento práctico que se advierte en algunos autores del modelo prudencial. La idea central de esta perspectiva reside en que los bienes humanos básicos, y a la postre todo derecho y obligación concreta, identificados por medio de los primeros principios, tienen a su vez una explicación más definitiva por el hecho de pertenecer a "alguien", y por tal motivo, parece claro que los *bienes humanos* sólo pueden ser comprendidos en virtud del supuesto de su propia predicación: sin persona humana no hay ni puede haber *bienes humanos*. De ahí que, en realidad, podría se más exacto y consistente decir que la persona (su naturaleza) es el fundamento del Derecho y de la propia razonabilidad práctica, pues los primeros principios y los bienes identificados a través suyo reposan y encuentran su explicación última en ella.

Esta explicación sobre la vía ontológica no le resta importancia a la vía anterior, como lo ha explicado MASSINI: "lo que sucede es que, por la intrínseca racionalidad de esa misma naturaleza, [los principios] prescriben por medio de la razón y es esta razón, que preceptúa las líneas de perfección de la naturaleza, la que primero se aprehende en el orden del conocimiento práctico"[984]. La actividad mediadora de la razón, entonces, es la que permite captar tal fundamento.

Ahora bien, esto explicado por MASSINI vale también para la comprensión metafísica y antropológica, pues se trata de una *forma racional* de comprender la propia naturaleza humana, captando sus

---

[984] MASSINI, CARLOS IGNACIO, "La nueva escuela anglosajona de Derecho Natural", cit., p. 274.

causas últimas y definitivas, aunque con la idea de *realizar en ella*, o actualizar, sus potencialidades para una vida más plena. Lo que sí queda claro es que, para una visión realista clásica, es imprescindible distinguir entre lo racionalmente "captado" y la "realidad" objeto de captación. Como seres humanos que somos –racionales–, requerimos del uso de explicaciones *racionales* para hacernos comprender y para comprender nosotros mismos cuanto nos rodea. La articulación de dichas explicaciones es diferente y tendrá un grado de dificultad distinto según la perspectiva y profundidad en que abordemos la realidad. Que la evidencia analítica de los primeros principios prácticos sea lo inmediatamente captado por nuestra razón, no resta importancia al hecho de que podamos comprender, reflexionar e interiorizar racionalmente esos mismos principios a la luz de una perspectiva y profundidad diferente, o con una dificultad mayor cuando, precisamente, se trata del conocimiento sapiencial o filosófico. Pero no por una mayor dificultad, o porque algunos enunciados no pasen la prueba de la evidencia analítica, se debe renunciar a dicha comprensión, reflexión o interiorización.

Es con relación a estos temas, acabados de señalar, sobre los cuales se ha dado una especie de *rechazo* a todo intento por "profundizar" las exigencias del razonamiento práctico, en la medida en que allí se involucran "premisas" o "argumentos" y "categorías" especiales, o lo que es lo mismo, un lenguaje propio para explicar el sentido último de la fundamentación del Derecho. Hablar de "persona" y "naturaleza humana" en sentido jurídico requiere de una *discusión previa* en la que se involucran elementos teóricos y categorías del "ser", que muchos no creen posible ni están dispuestos a llevarla a cabo de esa forma[985]. En esto tuvo mucho que ver la crítica que for-

---

[985] Cfr. *Ciencia jurídica y arte del Derecho, op. cit.*, pp. 231-269. Para un estudio profundo al respecto consúltese la obra completa de HOYOS CASTAÑEDA, ILVA M., en especial *El concepto jurídico de persona*, Pamplona, Eunsa, 1989; *El concepto de persona y los derechos humanos*, Bogotá, Universidad de La Sabana, 1991; y las ya citadas *La persona y sus derechos* y *De la dignidad y de los Derechos Humanos. Una introducción al pensar analógico*.

mulara HUME –y luego de él destacados pensadores– en torno a lo que se ha denominado *la falacia naturalista*, en la medida en que, en virtud de la misma, se buscó cerrar las puertas a una fundamentación del saber práctico en aquellos términos[986], creyéndose imposible el estudio ontológico de la realidad por una supuesta imposibilidad de afirmar conductas "correspondientes al ser humano".

Desde otra perspectiva, sin embargo, resulta viable hablar de una *falacia* de la propia *falacia naturalista*, como ha puesto de manifiesto acertadamente CARLOS I. MASSINI[987], pues el "ser fijado" en el "sistema de moralidad" no es en modo alguno una "premisa" de un silogismo, ni tampoco un "ser desprovisto de fines" o "exigencias", o "inclinaciones", o en modo alguno es un "ser estático" frente al cual no quepa expresar o manifestar un "deber ser" que, precisamente, *actualiza* sus propias potencialidades para "ser mejor". Como sostiene HOYOS CASTAÑEDA, siguiendo a HERVADA, "ese deber-ser está inscrito en la persona en forma de realidad; es la plenitud de ser que, mediante su obrar, puede alcanzar", y así se comprende que ese ser es "un ser finalista, ordenado y llamado a unos fines que constituyen su plenitud o realización"[988].

Esta perspectiva "ontológica" puede resultar más difícil de ser digerida que la perspectiva "epistemológica" de los primeros principios[989]. Sin embargo, aquella puede resultar siendo más necesaria (o complementaria), en la medida en que permite una comprensión más a fondo o una explicitación mayor de las exigencias surgidas en

---

986 Cfr. HUME, DAVID, *A Treatise of Human Nature*, *op. cit.*, pp. 245-246.

987 Cfr. MASSINI, CARLOS IGNACIO, *La falacia de la falacia naturalista*, *op. cit.*, *passim*. El tema lo trato detenidamente en *Ciencia jurídica y arte del Derecho*, *op. cit.*, 276-281.

988 HOYOS CASTAÑEDA, ILVA M., *De la dignidad y de los Derechos Humanos*, *op. cit.*, p. 101. Para una fundamentación del tema puede verse PIEPER, JOSEF, *El descubrimiento de la realidad*, Madrid, Rialp, 1974, en esp. pp. 15-100.

989 Así denomina ambas perspectivas CARLOS I. MASSINI, en "La nueva escuela anglosajona de Derecho Natural", cit., p. 272.

virtud de los primeros principios (*i.e.*, de cara a los casos concretos), y además porque sitúa el saber jurídico enfrente de la mayor radicalidad del Derecho, de su supuesto de predicación. Es esto lo que se propone en último término MARTÍNEZ DORAL. En efecto, su planteamiento gira alrededor de los distintos *niveles del conocimiento jurídico*, los cuales se encuentran en un "continuidad efectiva", de *tendencia* y *dirección*, hacia la toma de las decisiones jurídicas concretas; el nivel más alto de todos es, precisamente, el de una reflexión metafísica (teórica), que permite dar razón de los fundamentos últimos del saber práctico[990]. Sostiene a este respecto que el orden práctico manifiesta una "característica notable: su dependencia esencial del orden especulativo, en el que encuentra su fundamentación"[991]. En dicho nivel metafísico, a juicio de este autor, no tiene por qué darse una suerte de confrontación entre una "fundamentación práctica" y una "fundamentación teórica", sino más bien una interrelación mutua que permita llevar a cabo niveles de explicitación o de reflexión más contundentes. De paso, esta aproximación invalidaría la pretensión kantiana de escindir en dos planos y sin posibilidad de relación, la reflexión teórica y la práctica, esto es, la construcción de una "filosofía pura" en cada uno de ellos[992].

Esto apunta a la idea según la cual el saber práctico no es, rigurosamente, un saber *entera* o *exclusivamente* práctico, sino más bien *especulativamente práctico*, y que 'lo práctico' no debe ser mirado como una función de una potencia (racional) distinta de la especulativa o teórica. Cuando la razón cumple una función práctica significa que 'opera dirigiéndose a la acción', sin que ello suponga una suerte de incapacidad racional de 'pensar', 'reflexionar', o 'especular' sobre los supuestos necesarios y consistentes para llevar a cabo la acción concreta. Más bien, se mira la potencia desde un punto de vista

---

[990] Cfr. MARTÍNEZ DORAL, JOSÉ MARÍA, *La estructura del conocimiento jurídico*, *op. cit.*, *passim*.

[991] *Ibidem*, p. 103, n. 152.

[992] Cfr. *ibidem*, pp. 102-103.

dinámico en virtud del cual aparecerán 'momentos' de intelección propios –como la intelección que proporciona el saber metafísico– en medio de una estructura que, en cuanto es de naturaleza práctica, está ordenada a la producción de algo[993].

Por lo tanto, para MARTÍNEZ DORAL la reflexión metafísica sería posible en el Derecho, entendida como un nivel "provisional" o de "apoyo" que permite sustentar adecuada y correctamente los juicios conducentes a la producción de un resultado concreto[994]. Al moverse en un plano de abstracción (metaempírico), o en el reino de lo "universal" y "necesario" y no en el nivel de lo "contingente" y "variable", la reflexión metafísica no puede pretender resolver el caso concreto, pero sí, en cambio, proporcionar la razón de ser del Derecho y las causas íntimas de las instituciones jurídicas. Por esto mismo, se trata de un nivel "provisional" en la reflexión jurídica, aunque un nivel indispensable pues en virtud suyo, tanto lo contingente como lo variable –lo fenoménico– encuentran su fundamento en exigencias universales.

La "provisionalidad" significa, entonces, un "momento" racional de comprensión de los fundamentos a las decisiones jurídicas concretas, y en cuanto tal, es un nivel de apoyo, junto a la ciencia jurídica, de la decisión propiamente prudencial. En esta estructura, la prudencia jurídica constituye el *nivel más específico* del razonamiento práctico, o respecto del cual todos los restantes se ordenan. Pero, a su vez, la prudencia jurídica *se apoya* en un conocimiento teórico proveniente tanto de la ciencia como de la filosofía jurídica: la decisión de la prudencia representa, así, una suerte de "puente – no meramente deductivo, pero tampoco irracional– entre las dos zonas del conocimiento y de la acción; en definitiva entre los dos grandes dominios de la vida humana: lo teorético y lo pragmático y

---

[993] Cfr. MORA RESTREPO, GABRIEL, *Ciencia jurídica y arte del Derecho*, *op. cit.*, p. 37.

[994] Cfr. *La estructura del conocimiento jurídico*, *op. cit.*, en esp. pp. 101-103.

significa (...) la posibilidad de determinar los caminos de una resolución jurídica adecuada, para las situaciones singulares"[995].

Debe quedar claro que el tema u objeto de conocimiento en todos los niveles es el mismo: la realidad jurídica, y que lo que cambia es la forma típica de su comprensión. A este respecto escribe HERVADA que "la diferencia entre el nivel fundamental [filosófico] y el científico reside en que el primero se mueve en el plano de la abstracción *ontológica*, mientras el segundo opera dentro de un nivel de abstracción *fenoménica*", razón por la cual aquel no estudia técnicamente el orden jurídico, sino "en razón de sus causas *íntimas*, es decir, su esencia, su función, su justificación y su valoración más radicales"[996]. La apertura al nivel más alto de conocimiento exige nociones y elementos propios de la *scientia prima*, particularmente destinados a mostrar un *principio de fundamentación* de todo el acontecer jurídico, como lo es la dimensión ontológica de la persona humana, y con mayor rigor *su naturaleza*. Esta comprensión, al decir de HERVADA, "evoca el conocimiento metafísico, pues corresponde al ser del hombre entendido en su última esencia"[997]. Los términos empleados en este nivel de conocimiento, si bien pueden coincidir ocasionalmente con los utilizados en otros niveles, varían en cuanto a su contenido *conceptual*, pues el grado de abstracción

---

[995] *Ibidem*, p. 90. Otros autores en la línea del *realismo jurídico clásico* que admiten esta posibilidad teórica son, por ejemplo, VIGO, RODOLFO L., *Interpretación jurídica*, *op. cit.*, p. 39; HERVADA, JAVIER, *Lecciones propedéuticas de Filosofía del Derecho*, *op. cit.*, pp. 596-600; OLLERO TASSARA, ANDRÉS, *¿Tiene razón el Derecho?*, *op. cit.*, p. 434. El tema es magistralmente expuesto por MASSINI, CARLOS IGNACIO, *La prudencia jurídica*, *op. cit.*, pp. 153-201.

[996] HERVADA, JAVIER, *Lecciones propedéuticas de Filosofía del Derecho*, *op. cit.*, pp. 596 y 597, respectivamente.

[997] HERVADA, JAVIER, *Introducción crítica al Derecho Natural*, *op. cit.*, p. 75. Véase también, allí mismo, todo el cap. 3, y además *Lecciones propedéuticas de Filosofía del Derecho*, *op. cit.*, en esp. pp. 423-470.

resulta mayor debido a su formalidad específica, denominada por los antiguos la "*ratio formalis obiecti ut objectum*" (IV, 5.b)[998].

De acuerdo con esto, el nivel de fundamentación filosófica posee un *modus definiendi et enuntiandi* específico, en la medida en que "trasciende el dominio de lo empírico para penetrar en el reino de lo universal"[999]. Requisito de este saber, como de cualquier otro, es el de la *apertura racional* de quien lo aborda y de la "especial sintonización" de su mente[1000], asunto sobre el cual se ha insistido con anterioridad (I, 3; III, 3.a y c; IV, 3.b).

Así pues, queda precisada la vía *ontológica* de fundamentación del razonamiento jurídico, entendida como "instancia momentánea" de conceptualización y de "apoyo" último para la comprensión de las causas definitivas de la realidad jurídica.

iv. Intento por conciliar las vías anteriores

Lo expuesto en los epígrafes anteriores indica que, para los modelos prudenciales del razonamiento jurídico, existen dos formas de fundamentación diferentes. Sin embargo, la cuestión podría ser planteada más bien como vías complementarias, porque al final de cuentas convergen en la misma exigencia racional de respeto a la dignidad humana, en la promoción de sus bienes fundamentales y en la mayor realización o plenitud de la persona, a pesar del énfasis o perspectiva asumida en cada una de ellas. A esto hay que agregar, por otra parte, que tanto los partidarios de una y otra respuesta *no niegan* la perspectiva contraria. FINNIS no considera que el razona-

---

[998] Cfr. MARTÍNEZ DORAL, JOSÉ MARÍA, *La estructura del conocimiento jurídico*, *op. cit.*, p. 19.

[999] *Ibidem*, p. 29.

[1000] Cfr. *ibidem*, p. 19. Cfr. también, MORA RESTREPO, GABRIEL, *Ciencia jurídica y arte del Derecho*, *op. cit.*, en esp. pp. 34-66 y 286-303.

miento teórico sea irrelevante para el razonamiento práctico[1001], que no exista una "descripción" de la naturaleza humana al plantear los primeros principios[1002] y, más aun, que éstos serían distintos si la propia "naturaleza humana" lo fuera[1003]. Lo que plantea es más bien que los primeros principios no *presuponen* una descripción de la naturaleza humana ni una exigencia de elevar nuestro pensamiento hacia la metafísica[1004].

A su vez, tanto MARTÍNEZ DORAL como HERVADA manifiestan la necesidad en el orden racional de todo hombre prudente, de tener aprehensión y conocimiento de los primeros principios prácticos, a la vez que señalan que su captación proviene de la propia experiencia intelectual humana[1005], e incluso, como lo manifiesta HERVADA, que tales principios constituyen el propio *fundamento* de los juicios deónticos, es decir, de los juicios sobre un deber ser u obligación concreta[1006]. Además, ambos estarían de acuerdo con FINNIS en que toda persona "con uso de razón" y "con la suficiente experiencia" no requiere emplear directamente elementos de la metafísica para comprender la bondad de sus acciones[1007], ni menos aun desconocen que en materia moral exista un *conocimiento por connaturalidad* o co-

---

[1001] Cfr. MASSINI, CARLOS IGNACIO, "La nueva escuela anglosajona de Derecho Natural", cit., p. 272. La "unidad" de la razón práctica y teórica y la necesidad y relevancia de ésta en los asuntos prácticos, es puesta de manifiesto por FINNIS en "Los fundamentos de la razón práctica reexaminados", cit., *passim*.

[1002] Cfr. FINNIS, JOHN, "Derecho natural y razonamiento jurídico", cit., p. 11.

[1003] Cfr. FINNIS, JOHN, *Ley natural y derechos naturales*, *op. cit.*, p. 67.

[1004] Cfr. *ibidem*, pp. 66-68, y "Derecho natural y razonamiento jurídico", cit., pp. 11-12.

[1005] Véase, por ejemplo, MARTÍNEZ DORAL, JOSÉ MARÍA, *La estructura del conocimiento jurídico*, *op. cit.*, pp. 107-108. El tema es aún más claro en JAVIER HERVADA: cfr. *Introducción crítica al Derecho Natural*, *op. cit.*, pp. 125-139; en esp. p. 136.

[1006] Cfr. HERVADA, JAVIER, *Introducción crítica al Derecho Natural*, *op. cit.*, pp. 140-141.

[1007] Cfr. por ejemplo MARTÍNEZ DORAL, JOSÉ MARÍA, *La estructura del conocimiento jurídico*, *op. cit.*, pp. 86-87 y especialmente 152-153.

nocimiento *afectivo* de la verdad –aquel que se funda en la vivencia del bien, sin mayor especulación–[1008]. Lo que efectivamente plantean, con todo, es que (i) si uno desea obtener en el marco de una doctrina jurídica una "posesión acabada" de aquellos principios, una forma de explicitarlos y desarrollarlos es acudiendo a la reflexión metafísica; (ii) que del hecho de que exista la captación evidente de los primeros principios prácticos, no significa que no sea posible otra vía, o que tal vía no esté disponible y, además, (iii) que así como los primeros principios "involucran", aunque no supongan, una "descripción" de la naturaleza humana, tarde o temprano aparecerá una remisión a su estudio, a través del empleo de categorías metafísicas[1009].

Por encima del "énfasis" que cada autor haga de sus explicaciones sobre el tema, lo importante está, como sostiene MASSINI, en la necesidad de distinguir "cuidadosamente la perspectiva 'ontológica' de análisis de la puramente 'epistemológica'"[1010], y por ende la posibilidad de hablar de formas distintas de fundamentar el saber racional sobre el Derecho, pero a su vez, de formas complementarias. Más significativo aún es el hecho de que ambas vías pueden ser consideradas respuestas que elevan las exigencias del razonamiento práctico en su conjunto. Una y otra perspectiva, en efecto, apuntan a que el nivel de justificación sea superado cualitativamente por la exigencia de contar con una instancia de "anclaje", "núcleo cierto" o "realidad" indisponible que soporte la propia argumentación, instancia que permita romper con el círculo de justificación racional más allá

[1008] Cfr. TOMÁS DE AQUINO, *Sum. Theo.*, II-II, q. 162, a. 3, ad. 1.

[1009] Una explicación más detenida de esto en *Ciencia jurídica y arte del Derecho*, *op. cit.*, pp. 218-229.

[1010] MASSINI, CARLOS IGNACIO, "La nueva escuela anglosajona de Derecho Natural", cit., p. 272.

de aquel "ir y venir de las razones"[1011] o de los actos de habla de los participantes[1012].

Podría pensarse, con todo, que el planteamiento de FINNIS contrasta significativamente con el anterior, al "apostar" al ejercicio de comprensión de los demás participantes en un mundo particularmente dominado por una suerte de "aguijón antimetafísico" (sobre esto se volverá nuevamente: *infra*, VI, 5.a). En efecto, la racionalidad de los primeros principios está implicada en la idea de "diálogo intersubjetivo" ("apostar" a la comprensión del otro), pues son transmisibles intersubjetivamente:

> "[S]u transmisibilidad puede ser apreciada por cualquiera que atienda seriamente a la cuestión (i.e. a las formas básicas del bien humano) y que no se deje desviar por las objeciones irrelevantes de que no todos están de acuerdo en sus afirmaciones sobre estas materias u otras relacionadas, y de que las materias de estudio y los procedimientos de otras disciplinas difieren de aquellos de la razonabilidad práctica"[1013].

La valía de esta tesis se aprecia en este contexto. Los primeros principios prácticos son puntos de partida calificados, orientaciones generales del propio discurso, y como sea que no es necesaria su demostración sino su señalamiento (¿verdad que la libertad es un bien y que la esclavitud no? ¿no es cierto que el conocimiento es una forma de realizarnos más plenamente como seres humanos? ¿no es verdad que la vida humana debe ser protegida y su destrucción evitada?), su propia validez no requiere que se tenga que llevar a cabo,

---

[1011] Cfr. ALEXY, ROBERT, *Teoría de la argumentación jurídica*, *op. cit.*, p. 105.

[1012] Según esto, el pensamiento práctico no se mostraría imparcial, ni siquiera en los eventos en los que las convicciones morales del hablante (formas de vida, esquemas cognitivos..., etc.) no puedan o no hayan pasado la prueba de su "génesis histórico-crítica" o de su formación "histórica-individual", o frente a lo "discursivamente posible", como fue explicado anteriormente en relación con las reglas de fundamentación práctica propuestas por ROBERT ALEXY (véase *supra*, V, 4.c y e).

[1013] FINNIS, JOHN, *Ley natural y derechos naturales*, *op. cit.*, p. 84.

respecto de los mismos, un ejercicio de depuración "causal" de sus contenidos, o el empleo de categorías metafísicas que tanto le cuesta digerir a la racionalidad contemporánea. El planteamiento puede sonar demasiado superficial o simplista, incluso incompleto, aunque por otra parte parece invitar a que cada uno comprenda las formas básicas de bienestar humano "como oportunidades o fines deseables y potencialmente realizables y por ende como que han-de-ser-buscados y realizados en la propia acción, acción hacia la cual uno ya está comenzando a dirigirse por este mismo acto de comprensión práctica"[1014].

De todos modos, ambas vías contrastan con lo propuesto por los modelos procedimentales, pues en estos las convicciones personales parecen jugar no sólo el papel de puntos de partida o de fundamentación, sino que además constituyen una suerte de espacios (¿racionales?) "reservados", "impermeables" e "inaccesibles" en los casos en los que los propios participantes no los modifiquen. El relativismo axiológico implicado en estas tesis procedimentales es demasiado fuerte. Por el contrario, el criterio de la plenitud humana y el respeto y reconocimiento de la persona en su dignidad, sin excepciones, constituye la base de fundamentación en la que ambas vías coinciden, y en razón de esto se divisa un criterio práctico de juzgamiento más consistente con lo que los jueces están llamados a hacer en el seno de las relaciones sociales.

j) Balance y discusión crítica

En el mismo sentido anotado respecto de los modelos procedimentales, cabe afirmar que los anteriores epígrafes trazan sólo el panorama general de la riqueza de los planteamientos llevados a cabo por los modelos prudenciales del razonamiento práctico. De cara a lo propuesto en esta tesis doctoral los temas abordados permiten en-

---

[1014] *Ibidem*, p. 78; véase también, allí mismo, p. 99.

tender los aspectos más importantes sobre el razonamiento de los jueces, el sentido práctico de sus actuaciones, la metodología empleada y los puntos de apoyo mediante los cuales justifican y fundamentan sus decisiones.

Contrariamente al enfoque procedimental, la perspectiva prudencial señala que la categoría más relevante del razonamiento jurídico es la de "fin" (término intercambiable con "verdad práctica", "justicia concreta" y "bien humano"), de tal suerte que toda la actividad racional y la propia metodología está en función de dicho fin. La forma como este modelo caracteriza el método del razonamiento jurídico práctico es a través de la prudencia. No significa que la prudencia jurídica sea *sólo método*, o que implique ser caracterizada únicamente en relación a un procedimiento o camino racional que está en función del conocimiento de una verdad (la jurídica). Es más que eso, pero al mismo tiempo es *eso*: un camino racional a través del cual el juez delibera, discierne y determina, mediante razones, lo justo y lo debido concreto, y además lo ordena.

La articulación de la justicia como elemento insoslayable en el razonamiento de los jueces, es decir, en tanto *fin* hacia el cual apunta dicho razonamiento, implica reconocer que la propia actividad racional está sujeta a determinadas condiciones o exigencias, y que a la actividad judicial le cabe la exigencia de intentar llegar a decisiones producto de razonamientos adecuados, consistentes o plausibles. La prudencia jurídica permite no sólo llevar a cabo un ejercicio de justificación racional para motivar correctamente los fallos, sino además exige la articulación de puntos de apoyo a decisiones jurídicas concretas. Los modelos prudenciales insisten en que la justificación depende del conocimiento acertado, pleno y suficiente de la realidad jurídica en su conjunto, para lo cual –al menos en la visión de algunos de sus representantes– plantean una estructura determinada por diferentes niveles de acceso a tal realidad. Cada nivel, si bien posee un estatuto epistemológico autónomo, es tomado en cuenta según su "provisionalidad" o "funcionalidad" respecto de la respuesta práctica a la que están llamados. Cada uno, si se prefiere, "aporta algo" a

ese conocimiento que permitirá la formación del juicio jurídico y la toma de la decisión concreta.

Pero el propio ejercicio racional de justificación debe también apelar a una instancia más definitiva que soporte, precisamente, a las propias razones prácticas. Es en este sentido como los modelos prudenciales recurren a la teoría de la fundamentación, a través de dos vías: la epistemológica, que manifiesta el carácter evidente de los primeros principios del razonamiento práctico, y la vía ontológica que remite a la comprensión del supuesto de predicación de tales principios y de la juridicidad entera. Ambas vías pueden ser consideradas igualmente importantes y además complementarias. La primera, sin embargo, constituye un camino más expedito y fácil, toda vez que está asentada en el carácter evidente de su comprensión, en contraposición al "esfuerzo" y mayor argumentación que supondría la instancia de la naturaleza humana, a lo que puede agregarse la dificultad intersubjetiva del discurso metafísico en nuestros días.

De todos modos, mediante esta forma de comprender un espacio metodológico en virtud del cual las razones prácticas, establecidas por medio de un ejercicio prudencial que intenta llevar a cabo una tarea de justificación de lo justo y lo debido concreto, y la manera de hacer explícitos los criterios de fundamentación de dichas razones, los modelos prudenciales de razonamiento práctico ofrecen una importante salida a los inconvenientes establecidos a lo largo de este estudio. Tanto la justificación de las razones (en cuanto sean portadoras de respuestas que dimensionen un bien humano jurídico –un derecho– concreto, básico o no básico), como el señalamiento de puntos de apoyo definitivos que mostrarían la dirección del discurso práctico, constituyen importantes elementos para dar cuenta de un ejercicio hermenéutico más acorde con su naturaleza y con los requerimientos de una racionalidad abierta a un criterio de corrección más definitivo.

6. RECAPITULACIÓN

Un breve recuento de los temas centrales expuestos en este capítulo puede hacerse de la siguiente manera.

1) En primer lugar, el eje de este capítulo consistió en exponer el razonamiento práctico como una propuesta de racionalidad jurídica adecuada al oficio de los jueces y juristas en general. Se sostuvo que esta propuesta, contrariamente a lo que se plantea desde otras corrientes alternativas del razonamiento jurídico, es no sólo más consistente con la realidad del Derecho, sino además posibilita formular criterios de corrección o de justicia a las decisiones judiciales.

2) En segundo lugar, la exposición general del razonamiento práctico permitió dar cuenta de algunos puntos de contacto o tesis comunes entre los distintos enfoques o modelos que asumen esta perspectiva. Pueden resumirse del siguiente modo:

a) Todos llevan a cabo una crítica demoledora a las teorías formalistas y voluntaristas de la interpretación jurídica.

b) A su turno, los modelos prácticos entienden que las premisas usadas en el razonamiento jurídico están destinadas, dirigidas, orientadas y ordenadas a prescribir y determinar una obra, conducta o acción concreta. Según esto, convergen en darle una importancia decisiva al carácter normativo de las premisas usadas para la toma de decisiones concretas.

c) Así mismo, en todos los enfoques prácticos existe la articulación de un conjunto de condiciones, requisitos y límites del razonar jurídico, cuyo propósito radica en presentar elementos de justificación del razonamiento jurídico. Esto implica, desde el punto de vista judicial, que las razones empleadas por los jueces deben dar cumplimiento de dichas condiciones, requisitos y límites para que estén debidamente justificadas.

d) En la base de todas las exposiciones prácticas del razonamiento jurídico aparece la idea según la cual el fenómeno jurídico no es moral o axiológicamente neutro, sino esencialmente valorativo y es-

timativo, cercano al razonamiento moral. La dimensión moral del Derecho constituye un capítulo central de las exposiciones relativas al razonamiento práctico, a tal punto que ha permitido considerar, desde una perspectivas judicial, que los jueces deben llevar a cabo (como de hecho lo hacen) diversos juicios que suponen elegir, entre los distintos elementos que conforman los casos concretos, aquellos que mejor den cuenta de una decisión aceptable, plausible, justa o correcta. Ha implicado además dar cuenta de la participación activa de parte de los jueces en el proceso de decisión judicial (elemento subjetivo de la comprensión), y también, que la actividad judicial no se agota en considerar aspectos formales del ordenamiento jurídico vigente, sino además en actualizar los valores sustanciales del Derecho.

e) Las decisiones judiciales, de acuerdo con lo anterior, no son miradas como simples fórmulas que reproducen normas jurídicas (aplicación), sino que suponen un entramado de elementos diversos que son puestos a prueba caso por caso. La necesidad de plantear niveles de corrección de las razones utilizadas por los jueces para la toma de decisiones, supone tomar en consideración dichos elementos y ordenarlos de tal forma que lo dispuesto por ellos sea mirado como un ejercicio razonable, no arbitrario, de la función judicial.

f) Para los modelos prácticos del razonamiento jurídico es factible considerar que, frente a los casos concretos, pueden ser planteadas varias respuestas correctas o justas, como también es posible plantear respuestas incorrectas o injustas. Una respuesta es correcta o justa cuando está debidamente justificada o fundamentada, según las condiciones y exigencias aludidas por cada enfoque en particular.

3) A partir de los puntos anteriores, comunes a los modelos prácticos, fueron expuestas las principales tesis que especifican y distinguen los enfoques o perspectivas prácticas, que en este capítulo giraron alrededor de los denominados modelos procedimentales y modelos prudenciales del razonamiento jurídico. Si bien ya fue presentado un balance de cada uno de ellos en epígrafes respectivos,

pueden ser sintetizadas algunas características de los mismos de la siguiente manera:

a) En cuanto a la metodología propiamente dicha, los modelos procedimentales elaboran un catálogo de reglas de argumentación práctica en general, y de argumentación jurídica en particular, como requisitos a ser cumplidos por los participantes de una discusión práctica. La intención básica de ese catálogo radica en que, con el cumplimiento de dichas reglas, se puede estar en capacidad de afirmar la corrección de las respuestas y decisiones en los casos concretos. Para los modelos prudenciales, en cambio, la metodología es asumida a través de la actividad de la prudencia, entendiendo por esto la facultad humana de razonar y reflexionar, mediante la deliberación y la formulación de juicios, sobre cuestiones prácticas, y estar en capacidad de tomar decisiones acertadas y justas.

b) El criterio central de los modelos procedimentales consiste en seguir el procedimiento reglado, mientras que, para los modelos prudenciales, consiste en actuar conforme a la verdad práctica, es decir, de acuerdo a bienes humanos concretos.

c) En relación a la justificación de respuestas, ambas propuestas comparten la idea básica según la cual se trata de aportar buenas razones (adecuadas, coherentes, válidas, etc.) para tomar decisiones correctas o justas. Sin embargo, difieren en cuanto al significado de las buenas razones y su relación con las decisiones concretas. Este tema fue puesto en consideración al analizar si era posible sostener la existencia de respuestas contradictorias frente a un mismo caso, consideradas ambas respuestas como igualmente correctas. Para un modelo procedimental, si ambas respuestas son discursivamente posibles, y por esto entiéndase “ambas están justificadas” por el seguimiento del procedimiento reglado, no habría reparo en considerarlas como candidatas para resolver el caso en consideración. Por el contrario, para un modelo prudencial la justificación, al estar relacionada con la tesis de los bienes humanos (básicos o no básicos), no es admisible sostener la corrección o justicia entre respuestas contradictorias,

porque esto supondría la afirmación y negación al mismo tiempo de un bien humano o derecho concreto.

d) Las coordenadas científicas, epistemológicas y gnoseológicas, también difieren en los modelos estudiados. El enfoque procedimental plantea de base un relativismo moderado en relación con la corrección definitiva de una respuesta, mientras que el enfoque prudencial reclama la existencia de puntos de apoyo "objetivos" para la toma de decisiones. Esto último implicó para este enfoque establecer la distinción entre justificación y fundamentación del razonamiento jurídico, a través de dos vías: los primeros principios del razonamiento práctico y la aproximación metafísica u ontológica a la realidad circundante.

e) Por último, es bueno señalar que los planteamientos provenientes de los modelos prácticos, especialmente el prudencial, ofrecen importantes salidas a los problemas más intrincados sobre la interpretación constitucional presentados a lo largo de esta investigación. El próximo capítulo integrará todos los elementos anteriores en un esfuerzo por mostrar –hasta cierto punto sistemáticamente– caminos de justificación y fundamentación al oficio de los jueces constitucionales.

CAPÍTULO VI

LA JUSTIFICACIÓN Y LA FUNDAMENTACIÓN JURÍDICAS COMO ELEMENTOS CENTRALES DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

1. UN BREVE RECUENTO: HERMENÉUTICA Y RAZONAMIENTO PRÁCTICO

La existencia de "anomalías o "factores de perturbación" en el juzgamiento de cuestiones constitucionales ha exigido recorrer un largo camino acerca de cómo ha de entenderse el oficio de los jueces en este campo. Los conceptos manejados por las *teorías estándar del Derecho*, en particular su noción de Derecho, la "doble" propuesta de "racionalidad interpretativa" y los supuestos epistemológicos que poseen (ver *supra*, II-III), mostraron serias debilidades para encarar este estudio, en la medida en que permiten a los jueces arribar a fallos arbitrarios o tramposos (I, 5.c y d) o indebidamente justificados (III). Esto planteó de inmediato la necesidad de explorar una teoría de la interpretación jurídica distinta, mediante la cual fuera posible, por una parte, dar cuenta de los singulares problemas y tensiones que se les presentan a todos los jueces (en cierto modo similares a los descritos por las *teorías estándar*), pero que, por otra parte,

ofreciera elementos de análisis en los que fuera posible determinar su efectiva vinculación al Derecho y el cabal cumplimiento de las exigencias propias de su oficio.

La teoría *hermenéutica* fue la respuesta a la cuestión precedente. Mediante dicha teoría se pudo constatar que resultaba posible promover la figura de un juez responsable, capaz de valorar realidades complejas y juzgarlas a través de distintos estándares susceptibles de ser apreciados racionalmente. Contrariamente a los resultados obtenidos a partir de las teorías *estándar*, para la hermenéutica "el juez no es un demiurgo arbitrario"[1015], sino una persona que juzga desde su propio entorno y expectativas (*comprensión* y *precomprensión*, respectivamente) una realidad jurídica compleja a la que hay que darle forma por medio de soluciones justas. Su no arbitrariedad proviene de su capacidad de combinar un mundo jurídico previo, que le es "dado", con la exigencia de proyectarlo "en un horizonte histórico diverso"[1016].

La hermenéutica nos puso así ante lo que parece ser una de las claves para formular el sentido de todo proceso judicial: la necesidad de contar con seres humanos dispuestos a darle *sentido jurídico* a una *realidad problemática*, a tomarse en serio la tarea de determinar "lo justo aquí y ahora" en medio de posibilidades divergentes. Como se viera oportunamente, con esto se logró descartar por inapropiado todo *racionalismo* y *decisionismo* de la actividad de los jueces (IV, 4.a).

La incorporación de las tesis hermenéuticas no ha significado, sin embargo, resolver todas las cuestiones de fondo tratadas en esta investigación. Ha servido para plantear una perspectiva *básica* o *general* de la interpretación jurídica, sobre la cual existen muchas derivaciones posibles y, sobre todo, distintos desarrollos y matices entre sus autores. Aun así, ese enfoque hermenéutico, tan general y bá-

---

[1015] OLLERO TASSARA, ANDRÉS, *¿Tiene razón el Derecho?*, *op. cit.*, p. 241.

[1016] Cfr. *ibidem*.

sico, encontró de forma inmediata su correlato en el planteamiento de un tema a todas luces crucial, como es la *metodología práctica* del razonamiento jurídico (IV, 5). Sin entrar en consideraciones de "escuelas" o "modelos" particulares, la cuestión determinante de un enfoque práctico radica, precisamente, en poner cara a cara la perspectiva propia de los jueces (su mundo propio) con las exigencias (finalidad) de su oficio, lo cual se traduce en orientar sus actividades a través de la relación entre razones prácticas y su resultado. Con la perspectiva del razonamiento práctico la "comprensión hermenéutica" adquiere pleno sentido, debido a su *disposición* y *ordenación* a la justicia del caso concreto.

Esta metodología supuso enseguida tomar en consideración distintas aproximaciones o enfoques en torno suyo, las cuales fueron denominadas en esta investigación modelos "procedimentales" y modelos "prudenciales" del razonamiento práctico (V). Más allá de sus matices o propuestas específicas, el resultado global del estudio del razonamiento práctico ha sido particularmente fecundo en esta investigación por varios motivos. Por una parte, ha permitido introducir un contexto limitativo de la función judicial, que parece hacerle frente al uso arbitrario de la interpretación constitucional (la *discrecionalidad judicial* ausente de racionalidad: III, 3.b; V, 2). Pero, al mismo tiempo, ese contexto limitativo no ha supuesto desconocer el juego de varias respuestas posibles a muchos casos concretos, valga decir, no ha supuesto la pretensión de encontrar para *todos* los casos judiciales *una sola y única* respuesta correcta (tema éste que fue abordado tanto por vía del *formalismo jurídico*, como del modelo Herculeano: II, 5.b y 5.e; V, 2). El contexto limitativo obedece al entorno propio, o naturaleza, del razonamiento práctico: una actividad no indiferente, ni cognoscitivamente imposible, sino más bien inteligente, que exige tanto el cumplimiento de la justicia como el control de los argumentos que esgrimen los jueces para llevar a cabo la interpretación (V, 1.c).

Por otra parte, y como consecuencia de lo anterior, el estudio del razonamiento práctico ha puesto de relieve que a los jueces no

les basta con aportar razones indiscriminadas y de cualquier tipo para sustentar sus decisiones, sino *buenas razones*, y, así mismo, ha planteado como teóricamente posible distinguir las buenas razones de las que no lo son, por carecer de legitimidad. Así, y contrariamente a los postulados de las teorías estándar del Derecho, una perspectiva práctica del saber jurídico presenta como telón de fondo la pregunta por la corrección o justificación de las decisiones judiciales (V, 1.b a d).

Ahora bien, esta temática general del razonamiento práctico llevó a particularizar las propuestas procedimentalista y prudencialista que, si bien comparten entre sí rasgos comunes, difieren en algunos aspectos y desarrollos que terminan siendo cruciales para resolver los problemas planteados a lo largo de esta investigación doctoral. La base común parece estar determinada por la naturaleza o dimensión racional del proceso judicial y la exigencia de justificación de sus decisiones. En este punto convergen todos los enfoques prácticos, aunque han sido los modelos procedimentales los que mayor desarrollo han hecho de dicha exigencia, si por esto se entiende, claro está, la sistematización de un número importante de reglas que proponen para guiar el proceso decisorio. Las diferencias parecen estar determinadas, a su vez, por la calificación especial que los modelos prudenciales hacen respecto de la decisión misma, entendida en último término como una decisión que expresa un bien humano o que refleja un aspecto valioso de la existencia de la persona, en términos de justicia. Esta noción ha exigido a los modelos prudenciales plantear la denominada teoría de la fundamentación, para intentar a través suyo dar un piso más sólido al soporte racional empleado en la justificación. La teoría de la fundamentación pretende, con otras palabras, establecer estándares objetivos de lo jurídicamente posible en la justificación.

En la superficie, es decir, dejando de lado muchos elementos conceptuales de explicación del proceso judicial, es bastante probable que en la realidad de los casos concretos se den suficientes coincidencias generalizadas por la base común que comparten ambas

propuestas. Sin embargo, en ciertos casos-límite o controvertidos, que suponen un entramado de valoraciones profundas, por ejemplo relacionadas con bienes o derechos fundamentales en los que están en juego la vida o la libertad (casos como los reseñados en esta investigación), ambas propuestas podrían diferir en cuanto a las decisiones constitucionales finalmente admisibles, o en cuanto a las explicaciones últimas sobre los "tipos" de razones empleadas para soportar la decisión respectiva. Aspectos no sólo filosóficos de gran alcance, sino además propuestas específicas sobre el "tipo" de juez –o las cualidades que debiera poseer–, son las que vienen en definitiva a sustentar cada modelo y a poner de manifiesto sus diferentes aproximaciones a la materia.

De todos modos, si bien estas diferencias juegan un papel determinante en casos como los estudiados acá, las semejanzas y puntos de contacto de ambos modelos son también significativos para plantear cuáles podrían ser los lineamientos o, mejor aún, las exigencias, condiciones o límites de la interpretación constitucional. Este capítulo final está orientado, precisamente, a buscarle salidas a los problemas planteados en esta investigación, a la luz tanto de los puntos comunes como de las diferencias mostradas por los modelos prácticos del razonamiento jurídico. En el desarrollo de este capítulo, es bueno advertirlo desde ahora, en cierto modo se reiterarán algunos de los más importantes elementos de análisis planteados con anterioridad. Sin embargo, si bien es forzoso que se repitan cosas ya analizadas, el objetivo será el de *integrar* los resultados obtenidos y *profundizar* en aquellos aspectos determinantes para hablar de un ejercicio no arbitrario ni tramposo de la interpretación constitucional.

Aclarado este enfoque, sólo resta por afirmar que se procederá de la siguiente forma: en primer lugar, se estudiará detenidamente lo que significa *la justificación* en el razonamiento de los jueces. Para este primer tema se tomarán de manera principal los aportes dados por los modelos procedimentales, los cuales estarán acompañados de elementos hermenéuticos que permitirán una explicación más dete-

nida de aquellos aportes o, en su caso, que implicarán precisarlos de alguna manera. El propósito último de este estudio sobre la justificación consistirá en extraer ciertas "reglas" o "exigencias" para el razonamiento de los jueces.

En segundo lugar, se estudiará el alcance y la particular relevancia de la *fundamentación* en el razonamiento jurídico. Este estudio se hará partiendo de los principales inconvenientes que pueden ser encontrados en la justificación jurídica, viendo cómo a partir de ellos tiene sentido explorar las vías de soporte –los estándares, mínimos aunque objetivos– propuestos por los modelos prudenciales del razonamiento práctico. El propósito de este tema será el de extraer ciertas reglas o principios adicionales a ser tenidos en cuenta en la interpretación constitucional.

Luego el capítulo girará hacia unas breves observaciones sobre la justicia y la dimensión correcta de una respuesta, a partir de los datos obtenidos del estudio de los temas anteriores.

Finalmente, se concluirá con lo que parece ser la condición respecto de la cual convergen los elementos anteriores y que en cierto modo califica la actividad de los jueces desde el punto de vista de su responsabilidad personal: la prudencia jurídica, que constituye un trascendental aporte de los modelos de la decisión práctica prudencial, el cual apenas fue esbozado a grandes rasgos en el capítulo anterior y que exige ulteriores concreciones y matices.

2. EL ENTORNO DE LA JUSTIFICACIÓN JUDICIAL

La denominada teoría de la justificación constituye un importante aporte para evaluar el razonamiento que emplean los jueces en su tarea de decidir los casos concretos. Particularmente, se trata de un conjunto de exigencias, reglas o parámetros más o menos generales que señalan los cauces por los cuales debe transcurrir el proceso

de decisión judicial. Ahora bien, plantear exigencias o reglas de esas características, o con ese alcance, exige considerar antes que nada el entorno en el cual se mueve la justificación. Los siguientes dos apartados buscarán determinar esto último; luego se analizarán las principales objeciones a la teoría de la justificación, para luego, en el siguiente apartado, entrar a considerar cuáles serían las exigencias justificativas más importantes del razonamiento de los jueces.

a) La dimensión racional como base para una teoría de la justificación del proceso judicial

Hablar de justificación en materia judicial alude a un dato, si bien casi obvio, a la vez muy interesante: la actividad que despliegan los jueces, al menos en lo que a una parte fundamental de dicha actividad se refiere, está directamente incluida en un entorno de "racionalidad" o, más precisamente, implica un aspecto o dimensión de la razón humana. Esto significa que la teoría de la justificación no solamente supone, o exige, que los jueces no tomen sus decisiones "dando un golpe sobre la mesa", sino además que sus propias razones sean susceptibles de ser apreciadas y evaluadas desde estándares racionales. Como se verá más adelante, dichos estándares tienen que ver con la correcta o lógica articulación de premisas con las cuales se "construyen" los argumentos del caso (la denominada justificación interna), como también con el "peso" o "validez" de las razones aducidas en dichas premisas (la denominada justificación externa). Para los modelos de razonamiento práctico la posibilidad de contar con dichos estándares racionales es de la mayor importancia, pues se torna en un invaluable *instrumento de control* de las decisiones judiciales, y en dicho sentido posibilita dilucidar si una decisión está o no está debidamente tomada, tanto desde el punto de vista formal o interno, como desde el punto de vista material o externo.

En el fondo, la exigencia de justificación tiene hondas raíces antropológicas, ligadas no solamente a las ideas de consideración y respeto por el otro, sino además a la propia naturaleza dialógica de las

relaciones humanas. Esto quiere decir, con otros términos, que si alguien plantea, sugiere, persuade u ordena a otro u otros una regla obligatoria de conducta, esto es, que algo debe ser hecho o realizado, o prohibido, está al mismo tiempo haciéndolo desde una perspectiva en la que entiende poder confiar en que el destinatario estaría dispuesto a seguirla *porque* puede captar o comprender su pertinencia, necesidad o incluso su propia bondad, así la regla no le represente un beneficio inmediato. Desde el punto de vista de quien emite la regla, como ha sostenido ALEXY, la cuestión se traduce en la denominada pretensión de corrección: quien afirma una regla de conducta pretende que es correcta o al menos susceptible de corrección (V, 1.b y 4.b). Pretensión de corrección significa lo mismo que pretensión de justificación: quien afirma una regla de conducta presupone que ella está justificada de alguna manera[1017] y, por lo tanto, que obedece a *razones comunicables* que los demás estarían en capacidad de comprenderlas[1018]. En consecuencia, la pretensión de corrección o de justificación es en sí misma una cualidad posible y conducente de las razones propuestas por quien afirma la regla de conducta y, además, es una cualidad posible y conducente de aceptación o comprensión por parte de las personas a quienes están dirigidas.

Desde luego, la teoría de la justificación ha adquirido una especial relevancia al entenderse que el principal soporte del Estado está constituido por la idea de legitimidad a través de reglas previamente establecidas. En este tipo de Estado se plantean exigencias o requisitos a los fallos judiciales, todos los cuales apuntan a que sus destinatarios y la sociedad en general vean que los mismos no son producto de un ejercicio de arbitrariedad, sino el resultado de un ejercicio racional y cuidadoso de motivaciones "aceptables", "correctas" o "previsibles". Como ejemplos de tales requisitos se alude a que los jueces

---

[1017] Cfr. ALEXY, ROBERT, *El concepto y la validez del derecho*, Barcelona, Gedisa, 2ª. ed., 1997, pp. 81-85; *Derecho y razón práctica*, *op. cit*., pp. 52-54.

[1018] Cfr. ALEXY, ROBERT, *Teoría de la argumentación jurídica*, *op. cit.*, p. 210.

no deben contradecirse, elegir premisas falsas e incorrectas, distinguir aspectos juzgados sin una razón suficiente, imponer exigencias no contempladas en algún estatuto normativo sin ofrecer un respaldo para ello, modificar su jurisprudencia sin una razón de "peso", invadir competencias de otros órganos, basar sus decisiones sin un respaldo normativo, y así sucesivamente.

En línea con lo anterior, y refiriéndose al denominado Estado Constitucional, HABERMAS ha sostenido que a los jueces se les exige cumplir al menos dos requisitos: el primero, que sus decisiones sean *consistentes*, valga decir, que sean respetuosas de la seguridad jurídica y que observen una semejanza de trato a los casos análogos; el segundo, que sus decisiones sean *racionalmente aceptables*, esto es, que estén soportadas en algo más que el simple poder que ostentan[1019]. Así las cosas, y para expresarlo de otro modo, la dimensión racional de la actividad judicial (la exigencia de justificación), es una cuestión que no puede ser planteada desde las coordenadas de los Estados despóticos o totalitarios: en éstos, por contraste, las decisiones de los jueces pueden ser tomadas "dando un golpe sobre la mesa".

b) Comunicabilidad de las razones judiciales

Como queda dicho, la exigencia de que los jueces justifiquen sus decisiones mediante razones permite a sus destinatarios, a otros funcionarios y a la sociedad en general ejercer cierto control del proceso judicial, al margen de qué tan eficaz haya de ser en términos definitivos[1020]. Claro está, cuando una decisión es susceptible de ser con-

---

[1019] Cfr. HABERMAS, JÜRGEN, *Facticidad y validez*, *op. cit.*, pp. 267-268. En sentido similar, véase KRIELE, MARTIN, *Introducción a la teoría del Estado. Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado Constitucional Democrático*, Buenos Aires, Depalma, trad. de E. Bulygin, 1980, en esp. pp. 35-40.

[1020] Cfr. AARNIO, AULIS, "La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico", cit., pp. 25-26.

trovertida por medio de recursos judiciales (ante el mismo juez que profiere la decisión o su superior jerárquico), el control adquiere una significación especial en cuanto la decisión podría ser, eventualmente, modificada. No ocurre lo mismo frente a decisiones proferidas por tribunales de última instancia y respecto de las cuales no se admitan recursos para su modificación. En este caso, y quizás *a fortiori*, la exigencia de justificación resulta extremadamente importante porque es la que, en último término, permite a la opinión pública o a los especialistas saber cuáles fueron las razones que el tribunal esbozó para la toma de la decisión respectiva y, por ende, les posibilita, si hay lugar a ello, entrar a controvertirla, ejerciendo a esos efectos un cierto control social, sea periodístico, académico o de otro tipo.

De esto se deriva el siguiente requisito: las decisiones judiciales no deben ser tomadas de manera sumaria o mediante razones *implícitas*, sino que, por el contrario, deben ser expresamente articuladas por los jueces en sus respectivos fallos. Este requisito es una consecuencia necesaria de la premisa de la cual se parte en la teoría de la justificación: una regla de conducta no sólo debe ser susceptible de ser razonada, sino que además las razones que apoyan la regla deben ser susceptibles de ser comunicadas a sus destinatarios (VI, 2.a).

Ahora bien, no debiera pasarse por alto que lo verdaderamente relevante de la teoría de la justificación no consiste en la manifestación expresa de razones, sino más bien en el hecho de que frente a una regla (decisión) se aduzcan razones o *puedan ser aducidas* razones en su favor. La idea según la cual frente a una regla o decisión *puedan ser aducidas razones* en su favor, permite sostener que a una decisión judicial podría arribarse sin mayor esfuerzo argumentativo. El contexto en el que se plantea esta decisión no argumentada es, obviamente, distinto que el que acontece cuando se decide "dando un golpe sobre la mesa". Una decisión tomada sin una elaborada argumentación *debe ser* susceptible de justificarse. Con otras palabras, que no sean dadas razones expresas para una decisión justa no significa que no existan dichas razones, o que dichas razones no puedan ser dadas; si esto último ocurre, *i.e.* que no existan razones o

no puedan ser dadas, la decisión no sería justa o no estaría justificada. La cuestión de fondo radica en superar el punto de vista escéptico y toda visión que niegue la posibilidad de legitimidad y de decidir conforme "a justicia" (ver *supra*, I, 3; III, 5).

Con esta distinción básica no se niega que, efectivamente, la exigencia de motivar o de dar razones expresas sea una exigencia de los postulados del Estado contemporáneo, con la importancia ya vista sobre el posible control de la actividad decisoria de los jueces[1021]. Pero, más allá de esto, la distinción reposa en el mismo principio anteriormente formulado del razonamiento práctico: una regla o decisión justificada es aquella que es susceptible de razonarse.

c) Motivaciones ocultas de los jueces y "justificaciones irracionales"

Así las cosas, la exigencia de justificación, con independencia de qué tanto sirva para controlar *eficazmente* las decisiones de los jueces, plantea como dato definitivo el hecho de que puedan ser aducidas razones en su favor. Sin embargo, esta forma de caracterizar el razonamiento de los jueces ha sido blanco de algunos reparos y malentendidos, sobre los cuales es importante reflexionar ahora. Quizá su origen provenga de las elaboradas críticas que el realismo jurídico norteamericano formulara al modelo de decisión silogística propio del formalismo jurídico (II, 5.c.iii). Dichas críticas apuntaban a considerar que no toda la decisión judicial reposa en una dimensión racional, y que en tal sentido debían ser tenidas en cuenta algunas variables *no racionales*, o las motivaciones *ocultas* de los jueces.

[1021] Sobre la importancia de justificar expresamente una decisión, véase ASÍS ROIG, RAFAEL DE, *Jueces y normas*, *op. cit.*, pp. 105-111.

Ejemplos de tales variables no racionales serían las que HUTCHESON denominara "corazonada" (*hunch*)[1022], o FRANK "una reacción intuitiva compuesta", "un *gestalt* no analizable"[1023], y también "los innumerables rasgos, inclinaciones y hábitos peculiares del juez"[1024]. Desde las coordenadas del realismo jurídico escandinavo, ROSS también planteaba algo semejante, pues sostenía que los jueces son seres humanos que toman decisiones pero que, detrás de ellas, se encuentra toda su personalidad: "Puede ser un problema interesante de psicología social el determinar por qué se desea ocultar lo que realmente ocurre en la administración de justicia"[1025].

Se trataría entonces de no pasar por alto el hecho de que los jueces son seres humanos y que, por lo mismo, poseen una vida con diversas experiencias y que su personalidad, como la de todos nosotros, se ve reflejada en todas sus actuaciones, incluida la de juzgar y fallar los casos concretos[1026]. Desde una perspectiva quizá más detallada significa que los jueces poseen ideas sobre el mundo y sobre las relaciones humanas y que han asumido posiciones ante los más trascendentales problemas que aquejan a toda persona: son religiosos, gnósticos, ateos confesos, inconfesos o indiferentes ante Dios; se han formado en criterios políticos, económicos y sociales; poseen una idea sobre la familia, sobre sus deberes como ciudadanos, sobre el Estado; y así sucesivamente. Más aún ante un caso concreto que

---

[1022] HUTCHESON, JOSEPH C. "The Judgement Intuitive: The Function of the 'Hunch' in Judicial Decision", *Cornell Law Quarterly* 14 (1929), pp. 274-288.

[1023] FRANK, JEROME, *Derecho e incertidumbre, op. cit.*, p. 91.

[1024] FRANK, JEROME, *Law and the Modern Mind, op. cit.*, p. 110.

[1025] ROSS, ALF, *Sobre el Derecho y la Justicia, op. cit.*, p. 191. Previamente había dicho que "[a]un cuando la obediencia al derecho (la conciencia jurídica formal) esté profundamente arraigada en el espíritu del juez como actitud moral y profesional, ver en ella el único factor o móvil es aceptar una ficción. El juez no es un autómata que en forma mecánica transforme reglas y hechos en decisiones", *ibidem*, p. 174.

[1026] Cfr. FERNÁNDEZ, ALBERTO VICENTE, *Función creadora del juez, op. cit.*, pp. 69-71.

tienen que decidir se entremezclan o pueden entremezclarse diversos motivos, no necesariamente de tipo jurídico, y pueden decidir incluso por razones ajenas a la justicia y por motivos no propiamente racionales.

Si bien la crítica del realismo norteamericano no desarrolla una concepción alternativa sobre la justificación jurídica (son básicamente estudios que manejan una perspectiva meramente *descriptiva* y *escéptica* de la función judicial), ha sido particularmente fecunda para dilucidar cuestiones relacionadas con distintos factores (como los psicológicos, sociológicos o culturales) que influirían en los jueces para tomar sus decisiones[1027]. Ahora bien, el tema de fondo que esta crítica plantea radica en mirar (i) si tales variables constituyen por sí mismas una ausencia de racionalidad, (ii) si, más allá de que existan esos motivos no racionales, el juez puede, empero, decidir con base en razones jurídicas racionales y, además, (iii) si formarían parte o no del concepto de *justificación* o, en otro sentido, si una justificación *no racional* vendría a ser en todo caso una justificación. Esta última cuestión es planteada abiertamente por SEGURA ORTEGA, quien afirma que "la racionalidad no es un elemento que forme parte de la justificación de un modo necesario". Y agrega: "Quiero decir con ello que puede haber –y de hecho las hay– justificaciones irracionales"[1028]. Con relación a normas constitucionales que consagran valores, SOLA ha sostenido algo similar: "los enunciados de valor, cualesquiera fuesen sus características tienen elementos 'no cognoscibles' y no pueden ser establecidos por métodos racionales"[1029].

La posibilidad de que existan elementos carentes de racionalidad en una decisión judicial está vinculada en buena medida a una

---

[1027] Un estudio alternativo de este mismo tema, que no toma como punto de partida la crítica norteamericana, sino la experiencia alemana, es el de SIMON, DIETER, *La independencia del juez*, *op. cit.*, pp. 150-170.

[1028] SEGURA ORTEGA, MANUEL, *La racionalidad jurídica*, *op. cit.*, pp. 68-69.

[1029] SOLA, JUAN VICENTE, *Control judicial de constitucionalidad*, *op. cit.*, p. 36.

distinción proveniente de la Filosofía de la Ciencia, según la cual habría que separar los contextos de "descubrimiento" y de "justificación" en el proceso de todo conocimiento humano[1030]. El contexto de descubrimiento consiste en una actividad que "enuncia" una teoría a la que se llega por distintos motivos "no lógicos", respecto de los cuales no existe un real interés "científico" por dilucidarlos. En cambio, el contexto de justificación implica, propiamente dicho, una perspectiva que busca validar la teoría mediante el rigor científico y exige, en consecuencia, que sea demostrada mediante procesos racionales y lógicos. El origen de esta distinción es atribuida a KARL POPPER [*Logic der Forschung*, 1934-1935], y es enunciada de esta forma:

> "La etapa inicial del trabajo del científico consiste en concebir o inventar una teoría que no exige el análisis lógico ni es susceptible de él [...] La cuestión de cómo se le ocurre una nueva idea a una persona –ya sea un tema musical, un conflicto dramático o una teoría científica– puede ser de gran interés para la psicología empírica, pero carece de importancia para el análisis lógico del conocimiento científico. Este no se interesa por cuestiones de hecho (el *quid facti?* de Kant), sino únicamente por cuestiones de justificación o validez (el *quid iuris?* kantiano)"[1031].

[1030] Sobre el particular véase NETTEL, ANA LAURA, "La distinción entre contexto de descubrimiento y de justificación y la racionalidad de la decisión judicial", *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho* 5 (1996), pp. 107-117; ACCATINO, DANIELA, "Notas sobre la aplicación de la distinción entre contextos de descubrimiento y de justificación al razonamiento judicial", *Revista Derecho* 13 (2002), pp. 9-25 [Valdivia, Universidad Austral de Chile] (disponible en la World Wide Web: http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-095020020001 00001&lng=es&nrm=iso); ATIENZA, MANUEL, *Las razones del Derecho, op. cit.*, pp. 4-7 y, de su autoría también, *Derecho y argumentación*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1997, pp. 31-37; ITURRALDE SESMA, VICTORIA, *Aplicación del Derecho y justificación de la decisión judicial, op. cit.*, pp. 266-269 y 271-274.

[1031] Citado por NETTEL, ANA LAURA, "La distinción entre contexto de descubrimiento y de justificación y la racionalidad de la decisión judicial", cit., p. 110.

Si bien los partidarios del realismo jurídico norteamericano no plantearon sus estudios desde estas categorías, parece plausible pensar que en buena parte coinciden con ellos, tal como ha sido puesto de manifiesto por algunos especialistas en la materia[1032]. En efecto, la coincidencia se advierte en la medida en que el contexto de descubrimiento responde a los procesos psicológicos que influyen en la formulación de un conocimiento, mientras que el contexto de justificación responde a la estructura lógica de los enunciados que desarrollan ese conocimiento. En tal sentido, la distinción serviría para diferenciar la dimensión "psicológica" (y a la postre sociológica y cultural) de la propiamente "epistemológica" en el conocimiento humano[1033].

Por supuesto, la diferencia entre esta explicación y la que proviene del realismo jurídico norteamericano radica en que aquella (la perspectiva de la ciencia) no exige la formulación explícita del contexto de descubrimiento, sino sólo la coherencia ("justificación") en su desarrollo; en cambio, la crítica norteamericana está precisamente destinada a que los jueces expresen también las motivaciones reales sobre las que soportan sus decisiones concretas.

Esta distinción entre contexto de "descubrimiento" y de "justificación" ha sido trasladada al campo de la actividad judicial y, particularmente, como sostiene ATIENZA, al proceso de argumentación jurídica. En efecto, según este autor, se trata de ver en todo proceso judicial la presencia de *dos tipos* de actividades que permiten dar cuenta de las razones, "explicativas" y "justificativas", de los jueces. Las primeras son aquellas que darían cuenta del por qué y del para qué se tomó una decisión en concreto, en tanto que las segundas consistirían en demostrar que la decisión resulta aceptable o correcta. ATIENZA presenta como ejemplo de las primeras el hecho de que

---

[1032] Es la tesis, por ejemplo, de DANIELA ACCATINO, "Notas sobre la aplicación de la distinción entre contextos de descubrimiento y de justificación al razonamiento judicial", cit., pp. 21-23.

[1033] Cfr. *ibidem*, pp. 9-10.

un juez falle *en razón* de sus creencias religiosas, en tanto que si su fallo se produce por una interpretación del artículo 16 de la Constitución española, estaría enunciando una *razón* justificadora. Este ejemplo permitiría apreciar dos momentos diversos: el primero daría cuenta de los motivos (creencias y deseos del juez), que no son susceptibles de una apreciación racional (científica), en tanto que el segundo, al operar como una razón de validez o de aceptación del fallo, permitiría dilucidarlo de conformidad con criterios racionales[1034].

Lo anterior parece ofrecer, por otra parte, un marco teórico de explicaciones similares a las planteadas por la hermenéutica, en el sentido de haberse reconocido la presencia de elementos "subjetivos" de los jueces en la toma de las decisiones judiciales, aunque a través del uso de categorías distintas. Para la hermenéutica, en efecto, los jueces no llegan a los casos concretos sin sus precomprensiones y mundo propio, o lo que es lo mismo, los jueces poseen historia, afectos y circunstancias personales desde las cuales comprenden los casos judiciales (IV, 3.c). Ahora bien, a diferencia de las explicaciones anteriores, para la hermenéutica la "subjetividad" de los jueces, como los supuestos *psicológicos* de los que parten, junto a todo el entorno de cosas que conforman su "mundo propio", no implican por sí mismos la ausencia de una dimensión *justificativa* propiamente dicha. Esto es así porque el "mundo propio" de los jueces está arraigado en una tradición *con sentido*, o respecto de la cual el intérprete se esfuerza por enriquecer dicho sentido, de tal suerte que la propia tradición y el "mundo propio" reposan en determinados datos justificados o susceptibles de justificación[1035]. Así, que los jueces

---

[1034] Cfr. ATIENZA, MANUEL, *Las razones del Derecho, op. cit.*, p. 4.

[1035] Sobre el tema véase OLLERO TASSARA, ANDRÉS, *¿Tiene razón el Derecho?, op. cit.*, pp. 220-224; SERNA, PEDRO, "Hermenéutica y relativismo. Una aproximación desde el pensamiento de Arthur Kaufmann", cit., pp. 297-301; D'AGOSTINO, FRANCESCO, "Hermenéutica y Derecho Natural. Después de la crítica heideggeriana a la metafísica", cit., pp. 304-314. Un autor como CARLOS SANTIAGO NINO parece plantear algo similar, pues considera que existe una conexión conceptual entre ambas cosas: las razones explicativas serían creencias que a su turno se apoyan en razo-

posean "mundo propio", desde el punto de vista hermenéutico, no significa que dicho mundo sea "inexplorable", misterioso, carente de racionalidad o simplemente arbitrario, y que, a causa de estas cosas, resulta imperioso construir "fachadas" de justificación. Por el contrario, si existieran motivaciones ocultas de los jueces quiere decir que, en tanto ocultas, no son susceptibles de razonarse o que, por alguna razón, no podrían ser razonadas: en esa medida no serían susceptibles de justificación.

Desde estas consideraciones, parece claro que a lo que apunta la crítica del realismo jurídico norteamericano no es a esta clase de perspectiva de mundo propio, sino que coincide con lo que se ha denominado a lo largo de este trabajo *ropaje justificativo* (II, 2; III, *passim*). En este sentido la crítica es, sin duda alguna, bastante acertada, pues considera que los jueces no deben llevar a cabo una racionalización en la que hay una mera apariencia de corrección a los fallos judiciales.

Pero, precisamente por esto, la crítica se queda corta al considerar que la dimensión racional del proceso judicial es *meramente lógica* y aparente. Si se repara con atención, lo que algunos autores, como ATIENZA, plantean sobre el denominado "contexto de justificación", parece estar ubicado en este mismo nivel de análisis: lo estrictamente derivativo mediante enunciados concatenados lógicamente. Y, por contraste, el denominado "contexto de descubrimiento" termina siendo lo no racional, lo no susceptible de ser razonado, e incluso, llevando las cosas hasta el extremo, lo meramente arbitrario.

Desde la perspectiva hermenéutica, en cambio, la "subjetividad" de los jueces y el "mundo propio", como los factores "psicológicos" o

---

nes justificativas: cfr. *La validez del derecho*, *op. cit.*, p. 126. Véase al respecto, sobre este punto en la teoría de NINO, la tesis doctoral de ROCA PÉREZ, VICTORIA, *Derecho y razonamiento práctico en C. S. Nino*, Universidad de Alicante, 2002. p. 192, disponible en http:// www.cervantesvirtual.com/FichaObra.html?Ref=9814 (consultada el 4/7/2006).

de otra índole, no implican de suyo la carencia de un soporte racional, porque al lado de la "razón" como argumentación coherente también existe la razón como "materia" o "corrección sustancial", o simplemente la idea según la cual la argumentación jurídica puede expresar "buenas razones" –razones legítimas– a pesar de la subjetividad de los jueces. Más allá de la hermenéutica, esto encuentra un especial desarrollo en los planteamientos metodológicos de naturaleza práctica, pues permite afirmar que tales variables (psicológicas, sociológicas o culturales) no son en sí mismas "no racionales", sino más bien variables que podrían ser comprendidas o no racionalmente según pasen la prueba de su corrección "formal" y de su corrección "material" o "sustancial" (*infra*, VI, 3). Desde las coordenadas de los modelos de razonamiento práctico, la cuestión responde al mismo principio señalado con anterioridad, al que podría simplemente añadírsele ahora una calificación ya establecida previamente, a saber: que frente a una regla o decisión puedan ser aducidas *buenas razones* (psicológicas, sociológicas o culturales) en su favor. Habrá que determinar más adelante, como es natural, qué puede entenderse por "buenas razones" o qué hace a una razón ser una "buena razón".

Así las cosas, tanto para la perspectiva hermenéutica como para un planteamiento práctico del razonamiento jurídico, no se desconoce el hecho de que los jueces posean pre-juicios, concepciones, intuiciones, afectos y desafectos, corazonadas, criterios sobre los más variados temas y en general un entorno psicológico, social y cultural propio. Pero, al mismo tiempo, se plantea que lo verdaderamente importante del asunto es si tales cosas pueden ser justificadas racionalmente, por su forma y fondo, o bien, si las "razones explicativas" propias del "contexto de descubrimiento" son susceptibles de soporte alguno, junto a si existen razones jurídicas objetivas que legitiman la decisión.

La valía y pertinencia del análisis del realismo jurídico norteamericano parece en todo caso dar señales claras sobre lo que algunas veces acontece en el ámbito judicial con los denominados ropajes

justificativos, como ha sido aquí demostrado con relación a algunos casos fallados por la Corte Constitucional colombiana (III, *passim*). En efecto, el sustrato de esta crítica no es otro que poner en evidencia, por un lado, las razones *aparentes* que los jueces emplean para encubrir sus propios intereses, ideologías o corazonadas. También, por otro lado, la crítica apunta a que los jueces sean lo suficientemente explícitos a la hora de determinar los verdaderos motivos por los cuales arriban a sus decisiones, valga decir, que sean lo suficientemente honestos para afirmar por qué, en realidad, tomaron una decisión en un sentido o en otro[1036]. Desde el punto de vista del razonamiento práctico parece plausible sostener esta tesis: si una motivación oculta puede pasar la prueba de su justificación, no hay razón alguna para que permanezca oculta. O, en otro sentido: precisamente porque no pasan dicha prueba, a algunos jueces no les queda otro camino que acudir a los "ropajes justificativos" para sustentar y soportar sus decisiones[1037].

[1036] En esta exigencia de "honestidad" hay una plena coincidencia del realismo jurídico norteamericano con los modelos del razonamiento práctico, por vía de las reglas fundamentales del discurso jurídico (segunda regla de ALEXY: V, 4.b), como por vía de la exigencia comunicativa hacia la verdad en los modelos prudenciales. Esto último se verá reflejado en el apartado correspondiente a la prudencia jurídica y al *talante moral* de los jueces.

[1037] Para AULIS AARNIO las razones "ocultas" en último término carecen de valor, pues sobre ellas no es posible ejercer ningún tipo de control público (cfr. "La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico", cit., p. 27). La tesis que acá se ha defendido intenta, por el contrario, plantear como exigencia el hecho de que los jueces expliciten sus razones so pena de estar empleando "ropajes justificativos", cuestión clave para analizar fallos carentes de un soporte real o verdadero.

3. JUSTIFICACIÓN INTERNA Y JUSTIFICACIÓN EXTERNA

a) Explicación introductoria

Las consideraciones anteriores permiten entonces sostener que no podrían darse, como tales, justificaciones "irracionales", "no racionales" o no susceptibles de "razonarse". Pueden, desde luego, existir decisiones de ese estilo; sin embargo, se trataría de decisiones no justificadas o no razonadas. Para decirlo con otras palabras, hablar de *justificación* de una decisión judicial es hablar de *razones* o de una *dimensión racional* (no solamente lógica) que le sirve de soporte. A igual conclusión se puede llegar apelando a su solo significado, como puede verse en las varias acepciones que de la "justificación" trae el *Diccionario de la Lengua Española*. Allí se lee que "justificación" significa la "causa, motivo o razón que justifica", la "prueba convincente de una cosa", y que justificar significa "probar una cosa con razones"[1038]; que algo esté justificado quiere decir "conforme a justicia y razón"[1039]. Por cierto que la expresión "fundamento" aparece en esta misma línea: "razón principal o motivo con que se pretende afianzar y asegurar una cosa"[1040]. Es de notar, por lo tanto, que "justificar" una decisión estaría apelando, necesariamente, al hecho de dar cuenta de las razones empleadas para decidir, lo que en sentido contrario viene a significar que no podrían existir justificaciones no razonadas o no susceptibles de razonarse (VI, 2.b).

La teoría de la justificación debe afirmar lo anterior en un nivel básico de exigencias a los jueces. Los jueces tienen como deber principal fallar *justificadamente*. Esto no implica, sin embargo, sostener que todos los casos judiciales son de hecho fallados mediante una

---

[1038] *Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, *op. cit*., T. II, acepciones 2ª y 5ª, p. 1216.

[1039] *Ibidem*, 2ª acepción.

[1040] *Ibidem*, T. I, 3ª acepción, p. 1005.

correcta o adecuada o suficiente justificación. Como dato real, es posible dar ejemplos de decisiones judiciales indebida o pobremente justificadas, o de decisiones respaldadas por malas explicaciones. Nótese que estos supuestos son distintos a los planteados a través de las categorías anteriores, que simplemente aluden a *una ausencia* de justificación, y por lo tanto, a fallos *irracionales*. En cambio, en cuanto al nivel de exigencias, la teoría de la justificación plantea que el razonamiento de los jueces debe alcanzar determinados estándares para que, de esa forma, sea factible afirmar que se trata de una justificación correcta, adecuada o suficiente.

Esto pone de manifiesto que, frente a fallos indebidamente justificados, se podría hablar de un razonamiento *defectuoso*, a pesar de que la decisión por sí misma alcance el umbral de la validez jurídica[1041]. Pero además, lo anterior pone de presente que dichos estándares de motivación son necesarios para afirmar que una decisión judicial está debidamente justificada.

Véamos ahora cuáles son, o en qué consisten, en definitiva, los estándares para justificar decisiones.

La idea básica es ésta: la teoría de la justificación alude a que los jueces, al tomar sus decisiones, razonen de tal forma que su propio razonamiento pueda mostrarse como producto de un ejercicio coherente o lógico; pero, además, apunta a que las premisas que emplean sean materialmente correctas, es decir, que den cuenta debidamente de las fuentes jurídicas y de sus respectivos puntos de apoyo por medio de los cuales conceden derechos o atribuyen obligaciones.

A lo anterior responde la ya mencionada clasificación entre justificación interna y externa[1042], entendidas como aspectos o estánda-

---

[1041] Cfr. ALEXY, ROBERT, *Teoría de la argumentación jurídica*, *op. cit.*, p. 209. Podría, además de "válida", ser una decisión "justa" o "aceptable", aunque mal razonada. A esto parece referirse ARISTÓTELES cuando afirma que "es posible también alcanzar un bien mediante un razonamiento falso": *Et. Nic.*, VI, 9, 1142b 23.

[1042] La distinción proviene de JERZY WRÓBLEWSKI, "Legal Decision and its Justification", en AA.VV, *Le raisonnement juridique. Proceedings of the World Con-*

res distintos, aunque al mismo tiempo complementarios, del razonamiento de los jueces[1043]. El primero de tales aspectos (justificación interna) alude a la *estructura* del razonamiento, según la cual se mira la validez de una inferencia a partir de premisas dadas. Su objeto es "examinar la coherencia entre las premisas y la conclusión"[1044]. En tal sentido, una decisión estaría debidamente justificada internamente si se sigue *lógicamente* de las premisas que se aducen. El segundo aspecto (justificación externa) apunta a la *fuerza* o *fondo* de las propias premisas aducidas en la justificación interna. Su objeto consiste en analizar "las razones sustantivas en apoyo de cada una de las premisas que forman el razonamiento judicial"[1045]. En tal sentido, una decisión estaría debidamente justificada externamente cuando las razones empleadas por los jueces dimensionen un *contenido sustancialmente correcto*, esto es, cuando las "premisas materiales" ofrezcan un apoyo para la resolución de un problema jurídico concreto[1046].

---

gress for Legal and Social Philosophy, Bruselas, Actas del Congreso Mundial de Filosofía Jurídica y Social, ed. de Hubien, H., 1971, pp. 409-419; *ibidem*, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, *op. cit.*, en esp. pp. 57-68; también, del mismo autor, *Sentido y hecho en el Derecho*, San Sebastián, Universidad del País Vasco, trad. de J. Igartua y F. J. Ezquiaga Ganuzas, 1989; *The judicial application on law*, London, Kluwer Academic Publishers, 1992. Sobre el tema consúltese además AARNIO, AULIS, *Lo racional como razonable*, *op. cit.*, pp. 166-168; ALEXY, ROBERT, *Teoría de la argumentación jurídica*, *op. cit.*, pp. 214-222; ATIENZA, MANUEL, *Las razones del Derecho*, *op. cit.*, *passim;* del mismo autor, *Derecho y argumentación*, *op. cit.*, pp. 37-50; ITURRALDE SESMA, VICTORIA, *Aplicación del Derecho y justificación de la decisión judicial*, *op. cit.*, *passim;* BERNAL PULIDO, CARLOS, *El Derecho de los derechos*, *op. cit.*, pp. 49-51 y 61-65.

[1043] Cfr. ITURRALDE SESMA, VICTORIA, *Aplicación del Derecho y justificación de la decisión judicial*, *op. cit.*, p. 265.

[1044] *Ibidem*, p. 266.

[1045] *Ibidem*.

[1046] Cfr. ATIENZA, MANUEL, *Derecho y argumentación*, *op. cit.*, p. 45. Según JERZY WRÓBLEWSKI, la justificación interna apunta a que el fallo se siga lógicamente de las premisas aludidas como justificación: "*validity of inferences*", en tanto que la externa tiene que ver con la corrección o justificación de las propias premisas: "*the*

En síntesis, la justificación en materia judicial apunta a que las decisiones tomadas por los jueces sean el resultado de argumentos identificables y ordenados por vía de la lógica, y además, que sean relevantes y apropiados jurídicamente, por vía de su fondo o materia, para la resolución de los casos concretos. Analicemos ambos aspectos por separado.

b) La lógica formal en el razonamiento de los jueces

La forma más común para determinar la dimensión lógica en el razonamiento de los jueces ha sido el silogismo jurídico. En materia de interpretación constitucional se ha dado alguna discusión sobre si efectivamente procede allí, o puede darse, una estructura silogística como consecuencia del especial material del que disponen los jueces en este campo, el carácter generalmente elástico y abierto de las normas constitucionales y las tensiones políticas que generan su juzgamiento (II, 2; IV, 6)[1047]. Para otros autores la justificación lógica es al-

---

soundness of premisses": cfr. "Legal Decision and its Justification", cit., p. 412. La complementariedad entre ambas es aún necesaria desde estudios meramente lógicos del razonamiento humano, precisamente porque la lógica no trata simplemente sobre inferencias correctas, sino además sobre la verdad: cfr. SANGUINETI, JUAN JOSÉ, *Lógica*, *op. cit.*, en esp. pp. 147-164. La lógica antigua tenía por esto bien claro que *todo razonamiento* exige ser juzgado tanto por su materia como por su forma, y es en este sentido en el que resulta a todas luces crucial no perder de vista que ambos aspectos tratados, la justificación interna y externa, son algo así como las dos caras de un mismo problema: cómo deben razonar los jueces en los casos concretos. Algunos planteamientos sobre la importancia de *una lógica* que supere lo estrictamente silogístico, en PEÑA AYAZO, JAIRO IVÁN, "Lógica y razonamiento jurídico", en *Pensamiento jurídico. Revista de Teoría del Derecho y análisis jurídico* 8 (1998), pp. 15-21.

[1047] Hay razón en decir, como lo hace ALONSO GARCÍA, que "nadie ha utilizado expresamente el silogismo como base de la decisión constitucional", precisamente por la necesidad de dar cuenta de criterios justificativos adicionales, relacionados con la elección de las premisas que lo conforman: cfr. *La interpretación de la Constitución*, *op. cit.*, pp. 185-200. De todas maneras, la utilización de una estructura silogística ha significado para buena parte de la práctica judicial la creencia de que con ella se da pleno cumplimiento al razonamiento justificativo. CANOSA USERA

go "secundario" o meramente "trivial", porque a los jueces siempre les será posible construir *ex post* las premisas de inferencia de una decisión ya tomada de antemano[1048]. Esto adquiere una especial importancia si se considera que a una decisión injusta –o para plantearlo en términos generales, a *cualquier* tipo de decisión–, puede arribarse a través de razonamientos lógicos y mediante el seguimiento riguroso de las denominadas reglas de inferencia o coacción intelectual. Al juez le bastaría tan solo con construir el conjunto de razones que le permitan ir modelando las distintas premisas, la normativa y la fáctica, para luego derivar de ellas la conclusión lógicamente justificada.

Lo anterior puede ser ejemplarizado a la luz de algunos casos ya analizados previamente. El primero es el contenido en la sentencia C-221 de 1994, mediante la cual se tomó la decisión de despenalizar el consumo personal de drogas alucinógenas (I, 2.a)[1049]. En esta sentencia, a la Corte le bastó simplemente con fijar las premisas centrales del fallo y darles el alcance preciso que tenía en mente para que, forzosamente, se pudiera concluir que el legislador no puede imponer penas a quien consume y porta drogas para su uso personal. En

---

sostiene, en este sentido, que "subsiste hasta nuestros días el convencimiento difuso de que una buena sentencia responde siempre a un buen razonamiento silogístico", hasta tal punto que "los órganos de Justicia Constitucional procuran siempre dotar a sus decisiones de una apariencia silogística": *Interpretación constitucional y fórmula política*, *op. cit.*, p. 236. Según ÁNGEL CARRASCO PERERA, la verdad parece estar en el medio: la interpretación constitucional, desde el punto de vista metodológico, está situada a medio camino entre "la deducción estricta" (de la justicia ordinaria) y el "juicio de optimización política": cfr. "El juicio de razonabilidad en la Justicia constitucional", en *Revista Española de Derecho Constitucional* 11 (1984), p. 46. Hay que agregar, de todos modos, que tampoco el juez ordinario, o el juez que decide cuestiones no constitucionales, decide exclusivamente por medio de un silogismo.

[1048] Cfr. AARNIO, AULIS, *Lo racional como razonable*, *op. cit.*, pp. 167-168; SEGURA ORTEGA, MANUEL, *La racionalidad jurídica*, *op. cit.*, pp. 78-80; ITURRALDE SESMA, VICTORIA, *Aplicación del Derecho y justificación de la decisión judicial*, *op. cit.*, p. 402.

[1049] Sentencia C-221 de 1994, M. P. CARLOS GAVIRIA.

efecto, si la libertad humana (artículo 16 C. P.) se define en términos de "autonomía absoluta", y se entiende que el consumo de drogas es un asunto que sólo "a cada persona atañe", o que el deber de cuidado de la salud que incumbe a toda persona (artículo 49 C. P.) es un "mero deseo del constituyente, de mera eficacia simbólica", resulta claro –lógico– que las normas contenidas en el Estatuto Nacional de Estupefacientes resultaban inconstitucionales. Esta fijación de nociones constituye, desde luego, la manera de sentar las premisas universales del fallo, mediante las cuales la Corte se auto-habilita para juzgar la premisa fáctica según se trate o no de una disposición que sea contraria a lo que ella misma había ya determinado previamente.

Algo similar ocurrió, en dicha sentencia, cuando la Corte reforzó sus propios argumentos relativos a la despenalización de estupefacientes, a través de comparaciones que llevó a cabo con otros supuestos fácticos que no estaban ni están prohibidos o penalizados, como por ejemplo el alcoholismo. La única forma para que su argumentación cobrara fuerza y llevara a una única conclusión posible, residió en la calificación de semejanza que debió realizar respecto de cada uno de esos supuestos fácticos, es decir, haber *calificado* al alcoholismo como un hecho "igual" o "semejante" a la drogadicción. En tal sentido, si todos los supuestos fácticos fueron igualados (alcoholismo y drogadicción), no había razón jurídica alguna para mantener la prohibición de uno de ellos y no el del otro, o a la inversa, para permitir uno y no el otro. En su propia lógica, concluyó la Corte a este respecto que se había dado una clara discriminación de parte del legislador hacia el drogadicto:

> "¿No es acaso un hecho empíricamente verificable que la ingestión de alcohol, en un elevado número de personas, ocasiona el relajamiento de lazos inhibitorios y la consiguiente exteriorización de actitudes violentas reprimidas hasta entonces, y es factor eficiente en la comisión de un sinnúmero de delitos? ¿Por qué, entonces, el tratamiento abiertamente

distinto, irritantemente discriminatorio, para el alcohólico (quien puede consumir sin medida ni límite) y para el drogadicto?"[1050].

Sentadas las premisas en los anteriores términos se derivó, por lo tanto, la inevitable conclusión: la declaratoria de inexequibilidad de las normas que penalizan el consumo personal y porte de sustancias alucinógenas.

El otro grupo de ejemplos está constituido por las denominadas técnicas (o estrategias) de "negación" y "evasión", a propósito de las sentencias SU-047 de 1999 y C-355 de 2006. Son técnicas que surgen como consecuencia de que los jueces se ven imposibilitados de llegar a una determinada decisión porque existe ya una premisa o norma universal lo suficientemente clara o consolidada. Su utilización permite obviar la premisa, negándola o no afrontándola, para suplantarla seguidamente por aquella otra que el juez tenga en mente y le habilite el cumplimiento del paso de adecuación y derivación de la conclusión respectiva.

En la sentencia SU-047 de 1999[1051], mediante la cual se resolvió la acción de tutela interpuesta por la Representante a la Cámara Viviane Morales, y que buscaba impedir que la Corte Suprema de Justicia continuara un proceso penal en su contra (véase *supra*, I, 5.d.ii), se esperaba que la Corte Constitucional mantuviera su propia línea consolidada de precedentes sobre la materia, la cual puede ser resumida de esta forma: "Los congresistas ejercen dos tipos de funciones: la función política y la judicial. Cuando ejercen la primera, son inviolables por las opiniones y votos que emitan. Cuando ejercen la segunda, tienen las mismas responsabilidades que los jueces de la República. Asumen responsabilidad personal y penal". En esto consistió la *ratio decidendi* de las sentencias anteriores. Para la mayoría de la Corte, sin embargo, esa "manifiesta" e "inequívoca"

[1050] *Ibidem*, consid. 6.2.2.

[1051] Sentencia SU-047 de 1999, Ms. Ps. CARLOS GAVIRIA y ALEJANDRO MARTÍNEZ.

ratio no era tal. Resultó ser más bien "un *dictum*, apresurado, innecesario y desafortunado".

Con esta negación la Corte abonó el terreno *lógico* para fallar: los congresistas son irresponsables de sus actos, aun de aquellos que ejercen en cumplimiento de funciones judiciales.

En la sentencia C-355 de 2006[1052] (véase *supra*, III, 2.c) la Corte modificó su doctrina a través de no confrontar los diferentes estudios en que se basaba el soporte para la penalización del aborto, y que apuntaban al respeto pleno del *nasciturus* desde el momento de la concepción. El argumento evasivo de la Corte consistió simplemente en manifestar que la evaluación de esos estudios no era de su competencia, con lo cual pudo elaborar *su nueva* premisa mayor, determinada por la diferencia entre la vida (del *nasciturus*) y el derecho a la vida (de las personas)[1053].

Así las cosas, en fallos como los anteriores se demuestra que la justificación interna, meramente lógica, es insuficiente, y que a los jueces se les debe exigir algo más que una construcción silogística para la toma de decisiones concretas. Si nos quedáramos sólo con una justificación determinada por una derivación silogística de premisas, la mayoría de los fallos judiciales pasarían, seguramente, la prueba de su racionalidad[1054].

[1052] Sentencia C-355 de 2006, Ms. Ps. JAIME ARAÚJO y CLARA INÉS VARGAS.

[1053] Esta sentencia es interesante de analizar no sólo en cuanto a la forma de elaborar premisas mediante la estrategia de evasión, sino además en cuanto a que en ella se produce un "salto lógico" en el que la Corte, sin aducir premisas o razones, concluye que la vida y el derecho a la vida son fenómenos diferentes (véase *supra*, III, 2.c). Desde este punto de vista dicha sentencia no cumple siquiera la premonición de AARNIO según la cual a los jueces les queda fácil racionalizar sus decisiones mediante una construcción de premisas coherentes. Dicha sentencia es, desde el punto de vista de la justificación interna, defectuosa.

[1054] Sobre este punto afirma AARNIO que las grandes dificultades en el razonamiento jurídico están vinculadas a la justificación externa, es decir, a la elección y el contenido de las premisas, a la elección de los principios adecuados y a la elección

Sin embargo, la perspectiva de este cuestionamiento a la justificación interna debe ser leída desde el punto de vista del carácter insuficiente de la estructura silogística para determinar todas las dimensiones justificativas de las decisiones judiciales en general (no sólo las constitucionales), sobre lo que se ha dicho algo con anterioridad (cfr. *supra*, IV, 3.b). De ahí que resulte a todas luces pertinente no perder de vista que la justificación interna constituye sólo una dimensión de la justificación judicial, la cual debe ser complementada con la justificación externa y, como se verá más adelante, con la fundamentación.

La crítica a la lógica hay que verla, entonces, no porque sea algo "trivial" o "secundario" (que no lo es), ni innecesario (que tampoco lo es), sino más bien con el alcance indicado, por su insuficiencia. Y la razón de esto radica en que el uso del raciocinio silogístico es una natural manifestación del orden mental en la comunicación humana. En este sentido, el razonamiento humano, desde luego también el de los jueces, requiere de un orden lógico para que sea inteligible, consistente, coherente y exento de error. La lógica no es otra cosa que la manera como el pensamiento humano transcurre ordenadamente y, en cualquier ámbito de la vida humana en el que haya una manifestación de su racionalidad (esto es, interesada en el conocimiento de algo), existe la necesidad de emplear ese orden racional mediante el cual se captan las cosas[1055]. Desde esta perspectiva la lógi-

---

de los valores básicos para sustentar las decisiones: cfr. *Lo racional como razonable*, *op. cit.*, p. 168.

[1055] TOMÁS DE AQUINO define la lógica como un *arte* por medio del cual nuestros actos de la razón están dirigidos ordenadamente (con facilidad y sin error), en procura de alcanzar el conocimiento de la verdad (*In I Anal. Post.*, *prooemium*). Así las cosas, la relevancia de la lógica en el Derecho no puede ser menospreciada. El razonamiento jurídico no es nada distinto que una manifestación (especial) del razonamiento humano, esto es, implica un cierto orden en su procedimiento. Lo cual significa, con otras palabras, que hay un uso natural de la lógica, pues de lo contrario nuestros pensamientos serían confusos, ambiguos, sin sentido o simplemente incoherentes: consúltese al respecto SANGUINETI, JUAN JOSÉ, *Lógica*, *op. cit.*, pp. 17-22. Sobre la valía de la lógica deductiva en una dimensión acertada del oficio ju-

ca ofrece elementos cruciales para determinar si una inferencia es correcta o no lo es, o si un razonamiento es válido o inválido[1056].

La exigencia de contar con una *lógica jurídica* (exigencia de orden en cualquier ámbito racional) no agota el razonamiento práctico, justamente en cuanto no es provisoria de una corrección sustancial o material de las premisas utilizadas en una argumentación de este tipo. Pero, a su vez, los argumentos de fondo utilizados exigen una coherencia y corrección formal adecuada para su propia inteligibilidad. Esta mutua implicación del fondo y de la forma de una argumentación jurídica puede llevar, incluso, al planteamiento de una lógica distinta o especial del razonamiento práctico, que apunte al orden mental expositivo, pero que incluya, a su vez, los elementos de la justificación material o externa, o que den cuenta de criterios justificativos en la elección de las premisas de fondo que sustentan la decisión adoptada. Propuestas de este tipo se han dado a lo largo del pensamiento jurídico, todas las cuales han apuntado a señalar que el razonamiento en el Derecho está sometido a principios y reglas prácticas especiales, mediante las cuales resulta posible fundamentar correctamente, por su forma y fondo, las proposiciones normativas (juicios de valor y de deber ser) en la toma de las decisiones jurídicas concretas[1057].

De cualquier modo, el carácter insuficiente de la lógica significa que no determina toda la justificación de los fallos judiciales, porque

---

dicial, véase VIGO, RODOLFO L., "Razonamiento justificatorio judicial", cit., pp. 490-495; y MASSINI, CARLOS IGNACIO, *La prudencia jurídica*, *op. cit.*, pp. 73-75.

[1056] Cfr. ITURRALDE SESMA, VICTORIA, *Aplicación del Derecho y justificación de la decisión judicial*, *op. cit.*, pp. 378-381.

[1057] Tales han sido los casos, por ejemplo, de la *lógica deóntica* de VON WRIGHT (cfr. VON WRIGHT, GEORGE H., *Deontic Logic* [1951], ed. cast. *Lógica deóntica*, Valencia, trad. de J. Rodríguez Marín, Cuadernos Teorema, 1979, *passim*), la *lógica de lo razonable* de RECASÉNS SICHES (cfr. *Nueva Filosofía de la interpretación del Derecho*, *op. cit.*, en esp. pp. 142-144, 173-177 y 277-291) o la llamada *lógica informal* u operativa de TOULMIN (cfr. TOULMIN, STEPHEN, *The Uses of Arguments* [1958], Cambridge, Cambridge University Press, 1969, *passim*).

sólo alude a la corrección *formal* de la argumentación empleada en ellos. Por supuesto, dado precisamente este carácter formal, a la lógica no se le puede exigir un cometido distinto[1058]: su finalidad no consiste en determinar el *peso* propio de las razones con las cuales se construyen las premisas que llevan a la decisión, ni explicar los motivos por los cuales los jueces toman sus decisiones[1059].

Como síntesis de lo dicho, puede manifestarse que el carácter insuficiente de la lógica formal no implica sostener su desaparición del razonamiento práctico o su irrelevancia. Mediante la justificación interna se pueden corroborar las exigencias de la deducción de premisas, tanto aquellas que provienen de una regla del Derecho positivo como aquellas que no lo hacen, lo cual permite advertir la cadena deductiva en el propio ejercicio motivacional de los jueces[1060]. En este sentido, los modelos prácticos del razonamiento jurídico sostienen que la justificación *interna* facilita evaluar la coherencia que puede darse entre las razones y la decisión tomada, la motivación coherente usada por el juzgador en el uso de enunciados normativos de carácter general y la conclusión particular derivada de allí.

[1058] Cfr. PEÑA AYAZO, JAIRO Iván, "Lógica y razonamiento jurídico", cit., pp. 15-18; VIGO, RODOLFO L., "Razonamiento justificatorio judicial", cit., p. 491. Un estudio importante de la lógica jurídica es el de KALINOWSKI, GEORGES, *Introducción a la lógica jurídica. Elementos de semántica jurídica, lógica de las normas y lógica jurídica*, Buenos Aires, Eudeba, trad. de J. L. Casaubón, 1973. Para una explicación de la necesidad de las reglas de la lógica en el proceso judicial y su posible reconstrucción mediante un silogismo, véase, por todos, ASÍS ROIG, RAFAEL DE, *Jueces y normas*, *op. cit.*, en esp. pp. 105-176.

[1059] Cfr. ITURRALDE SESMA, VICTORIA, *Aplicación del Derecho y justificación de la decisión judicial*, *op. cit.*, p. 382.

[1060] Cfr. ALEXY, ROBERT, *Teoría de la argumentación jurídica*, *op. cit.*, p. 220.

c) La justificación externa, o el "peso" o "fuerza" de las razones judiciales

Para la mayoría de los expositores del razonamiento práctico la justificación externa completaría las exigencias del razonamiento de los jueces. Su objetivo central consiste, como se ha dicho, en articular razones de fondo que sustenten las decisiones judiciales. Sobre esta idea básica hay que considerar al menos tres cosas: en primer lugar, qué significan las "razones de fondo"; en segundo lugar, cuáles son las clases o tipos de razones de fondo y cómo son discriminadas por los jueces en los casos concretos. Por último, si existen algunas exigencias o requisitos para dicha discriminación. A esto se ordenan los siguientes tres apartados.

i. Las razones justificativas como buenas razones

La primera cuestión relevante está en determinar qué puede entenderse por "razones de fondo". Una decisión judicial, de hecho, puede ser tomada mediante el uso de *distintas razones de fondo*. La teoría de la justificación externa intenta resolver este problema a través de la idea según la cual las razones aducidas sean *buenas razones*. Por lo tanto, una decisión judicial estaría justificada externamente cuando se aducen (o pueden ser aducidas) *buenas razones* en su favor. En términos de AARNIO, la cuestión capital de la justificación externa radica en que las decisiones judiciales estén "tan bien argumentadas como sea posible"[1061].

Como es natural, aparece ahora una segunda cuestión problemática, cuya aproximación implicará recorrer un largo trecho: qué puede entenderse por *buenas razones* o por una decisión "tan bien argumentada como sea posible". Desde un punto de vista práctico del razonamiento jurídico la solución a esta cuestión no puede

---

[1061] AARNIO, AULIS, "La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico", cit., p. 31.

hacerse mediante definiciones o fórmulas exactas. La índole o naturaleza del saber jurídico implica más bien la exigencia de contextualizar su significado. En esta perspectiva, AARNIO parece tener razón cuando manifiesta que existen serios problemas en establecer cuáles son los criterios para delimitar el uso y elección de los enunciados interpretativos que servirán de base material a la decisión, pues en última instancia ellos dependen de la propia comprensión del intérprete, de "las normas y valores a los cuales uno se atiene en la justificación"[1062].

Ahora bien, esta dificultad puede ser obviada en principio mediante una idea aproximada. Consiste en decir que las buenas razones son aquellas que articulan o formulan las fuentes o títulos de los derechos y las obligaciones concretas. Ésta es una explicación acertada, porque al final de cuentas los derechos y obligaciones se justifican –y la decisión no es otra cosa que determinar esto– por la presencia de sus propias fuentes, o en otro sentido, porque no existen derechos y obligaciones sin causas (IV, 5.c.i).

Sin embargo, desde el punto de vista de una perspectiva práctica del razonamiento jurídico, hay que agregar que las fuentes jurídicas no pueden ser "leídas" desde una ubicación "por fuera" de los casos concretos, esto es, sin tomar en consideración sus propias particularidades y datos que los conforman, como quedó explicado con anterioridad (véase *supra*, IV, 4). Desde este punto de vista, una decisión "bien argumentada" exige algo más que un simple acto de "articulación" o "formulación" de fuentes jurídicas, o para decirlo de otra manera, exige hacer esto último pero de cara a los hechos y datos constitutivos del problema.

Esto permite precisar la explicación precedente en el siguiente sentido: las buenas razones judiciales se refieren tanto a los hechos o datos que constituyen los casos, como a las fuentes de los derechos y las obligaciones. Propiamente dicho, la justificación externa consiste

---

[1062] AARNIO, AULIS, *Lo racional como razonable*, *op. cit.*, p. 167.

en *relacionar* una cosa y la otra, o bien, el esfuerzo por mostrar dicha relación[1063].

Por otro lado, debe repararse en que las razones que pueden ser aducidas para justificar una decisión no están determinadas de antemano, no constituyen una especie de *catálogo cerrado*, ni presentan una estructura *prima facie* jerarquizada[1064]. Esto podría dificultar la respuesta del significado de las buenas razones en la medida en que parece plantear un abanico ilimitado y además indiscriminado de posibilidades de argumentación. Sin embargo, la cuestión no es así de grave si se toma en consideración la base de la explicación del párrafo anterior, cuyo entorno no es otro que la perspectiva hermenéutica ya analizada previamente (IV, 3). En efecto, si justificar una decisión judicial responde a una tensión que sólo puede ser dilucidada desde las coordenadas problemáticas de un caso concreto (IV, 3.c), resulta obvio que el punto de partida para diseñar, por denominarlo así, las razones justificativas, sea el problema mismo, con todas las peculiaridades y especificaciones que le son propias.

Ahora bien, plantear como punto de partida el problema mismo no es plantear un carácter *ilimitado* de razones, sino más bien un carácter *abierto*, que es algo bien diferente. Un carácter abierto quiere decir que el problema jurídico, a la vez que delimita algo, también permite candidatizar como posibles muchas razones justificativas en igualdad de condiciones. Las *buenas razones*, en consecuencia, habría que buscarlas en ese contexto amplio, más no ilimitado, de los casos concretos. Y esto vale también para la jerarquización de las razones: en ese abanico *amplio* y *abierto* de posibilidades, el juez tendría como obligación primordial discriminarlas, de tal forma, que soporten debidamente la decisión alcanzada. Esto quiere decir, con otras palabras, que las razones justificativas terminan fi-

---

[1063] Señala AARNIO que "el núcleo de la decisión judicial es la interconexión de las cuestiones de hecho con las cuestiones normativas": cfr. *ibidem*, p. 44.

[1064] Cfr. ITURRALDE SESMA, VICTORIA, *Aplicación del Derecho y justificación de la decisión judicial*, *op. cit.*, p. 279.

nalmente jerarquizadas, no desde *el sistema* (*prima facie*), sino desde las coordenadas del caso concreto, es decir, terminan siendo "ubicadas de acuerdo a su pertinencia para resolver el caso". Precisamente, la justificación externa consiste en *ese esfuerzo* de los jueces por mostrar que las razones *elegidas* (discriminadas) constituyen *buenas razones* para decidir[1065].

Todo lo anterior contrasta radicalmente con las explicaciones que ofrecen los modelos *estándar* sobre la interpretación jurídica, como se ha tenido oportunidad de analizar en otra parte (IV, 2). Pero aún hay algo más al respecto. Si las explicaciones anteriores son ciertas, resulta obligado decir que las *buenas razones* están sujetas a pasar por el *filtro*, con toda la carga que esto supone, de la mirada personal del intérprete: su propia experiencia como juez, sus coordenadas históricas, sus precomprensiones y, desde luego, también su participación en el *mundo jurídico* al que pertenece (IV, 3.c). La clave de este tercer motivo no es otro que poner de manifiesto la inevitable *dependencia* que las razones justificativas poseen respecto de los jueces, particularmente el carácter relevante de sus valoraciones. En dicho sentido, las anteriores dimensiones justificativas (relacionadas con las fuentes jurídicas y con los hechos constitutivos del caso concreto) se supeditan en cierto modo a este paso por el filtro de las valoraciones judiciales.

Podría pensarse que esto último es darle rienda suelta a la subjetividad, en la medida en que las razones justificativas terminan dependiendo, en último término, del código y escala personal de valores de cada uno de los jueces. En tal sentido, las *buenas razones* po-

---

[1065] Si bien esta idea concuerda con los postulados de la hermenéutica, no debe pasarse por alto que las razones justificativas de los jueces *suelen responder* a una jerarquía *prima facie*, como consecuencia de estar arraigadas en una tradición en la que *suele existir* una determinación previa de las mismas (*vía* codificación). Sin embargo, lo que se quiere hacer notar en este punto es que tal jerarquía no puede constituirse, para el juez, en una especie de "camisa de fuerza" u orden riguroso, precisamente porque su "lectura" –y en general el "diseño" de las *buenas razones*– no tiene sentido sin considerar el caso concreto.

drían ser *cualquier cosa* (por ejemplo una *mala* razón), porque habría surgido de *cualquier valor personal* que posean los jueces. Esto constituye, sin lugar a dudas, el aspecto más complejo de la justificación externa[1066], debido principalmente –aunque no exclusivamente, según se verá después– a que su tratamiento exige considerar cuestiones adicionales de la mayor importancia[1067]. Por cierto, la tesis central de esta investigación busca demostrar que existen serios reparos si se intenta responder al significado de las "buenas razones", con carácter exclusivo, desde la teoría de la justificación externa. Más aún se busca demostrar que el problema capital del oficio de los jueces no sólo está determinado por el uso de "buenas razones", sino además por la relación entre éstas y las "buenas decisiones" que se tomen, asunto que la mayoría de las veces, o bien es dejado de lado, o simplemente no es abordado con la suficiente atención que requiere (véase *infra*, VI, 6.b). No está demás señalar que la mayoría de los casos constitucionales analizados en esta investigación presentan como telón de fondo el problema enunciado. Hay valoraciones judiciales, desde luego, *arbitrarias*; y hay decisiones judiciales articuladas sobre la base de *malas razones*.

Ahora bien, desde el punto de lo que debe ser tratado en este apartado, y al margen de consideraciones específicas y críticas (vinculadas a los modelos ya vistos sobre el razonamiento práctico), la cuestión no parece tan grave si se repara una vez más en algunas de las explicaciones anteriores. En efecto, hablar de *valoraciones* en todo proceso de decisión judicial no es nada distinto que sostener, bajo otra perspectiva, el terreno *práctico* en el que se mueve el razonamiento jurídico: elección de medios, evaluación de alternativas y distintas formas de regular conductas y, así mismo, el carácter moral-

---

[1066] Cfr. AARNIO, AULIS, *Lo racional como razonable*, *op. cit.*, p. 239; *ibidem*, "La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico", cit., p. 34.

[1067] Cfr. MORESO, JOSÉ JUAN, *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, *op. cit.*, pp. 185-188.

mente relevante del Derecho y la riqueza de la realidad jurídica (V, *passim*).

Estas notas permiten plantear como un aspecto legítimo de todo proceso judicial el juzgamiento *diverso* de los diferentes elementos que lo conforman, porque existen muchas formas alternativas de valorar, *correctamente*, la conducta jurídica humana o las normas pertenecientes a un ordenamiento jurídico. Si bien tiene plena operatividad el requisito de la discriminación anteriormente anotado, entendido como el deber de los jueces de elegir buenas razones *a pesar* o *aun* de sus propias valoraciones, es perfectamente viable que distintos jueces realicen una diversa discriminación de razones, sin que por esto haya de ser calificada una de ellas (*prima facie*) como la *única* razón disponible o correcta[1068]. La cuestión, como ya fue apuntado en el capítulo anterior, tiene que ver con la mayor o menor intensidad de una respuesta correcta, o con la posibilidad de encontrar formas de actuación racionalmente atrayentes, es decir, objetivamente buenas, aunque realizables de distinta manera (véase *supra*, V, 5.b y c). La principal consecuencia que deriva de esto, es que pueden existir *distintas formas* de justificar decisiones judiciales dentro de un contexto, si bien amplio, de limitaciones posibles.

[1068] El caso de una ley "ordinaria" que exige a los medios de comunicación obtener una autorización previa del Ministerio de Comunicaciones para difundir informaciones relacionadas con actividades terroristas, podría ser declarada inconstitucional si los jueces valoran como una buena razón el hecho de no haber sido expedida por los trámites de una ley "estatutaria". Pero nada obsta para que otro grupo de jueces valore la inconstitucionalidad desde otros estándares, por ejemplo, porque la ley es contraria a la prohibición de censura establecida en la Constitución. Esto fue lo que ocurrió en la Sentencia C-425 de 1994, M. P. JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ. La mayoría de la Corte basó la inconstitucionalidad en la primera razón, que fue articulada sobre la base de los artículos 152 y 153 de la Constitución, que regulan la materia propia y los requisitos de las leyes "estatutarias". Para quienes aclararon el voto (Ms. JORGE ARANGO, EDUARDO CIFUENTES, CARLOS GAVIRIA y ALEJANDRO MARTÍNEZ), dicha inconstitucionalidad debía encontrar sustento en el artículo 20 de la Constitución, el cual garantiza el derecho de fundar medios masivos de comunicación y la prohibición expresa de la censura.

Así mismo, la dimensión valorativa en el proceso de decisión judicial encuentra un invaluable respaldo si se retoma la idea, como sostiene la perspectiva hermenéutica, de la figura de un juez que a la par de sus precomprensiones, también ejerce su oficio desde su participación en *un mundo jurídico* al que pertenece (IV, 3). Esto permite plantear, aunque sólo sea *prima facie*, un aspecto limitativo adicional en las posibilidades de valoración, pues desde esta perspectiva el juez, lejos de ser un "demiurgo arbitrario", encuentra que sus propias valoraciones están siendo limitadas, o en su caso, confrontadas, con un contexto normativo previo[1069]. Así, a pesar de su propia escala personal de valores, un juez está obligado, por ejemplo, a respetar precedentes judiciales *prima facie*, a menos que tenga suficientes razones de peso para no hacerlo, lo cual resulta especialmente significativo en casos como el de la Representante Morales o el aborto, estudiados anteriormente. Como afirma KAUFMANN, desde la hermenéutica no se da "la palabra a un subjetivismo sin límites, sino que lleva siempre consigo el significado de una tradición a la que va ligado el sujeto que comprende"[1070]. A todo esto, desde luego, se deben agregar ulteriores criterios, lo cual será dejado para más adelante cuando se estudie la "fundamentación" del razonamiento jurídico.

ii. Las clases de razones justificativas

Si bien el significado de qué sean las *buenas razones* justificativas (o una decisión "tan bien argumentada como sea posible") dista bastante de haberse agotado, las explicaciones precedentes han permitido ubicarlas en un contexto más definido. En efecto, se puede afirmar que una decisión judicial está justificada externamente me-

---

[1069] Cfr. OLLERO TASSARA, ANDRÉS, *¿Tiene razón el Derecho?, op. cit.*, pp. 241 y 245.

[1070] KAUFMANN, A., *Fünfundvierzig Jahre erlebte Rechtsphilosophie* (1991), citado por ANDRÉS OLLERO TASSARA, *ibidem*, p. 245, n. 143.

diante el uso de varios tipos de razones. Las razones justificativas son razones que operan como soporte material o *ratio* de la decisión. Son premisas o argumentos que inquieren, determinan, establecen, corroboran, etc. las fuentes de los derechos y obligaciones, cuya elección depende tanto de las circunstancias o datos específicos de cada caso, como del entorno personal del intérprete (*su mundo* del cual participa) y sus propias valoraciones de los elementos que lo conforman[1071].

Esto puede ser apreciado aún mejor si se formulan algunas clasificaciones sobre los "tipos" de razones que son aducidas por los jueces para justificar sus decisiones. Valga aclarar que con esto, con la formulación de "clases" o "tipos" de razones, no se incurre en contradicción alguna respecto de lo dicho atrás sobre un catálogo *abierto*, pues su objetivo está más bien circunscrito a delimitarlas según las distintas "dimensiones" o "problemas" del proceso judicial.

Muchos autores presentan su propia clasificación en este mismo sentido. Es el caso de ALEXY, quien considera que son de tres tipos o clases: las "reglas de Derecho positivo", los "enunciados empíricos" y las "premisas que no son ni enunciados empíricos ni reglas de Derecho positivo"[1072]. También ITURRALDE, quien destaca las razones "lingüísticas", "empíricas", "institucionales" y "valorativas"[1073]. Una clasificación adicional, algo más detallada, es la propuesta por

---

[1071] Es oportuno anotar que en la realidad de los casos concretos la justificación externa no suele presentarse de una forma tan simple o básica como la sugerida en los ejemplos considerados anteriormente. Más bien aparecen *cadenas de razonamientos* (distintos "tipos" de razones lógicamente entrelazadas), que son usadas para la determinación de cada uno de los aspectos que conforman el problema jurídico. Sobre el particular véase AARNIO, AULIS, "La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico", cit., p. 29; VIGO, RODOLFO L., "Razonamiento justificatorio judicial", cit., p. 492.

[1072] Cfr. ALEXY, ROBERT, *Teoría de la argumentación jurídica*, *op. cit.*, p. 222.

[1073] Cfr. ITURRALDE SESMA, VICTORIA, *Aplicación del Derecho y justificación de la decisión judicial*, *op. cit.*, pp. 289-294.

SUMMERS: las divide en "sustantivas" (razones por ejemplo morales, económicas, políticas), "autoritativas" (fuentes jurídicas), "factuales" (sobre hechos), "interpretativas" (enunciados jurídicos que admiten alternativas) y "críticas" (que sirven para criticar aspectos de las anteriores)[1074].

Estas clasificaciones están de algún modo destinadas a ubicar los argumentos judiciales según los distintos aspectos o problemas que atraviesan los casos y la forma de comprenderlos desde la perspectiva personal o propia de los jueces. Un intento por simplificar lo anterior podría hacerse a través de la misma estructura planteada en el apartado previo: las razones justificativas de los jueces se refieren tanto a los hechos del caso (dimensión fáctica), al material jurídico (dimensión regulatoria), a las valoraciones de los jueces (dimensión axiológica) y a la manera de relacionarlas entre sí.

Esta forma simplificada no contradice las clasificaciones anteriores, especialmente si se considera que la "manera de relacionarlas entre sí" permite incluir distintos tipos de razones relevantes para determinar algún aspecto o problema surgido dentro del proceso judicial. Esto parece ser cierto con relación a las razones "lingüísticas", "interpretativas" o "críticas": son razones eventualmente relevantes en todas las etapas del proceso. Por otro lado, la dimensión *fáctica* es correspondiente con los "enunciados" o "razones empíricas" y "factuales". La dimensión regulatoria se relaciona con las "reglas de Derecho positivo" (junto a sus respaldos y concreciones, que vendrían a ser la que ALEXY llama "premisas que no son enunciados empíricos ni reglas de Derecho positivo"[1075]), las razones "institucionales"

[1074] Cfr. SUMMERS, ROBERT, "Two Types of Substantive Reasons: The Core of a Theory of Common-Law Justification", *Cornell Law Review* 63 (1978), pp. 707-788. Un estudio importante sobre distintos modelos de argumentación jurídica, en los cuales aparecen distintas tipologías, es el de ATIENZA, MANUEL, *Las razones del Derecho*, *op. cit.*, *passim*.

[1075] Estos respaldos y concreciones no son otra cosa que "reformulaciones de normas", tal como lo explica MANUEL ATIENZA: cfr. *Las razones del Derecho*, *op. cit.*, p. 166.

y las "autoritativas". Y, por último, la dimensión axiológica plantea las razones que ITURRALDE denomina "valorativas", SUMMERS "sustantivas" (e incluso las "críticas"), y ALEXY las supone para todo el proceso de justificación[1076].

Por encima de la clasificación adoptada, la idea básica consiste, como queda dicho, en mostrar la existencia de diferentes tipos de razones según los distintos aspectos considerados en los procesos judiciales. Así, brevemente, en cuanto a la dimensión propiamente fáctica los autores plantean como explicación básica la exigencia de emplear todas aquellas razones que soporten la fijación y prueba de los hechos. La cuestión, ciertamente amplia, puede ser determinada a través del uso de métodos provenientes de las ciencias empíricas y la cooperación interdisciplinaria, las máximas de la experiencia, las reglas de la presunción racional y, en general, de todos los medios de prueba que conduzcan a su determinación[1077].

En cuanto al material jurídico o dimensión regulatoria, la mayoría de los expositores considera que la forma de llevar a cabo la justificación externa y, consecuentemente, el tipo de razones aducidas allí, depende de si estamos en presencia de un caso "fácil" o un caso "difícil" (cfr. *supra*, II, 4). La justificación de un caso "fácil" consistiría en aducir una razón autoritativa (SUMMERS), una razón institucional (ITURRALDE), o lo que viene a ser lo mismo, una regla de Derecho positivo (ALEXY), para lo cual bastaría mostrar su conformidad con los criterios de validez del ordenamiento jurídico. Una regla de Derecho positivo significa en este contexto un *mensaje normativo*

[1076] Con un par de variaciones, la clasificación propuesta, en las tres dimensiones y su relación mutua, partió de las explicaciones de RODOLFO VIGO sobre la "materia" de la interpretación jurídica: cfr. su obra *Interpretación jurídica*, *op. cit.*, pp. 19-25.

[1077] Sobre el particular, véase ASÍS ROIG, RAFAEL DE, *Jueces y normas*, *op. cit.*, pp. 125-160; ITURRALDE SESMA, VICTORIA, *Aplicación del Derecho y justificación de la decisión judicial*, *op. cit.*, en esp. pp. 318-351. Una brevísima explicación del tema, aunque suficiente, en ALEXY, ROBERT, *Teoría de la argumentación jurídica*, *op. cit.*, pp. 224-225.

claro o con la suficiente exactitud de aplicabilidad (en contraste con aquellas normas, como los principios, que presentan un entorno de aplicabilidad complejo: cfr. II, 3.d).

Para quienes plantean la existencia de casos fáciles, sin embargo, el problema de si la razón aducida necesita o exige justificación puede parecer redundante, pues bastaría simplemente referenciar la regla y *aplicarla* al caso concreto. Al margen de las críticas ya esbozadas desde la comprensión hermenéutica (IV, 3.e), sobre la distinción entre casos judiciales fáciles y difíciles, la cuestión parece estar mal planteada porque se asume que aducir una regla de Derecho positivo no significa aducir una justificación (desde el punto de vista externo)[1078]. O, para decirlo en otro sentido, la justificación sólo operaría sobre la base de enunciados de respaldo a normas distintas a las "reglas de Derecho positivo" (*v. gr.*, los principios). Una perspectiva hermenéutica plantearía las cosas de otra forma: una decisión tomada sobre la base de una regla de Derecho positivo constituye o podría constituir un respaldo justificativo, no propiamente porque el caso sea "fácil" o por la "claridad" de dicha regla, sino porque en torno suyo resulta posible captar (comprender) su pertinencia como regla que soporta *justamente* (o justificadamente) una decisión. Acá vale la premisa según la cual lo relevante está en que frente a una decisión soportada en una regla de Derecho positivo se aduzcan razones o *puedan ser aducidas* razones en su favor (véase *supra*, VI, 2.b).

Para los casos difíciles los autores plantean la exigencia de hacer uso de razones adicionales que permitan determinar, por vía de argumentos y criterios interpretativos diversos, las reglas aplicables y sus soportes respectivos. Este planteamiento es más interesante que

---

[1078] Así lo da a entender, por ejemplo, VICTORIA ITURRALDE: cfr. *Aplicación del Derecho y justificación de la decisión judicial*, *op. cit.*, pp. 290-291. Esta postura está ampliamente arraigada en las teorías estándar del Derecho (*supra*, II) que plantean, a partir de la distinción entre casos fáciles y difíciles, dos sentidos de interpretación jurídica, como aplicación y creación del Derecho respectivamente (II, 4; III, 3.b; IV, 2-4).

el anterior, porque exige a los jueces explicitar argumentos de respaldo que permitan hacer viable el acto de interpretación y demostrar que el fallo alcanzado es materialmente correcto, plausible o justo. Como es natural, acá juegan de forma crucial las razones valorativas y la "manera de relacionar" las distintas dimensiones del proceso judicial. El uso de enunciados de respaldo, si bien podría ser tan amplio como sea el problema considerado (*v. gr.*, razones morales, políticas, económicas y críticas al estilo de las planteadas por SUMMERS), permite considerar formas ulteriores de discriminación según el tipo principal de razón de la que se trate. A esto apuntan, por ejemplo, las reglas de concreción o respaldo enunciadas por ALEXY para explicar las "premisas que no son enunciados empíricos ni reglas de Derecho positivo". Se trata de un conjunto de reglas o directrices interpretativas, mediante las cuales distintos problemas son iluminados o clarificados para determinar con mayor precisión el soporte principal que es aducido como base de la decisión. Por ejemplo, si la cuestión radica en justificar una decisión a través de una norma jurídica, aparece de inmediato la necesidad de vincular razones adicionales que depuren o sustenten su viabilidad como razón vinculante para decidir. Acá aparecen tanto los cánones o criterios de interpretación, como las formas especiales de argumentación jurídica (*v. gr.*, los argumentos *a simili* o *analógico*, *a contrario*, *a fortiori*, etc.), el uso de enunciados dogmáticos (doctrina o ciencia del Derecho) cuando su uso sea posible, o el respaldo de la decisión a través de la cita de precedentes judiciales u otras fuentes jurídicas concretas[1079]. Este grupo de razones puede además tener una mayor especificación, dependiendo del área jurídica de la que se trate, tal como fue ejemplarizado para el caso de la interpretación constitucional, en donde aparecen técnicas especiales de decisión sobre los

---

[1079] Cfr. ALEXY, ROBERT, *Teoría de la argumentación jurídica*, *op. cit.*, pp. 222-272. Esta clasificación es meramente enunciativa. Cada autor, en realidad, formula su propia lista de "fuentes" y "criterios" de acuerdo a distintos parámetros, aunque todos apuntan, por supuesto, al mismo objetivo de respaldo o justificación señalado.

derechos (*v. gr.* los recurrentes "test" de igualdad y libertad) y principios hermenéuticos más específicos (*supra*, IV, 5.c.iii).

iii. Las exigencias de la justificación externa

Si bien el espectro racional en materia judicial ha resultado ser bastante amplio, según las consideraciones acabadas de hacer, lo cierto es que también han surgido algunas reglas o exigencias de delimitación en su uso, las cuales de algún modo permiten a los jueces llevar a cabo un ejercicio más depurado de la interpretación jurídica. Aunque no agoten ni precisen plenamente el significado de las buenas razones –lo que es imposible de hacer desde una perspectiva práctica de tanta riqueza–, dichas exigencias pueden ser consideradas como pautas de la justificación externa, posibilitando de esa forma controlar, hasta donde sea posible, la argumentación aducida como soporte de las decisiones judiciales.

Así, por una parte, y ligado a lo que en otro lugar se había caracterizado como "lo dado" en el proceso de interpretación jurídica, se plantea que el razonamiento de los jueces sea articulado sobre la base de los datos constitutivos del caso concreto. Se trata de los hechos y fuentes jurídicas disponibles, en el contexto de tradiciones, usos, regulaciones, etc., a las que pertenecen los propios intérpretes (IV, 3.c). En dicho sentido, todo lo que los jueces posean como "propio", su forma particular de ver el problema, tanto sus precomprensiones como su subjetividad (VI, 2.c), se presenta como un aspecto delimitado por el contexto de juicio, valga decir, por el *objeto* o *materia* sobre la cual versa el ejercicio mismo de interpretación.

Nótese, además, que tanto "lo dado" como "lo propio" no tienen por qué ser considerados como dimensiones contrapuestas, al menos si se parte de la idea ya analizada suficientemente sobre el *mundo propio*, la cultura jurídica y el contexto de tradiciones a las que pertenecen los jueces. En dicho sentido, "lo dado" es también parte de ese mundo que los jueces se han *apropiado* de alguna manera. De acuerdo con este esquema, surgen dos exigencias iniciales

de la justificación externa, que pueden ser enunciadas, respectivamente, de la siguiente forma: (i) la exigencia o requisito de *pertinencia* (una buena razón se articula sobre la base de considerar las circunstancias o elementos del caso concreto), y (ii) la exigencia de respetar *prima facie* la cultura jurídica propia o los *estándares consolidados* en su respectiva tradición jurídica.

Por otra parte, ha sido reiterativo en los apartados anteriores el llamado elemento de *discriminación* entre razones judiciales, según el cual la justificación externa, a partir de un conjunto plural o abierto de razones no jerarquizadas, exige al intérprete un ejercicio de discriminación entre ellas para seleccionar una que pueda ser empleada como una *buena razón*, o bien, como una razón que prevalece sobre las otras para soportar la decisión. Debe decirse que acá hay algo más que una elección entre varias alternativas: lo que hay es un intento por mostrar que la razón elegida constituye una buena razón (o una *razón inteligente*) para la solución del problema jurídico. La prevalencia de una razón justificativa significa que respecto de ella se han eliminado las posibles excepciones que le puedan caber, que ha sido de alguna manera depurada o confrontada con razones alternativas o contradictorias y que, en dicha depuración o confrontación, ha demostrado ser la candidata más idónea para soportar la decisión respectiva. A esto se le conoce con el nombre de "condiciones de refutación" de un argumento, lo que da lugar a una tercera exigencia de la justificación externa: (iii) un argumento (o razón) será más completo(a) o estará mejor discriminado(a) cuantas más condiciones de refutación se contemplen[1080]. Esta exigencia apunta, por ejemplo, a que los jueces no den por sentadas, o no pasen de largo, aquellas premisas que sean contrarias a sus posiciones o que constituyan posibles excepciones a la aplicación de una razón que tengan en mente (*v. gr.* frente a la estrategia "evasiva" vista para el caso contenido en la sentencia C-355 de 2006).

[1080] Cfr. TOULMIN, STEPHEN, *The Uses of Arguments*, *op. cit.*, p. 101.

Estrechamente ligado a lo anterior, debe señalarse que la prevalencia de una razón justificativa requiere que respecto de ella sean aducidas todas las premisas que le pertenezcan, valga decir, que sean examinados todos los respaldos y argumentos interpretativos relevantes para decidir con base en la razón respectiva. La importancia de esta exigencia radica fundamentalmente en la necesidad de aducir criterios de respaldo a la razón principal aducida, por ejemplo, mediante el señalamiento de normas jurídicas de apoyo y los cánones de interpretación, las formas especiales de argumentos o los diferentes criterios que orientan una práctica interpretativa consolidada (IV, 5.c.ii y iii). Esta cuarta exigencia se denomina (iv) "requisito de saturación" y puede ser enunciada de la siguiente manera: una razón será más completa o estará más discriminada cuantos más criterios de respaldo se aduzcan en su favor[1081].

Una quinta exigencia –que en esta tesis doctoral resulta de la mayor importancia– surge a partir del postulado de la *comunicabilidad* de las razones prácticas: (v) una justificación judicial debe hacer explícitas cada una de las premisas o razones que configuran o soportan la decisión respectiva. El propósito de esta regla –que bien podría formar parte del conjunto de *reglas básicas* de la argumentación práctica (en general)–, consiste en hacer frente a las motivaciones ocultas de los jueces (VI, 2.b y c), o lo que es lo mismo, al recurrente "ropaje justificativo" (III, *passim*). Esta regla puede además ser completada con la exigencia de (vi) compatibilidad entre las razones aducidas y entre éstas y la decisión, pues como es natural, toda regla de conducta dispuesta como obligatoria por los jueces (*decisum*) requiere un respaldo justificativo en una causa o fuente que así lo determine (*ratio decidendi*).

Si bien es posible plantear exigencias adicionales, o incluso, como sucede entre algunos autores, una especificación mayor a través

---

[1081] Cfr. ASÍS ROIG, RAFAEL DE, *Jueces y normas*, *op. cit.*, p. 118; ALEXY, ROBERT, *Teoría de la argumentación jurídica*, *op. cit.*, p. 236; BERNAL PULIDO, CARLOS, *El Derecho de los derechos*, *op. cit.*, pp. 64 y 71-72.

de reglas más detalladas (caso por ejemplo de ALEXY), en los seis anteriores criterios parecen confluir las principales exigencias en la elección de premisas con las cuales se construye la justificación externa[1082]. Como se dijera al comienzo, estas seis exigencias son algo así como las pautas mínimas que podrían hacer efectivo el control de las argumentaciones judiciales.

Claro está, no por una mayor o menor especificación de exigencias o reglas se garantiza un ejercicio judicial responsable, ni se solucionan siempre o en todos los casos los problemas relacionados con las decisiones correctas o justas. El siguiente apartado está destinado a mostrar, precisamente, que las exigencias de la justificación externa, siendo tan importantes, pueden resultar insuficientes en determinados casos concretos, lo cual lleva a incorporar el criterio de la fundamentación de las propias razones justificativas.

4. LA INSUFICIENCIA DE LA SOLA JUSTIFICACIÓN EXTERNA

La teoría de la justificación constituye un importante instrumento para detectar decisiones judiciales formalmente *incorrectas* o

---

[1082] Si bien se han usado denominaciones o fórmulas explicativas distintas, estas exigencias en algo coinciden con las cinco "condiciones de la justificación externa" que señala VICTORIA ITURRALDE. Para esta autora, en efecto, una justificación debe ser: (i) no entimemática (que todas las premisas sean explícitas); (ii) suficiente (que contenga las condiciones de refutación); (iii) completa (que cumpla el requisito de saturación); (iv) consonante (con la naturaleza de las premisas justificadas) y por último, (v) que entre las razones exista compatibilidad: cfr. ITURRALDE SESMA, VICTORIA, *Aplicación del Derecho y justificación de la decisión judicial*, *op. cit.*, pp. 286-287. De estas cinco condiciones se han rescatado cuatro (se ha exceptuado el requisito de *consonancia*, que parece algo superfluo, o al menos supuesto en el uso del lenguaje justificativo general), y se han agregado dos, que derivan propiamente del contexto hermenéutico presentado a lo largo de este trabajo: pertinencia y respeto *prima facie* por la cultura jurídica (desde la perspectiva de ITURRALDE este último aparece dentro del requisito de la justificación "suficiente", el cual se ha reservado en este trabajo para "las condiciones de refutación").

indebidamente justificadas por su fondo. Desde luego, la teoría por sí misma requiere ser puesta a prueba en los casos particulares y concretos, en los cuales se pueda evidenciar que tanto la estructura argumentativa como el uso de razones materiales responden al cabal cumplimiento de las condiciones y exigencias allí referidas. Si bien ambas dimensiones son complementarias en el razonamiento de los jueces, como se vio en el apartado anterior, resulta más fácil llevar a cabo una evaluación sobre las cuestiones lógicas que sobre el peso propio de las razones. Esto no implica, según se dijo, que la justificación interna sea menos importante, sino más bien que aquella "facilidad" es consecuencia del "tipo" de reglas de las que trata la justificación interna, las que sólo apuntan a corroborar un vínculo meramente formal de unión de las premisas con la conclusión[1083]. Con la justificación externa, en cambio, sucede algo más complicado: sus exigencias no están destinadas a verificar un vínculo de inferencias, sino, por el contrario, están referidas a la propia construcción o determinación de las premisas con las cuales se han de llevar a cabo las inferencias lógicas respectivas. Y en este aspecto, sobre todo por la dimensión valorativa presente en el proceso de decisión judicial, aparecen demasiadas variables en juego. Intentemos desarrollar este argumento con la mayor extensión posible.

a) La justificación externa ante determinados casos concretos

Se podría plantear sobre lo anterior que, precisamente, las exigencias recién formuladas permiten aminorar las dificultades en la justificación externa, en la medida en que operan como reglas que buscan la delimitación o depuración de las razones de fondo, y que, por lo demás, brindan suficientes pautas para controlar los argumentos materiales que los propios jueces realizan en los casos concretos.

[1083] Como sostiene GEORGES KALINOWSKI, se trata de raciocinios "de coacción intelectual", mediante los cuales se *comprueban hechos* o se *infieren normas*. Cfr. *Introducción a la lógica jurídica, op. cit.*, pp. 145-150.

Hay razones para considerar que dichas exigencias, en principio, permiten lograr estos objetivos. Incluso los dos diferentes modelos del razonamiento práctico, a pesar de estar en desacuerdo en algunos temas cruciales, convergen en torno a que la teoría de la justificación constituye una invaluable herramienta para evaluar las decisiones judiciales de manera correcta (incluidos sus aspectos materiales o de fondo). En la superficie, la gran mayoría de los casos judiciales que pudieran ser debatidos por una y otra postura, muy seguramente pasarían en similares términos un test de comprobación de las exigencias articuladas a partir de la teoría de la justificación, al margen de las razones usadas o de la propia decisión tomada en ellos (en cuanto respuesta correcta). Esto se comprende, nuevamente, porque la base práctica sobre la cual se plantea la naturaleza del razonamiento jurídico en ambos modelos implica como posible, por una parte, la diversidad de buenas razones discriminadas según las exigencias de la justificación externa (el "abanico amplio" de razones justificativas), y la diversa manera de configurar correctamente una decisión judicial.

Sin embargo, las cosas se complican cuando se profundiza o se intenta determinar el fondo mismo de las exigencias de la justificación externa y el significado de una respuesta correcta y, además, cuando estas cosas se hacen de cara a determinados casos concretos. Hablar de "determinados casos concretos" no implica simplemente que sean controvertidos, o lo que las teorías estándar del Derecho clasifican como "difíciles". Hay casos no controvertidos (o "no difíciles", en el sentido de las teorías estándar) que bien podrían implicar algunas dificultades a la hora de determinar el grado de consistencia práctica de una razón justificativa.

Un ejemplo sencillo puede ilustrar este punto. Hoy en día, en nuestra época, nuestra cultura, nuestras tradiciones, nuestros acuerdos, nuestras legislaciones nacionales o internacionales, nuestros estudios, etc., se acepta fuera de toda controversia la prohibición de la esclavitud. No es difícil hacer uso de las exigencias de la justificación externa para que coincidan, en su desarrollo, en esta misma prohibición. Los argumentos para ello pueden fácilmente ser saturados y,

además, estar acompañados de diferentes condiciones de refutación. Hoy en día existen muchas y muy buenas razones para considerar que la esclavitud debe ser prohibida por el Derecho.

¿De qué dependen, sin embargo, esas *buenas razones* contra la esclavitud? Una respuesta inmediata es la que, precisamente, afirma que dicha prohibición responde a un ejercicio de justificación externa. El problema de esta respuesta reside, sin embargo, en la posibilidad de que cambie el "contexto" en el que se formulan las razones justificativas sobre la esclavitud. Podrían surgir, en efecto, nuevas discusiones sociales, nuevos acuerdos o estudios que busquen o hagan viable la aparición de legislaciones que la permitan, que lleven a que, por ejemplo, las condiciones de refutación incorporen alguna excepción para imponer la esclavitud a determinado grupo de personas, por las razones que sean. En este nuevo "contexto", al haberse modificado tanto el supuesto fáctico –determinado grupo de personas– como la normatividad excepcional aplicable, la exigencia de la pertinencia de las razones justificativas es fácilmente ajustable, junto al hecho de ser saturadas de distinta manera a como se saturan en el contexto de la prohibición. No resultaría difícil, además, hacer explícitas dichas nuevas razones y hacerlas compatibles con la decisión adoptada. ¿Sería posible calificar, en ese nuevo e hipotético contexto, las razones que justifican la esclavitud como "buenas razones"?

Si no fuera por la "clase" a la que pertenece el ejemplo propuesto, la pregunta parece aludir a una petición de principio. Pero la cuestión es más profunda. Podrían ser considerados, claro está, muchos otros ejemplos de esa misma clase: prohibición de crímenes de lesa humanidad; prohibición de la tortura; prohibición de imponer penas crueles, inhumanas o degradantes; prohibición de eliminar selectivamente una parte de la población por razones de raza, etc., casos sobre los cuales no existen desacuerdos en cuanto a su prohibición. Ahora bien, en casos distintos a estos, en los que no se violenten tan claramente bienes fundamentales, la respuesta que alude al contexto de la justificación externa parece ser, en cambio, suficiente y completa: si se modifica el contexto de justificación –por ejemplo,

aparecen nuevas condiciones para el pago de los impuestos–, no habría mayores reparos en sostener que las buenas razones deben ser articuladas sobre la base de una nueva justificación: antes se justificaba el pago de los impuestos de esta manera, pero hoy se justifica dicho pago de esta otra.

¿De qué depende que, en un caso como el de los impuestos, sea suficiente la respuesta que alude al contexto de la justificación externa, mientras que en casos como el de la esclavitud no? La cuestión apunta, desde luego, a si existen o no, o si pueden ser consideradas o no, algunas prohibiciones en un sentido absoluto o pleno, sin restricciones, al margen de los distintos "estudios", "opiniones", "acuerdos" y "legislaciones" que surjan en consideración a ellas. Pero, a su vez, la cuestión señala que, frente a este caso u otros similares que hoy no son controvertidos, la teoría de la justificación es insuficiente al hacer depender sus razones del contexto específico en el que surge, porque tales casos pudieron en otros tiempos ser controvertidos, o pueden llegar a serlo en épocas posteriores (más adelante se expondrán ideas similares a la luz de algunos casos "controvertidos"). La teoría de la justificación está obligada, con otras palabras, a articular nuevas reglas o exigencias, distintas a las anteriormente formuladas, para sostener que al margen de tales contextos, frente a prohibiciones absolutas no existe la más remota posibilidad de hacer concesiones, o que los diferentes estudios, opiniones, discusiones o legislaciones que se hayan dado o podrían darse sobre determinados bienes humanos fundamentales, poseen límites o condiciones objetivas que, por lo mismo, siempre deben ser observadas.

En este sentido último, las exigencias de la justificación externa tendrían que suponer como *condición inicial* previa para su propia viabilidad, algún estándar que "delimite" o "fije" lo que puede ser "pertinente", "saturado", "refutado", "aceptado" comunitariamente (los límites, por ejemplo, de las formas de vida), o formulado como premisas "compatibles" para resolver los casos concretos.

b) Los criterios de justificación en los modelos procedimentales

Podría decirse que la teoría de la justificación externa elaborada por los modelos procedimentales ofrece salidas a los cuestionamientos anteriores. En primer lugar, si se toman las reglas de fundamentación de ALEXY se podría sostener que la prohibición absoluta de la esclavitud ha sido consolidada como prohibición precisamente porque ha perdido la justificación que en otra época tenía y, además, agregarse que no existen condiciones de socialización justificables (hoy en día) para que sea regulada en sentido contrario (ver *supra*, V, 4.c). Estas reglas en algo se parecen a la exigencia del respeto *prima facie* a los estándares consolidados en una respectiva tradición jurídica. Sin embargo, por las mismas razones anteriores, estas reglas dejan intactas las objeciones porque su punto de referencia es el mismo: así como se ha consolidado dicha prohibición y hoy no existen condiciones de socialización justificables, nada impide que las cosas no hayan podido ser diferentes, o que no puedan ser distintas y radicalmente contrarias en otros tiempos.

Pero, en segundo lugar, podría sostenerse que a pesar de lo anterior resulta necesario conjugar nuevas reglas que condicionen de alguna manera los extremos posibles de una discusión, las cuales aparecen formuladas, claramente, por los modelos procedimentales. Dichas reglas harían parte de las reglas del discurso práctico general, que en ALEXY juegan un papel determinante incluso para la justificación externa (V, 4.d). Son particularmente importantes aquellas reglas que delimitan las participaciones de las partes en un plano de igualdad de condiciones y de no coerción interna y externa[1084]. Así, por ejemplo, la regla de la coherencia, que aparece reformulada por ALEXY tanto para las reglas fundamentales[1085] como para las reglas de

---

[1084] Cfr. ALEXY, ROBERT, *Teoría de la argumentación jurídica*, *op. cit.*, pp. 136-137 y 187-190.

[1085] Cfr. *ibidem*, pp. 185-187.

fundamentación[1086]. Dicha regla alude al denominado principio de universalidad o intercambio de roles de HARE: "[Q]uien afirma una proposición normativa que presupone una regla para la satisfacción de los intereses de otras personas, debe poder aceptar las consecuencias de dicha regla también en el caso hipotético de que él se encontrara en la situación de aquellas personas"[1087].

Pues bien, estas reglas proporcionan elementos más prometedores que los anteriores porque tendrían en cuenta el argumento del participante afectado por la norma de la esclavitud, como los efectos y consecuencias que para todos los participantes traería consigo. En tal sentido, no sería propiamente una norma surgida por imposición de una autoridad, sino determinada por vía de una discusión seria y establecida en condiciones ideales. Las reglas así formuladas llevarían a sostener que en tanto nadie esté dispuesto a aceptar una condición de esclavitud para sí mismo, no podría estarlo frente a los demás. Pero también cabría plantear la hipótesis contraria: ¿y qué pasaría si esto no ocurre?[1088]. Alguien o algunos podrían, en efecto, estar dispuestos a vivir como esclavos –por alguna utilidad que crean obtener (protección, seguridad, etc.)–. Una hipótesis así lleva a manifestar, necesariamente, que el principio de universalidad, tal como está formulado, se queda corto ante situaciones en las que algunos participantes insistan seriamente en aceptar un trato desigual o en sufrir algún daño que cobije alguno de sus derechos fundamentales.

[1086] Cfr. *ibidem*, pp. 197-199.

[1087] *Ibidem*, p. 198.

[1088] El interrogante es aún válido a pesar de que se llegue a aceptar la "autonomía" del otro como un participante en igualdad de condiciones, que es lo que ALEXY parece tener en mente cuando intenta "elevar" las condiciones de la discusión práctica con los esclavos. Una persona es autónoma, dice ALEXY, cuando "actúa según reglas y principios que él mismo juzga como correctos luego de una suficiente evaluación". El punto central, entonces, estriba en que alguien "autónomamente" persistiera en vivir en esas condiciones, por las razones que fueran. Sobre el tema véase ALEXY, ROBERT, "¿Derechos Humanos sin metafísica?", cit., p. 20 (por la versión alemana), y p. 9 (por la versión en castellano).

Si bien ALEXY, como se verá luego, posee argumentos adicionales para contrarrestar lo anterior, no se debe pasar por alto esto que se acaba de señalar, la incapacidad del principio de sentar límites sustanciales a lo discursivamente posible. La Sentencia C-221 de 1994 ofrece una pauta importante al respecto, si bien está referida a un tema distinto del anterior, de esos que más adelante se denominarán "controvertidos" (la dosis personal de estupefacientes: I, 2.a). Allí se hace un detenido análisis de la libertad humana en la configuración de sus propios proyectos de manera autónoma, en donde se apela también a la necesidad, si el Estado así lo considera, de ejecutar un provechoso modelo de educación que persuada a las personas sobre las graves consecuencias que acarrea el consumo de drogas. Pero, sostiene la Corte, si tal persuasión no llegara a ocurrir, "[si] una sociedad de hombres educados y libres resuelve vivir narcotizada, nada ético hay que oponer a esa decisión"[1089]. El argumento es bien interesante para su comparación: si una sociedad de hombres educados y libres, que además sean participantes de una discusión práctica en condiciones ideales de cumplimiento de sus reglas, decide vivir esclavizada, nada ético habría que oponer a esa decisión.

El símil podría no ser el más adecuado de todos si se toman en cuenta las distinciones entre ambos casos y si se conviene en que no es lo mismo vivir "narcotizado" que vivir "esclavizado". Pero, ¿será esto cierto? O por el contrario, ¿podrá hacerse dicha comparación sin mayores problemas? Cualquiera sea la respuesta dada a estos interrogantes (se pueden comparar, no se pueden comparar) supone sin embargo, necesariamente, algún estándar de distinción que permita afirmar por qué en un caso la regla no tendría aplicación mientras que en el otro sí la tendría, o por qué ambos casos sí serían comparables. ¿Existen estándares para evaluar la mayor o menor gravedad de ambos? ¿Puede la libertad humana persistir en vivir esclavizada?

[1089] Sentencia C-221 de 1994, M. P. CARLOS GAVIRIA, consid. 6.2.5.

La Sentencia C-089 de 1994[1090] muestra hasta dónde está dispuesta a llegar la Corte Constitucional en temas como este. En efecto, al sostener que la "democracia" (como principio fundamental del régimen de Estado colombiano) es una forma de tomar decisiones, sostiene al propio tiempo que es compatible incluso con su aniquilación, vía por ejemplo de una tiranía (I, 4.d.iii). Quiere entonces decir que la democracia podría contemplar como posible una tiranía si se cumplen sus procedimientos para llevar a cabo dicha elección. Por "tiranía" debe entenderse lo que es, lo que supone y lo que podría suponer: esclavitud, torturas selectivas, supremacía de una raza, etc. Aunque suenen absurdos, estas cosas tienen un gran trasfondo: quien quiera sostener que la democracia se establece sobre la base de unos mínimos, tiene que acompañarlo (o suponer que existen) argumentos o explicaciones adicionales. Desde este punto de vista las reglas de decisión como las aducidas sobre la base del discurso práctico general requieren ser articuladas sobre nuevas bases y explicaciones. Por sí solas no son capaces de obviar los problemas implicados en hipótesis como las anteriores.

c) El criterio de la "extrema injusticia"

La crítica anterior no supone ni implica sostener que en la teoría alexyana se dé rienda suelta a cualquier tipo de normas o disposiciones injustas. Es más, ocurre todo lo contrario. Hay suficientes elementos que permiten afirmar sin lugar a ninguna discusión que casos no controversiales como el de la esclavitud, la tortura o la discriminación racial no podrían ser admitidos bajo ningún punto de vista[1091]. ALEXY ofrece varios argumentos importantes, uno de ellos relacionado con la vinculación que hace de la teoría del discurso a

---

[1090] Cfr. sentencia C-089 de 1994, M. P. EDUARDO CIFUENTES.

[1091] Véase una expresa indicación al tema del esclavo en ALEXY, ROBERT, *Teoría de la argumentación jurídica*, *op. cit.*, pp. 137-138.

"elementales exigencias de la razón práctica"[1092], consistiendo la primera y principal en garantizar los derechos humanos y los procedimientos del Estado constitucional democrático[1093]. Por lo tanto, en razón de una materia específica –derechos humanos– y en razón de un especial régimen político –democracia constitucional– no hay posibilidad sustancial alguna de justificar reglas como las anteriores.

El segundo argumento importante que ofrece ALEXY está contenido en sus discusiones con el positivismo jurídico, que buscan demostrar que existe algún tipo de relación necesaria entre la Moral y el Derecho[1094]. Se trata del denominado argumento de la *injusticia extrema*, que ALEXY estudia a partir de la conocida fórmula de RADBRUCH "la injusticia extrema no es derecho"[1095]. El argumento consiste llanamente en sostener la no juridicidad de normas jurídicas sobre la base de haber alcanzado un cierto umbral de injusticia. Por debajo del umbral pueden darse confrontaciones entre la Moral y el Derecho sin que por esto se niegue el carácter jurídico de las normas.

La cuestión siguiente es saber en qué consiste ese umbral de la extrema injusticia. Si bien ALEXY no lleva a cabo un desarrollo pormenorizado del asunto –más bien son explicaciones algo zigzagueantes– ofrece en todo caso algunas indicaciones importantes, que pue-

---

[1092] ALEXY, ROBERT, *Teoría del discurso y derechos humanos*, *op. cit.*, p. 54.

[1093] Cfr. *ibidem*.

[1094] Cfr. ALEXY, ROBERT, *El concepto y la validez del derecho*, *op. cit.*, en esp. pp. 33-85. Véase también su artículo "Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal. La doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del Muro de Berlín", trad. de A. D. Oliver-Lalana, publicado en *Doxa* 23 (2000), pp. 197-230. Un estudio a fondo del tema en VIGO, RODOLFO L., *La injusticia extrema no es derecho (de Radbruch a Alexy)*, Buenos Aires, La Ley, 2006.

[1095] El tema está desarrollado en RADBRUCH, GUSTAV, *Filosofía del Derecho*, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 4ª. ed., trad. de J. Medina Echeverría, 1959, pp. 100 ss. Véase así mismo, su escrito "Arbitrariedad legal y Derecho supralegal", en *ibidem*, *Relativismo y* Derecho, Bogotá, Temis, trad. de L. Villar Borda, 1999, pp. 25-42.

den ser esquematizadas de la siguiente forma: (i) se trata de una situación excepcional (extrema), porque traspasa "exigencias morales mínimas" que tienen que ver con el "núcleo de derechos humanos elementales"[1096]; pero además (ii) puede ser fundamentada racionalmente[1097], y en caso de no ser posible, (iii) se puede aducir una praxis jurídica anclada en la tradición de los derechos humanos[1098]. Agrega también que (iv) "cuanto más extrema sea la injusticia, tanto más seguro su conocimiento"[1099], a todo lo cual (v) hay que presuponer "por lo menos, una ética rudimentaria, no relativista"[1100].

En estas indicaciones hay suficientes elementos para sostener una base más sólida que la que ALEXY mismo propone desde las coordenadas de las reglas del discurso práctico, por mucho que no la haya desarrollado más detenidamente. Una lectura comparativa de los argumentos anteriores y las reglas del discurso lleva a plantear algunas debilidades o, en el mejor de los casos, omisiones involuntarias que tendrían que estar articuladas en unos y otras. En efecto, las implicaciones que surgen a partir del argumento de los derechos humanos y de la extrema injusticia son de tal magnitud que la fundamentabilidad de la discusión práctica tendría que hacer mención expresa de una nueva exigencia. Bien sea por vía del principio de universalidad, de las condiciones de socialización no justificable o de los puntos de partida de toda discusión práctica –o de los tres– (V, 4.c; 4.g), la exigencia consistiría en afirmar que la justificabilidad de cualquier cosa debe reposar sobre la base cierta del respeto a estándares mínimos de moralidad, al núcleo de los derechos humanos, o sobre la base cierta de que no se están discutiendo cuestiones que conlleven a una extrema injusticia. Sin esta mención, expresa y clara,

---

[1096] Cfr. ALEXY, ROBERT, *El concepto y la validez del derecho*, *op. cit.*, pp. 54 y 67.

[1097] Cfr. *ibidem*, p. 54.

[1098] Cfr. *ibidem*, pp. 55 y 67.

[1099] *Ibidem*, p. 57.

[1100] *Ibidem*, p. 59.

a dicha exigencia, la teoría del discurso incurre en un grave defecto. Es decir, quien quiera seriamente participar de una discusión sobre estándares mínimos no puede sostener, por ejemplo, que el fundamento de una discusión racional son las "convicciones normativas de los participantes fácticamente existentes"[1101]. Está claro que para ALEXY *este punto de partida* no supone una legitimación de cualquier cosa por vía del discurso; sin embargo, tal punto de partida es demasiado débil frente a su tesis de los derechos humanos, en los que, según las indicaciones precedentes, hay núcleos no disponibles.

Ahora bien, al margen de esta consideración, el desarrollo zigzagueante que hace ALEXY de la extrema injusticia, al tiempo que ofrece pistas importantes, deja también muchas cosas sin responder, particularmente las relacionadas con qué casos pueden realmente ser considerados de una "extrema injusticia", o en qué casos las "exigencias morales mínimas" (o indisponibilidad del núcleo de los derechos humanos) operarían como condición o *prius* de una discusión práctica. En esto ya no es tan importante el caso de la esclavitud o las prácticas nazis de aniquilación selectiva de un grupo de personas, que es el ejemplo que ALEXY tiene en la mira. Podrían ser considerados casos controversiales como el aborto (una aniquilación selectiva de un grupo de personas), que quizá para muchos podría ser *una forma aún más extrema de injusticia* que la esclavitud, al menos si se considera que el esclavo entraría en condiciones dialógicamente posibles a una eventual discusión práctica. El esclavo, con otras palabras, puede *fácticamente* formular una pretensión de corrección, de la cual el *nasciturus* se ve *fácticamente* imposibilitado. La indicación según la cual "cuanto más extrema sea la injusticia, tanto más seguro su conocimiento", no puede hacernos perder de vista que el verdadero problema no está dado por lo que sea o no fácticamente controversial, sino por los estándares sustanciales sobre los cuales medimos lo más o lo menos extremo.

[1101] ALEXY, ROBERT, *Derecho y razón práctica*, *op. cit.*, p. 65.

Por supuesto, la pretensión de corrección, ahora acompañada de una ética rudimentaria, no relativista, clarifica aspectos centrales con relación a los casos que conciernen una extrema injusticia. Pero así como los clarifica, al mismo tiempo deja intactas las objeciones anteriores hasta tanto no se explique qué es una ética rudimentaria no relativista y cuáles son sus implicaciones. Una ética no relativista es un elemento muy sugestivo como para pensar que sólo tiene aplicación en casos sobre la injusticia extrema (supongamos que hay una clarificación de ALEXY sobre esto y que se refiere, efectivamente, a casos no controvertidos como la prohibición de la esclavitud o los crímenes de los nazis). Pero así como parecería operar sobre este tipo de casos, qué razón habría para que una ética no relativista, aun rudimentaria, no fuera planteada en relación con los demás casos "controvertidos" en los que hay bienes fundamentales en disputa. No hay que olvidar que aun aquellos casos hoy "no controvertidos", fueron controvertidos hace 75 o 150 años. Al esclavo se le negó su condición de persona en la conocida decisión de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, *Dred Scott v. Sandford* (1856), en donde se le calificó como "propiedad del amo"[1102]. Así las cosas, ¿en qué se puede sustentar una actitud que concede como principio epistemológico el conocimiento de verdades mínimas para unos casos, pero no para otros? ¿Será que el criterio o estándar termina siendo, precisamente, el de la "controversia" o "no controversia"? ¿Qué significa, por cierto, un caso "controvertido" o una mayor o menor controversia? (*infra*, VI, 4.d).

Si el criterio clave es en última instancia el de la "no controversia" de casos, esto conlleva, necesariamente, a tener que abandonar la tesis del "umbral de injusticia" por inoperante, es decir, porque la tesis no dice nada por sí misma, sino que, más bien, está sujeta a qué tantos acuerdos o no controversias susciten casos como el de la esclavitud o el de los crímenes nazis. Igual suerte corre el criterio clasi-

---

[1102] *Dred Scott v. Sandford*, 60 U. S. 393 (1856).

ficante de una "ética no relativista". Frente a mínimos morales no se puede ser, con otros términos, "no relativista a medias", o relativista de forma "rudimentaria". Una vez más, el punto acá no es qué piensa ALEXY sobre ese otro tipo de casos que hoy generan controversia, sino sobre las explicaciones que emplea para soportar la tesis de la extrema injusticia[1103].

d) Las argumentaciones "solventes" a partir de la justificación externa

Toda esta discusión ha puesto de manifiesto un dato trascendental: que las reglas o exigencias de la justificación externa no son suficientes para articular *en todos los casos* una discriminación entre buenas y malas razones, ni son suficientes si no están acompañadas de presupuestos adicionales desde los cuales su empleo no termine siendo un pretexto "justificatorio" en manos de jueces inescrupulosos. Aun en casos no controvertidos en los cuales se presenta

---

[1103] La tesis de ALEXY ha servido para mostrar en esta investigación algunas debilidades de la teoría del discurso y de los supuestos débiles que la apoyan. Cabe señalar, sin embargo, que al igual de lo que ocurre con la tesis de la injusticia extrema, existen algunos elementos de su teoría que podrían ser indicativos de que ALEXY plantea mínimos –hasta cierto punto objetivos– que servirían de base para *cualquier argumentación posible*. Es la conclusión, por ejemplo, que puede ser advertida en su *Teoría del discurso y derechos humanos*, cuando afirma que la racionalidad discursiva presupone el "cumplimiento de algunos derechos fundamentales y derechos humanos no políticos", tales como "el derecho a la vida, a un mínimo existencial y a una cierta enseñanza" (p. 135). Véase además su tesis, allí mismo, de la teoría del discurso como una forma de "rastreo" de ese "potencial racional existente en la realidad humana", a lo que agrega que, en ese sentido, la teoría del discurso persigue la "ilustración sobre la naturaleza del hombre y se encuentra en eso, pero solamente en eso, en la tradición del derecho natural" (*ibidem*, p. 89). Sobre estos interesantes puntos en la teoría de ALEXY véase, por todos, VIGO, RODOLFO L., *La injusticia extrema no es derecho (de Radbruch a Alexy), op. cit., passim.* De todas formas, a pesar de estos *promisorios apartes*, las explicaciones siguen siendo esencialmente "gaseosas" y "zigzagueantes". Por encima de todo, está claro que su obra, desde el punto de vista crítico acá considerado, supera las explicaciones de AARNIO, a quien se ha estudiado a su lado (V, 5.b).

una extrema injusticia, la exigencia de contar con ulteriores presupuestos permite llevar a cabo una discriminación adicional de las razones aducidas para soportar una misma decisión correcta.

Pero, al igual que en ese tipo de casos, dichos presupuestos son necesarios para todos los demás. Esta exigencia debe ser entendida al margen de la controversia que pueda darse en casos determinados, y también al margen de si solamente se trata de casos sobre derechos humanos o fundamentales (sobre esto se volverá luego). Ahora bien, el empleo de la figura de los "casos determinados" y, principalmente, de aquellos en los que están involucrados bienes básicos o fundamentales de las personas, es importante (muy importante, por cierto) porque en virtud de ellos se puede apreciar con más facilidad la insuficiencia de las solas reglas de la justificación externa y la exigencia de tener presupuestos adicionales para su resolución. La razón de esto no está simplemente en las implicaciones que posee la materia juzgada en relación con la persona humana y la sociedad, sino principalmente por la forma de su regulación, generalmente elástica y abierta, dispuesta en normas constitucionales (II, 2). Desde esta perspectiva, el juicio sobre derechos fundamentales implica tomar en consideración una especial situación de tensión entre su propia efectividad y los límites hasta los cuales pueden los jueces extender o contraer su regulación. Si no se cuentan con elementos adicionales no habría forma de plantear límites a la extensión o contracción de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales. El riesgo, como es lógico, radica en el carácter "tramposo" de la interpretación constitucional (I, 1), que encuentra en la idea de las normas constitucionales de textura abierta el principal pretexto para hacerla descansar sobre cualquier tipo de argumentos o razones.

Desde unas coordenadas epistemológicas distintas a las establecidas acá, BERNAL PULIDO ha empleado una expresión afortunada para dar cuenta de lo que parece ser el problema de todas las reglas de la justificación externa: ellas dependen en último término de una

"argumentación solvente" de los jueces[1104]. Si bien son reglas que en la mayoría de los casos pueden ser vistas como exigencias sobre cuestiones de fondo o sustanciales, su propia generalidad las hace ser portadoras de tantas alternativas (de cara principalmente a normas de textura abierta), que por sí solas no logran llevar a cabo su propuesta original de discriminación entre buenas y malas razones articuladas en virtud suyo. Una "argumentación solvente" quiere precisamente hacer notar esa generalidad y esas tantas alternativas. El riesgo, una vez más, es que una argumentación solvente en manos de ciertos jueces es portadora de demasiadas cosas. La relación de argumentos surgidos a su amparo podría legitimar cualquier decisión, ya que sólo bastaría con ofrecer, como dice ITURRALDE, *algún* argumento en su apoyo[1105]. Desde esta perspectiva, puede tener razón ATIENZA cuando señala que reglas como las establecidas por los modelos de argumentación práctica (tiene en mente tanto las de ALEXY como las de MACCORMICK, que en esta investigación se han denominado "modelos procedimentales") terminan siendo criterios meramente formales del razonamiento práctico, y que por esto mismo no es difícil que distintas respuestas frente a un caso concreto (téngase presente el caso de los mínimos de los derechos fundamentales) pasen la prueba de un test de racionalidad[1106].

[1104] Cfr. BERNAL PULIDO, CARLOS, *El Derecho de los derechos*, *op. cit.*, pp. 48-49.

[1105] ITURRALDE SESMA, VICTORIA, *Aplicación del Derecho y justificación de la decisión judicial*, *op. cit.*, p. 279.

[1106] Cfr. ATIENZA, MANUEL, *Las razones del Derecho*, *op. cit.*, pp. 215-216. Estas reflexiones de ATIENZA están dentro de su capítulo "Proyecto de una *Teoría de la argumentación jurídica*" y su importancia estriba en que, si bien no maneja los mismos elementos de crítica que hasta ahora se han ofrecido en esta investigación, promueven sin embargo la necesidad de que la *Teoría de la argumentación jurídica* se desarrolle sobre bases más sólidas e incorpore criterios más definitivos. ATIENZA apenas esboza algunas indicaciones al respecto: que se trate de una teoría que no tenga un "carácter puramente o esencialmente formal", sino más bien, que incorpore "necesariamente contenidos de naturaleza política y moral".

No es difícil ejemplarizar esto a través del caso del aborto. Como se viera en otro lugar, la "estrategia evasiva" empleada por la Corte Constitucional colombiana en la Sentencia C-355 de 2006 llevó a considerar que se habían violado al menos siete reglas del discurso práctico propuesto por ALEXY (*supra*, III, 2.c), reglas que por lo demás son en gran medida coincidentes con las exigencias de la justificación externa establecidas previamente (o al menos pueden ser reconducidas a éstas). En realidad, habría violado todas esas seis reglas propuestas anteriormente, porque (i) omitió considerar todos los elementos del caso concreto; (ii) no se atuvo ni siquiera *prima facie* a los estándares consolidados en la tradición jurídica colombiana; (iii) no consideró las condiciones de refutación para depurar sus propias razones frente a las alternativas contrarias; (iv) no saturó sus propias razones al no tener en cuenta la *ratio decidendi* de las decisiones anteriores; (v) no pasó la prueba de la *comunicabilidad de las razones* cuando produjo el salto conceptual entre el respeto a la vida y el derecho a la vida; y por último, aunque el tema no fue considerado en esta investigación, (vi) no se dio una compatibilidad entre las razones aducidas y la decisión, al menos en relación con dos temas, la "improcedencia de la objeción de conciencia institucional" y la "aplicabilidad inmediata de la sentencia sin necesidad de previa reglamentación", asuntos que no fueron debatidos por los Magistrados, sino incorporados (¿carácter "tramposo" de la interpretación constitucional?) a la sentencia en el momento de su redacción (lo que ocurrió varios meses después del fallo)[1107].

[1107] Esto se puede constatar no sólo acudiendo a las "Actas Oficiales" de los debates surtidos en la Corte Constitucional, sino además a la expresa mención que sobre el particular hacen los dos salvamentos de voto por separado (Ms. MARCO GERARDO MONROY y RODRIGO ESCOBAR, y M. ÁLVARO TAFUR). Un estudio a fondo del asunto en HOYOS CASTAÑEDA, ILVA M., "Entre la realidad y el poder de los jueces: un fallo injustificado", en FORERO FORERO, CLAUDIA, HOYOS CASTAÑEDA, ILVA y MORA RESTREPO, GABRIEL, *Trampas argumentativas constitucionales. Epílogo de una sentencia*, Bogotá, Temis, 2007.

Quien adopte el modelo procedimental debiera llegar, al menos en cuanto a este punto se refiere, a la conclusión según la cual la estrategia empleada por la Corte es defectuosa y, más aun, que al tratarse de un argumento determinante en el desarrollo posterior del caso, la decisión a la que finalmente arribó carece de una debida justificación racional. Pero supongamos que la Corte hubiese observado con total rigor las reglas de la justificación externa y que, en tal sentido, hubiese incorporado *estudios serios* y *rigurosos* que no sólo soportaran su nueva posición, sino además que le hicieran frente a los estudios incorporados en las decisiones anteriores. Supóngase además que hubiese saturado sus premisas a través de variados criterios interpretativos (cánones), que haya intentado al menos demostrar su respeto a los estándares consolidados, que no haya incurrido en "saltos conceptuales" o incompatibilidades entre lo discutido y lo decidido y que, por si fuera poco, haya empleado la "estrategia de arrepentimiento" (cfr. *supra*, I, 5.d.ii; III, 2.b). Supóngase todo lo demás. ¿Querrá esto decir que la decisión de despenalizar el aborto se convalida justificativamente?

Los modelos procedimentales se ven en aprietos en este punto. Si ATIENZA tiene razón, y si, por otra parte, la tesis de los criterios adicionales es viable, significa que la modificación de un precedente consolidado termina siendo apenas una *regla formal* de la argumentación jurídica, y en este sentido la Corte puede fundamentar el cambio acudiendo a una argumentación "solvente" de signo contrario. El caso del aborto, no está demás decirlo, es significativo precisamente porque en torno suyo se han *aducido* distintos estudios para su aprobación o penalización. Por encima del "valor" de cada uno de ellos, el ejemplo es también importante porque se trata de un tema particularmente controvertido (no formaría parte, al menos a comienzos del siglo XXI, de lo que ALEXY denomina una *extrema injusticia*). Un tema controvertido no es nada distinto que la posibilidad de que sean aducidas premisas "empíricas, analíticas y normativas" que no han logrado ser compartidas en un diálogo universal: no pasan las pruebas de su justificación sobre la base de las condi-

ciones de socialización (V, 4.c). Así las cosas, cada parte de la discusión mostrará la mayor valía de su respectivo estudio en comparación con el estudio contrario; pero al estar ambos "empatados", no queda más remedio que aceptar su propia corrección interna por la ausencia de referentes discriminatorios adicionales. Termina entonces siendo válida la premisa siguiente: en casos controvertidos sobre derechos fundamentales, como el aborto, *toda respuesta*, cualquiera sea su resultado, y por más contradictoria que sea con otra, es correcta con tal que se aduzcan razones o argumentos solventes en su respaldo[1108]. En este sentido, sólo queda como criterio de explicación última de la corrección de un fallo constitucional, el criterio ya referido por WALKER en relación a la regla de la mayoría (en su crítica a la forma extraña de plantear justificaciones desde premisas como las anteriores: III, 5.c). Esta es, por ejemplo, una evidente conclusión de AARNIO: "En la decisión de un caso difícil se debe tratar de alcanzar una solución tal y una justificación tal que la mayoría de los miembros racionalmente pensantes de la comunidad jurídica pueda aceptar esa solución y esa justificación"[1109].

En consecuencia, la pretensión de corrección que ofrece un modelo como el procedimental, al no contar con soportes adicionales, puede ser reconstruida con los siguientes criterios: a) una decisión constitucional es "correcta sólo si está correctamente justificada"[1110]; b) una decisión constitucional está correctamente justificada si respeta "las reglas de la lógica" (justificación interna) y si "valora correctamente los argumentos interpretativos" del caso concreto (justificación externa)[1111]; c) en un caso como el del aborto, al ser po-

---

[1108] Véase al respecto, para una clara comprensión de los problemas que suscita esta forma de razonamiento jurídico, el trabajo de TOLLER, FERNANDO, "Refutaciones lógicas a la teoría de los conflictos de derechos", cit., *passim*.

[1109] AARNIO, AULIS, "La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico", cit., p. 37.

[1110] Cfr. BERNAL PULIDO, CARLOS, *El Derecho de los derechos*, *op. cit.*, p. 61.

[1111] Cfr. *ibidem*.

sible valorar correctamente los argumentos interpretativos de signo contrario ("argumentación solvente"), la justificación correcta descansa en su propia corrección.

Llegamos así al fondo de la cuestión. La teoría de la justificación, con todo lo favorable que posea a su favor, permite a los jueces tomar decisiones indiscriminadas, porque no provee estándares o referentes de corrección a las decisiones judiciales por fuera de aquellos que estén dispuestos a emplear ellos mismos en determinados casos concretos. Si sólo nos quedáramos con las exigencias de la justificación, toda construcción argumentativa de los jueces terminaría por auto-justificarse en sus propias premisas, y toda interpretación terminaría coincidiendo en último término con lo interpretado. Cualquier decisión podría ser fácilmente defendida argumentativamente según el ritmo de conceptos, definiciones, valoraciones, comparaciones, etc., que los jueces estén dispuestos a considerar en un caso determinado. Cabe aclarar que esto no implica negar la utilidad de la justificación externa, sino simplemente manifestar que se trata de una teoría incompleta.

5. LA TEORÍA DE LA FUNDAMENTACIÓN

a) El fundamento (*ontológico*) del razonamiento jurídico

Lo dicho en el epígrafe anterior permite demostrar la necesidad de acudir a nuevos estándares de discriminación de las razones aducidas en las discusiones prácticas, a través de la tesis, formulada a partir de los modelos prudenciales, de la fundamentación del razonamiento de los jueces (véase V, 5.g). El sentido más importante de la fundamentación reside, de cara a lo discutido previamente, en que posibilita distinguir entre argumentaciones meramente solventes de las que no lo son, y así mismo, permite que las razones empleadas en

la justificación externa adquieran un "piso" desde el cual se plantean límites objetivos –o mínimos– a las decisiones judiciales.

La teoría de la fundamentación es bastante sencilla en su formulación. Consiste en plantear los *presupuestos* de la justificación externa, o lo que es lo mismo, los *puntos de partida* de las propias razones que empleamos en la justificación. La diferencia entre ambas estriba en que mientras la justificación externa se mueve en un plano estrictamente racional, la fundamentación se mueve un plano real o de realidad. Si bien la justificación externa provee sustento material a la decisión, su alcance está determinado por la articulación de razones solamente, es decir, provee razones materiales que se basan en otras razones, por ejemplo razones vinculadas a las fuentes de los derechos, a la experiencia o simplemente razones valorativas ancladas en distintas cosmovisiones. Estas razones son importantes, pero aún es más importante preguntar lo siguiente: ¿Cuál es el punto de partida de dichas razones? ¿En qué se sustentan? ¿Qué están suponiendo las fuentes de los derechos, la experiencia o las visiones valorativas? La respuesta a estas preguntas implican el criterio de la fundamentación: se trata de aquella *realidad* respecto de la cual tiene sentido "razonar" jurídicamente, o respecto de la cual tiene sentido atribuir derechos y obligaciones, o valorar circunstancias desde cualquier cosmovisión posible.

Esta formulación, sencilla y a la vez prometedora de exponer el tema, implica realizar algunas precisiones sobre la base de lo ya explicado en el capítulo anterior, en donde fueron planteadas con cierta extensión las características y el entorno del significado de la fundamentación. Lo primero es esto: que se trate de puntos de partida de las razones muestra de entrada que no son, rigurosamente hablando, *razones*, sino el *comienzo de las razones*. Si fueran razones –y en esto puede darse una coincidencia entre los modelos prudenciales y procedimentales–, estarían supeditadas, en tanto razones, a ser respaldadas por otras razones, lo cual llevaría a una regresión al infinito. Los modelos procedimentales explican esto mismo a la luz del ya visto "trilema de Münchhausen" (*supra*, V, 4.g).

La segunda precisión consiste en que por el hecho de que los puntos de partida no sean razones en estricto sentido, no significa que respecto de ellos no pueda llevarse a cabo un ejercicio racional de comprensión, o que no puedan ser "razonados", lo cual es bien diferente. AARNIO considera todo lo contrario en relación a este punto. A juicio suyo, los puntos de partida, precisamente en cuanto a que no son propiamente "razones", son por eso mismo de carácter irracional (al margen de que, según él, no son arbitrarios)[1112]. Para los modelos prudenciales, por el contrario, la clave está en que dichos puntos de partida son susceptibles de ser comprendidos racionalmente en tanto dimensionan cualidades humanas básicas, es decir, en cuanto hacen parte de la "realidad" o son, rigurosamente hablando, *realidades:* datos que manifiestan "la condición de persona" en cuanto a sus potencialidades y actualizaciones fundamentales, en cuanto a su ser y sus exigencias.

Esto plantea de entrada una tercera consideración: que la fundamentación en último término es de carácter ontológico (metafísico), pues está anclada al "ser del hombre como persona"[1113]. Ahora bien, por "fundamento ontológico" no debe entenderse una referencia de soporte exclusivo para los casos sobre derechos fundamentales, sino para *todos los casos* (en cuanto constituye un principio *orientador* del razonamiento jurídico [véase *infra*, VI, 5.b] y en cuanto a que todo derecho tiene como fundamento la persona [véase *supra*, V, 5.d]). Por supuesto, no sobra reiterar que la perspectiva de la fundamentación se convierte en un tema particularmente importante para los casos en los que están en juego derechos fundamenta-

---

[1112] Cfr. AARNIO, AULIS, *Lo racional como razonable*, *op. cit.*, pp. 265-267.

[1113] Una exposición amplia del tema puede verse en HERVADA, JAVIER, *Lecciones propedéuticas de Filosofía del Derecho*, *op. cit.*, pp. 424-469; y HOYOS CASTAÑEDA, ILVA M., *De la dignidad y de los Derechos Humanos. Una introducción al pensar analógico*, *op. cit.*, *passim*, en esp. pp. 46-73.

les, por lo explicado atrás (VI, 4.b)[1114]. Si bien esta última ha sido la perspectiva asumida en esta investigación, y es la perspectiva que se mantendrá en lo sucesivo, para todo lo que sigue debe tenerse presente esta aclaración, que el fundamento ontológico constituye el soporte último de todos los derechos, fundamentales o no. Por otra parte, al plantear un "fundamento ontológico" no debe entenderse una especie de premisa fijada de manera atemporal, sino bajo la mira de los casos concretos. Es decir, son "datos" o "realidades" que manifiestan "la condición de persona" en el contexto de cada situación concreta[1115].

Así las cosas, y conforme a las precisiones anotadas, puede claramente sostenerse que las "convicciones normativas fácticamente existentes" (ALEXY), o las "formas de vida comunes" (AARNIO), aparecen contrastadas ahora con un planteamiento apoyado ontológicamente, lo cual acarrea algunos (y grandes) inconvenientes a la teoría procedimental (sobre esto me detendré en el próximo apartado), como también a otras posturas ya abordadas anteriormente, como el positivismo jurídico (sobre esto se dirá algo enseguida).

Al margen de algunas distinciones –más de índole terminológica– entre ontología y metafísica, que no serán tenidas en cuenta acá, un apoyo *ontológico*, en tanto se refiere al ser del hombre, y particularmente a su *esencia* o *naturaleza*, significa que su aproximación *puede* –y quizá para algunos *debe*– hacerse mediante las coordenadas de la metafísica o *filosofía primera*[1116]. Los inconvenientes que esto

---

[1114] La mayor relevancia del fundamento ontológico respecto de los derechos fundamentales se debe a que éstos dimanan, sin mediación "positiva" alguna, del "ser humano", de la propia naturaleza de la persona.

[1115] Cfr. RABBI-BALDI, RENATO, "El derecho natural como núcleo de racionalidad de la realidad jurídica", cit., pp. 21-24.

[1116] Para el pensamiento clásico la metafísica tiene por objeto el estudio del ser en cuanto ser, entendido tanto como ser de la realidad (*res*), y como ser en cuanto se da en el pensamiento (en cuanto captado por el entendimiento). Esto da lugar a las dos partes tradicionales de la metafísica, respectivamente: la ontología y la gnoseología. Sin embargo, en razón del objeto material de la metafísica, constituido por la to-

genera pueden ser condensados mediante la afortunada fórmula de VOEGELIN "*prohibition of questioning*", con la que alude a los estándares modernos de racionalidad que tachan, como inapropiados, todo intento de aproximación ontológica (metafísica) a las realidades prácticas[1117]. La *prohibition of questioning* es, de acuerdo con VOEGELIN, asumida como un dogma de la racionalidad y, por lo mismo, toda manifestación "ontológica" es considerada mediante alusiones rápidas a las que no se les presta mayor atención o, en el mejor de los casos, a las que se considera con cierta sospecha.

Esto se advierte no sólo en lo que ALEXY denomina "tesis ontológicas" discutibles (*supra*, V, 4.e y 5.d), sino también en relación a las críticas formuladas por el positivismo jurídico, como acontece con ROSS en relación a lo que él denomina "aserciones metafísicas", las cuales, a su juicio, hay que aprender a "pasarlas por alto" porque se encuentran más allá de la verificación empírica. Sostiene, en efecto, lo siguiente:

> "Hablando estrictamente, las aserciones metafísicas no admiten ser refutadas, precisamente porque ellas se mueven en una esfera que está más allá del alcance de la verificación. Hay que aprender simplemente a pasarlas por alto como algo que no tiene función o lugar legítimo en el pensamiento científico"[1118].

Así mismo, cuando plantea una crítica frontal a la evidencia que pretende el *iusnaturalismo*, retoma nuevamente la idea de las aserciones metafísicas como sinónimo de arbitrariedad:

---

talidad de lo real, por todo aquello que tiene ser, la Filosofía moderna empezó a usar como término equivalente el de "ontología". Sobre este uso *similar* entre metafísica y ontología, véase ALVIRA, TOMÁS, CLAVELL, LUIS, MELENDO, TOMÁS, *Metafísica*, Pamplona, Eunsa, 1982, p. 20; y VIGO, RODOLFO L., *Las causas del derecho*, *op. cit.*, p. 15.

[1117] Cfr. VOEGELIN, ERIC, *Science, Politics and Gnosticism* (1968), Washington, Gateway, 1990, pp. 15-23; también *The New Science of Politics*, *op. cit.*, *passim*.

[1118] ROSS, ALF, *Sobre el Derecho y la Justicia*, *op. cit.*, p. 319.

> "A semejanza de una cortesana, el derecho natural está a disposición de cualquiera. No hay ideología que no pueda ser defendida recurriendo a la ley natural. Y, en verdad, ¿cómo podría ser de otra manera, toda vez que el fundamento último de todo derecho natural se encuentra en una captación privada directa, en una contemplación evidente, en una intuición? ¿Por qué mi intuición no ha de ser tan buena como la de los demás? La evidencia como criterio de verdad explica el carácter totalmente arbitrario de las aserciones metafísicas"[1119].

Desde estas consideraciones de ROSS, resulta bastante claro que todo lo que concierne a la "metafísica" representa un serio problema. El defecto, por decirlo así, de una perspectiva ontológica, sería su propio empeño por "aprehender datos no comprobables", es decir, porque la racionalidad moderna *pide estándares de verificación empírica*. La cuestión así planteada no sólo no tiene solución, sino además no amerita siquiera un ulterior desarrollo. ROSS, recuérdese, invita a pasarlas por alto. ¿Qué sentido tiene, entonces, su tratamiento ante un interlocutor que nos dice que todo lo que digamos al respecto no será siquiera considerado?

Pero en esto es preciso hacer una distinción crucial. Una cosa es hablar de un "fundamento" ontológico o metafísico y otra muy distinta es hablar mediante "aserciones" y "explicaciones" ontológicas o metafísicas. Un fundamento ontológico es un dato de la realidad, y en dicho sentido su conocimiento es enteramente posible. Una aserción metafísica, en cambio, implica la presencia de una especial forma de comprensión, conceptualización y lenguaje o, en términos de MARTÍNEZ DORAL, una *especial forma de enunciar la realidad* a través de conceptos y juicios propios de su perspectiva[1120]. ROSS, desde luego, no puede ser invitado a participar de un conocimiento y diálogo metafísico, sencillamente porque no podría comprender, desde sus coordenadas científicas, su lenguaje y sus aserciones o, más

---

[1119] *Ibidem*, p. 322.

[1120] Cfr. MARTÍNEZ DORAL, JOSÉ MARÍA, *La estructura del conocimiento jurídico*, *op. cit.*, p. 29. Véase *supra*, V, 5.i.iii.

detenidamente, porque el modo de enunciar las aserciones metafísicas están bien alejadas de una verificación empírica. En esto último tiene razón: una perspectiva metafísica, si bien parte de la experiencia de lo real, la trasciende hasta tal punto que su formulación y articulación racional opera en un nivel de abstracción muy significativo. Si bien el punto de partida de lo ontológico son datos sensibles, ellos mismos son trascendidos en tanto su objeto es captar "lo inteligible que está envuelto en lo sensible"[1121]. Se trata, en suma, de un nivel de abstracción en la que el estudio del ser se realiza desde la perspectiva de sus causas y principios universales. Y esto, como dice ARISTÓTELES, es muy difícil, no sólo para ROSS, sino para cualquiera: la metafísica es el saber más difícil en tanto estudia aquellas cosas que están más alejadas de los sentidos[1122]. En cambio, por otro lado, ROSS sí podría participar de su propia realidad ontológica, así no diga una sola palabra.

Aclarado lo anterior, resulta entonces que un fundamento ontológico no quiere decir un fundamento que sólo puede ser alcanzado o determinado mediante aserciones de la metafísica. Un fundamento ontológico significa que el *modo de ser* del hombre es tal, que no es posible negar (racionalmente) la fuerza o la objetividad de un número suficiente de *datos* (reales), o que éstos no requieren ulteriores razones para comprender su importancia, relevancia y valor. En este sentido, puede decirse que un fundamento ontológico es susceptible de comprobación "empírica", si por esto se entiende lo que FINNIS denomina una proposición que no puede ser "coherentemente negada"[1123], o de una manera más precisa, si *demostramos* que esos datos están presupuestos en nuestros juicios prácticos[1124]. Esto tiene

---

[1121] *Ibidem*.

[1122] ARISTÓTELES, *Metafísica*, I, 982a 25. Textualmente dice así: "Generalmente, el conocimiento más difícil para los hombres es el de las cosas más universales (pues son las más alejadas de los sentidos)".

[1123] FINNIS, JOHN, *Ley natural y derechos naturales*, *op. cit.*, p. 105.

[1124] *Ibidem*.

mucho que ver con la relevante distinción que los modelos prudenciales del razonamiento jurídico plantean como *vías posibles* para dar cuenta del fundamento de la realidad jurídica, incluida, como es lógico, las decisiones judiciales. Pero, además, lo anterior permite afirmar que ambas vías no son excluyentes, aunque una sea más difícil que la otra. La que FINNIS privilegia es la forma más inmediata y, por decirlo así, expedita o fácil, la vía de los primeros principios del razonamiento práctico captados por evidencia analítica. La otra, la vía *filosófica* que, al operar (en cuanto a su parte más alta, la metafísica) mediante un método de abstracción –y que, por lo mismo, apunta a captar lo inteligible de la realidad humana en cuanto su dimensión jurídica–, es en el anterior sentido una vía más dispendiosa. La complementariedad de ambas vías, por supuesto, apunta a que en ambos casos el sujeto de predicación es la misma realidad: la persona humana –y con mayor rigor su naturaleza– en quien inhieren sus primeros principios (*i.e.*, en el sentido de su captación racional) y los bienes humanos que son identificados a través suyo (V, 5.i.ii).

Esto que se acaba de plantear permite *conciliar* los matices presentes entre los partidarios del razonamiento prudencial, a la vez que implica llevar a cabo una precisión. En efecto, lo primero que se debe hacer notar es que el fundamento ontológico del que se habla *sigue siendo* ontológico por predicación de una realidad (la humana). Pero, a su vez, la forma racional de su comprensión es y sigue siendo *racional*, a pesar de que en último término tenga el mismo sujeto de predicación. En tal sentido, tanto FINNIS como quienes plantean la posibilidad de la comprensión metafísica –caso por ejemplo de HERVADA o MARTÍNEZ DORAL– no pueden ser leídos como si estuvieran hablando de fundamentos paralelos. Desde el planteamiento de FINNIS la perspectiva de los primeros principios no puede ser leída sin lo que tales principios afirman: la identificación de *cosas o realidades* (datos) denominados por él bienes *humanos* básicos; ni tampoco sin lo que tales bienes básicos persiguen: la *plenitud humana integral* o la genuina realización del *ser* humano (*human*

flourishment). Desde el planteamiento de HERVADA y MARTÍNEZ DORAL la perspectiva de la "naturaleza humana" no puede ser leída sin "la *intrínseca racionalidad* de esa misma naturaleza" que preceptúa, como dice MASSINI, "sus líneas de perfección"[1125]: ese "*preceptúa sus líneas...*" debe entenderse como *regla o medida* de *bienes* o *cosas* humanas básicas; y por esto mismo tampoco puede ser leída sin atender a sus exigencias: su *genuina realización* o *plenitud* (o lo que es lo mismo, la naturaleza humana en cuanto principio de operación y movimiento[1126]). Y, desde luego, en ambas perspectivas los bienes humanos básicos (derechos naturales) deben ser leídos sobre la base de un mismo supuesto de predicación y una misma razón de ser: la persona humana (en cuanto a sus *mayores posibilidades de realización* o en cuanto *perfección* o actualización de sus potencialidades fundamentales).

Si todo esto es cierto, es necesario reconocer, por una parte, que en ambos casos se está diciendo lo mismo, aunque mediando para ello distintas explicaciones o desarrollos. Pero, por otra parte, implica reconocer que el discurso, por denominarlo así, de FINNIS, que no niega este principio de predicación (cuando manifiesta que los primeros principios serían distintos si la naturaleza humana lo fuera[1127]) exige en todo caso ser precisado, en cuanto a que no es posible afirmar *racionalmente* bienes humanos (por vía de primeros principios) sin su soporte de *realidad* u "objeto propio" de predicación. En efecto, como se hizo notar en otra parte (V, 5.i.ii), FINNIS considera, por lo demás de una manera explícita, que los principios inderivados (*per se nota*) de la razonabilidad práctica "no hacen ninguna

---

[1125] MASSINI, CARLOS IGNACIO, "La nueva escuela anglosajona de Derecho Natural", cit., p. 274 (*supra*, V, 5.i.iv).

[1126] Un desarrollo más detenido en HERVADA, JAVIER, *Introducción crítica al Derecho Natural*, *op. cit.*, pp. 101-114; MORA RESTREPO, GABRIEL, *Ciencia jurídica y arte del derecho*, *op. cit.*, pp. 254-269 y 276-281.

[1127] Cfr. FINNIS, JOHN, *Ley natural y derechos naturales*, *op. cit.*, p. 67.

referencia a la naturaleza humana, sino sólo al bien humano"[1128], o que para TOMÁS DE AQUINO la clave (de lo moralmente recto o desviado) no radica en preguntar "qué está de acuerdo con la naturaleza humana, sino qué es razonable"[1129]. Acá no debemos desviar la atención por el énfasis que FINNIS hace de que "lo natural" es un "apéndice añadido a modo de reflexión metafísica"[1130]. Desde luego, es un "apéndice"; pero es un apéndice en el sentido de las "aserciones metafísicas" atrás referido, no en cuanto *fundamento ontológico*, porque en ambos planteamientos, el del "bien humano" y el de lo que es (moralmente) "razonable", lo "natural" se presupone. Así las cosas, los principios inderivados de la razonabilidad práctica *sí aluden* directamente (si bien *no siempre expresamente*, lo cual es diferente) a la naturaleza humana[1131].

b) La cuestión acerca de "lo realizable" y "lo indisponible"

Las anteriores reflexiones han permitido delimitar el significado del *fundamento* de las razones prácticas, como una forma ulterior de soportar las razones empleadas en el ejercicio de una justificación racional. La pregunta importante ahora es indagar qué implicaciones tiene, para el razonamiento de los jueces, afirmar un fundamento ontológico. La cuestión parece resuelta según las consideraciones atrás realizadas. De hecho, de ellas se desprende la premisa según la cual las razones justificativas encuentran una ulterior determinación o soporte en *cualidades humanas básicas* o, simplemente, en los derechos fundamentales. Más precisamente (i) la exigencia, en senti-

---

[1128] *Ibidem*, p. 69.

[1129] *Ibidem*.

[1130] *Ibidem*.

[1131] Algunas luces adicionales de FINNIS, en donde plantea un cierto "lamento" por no expresar más claramente "una naturaleza como la nuestra", y (quizás) un desarrollo más detenido de lo que ello supone, pueden verse en "Los fundamentos de la razón práctica reexaminados", cit., pp. 10-11.

do de prohibición, de *no atentar, elegir o disponer en contra de un derecho fundamental* o *bien humano básico*[1132], y (ii) la exigencia o compromiso, en sentido de fuerza directiva del razonamiento práctico, de *promover los derechos fundamentales como una dimensión de la plenitud humana* (*human flourishment*). No hay que detenerse en problemas meramente terminológicos (si es preferible hablar, o si hay lugar a ello, de "derechos humanos", "derechos naturales", "derechos inherentes" o expresiones semejantes, en vez de "derechos fundamentales" o de "bienes humanos básicos"). Tampoco hay que detenerse en el detalle de si un determinado derecho puede ser considerado (y en qué sentido) fundamental, y si lo es por sí mismo o por conexión con otro u otros. Estas distinciones, si bien importantes, nos pueden desviar de la cuestión central ahora considerada[1133].

Como se decía anteriormente, plantear el fundamento ontológico y sus correspondientes "fórmulas" mediante una prohibición o promoción relacionada con derechos o bienes humanos básicos, permite afirmar un soporte más firme a las razones justificativas y a los puntos de apoyo que ofrecen los modelos procedimentales. Y esto es así en la medida en que afianza la idea de los límites o presupuestos a las convicciones normativas fácticamente existentes y a las formas de vida comunes o culturalmente aceptadas. La articulación de este estándar ontológico como premisa previa no responde a un capricho ni es escogida arbitrariamente, sino más bien a que su fuerza y su valor propio no puede ser racionalmente negado, como sí podrían ser negadas las "convicciones normativas fácticamente existentes" o las propias "formas de vida comunes". No interesa ahora si

---

[1132] Cfr. FINNIS, JOHN, "Derecho natural y razonamiento jurídico", cit., pp. 13-16 y 31-34; *ibidem*, *Ley natural y derechos naturales*, *op. cit.*, *passim*, por ej. pp. 148-154; 252-253; 315, 380, 387.

[1133] Como se acaba de exponer en el epígrafe 5.a anterior, tampoco debe perderse de vista que el fundamento ontológico se predica de todos los bienes o derechos de las personas, al margen de si son fundamentales o no fundamentales, pues toda la realidad jurídica encuentra en la persona humana su razón de ser y su propio sentido, o lo que es lo mismo, que no hay derechos ni deberes sin persona humana.

estas últimas pueden en un momento determinado ser una manifestación consciente o inconsciente de esa premisa ontológica o ser incluso coincidentes, como de hecho podría ocurrir (que lo sean es consecuencia de su propia fuerza: V, 5.e). Lo que interesa más bien es hacer notar que su no negación *racional* es consecuencia de lo que la premisa ontológica implica *no sólo* para la persona que quisiera negarla, sino además para "sus semejantes".

Con esto parece haberse ganado algo muy significativo. En efecto, si bien en principio la fundamentación ontológica operaría de una manera muy similar a las reglas de justificación que exigen la coherencia de un participante, o la regla a la que se refiere el principio de universalidad (ALEXY), al mismo tiempo éstas son superadas como consecuencia de que la fundamentación articula una "materia" (o soporte "material") sobre la cual operaría toda argumentación coherente y universal y, además, como directriz sobre la cual discurre el propio ejercicio de justificación. La relevancia de esta "materia", que son los bienes humanos básicos, permite descartar las meras "argumentaciones solventes" de los jueces (VI, 4.d), como también rechazar racionalmente todo estudio o premisa (por más elaborada o completa que llegara a ser), que sature o refute una regla encaminada a negar los bienes humanos básicos o fundamentales, aun en el evento en que "alguien esté dispuesto a seguirla"[1134].

Podría sostenerse que las tesis procedimentales están planteando, si bien mediante otras categorías, supuestos como los anteriores. Por ejemplo, por vía de la conexión que hace ALEXY de la teoría del discurso con los derechos humanos, como expresión de una "exigencia elemental de la razón práctica" (*supra*, VI, 4.c). En tal sentido, las anteriores reglas de razonabilidad estarían siendo limitadas por aquellos. Sin embargo, ya se veía que esta conexión no dice mayor cosa para aquellos casos (que, por cierto, son bastantes) en los

[1134] Sobre las exigencias de la justificación externa, que es a lo que se refiere esto último, véase *supra*, VI, 3.c.iii.

cuales están en juego derechos humanos "controvertidos", sino solamente para los casos en los que se presenta la denominada tesis de la extrema injusticia. El fundamento ontológico, por el contrario, es afirmado sobre la base de todos los casos y su relevancia es planteada para *todos los bienes humanos básicos* o derechos fundamentales al margen de qué tanta controversia generen.

Lo anterior nos pone de frente ante un dato bien interesante: el fundamento ontológico opera sobre la base de bienes humanos objetivos, no sobre la base de bienes humanos controvertidos. En tal sentido, su conocimiento es afirmado a partir de unas coordenadas epistemológicas que exigen un *no relativismo* "a secas" (I, 3; III, 5). Planteada de esta manera, las implicaciones del fundamento ontológico señalan que los bienes humanos básicos son tales porque responden a cualidades *por sí mismas* valiosas (objetivas) y además exigidas. En este sentido, esos bienes no sólo no pueden ser refutados racionalmente, sino que además su "comprobación" o "verificación" (nótese el entrecomillado) se lleva a cabo a partir de la denominada *evidencia analítica* o *intuición simple*, que no es una forma meramente empírica o científica de comprobación, sino la captación de un bien del que uno participa, al que se llega porque se ha comprobado su propio valor para uno mismo y para los semejantes a uno, como quedó expuesto en otro lugar (V, 5.i.ii).

En esto hay una fuerte resistencia de parte de los modelos procedimentales. ALEXY sostiene, en una referencia que hace a una posible fundamentación anclada en "valores objetivos", que apelar a "enunciados de Derecho natural objetivamente reconocibles" encierra "premisas filosóficas muy discutibles"[1135], como se apuntó más atrás. Hasta acá podría concederse: se trata de premisas filosóficas muy discutibles, aunque no menos discutibles que sus propias reglas fundamentales y de fundamentación. Pero sería así sólo en el caso de que dichas premisas no cuenten con soportes más firmes, o tanto o

[1135] ALEXY, ROBERT, *Teoría de la argumentación jurídica*, *op. cit.*, p. 32.

menos discutibles que "las convicciones normativas fácticamente existentes" y su no relativismo ético rudimentario. De todas formas, ALEXY parece clarificar las cosas cuando, páginas más adelante, aborda de nuevo la cuestión a la luz de un "intuicionismo" que apela a un fundamento de la objetividad en una de tres cosas: en una especie de facultad especial de quien la enuncia, "algo así como un sexto sentido", o a "algo así como la capacidad de intelección apriorística", o bien a ambas cosas[1136]. Este "intuicionismo", si bien valioso, no es sin embargo al que se refiere el conocimiento *evidente* de los primeros principios del razonamiento práctico y los bienes humanos básicos por ellos identificados.

En efecto, en primer lugar el fundamento ontológico no es una formulación "apriorística", por la sola razón de que se trata de una evidencia *participada* o *captada* según se experimente su propio valor (*i.e.*, el *bien humano básico* identificado por el primer principio), como algo deseable, querido o apreciable por sí mismo (V, 5.i.ii). Con esto no se gana mucho ante ALEXY, aunque sí frente a todo "intuicionismo apriorístico": los primeros principios no son "innatos". Pero tampoco, en segundo lugar, son "adquiridos" por una especie de "sexto sentido" o "facultad especial", si con esto se alude a una "captación privada directa" o al ejercicio intelectual de "unos iluminados" (V, 5.e). Que un primer principio práctico y el bien humano básico identificado a través suyo sean de naturaleza "objetiva" no es nada distinto que plantear proposicionalmente su carácter suficiente o completo, en el sentido de que no son requeridas explicaciones adicionales, de tal manera que basta simplemente su enunciación para que el interlocutor comprenda su propia valía como principio autoevidente. Hay enunciados que requieren explicaciones ulteriores y adicionales; sin embargo, lo que se plantea a partir del fundamento ontológico es que la *enunciación racional* preceptiva de un primer principio no implica, precisamente, apelar a

[1136] Cfr. *ibidem*, p. 55.

ulteriores y adicionales explicaciones, porque de ser así no podría hablarse de un "fundamento" propiamente dicho.

Ahora bien, si lo que ALEXY está planteando con "la facultad especial" es *una comprobación* (al estilo ROSS), resulta *evidente* que los primeros principios prácticos y los bienes identificados a través suyo no son propiamente "objetos de demostración", sino de "señalamiento": se asiente a ellos sin necesidad de un argumento o prueba ulterior[1137].

¿Consiste todo esto en una arbitrariedad? En absoluto. Consiste más bien en señalar la *fuerza directiva* de la argumentación práctica (de las reglas de la justificación) y en proporcionar (mediante su reconocimiento objetivo) un soporte normativo a los derechos fundamentales, todo lo cual no está planteado así en los modelos procedimentales. En este último sentido la tesis es, por cierto, *menos arbitraria* que estos modelos, no sólo porque le hace frente a las argumentaciones meramente "solventes" y supera reglas procedimentales meramente "coherentistas", sino porque reconoce un especial *status* a los derechos fundamentales. Así, su clave está en que estos derechos dimensionan una existencia *valiosa* que amerita ser "buscada" y "afirmada", o no "negada" ni "suprimida", sobre la base de ulteriores consideraciones. Un fundamento ontológico quiere decir entonces que hay "algo" *no disponible*, pero también que ese "algo" es exigido o exigible por su propia valía.

[1137] Cfr. FINNIS, JOHN, *Ley natural y derechos naturales*, *op. cit.*, *passim*, p. ej. p. 102:

> "[C]omprender el valor de la verdad, captar un principio práctico, no es simplemente como comprender un principio de la lógica, o de las matemáticas, o de la física. No es simplemente como abrir los ojos y percibir las marcas negras en esta página [...]. Al remitirnos a estas diferencias entre la valoración y otras formas de comprensión humana, el escéptico tiene la esperanza de suscitar una duda filosófica sobre lo que parece fuera de duda cuando uno está considerando la materia relevante en sí misma. Arguye que nuestra creencia en la objetividad de los valores equivale a una creencia en 'cosas' muy extrañas, percibidas por una muy extraña facultad de 'intuición': todo muy sospechoso".

Ahora bien, el problema de esta tesis ontológica es que "suena" muy dura a los oídos de los relativistas y escépticos. Les suena a un "dogma" o "profesión de fe", o "muy dura", precisamente porque, paradójicamente, han abrazado a la manera de "dogma" o "profesión de fe" su propia visión *relativista*. Desde un relativismo no puede afirmarse, como es lógico, que "algo es bueno o bueno en sí mismo" porque al hacerlo se supone necesariamente "su objetividad". Y, sin embargo, la exigencia epistemológica *no relativista* es indispensable para afirmar la defensa de algo no disponible (los derechos fundamentales). Con otras palabras, la defensa de los derechos humanos no puede hacerse sobre la base de que hay que defenderlos pero no sabemos por qué hay que defenderlos, o cuándo y en qué casos hay que hacerlo, o que hay que hacerlo sólo en unos pocos casos "no controvertidos", o cuando estemos en presencia de una injusticia extrema sobre la cual no es posible afirmar en qué consiste, más allá de algunos ejemplos "no controvertidos". De la misma manera, tampoco pueden defenderse dichos derechos cuando no se sabe cuál es el propósito de su defensa, o el para qué deben ser promovidos en la mayor medida de lo posible. Los derechos fundamentales *sin un fundamento* más allá del que cada uno esté dispuesto a considerar, no tienen un verdadero fundamento, porque carecen de referentes[1138]. Son "mera semántica", o simple juego de ideologías.

Lo afirmado no quiere decir, por otro lado, que el hecho de reconocer un fundamento ontológico se han resuelto todos los problemas del razonamiento práctico, o que "mientras estas evidencias sean suficientes, no queda ningún campo para los argumentos"[1139].

[1138] El relativismo axiológico moderado de AARNIO o el asumido por ALEXY para los casos distintos a los de la extrema injusticia muestra que, si bien son posturas que superan en muchos aspectos importantes a las *teorías estándar del Derecho*, comparten con éstas una misma visión epistemológica de base. Lo cual, desde luego, se torna en su mayor defecto (cfr. *supra*, III, 5).

[1139] La conclusión es del propio ALEXY: *Teoría de la argumentación jurídica*, *op. cit.*, p. 56. Esto valdría, como es lógico, para los "intuicionismos" que ALEXY tiene en la mente.

Tampoco implica que no quepan *distintas formas razonables* de concreción o especificación –*determinatio*– de los derechos fundamentales (o no fundamentales). Un fundamento ontológico, por el contrario, si bien afirma una prohibición absoluta, también al mismo tiempo afirma un soporte *directivo* que orienta el razonamiento práctico a través de elecciones posibles. Para emplear el lenguaje de FINNIS, los primeros principios prácticos pueden "concretarse en un gran número indefinido de premisas y principios prácticos más específicos[1140]. Así, "elecciones posibles" quiere decir la identificación de múltiples opciones *correctas* no contradictorias, en tanto hay una multiplicidad de formas de conducirse correctamente en los asuntos humanos, o para expresarlo de otro modo, que existen distintas formas de concretar o especificar una vida humana valiosa (V, 5.c y d)[1141].

En tal sentido, el señalamiento de las exigencias provistas en la fundamentación en su doble faceta, como prohibición de atentar contra un bien humano básico y como exigencia de promover su realización, muestran que existe un amplio campo para los argumentos jurídicos sobre la base de considerar la dimensión valiosa de la existencia humana. En todo esto juega mucho la elección de las alternativas consideradas por los jueces en cada caso concreto y el abanico amplio de razones posibles para soportar la decisión. Lo que hace el fundamento ontológico es sólo establecer un criterio-base cuya mayor o menor concreción se manifiesta según los bienes humanos en juego y, al mismo tiempo, cuya fuerza constituye un principio expansivo del razonamiento práctico en razón de tomar en cuenta, como dato constante, los fines valiosos del hombre. Desde este punto de vista, se confirma que el criterio central del razonamiento práctico no consiste en articular "juicios correctos", sino más bien en disponerlos hacia la búsqueda de la mayor realización y plenitud humanas

---

[1140] FINNIS, JOHN, *Ley natural y derechos naturales*, *op. cit.*, p. 95.

[1141] Cfr. FINNIS, JOHN, "Derecho natural y razonamiento jurídico", cit., pp. 30-31.

(V, 5.e). En tal sentido los derechos no son una simple manifestación formal de una autoridad cualquiera, sino más bien aspectos valiosos que se poseen "para algo", o cuya posesión implica "una finalidad". La fundamentación, con otros términos, sólo tiene sentido cuando se comprenden los fines a los que están dirigidos los derechos de las personas. La dimensión valiosa de la persona (lo que puede ser englobado bajo el término "dignidad humana") muestra así un sentido *teleológico* al propio ejercicio de justificación racional y una delimitación precisa sobre las actuaciones judiciales.

Si bien acá el énfasis ha estado puesto en la perspectiva de los jueces constitucionales, la fundamentación entendida en los anteriores términos está dirigida a todos los operadores jurídicos, y entre ellos al legislador en cuanto el primer y natural promotor de los derechos de las personas[1142]. Pero al margen de estas consideraciones, que exceden a este trabajo, resulta importante hacer ver que el ámbito de regulaciones (o el "juego de argumentos jurídicos" y de "normas iusfundamentales") es tan amplio como tan amplia sea la promoción de esa existencia humana valiosa y digna. A partir de la exigencia de prohibición de atentar contra un bien humano básico no sólo se plantea que el razonamiento de los jueces impide su anulación, sino además que el ámbito regulable exige su mayor realización en todos los casos, según el sentido que tiene aquella *existencia humana valiosa*.

En esto el criterio ya referido en otro lugar, sobre el denominado "núcleo" o "contenido" esencial de los derechos fundamentales, es bien importante aunque, por otro lado, puede llevar a ciertas confusiones. Es muy importante en cuanto manifiesta la exigencia prohibitiva de no atentar contra un bien humano básico. En este sentido, el núcleo o contenido esencial es, sin más, el propio dere-

---

[1142] Para un planteamiento *iusfilosófico* de la relación (*determinatio*) entre los primeros principios y la ley, consúltese OLLERO TASSARA, ANDRÉS, "Hermenéutica jurídica y ontología en Tomás de Aquino", en *Interpretación del Derecho y positivismo legalista*, *op. cit.*, p. 45.

cho fundamental[1143]. Pero puede llevar a confusiones si por "núcleo" o "contenido" esencial se entiende que los derechos fundamentales poseen un ámbito intangible o intocable, pero que, superado ese ámbito, lo demás resulta "tangible", "tocable" o "regulable" de cualquier manera. O en otros términos, que lo "esencial" del derecho fundamental supone por oposición "algo accidental", sobre lo cual es legítima toda intervención legislativa o judicial al margen de su arbitrariedad[1144]. Un planteamiento de esta índole desconoce el criterio de finalidad implicado en el fundamento ontológico. Por este motivo, las regulaciones legislativas a los derechos fundamentales y su concreción a través de subreglas constitucionales en casos judiciales, encuentran una limitación que remite de nuevo a *la condición de persona*. En tal sentido, siguen siendo válidas las afirmaciones anteriores, que planteaban la lectura del fundamento ontológico según (a) la identificación de realidades concretas (bienes humanos básicos), pero al mismo tiempo (b) preceptuando la genuina realización de la persona.

Sin estas líneas o desgloses el razonamiento de los jueces puede soportar decisiones judiciales según el juego argumentativo de lo inimaginable. Su traducción ha sido ya ejemplarizada suficientemente a través de las "argumentaciones solventes" y "ropajes justificativos", el arribo a una decisión constitucional (cualquiera que sea) al ritmo de las construcciones, definiciones y relación de premisas que los jueces estén dispuestos a incorporar según sus personales criterios e ideologías. Sin la condición de persona y su genuina realización humana como ámbitos *reales* de fundamentación, en lo que finalmente termina convirtiéndose el razonamiento jurídico es en un simple *juego de argumentos*, donde lo que fundamenta es el lenguaje y no la realidad implicada en ese lenguaje.

[1143] Cfr. CIANCIARDO, JUAN, *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, *op. cit.*, pp. 274-280.

[1144] Cfr. sobre el particular BERNAL PULIDO, CARLOS, *El Derecho de los derechos*, *op. cit.*, p. 130.

6. RAZONAMIENTO JUDICIAL Y JUSTICIA

a) ¿Existe una única respuesta correcta para todos los casos judiciales?

Lo afirmado en los párrafos precedentes implica considerar de nuevo la pregunta sobre el significado de una respuesta judicial a los casos concretos. La cuestión es importante porque, como se ha visto, la formulación constante ha sido (a partir de las tesis hermenéuticas y los modelos prácticos) la de señalar que no existe *una sola respuesta correcta*, sino más bien varias, para decidir los casos concretos. De cara al fundamento ontológico el asunto parece implicar lo contrario: existen respuestas correctas en el sentido de "únicas". Sin embargo, en esto es bueno hacer algunas precisiones adicionales. La primera es ésta: la pregunta de "si existe una única respuesta correcta a los casos concretos" es una pregunta capciosa, que parece aludir a una disyuntiva teórica enmarcada por la bipolaridad de alternativas previamente fijadas. Se espera que el interlocutor responda con un simple "sí" o "no". Y en esto, en principio, todos los modelos prácticos parecen coincidir: la exigencia consiste en que se decida correctamente y la corrección depende de algunas reglas y exigencias que pueden ser englobadas en torno a la teoría de la justificación (interna y externa). Esto es lo mismo que afirmar que se puede arribar a *distintas respuestas* sobre la base de una *debida justificación* interna y externa.

Ahora bien, la perspectiva de la fundamentabilidad está presente en ambos modelos, aunque de manera distinta. Mientras que para los modelos procedimentales la fundamentación opera como una regla de justificación (V, 4.c y g), para los modelos prudenciales lo hace como un soporte de la propia justificación. Esto significa que no habría una respuesta justificada, desde el punto de vista de los modelos prudenciales, si la justificación llegara a comprometer la fundamentación, por ejemplo mediante la anulación de un derecho fundamental. La fuerza que adquiere el fundamento ontológico es, por

lo tanto, suficiente para indicar que, desde una perspectiva prudencial, sería posible hablar en algunos casos de "una sola respuesta correcta", dependiendo del contexto del que se trate.

Sobre la base de estas explicaciones se debe hacer notar que la pregunta sobre una respuesta correcta depende del contexto en el que se formula. La pregunta: "¿se pueden limitar los derechos fundamentales?", es capciosa si en ella va implicada la idea de "cualquier limitación" al margen de "cualquier circunstancia", con "prescindencia de cuál o cuáles derechos fundamentales" y sin importar cuál es el "propósito o finalidad de esa limitación", que es precisamente el contexto desde el cual la pregunta adquiere sentido. ¿A cuál limitación específica se refiere? ¿Sobre cuál o cuales derechos? ¿Con qué propósito? ¿Es lo mismo limitar que regular? ¿En qué contexto y por qué razón hay que limitar ese o esos derechos fundamentales? Esas serían en todo caso las preguntas pertinentes para responder al carácter de respuesta que se debe ofrecer. En tal sentido, la pregunta anteriormente formulada exige consideraciones adicionales, y no puede responderse simplemente sobre la base de un "sí" o un "no".

Lo que sugiere el fundamento ontológico es más bien la idea de una doble perspectiva, respecto de las cuales resulta oportuno retomar la tesis, ya esbozada con anterioridad, de los "determinados casos concretos". La prohibición de *no atentar, elegir o disponer* en contra de un bien humano básico sirve para contextos de anulación de derechos fundamentales como el derecho a la vida del *nasciturus*, el de no ser torturado bajo ninguna circunstancia, o no ser condenado sobre la base de cargos deliberadamente falsos, etc., pero muy probablemente sirva menos para plantear aspectos relacionados con las tensiones entre la libertad de prensa y el derecho a la intimidad, o entre el libre desarrollo de la personalidad y la obligación de usar el cinturón de seguridad cuando se conduce un automóvil. Por su parte, la exigencia de *promover los derechos fundamentales como una dimensión de la plenitud humana* puede ser concretizada en diferentes proyectos y en diferentes manifestaciones de lo que es una "vida humana valiosa" y, además, con una graduación también dife-

rente según las especiales circunstancias particulares. Las regulaciones a los derechos fundamentales encuentran en esta premisa un invaluable soporte, tanto si se refieren a las diferentes modalidades permisivas o facultativas que asuman, como también a sus propias prohibiciones o límites (desde esta perspectiva, por ejemplo, se aprecia la legitimidad de una medida como la penalización del consumo de estupefacientes o el uso obligatorio del cinturón de seguridad).

La conjugación, por lo tanto, de las exigencias y la tesis de los "determinados casos concretos" –que es equivalente a la afirmación finniseana "consideradas-todas-las-cosas" (*all-things-considered*)– es la que permite plantear el aspecto más relevante a la dimensión correcta de una respuesta judicial, para todo tipo de casos[1145]. Y en este punto la perspectiva prudencial del razonamiento práctico ofrece salidas más prometedoras que una perspectiva meramente procedimental. Y la razón es ésta: mientras ambos modelos plantean como exigencia la corrección de la respuesta o decisión judicial (las alternativas posibles de la justificación externa), la perspectiva prudencial califica la propia respuesta sobre la base de una ulterior discriminación: la plenitud humana o la dimensión valiosa de su existencia (la noción "fin práctico" es por esto mismo relevante: IV, 5.b). En este sentido, las varias respuestas correctas son posibles allí donde dicha dimensión es promovida, no negada o simplemente no afectada por la decisión. Varias respuestas correctas, entonces, son posibles sobre la base de esta condición (V, 5.b y c).

La misma idea puede ser afirmada a través de la categoría de la "provisionalidad" a la que se aludía en la descripción de los modelos prácticos del razonamiento jurídico. Se afirmaba, en efecto, que la especificación del razonamiento práctico estaba en que sus razones no eran definitivas ni tampoco la decisión, y que, precisamente, los modelos de razonamiento práctico se orientaban a responder cómo

---

[1145] Cfr. FINNIS, JOHN, *Ley natural y derechos naturales*, *op. cit.*, por ej. pp. 57 y 94.

puede ser posible una justificación de dicha provisionalidad (V, 1.d). La respuesta general se obtuvo a través de la teoría de la justificación interna y externa, pero encontró un soporte más contundente a través de la teoría de la fundamentación. Dicha provisionalidad, desde este último punto de vista, puede ser ahora precisada en el siguiente sentido: la provisionalidad (o contingencia) de las razones prácticas y la decisión, no implica que todo en las razones prácticas y en la decisión descanse sobre una provisionalidad (contingencia). La provisionalidad responde a una variabilidad de proyectos y formas de vida según una *existencia humana valiosa*, soportada en aquellos datos reales que manifiestan la condición de persona en cuanto a sus potencialidades y actualizaciones fundamentales.

Así las cosas, y como corolario de lo expuesto hasta este punto, puede sostenerse que el criterio de fundamentación ontológica permite corroborar lo dicho en el capítulo anterior, sobre la exigencia de afirmar una única respuesta correcta cuando la razón encuentra una única *opción atrayente*, determinada por la exigencia objetiva de respetar, en todo tiempo y lugar y sin excepciones, a la persona humana y sus derechos fundamentales.

b) Aceptabilidad racional, plausibilidad de la respuesta y decisión justa

Uno de los puntos capitales que se advierte en la teoría de la fundamentación radica en una especificación *última* del proceso de decisión judicial y que, por distintos motivos, no aparece tan clara en los modelos procedimentales del razonamiento práctico. En efecto, si hiciéramos a un lado por un momento las reflexiones en torno a la fundamentación y nos quedáramos sólo con la teoría de la justificación, veríamos que todo el entramado de explicaciones y consideraciones en torno suyo son articuladas sobre la idea de la *dimensión racional* del proceso judicial, esto es, con un énfasis puesto en *las razones* usadas para la justificación de una decisión particular y concreta.

Como se dijera en otra parte, esta dimensión apenas muestra un lado de la cuestión. Se debe tener en cuenta, por el contrario, que el oficio de los jueces no sólo está determinado por el uso de "buenas razones" (justificación externa) articuladas de un modo "lógicamente correcto" (justificación interna), sino además por la relación de consistencia o concordancia práctica con las decisiones alcanzadas. Y en esto la teoría de la fundamentación ofrece suficientes luces para considerar relevante esta cuestión: a lo que se ordena u orienta todo el razonamiento justificativo es nada menos que a la decisión justa, entendida como una decisión que "materializa algo valioso" para la persona y que le es debido. Esto apunta a algo ya referido con anterioridad: atender únicamente a los razonamientos (desconociendo el acto definitivo de la justicia, *i.e.*, el fin) deviene en *racionalismo*: en una suerte de monólogo judicial sin orientación alguna. Pero atender únicamente a la decisión (desconociendo, por lo tanto, las razones que la justifican) deviene en *decisionismo* (voluntarismo): en una suerte de arbitrariedad (IV, 4).

Que los enfoques procedimentales se concentren prioritariamente en el estudio de los argumentos de los jueces, y no así, en cambio, en un estudio más detenido de la naturaleza, exigencias o entorno de la decisión judicial en cuanto tal, no sólo obedece a que le otorguen una preeminencia a un sistema de reglas de discusión práctica, o al hecho de considerar que la justificación de una decisión judicial se agota en seguir el procedimiento del discurso. También obedece, al parecer, a que se da por sentado que al seguir dicho procedimiento se arriba, inexorablemente, a una decisión correcta. AARNIO lo plantea de esta forma: "La justificación es un procedimiento del discurso práctico racional. En cierto modo, la justificación de un punto de vista interpretativo es lo mismo que seguir este procedimiento"[1146].

[1146] AARNIO, AULIS, *Lo racional como razonable*, *op. cit.*, p. 237.

Al margen de las críticas que le caben a esta noción de justificación, lo cierto es que ese "dar por sentado" sólo es explicable por la carencia de referentes apropiados al procedimiento de justificación. Si no se cuentan con estos referentes, la decisión como tal no termina siendo tan relevante: basta el seguimiento de pasos sucesivos formulados mediante reglas que, bien empleadas, den lugar a una decisión "correcta", a pesar de que no sepamos si es *correcta* por razones adicionales a las consideradas en el procedimiento. Para un enfoque prudencial, por contraste, el proceso de decisión judicial *no se agota* con la formulación de un procedimiento reglado de razones o, aún más claro, plantea que las *buenas razones* deben también estar acompañadas de las *buenas decisiones* y que es posible llevar a cabo una discriminación de las unas y de las otras.

Ahora bien, ¿a qué alude una decisión justa? Esta pregunta es importante desde la perspectiva de la fundamentación, como ha quedado suficientemente ilustrado. Pero es también una pregunta *interesante* si se repara en el hecho según el cual los modelos procedimentales, al tiempo que no se detienen en estudiar a fondo lo concerniente a las decisiones judiciales (en el sentido atrás indicado), emplean prioritariamente categorías distintas a la "decisión justa" para referirse a ellas, como por ejemplo "aceptabilidad racional" y "plausibilidad de una respuesta". ¿A qué se puede deber esto? Quizás se deba –y esto es una respuesta tentativa, pero que vale la pena explorar– al peso tan fuerte que ha tenido el positivismo jurídico en el entorno de la teoría jurídica y a que, muy a pesar de sus críticos, algunas de sus posiciones permanezcan latentes, entre las cuales está su aguerrida posición en contra de la propia noción de justicia.

En efecto, autores importantes del positivismo jurídico han sostenido que la justicia apela a emociones privadas provenientes de la subjetividad humana, y con ello dan a entender –como acontece en la obra de KELSEN– que "la justicia" no es susceptible de ser comprendida desde el punto de vista de la razón humana (al menos desde la idea de "razón" que tenía el propio KELSEN). "Para el jurista vienés –en palabras de CALSAMIGLIA–, el saber sobre los valores y

sobre la Justicia no es un saber racional porque no comparte los métodos de las ciencias y porque la defensa de una idea de Justicia es fruto del sentimiento y la emoción"[1147].

Algo similar puede observarse en algunos planteamientos de ROSS. En efecto, y en sus propias palabras, "invocar la justicia es como dar un golpe sobre la mesa: una expresión emocional que hace de la propia exigencia un postulado absoluto (...). Es imposible tener una discusión racional con quien apela a la 'justicia', porque nada dice que pueda ser argüido en pro o en contra. Sus palabras constituyen persuasión, no argumento. La ideología de la justicia conduce a la intolerancia y al conflicto"[1148].

No aparece del todo claro si estas apreciaciones hayan contribuido a que los modelos procedimentales prefieran no plantear la decisión judicial en términos de justicia, sino más bien de "aceptabilidad racional", "decisión plausible" o simplemente "correcta"[1149]. Lo que sí parece claro del todo es que sobre la justicia existen ciertas prevenciones y equívocos que se originan en su propia noción[1150]. Si se toma el contexto *positivista*, la justicia es una noción "confusa", "imprecisa", "vacía" y además "poco científica". Por contraste, desde

---

[1147] Tomado del estudio preliminar que hace A. CALSAMIGLIA a la obra de HANS KELSEN, *¿Qué es Justicia?*, Barcelona, Ariel, 1991, p. 14. Para el estudio de los juicios morales en KELSEN esta obra es determinante: en particular véase pp. 35-63 y 126-151. Los juicios axiológicos se pueden explicar, según esta postura, mediante la apelación a cualquier elemento que no pertenezca a la ciencia (*v. gr.*, la tradición, la cultura, la educación, los estados de ánimo, o todo aquello que pueda influir en las emociones de una persona). En su más radical sentido, la moral en KELSEN es una cuestión estrictamente autónoma, *i.e.* variable, sensitiva, emocional, no susceptible de ser analizada por el "único" y "excluyente" método de conocimiento, el científico. El tema se analiza más detenidamente en MORA RESTREPO, GABRIEL, "Moral, Derecho y razonabilidad práctica", cit., en esp. pp. 51-55.

[1148] ROSS, ALF, *Sobre el Derecho y la Justicia*, *op. cit.*, p. 340.

[1149] AARNIO es extraordinariamente claro cuando plantea estas cuestiones: cfr. *Lo racional como razonable*, *op. cit.*, pp. 239-250.

[1150] Sobre esto véase, por todos, HERVADA, JAVIER, *Lecciones propedéuticas de Filosofía del Derecho*, *op. cit.*, Lecc. V, pp. 89-137.

luego, existe la alternativa de ser comprendida tomando en consideración las coordenadas fijadas por los modelos prudenciales: la justicia implicada en el razonamiento de los jueces (o en el oficio del jurista) no es una emoción, ni tampoco un mero sentimiento o un golpe sobre la mesa. Ni siquiera es un "argumento" o alguna "ideología". Es algo más simple: consiste en el acto que ordena la realización o satisfacción del derecho (lo justo) y la deuda (lo debido) concretos.

Esta noción, sencilla o simple, tiene sin embargo una extraordinaria ventaja, ya no tanto ante el positivismo jurídico (que por supuesto la tiene), sino particularmente frente a los modelos procedimentales. La razón es ésta: caracterizada como un acto que ordena (prescribe, manifiesta, determina, etc.) el derecho y lo debido concreto, resulta más consistente que aquella que sólo habla de plausibilidad o aceptación racional de una respuesta, pues denota una concreción específica (lo suyo de cada cual) si se le mira desde una perspectiva fenomenológica. Para decirlo de otra forma, un fallo judicial no apela a meros *argumentos* relativos a la plausibilidad o aceptación racional de lo decidido, sino que ordena un acto concreto: bienes o cosas que se ordenan restituir (proteger, respetar, dar, etc.) a otro o a varios. Cuando un juez constitucional ampara el derecho de libertad, no está decidiendo sobre lo plausible o racionalmente aceptable que debe ser la decisión según la cual hay que amparar el derecho de libertad a determinada persona; está, por el contrario, amparando aquella *cosa concreta* o aspecto de realidad de un ser humano a quien se le ha violado su libertad.

Para la tradición jurídica clásica, que es desde donde se hace este planteamiento, el derecho es algo concreto: una cosa debida a su titular, una acción a cumplir, una prohibición de hacer algo, o cosas semejantes. Eso concreto es precisamente el objeto de la justicia. Por lo tanto, la justicia no es un simple enunciado plausible o aceptable, un argumento o enunciado deóntico, un deber ser o cosas por el estilo, sino su concreción: una cosa, una acción, una prohibición, etc. Aun en las declaratorias de inconstitucionalidad hay cosas reales,

más que argumentos o premisas plausibles, que subyacen en dichos fallos: una norma declarada inconstitucional porque es violatoria de otra norma –superior– supone comprender que lo realmente importante no está en el enunciado de la norma sino en lo que ella está significando: algo real, *v. gr.*, la libertad de expresión, el orden económico, la seguridad del Estado, etc.[1151].

Claro está, una decisión justa puede ser también considerada como una decisión plausible (que ha surgido en virtud de razones admisibles) o como una decisión racionalmente aceptable (una decisión plausible y una decisión racionalmente aceptable es aquella decisión que, precisamente, es justa). Pero la preferencia por la noción de justicia y lo que su objeto implica, lo justo o lo debido concreto, no es meramente idiomática, sino que responde a la idea según la cual la caracterización del razonamiento judicial se torna más completa si contiene un elemento sobre el cual converge y hacia el cual apunta, un elemento que está siendo referido, a su vez, a algo concreto y real. En este sentido, la apreciación de ese "algo concreto" al que apunta el razonamiento de los jueces permite encontrar un punto de llegada, lo cual no sucede cuando las decisiones son planteadas en términos estrictamente racionales. O lo que es lo mismo, el razonamiento judicial no termina en otro razonamiento (aceptable, plausible), sino en un acto concreto, la decisión justa.

Esta es, como se ha dicho, la noción de justicia para toda la tradición clásica (antigua) del Derecho: la justicia consiste en un acto de la voluntad, orientado por la inteligencia, mediante el cual se da (restituir, dar, entregar, abstenerse de realizar, respetar, etc.) a cada uno lo suyo (su derecho, y correlativamente su deber). Por lo tanto, la justicia es un acto de imperio y no "otro razonamiento más" del juez: es la consecuencia o conclusión natural de su razonamiento[1152].

[1151] Un desarrollo más detenido de lo apuntado en el texto, en MORA RESTREPO, GABRIEL, *Ciencia jurídica y arte del Derecho*, *op. cit.*, pp. 187-229.

[1152] Sobre el particular véase HERVADA, JAVIER, *Lecciones propedéuticas de Filosofía del Derecho*, *op. cit.*, pp. 89-209; *idem*, *Introducción crítica al Derecho*

Así las cosas, la noción de justicia concreta como resultado de todo el proceso de juzgamiento, en tanto está significando algo real (cosas o acciones), permite sortear el inconveniente en que se incurre cuando se habla de decisiones meramente "argumentativas" o referidas a simples razonamientos (plausibles, aceptables o similares), toda vez que establece una prioridad en la significación real de los fallos constitucionales. Esto permite reiterar una distinción ya anotada: las razones justificativas plantean tan sólo aspectos relativos a los medios (método) mediante los cuales se alcanza o se debe alcanzar una finalidad. Y alcanzar la finalidad, por su parte, señala un criterio fuerte de orientación u ordenación de los medios de que dispone el fallador (no todo medio, y por ende no toda razón justificativa, es consistente con dicha finalidad: cfr. IV, 4 y 5.b). De qué dependan esos medios ha quedado suficientemente ilustrado con las teorías de la justificación y de la fundamentación.

7. EL OFICIO PRUDENTE DE LOS JUECES

El desarrollo que se ha llevado a cabo del razonamiento de los jueces denota la presencia de un considerable número de limitantes, exigencias y directrices, pero también un marco suficientemente amplio de posibilidades de regulación del obrar jurídico concreto. En tal sentido, la tensión existente entre la producción de un fallo justo y los elementos problemáticos de los casos concretos, mirada ahora a través de los datos anteriores, posibilita un acercamiento más promisorio a la actividad de los jueces, en la medida en que les fija condicionantes desde unas coordenadas que plantean como telón de fondo su propia responsabilidad.

Natural, *op. cit.*, en esp. pp. 9-64; VILLEY, MICHEL, *Compendio de Filosofía del Derecho*, *op. cit.*, pp. 84-93. Una introducción bien lograda a esta cuestión en VIGO, RODOLFO L., "Aspectos polémicos en la obra de Michel Villey", en *Persona y Derecho* 27 (1992), en particular pp. 287-296.

Ahora bien, todo lo afirmado hasta ahora parece encontrar en la prudencia jurídica una especial significación, no sólo porque la prudencia permite tomar en consideración todas las dimensiones del proceso judicial, o recibe sin mayores dificultades los planteamientos relacionados con la justificación y fundamentación judicial, sino principalmente porque a través suyo las exigencias *morales* del oficio de los jueces se elevan considerablemente.

En efecto, tal como se viera en el capítulo anterior[1153], en la prudencia jurídica confluyen las "fases" o "etapas" del proceso judicial, toda vez que se trata de una actividad de carácter racional, pero al mismo tiempo dispuesta a la toma de decisiones jurídicas concretas. Y, así mismo, una actividad de tipo prudencial señala una orientación lo suficientemente fuerte de respeto hacia la justicia del fallo, que se articula mediante el uso cuidadoso de buenas razones, permitiendo que las mismas estén fundamentadas y, además, posibilita una forma correcta de la judicatura. En este último sentido la prudencia jurídica alude directamente a un especial "talante" o "disposición" de los jueces, cuya presencia, o ausencia, podría ofrecer alguna pista importante para diferenciar los buenos jueces de quienes ejercen el oficio judicial desviadamente, por ejemplo a través de los "ropajes justificativos" o de los "fallos arbitrarios".

El alcance que tiene esto es extraordinario: a través de la prudencia jurídica se plantean exigencias de justificación y de fundamentación judicial por vía de su dimensión racional. Y a su vez, se exige la recta disposición de fallar en justicia por vía de la dimensión operativa o voluntaria a la que se ordenan todos sus actos. Además, si se toma en consideración que la justicia de la que se habla desde los modelos prudenciales del razonamiento jurídico está estrechamente ligada a la teoría del bien humano (básico o no básico: V, 5.d y e), se puede fácilmente arribar a una genuina caracterización del oficio de los jueces desde el punto de vista de su relevancia social y

[1153] Para todo lo que sigue téngase presente lo dicho allí: V, 5.f y h-i.

de su propia razón de ser en el contexto de las relaciones humanas. Su actividad apunta a una "finalidad calificada", que denota un cierto "bien" o una "dimensión valiosa" para las partes de un proceso, lo cual es otra manera de manifestar lo que los modelos prudenciales insisten respecto del razonamiento práctico, a saber: que su objeto no consiste simple o prioritariamente en producir juicios correctos, sino en llegar a decisiones justas a través suyo. Lo dicho también cobra sentido desde el punto de vista de lo analizado en el apartado precedente, esto es, en la necesidad de distinguir entre "aceptabilidad racional" o "plausibilidad" de la respuesta judicial y "decisión justa", pues a nadie le interesa tanto que su libertad sea apreciada en términos plausibles o racionalmente aceptables, sino ante todo que su libertad concreta (*ius*) sea apreciada (respetada) existencialmente. Cuando los jueces deciden, no están presentando razones para actuar en un sentido o en otro: están ordenando, mediante un acto, algo concreto. Veamos los rasgos esenciales de este importante tema.

a) Justificación, fundamentación y justicia

La definición que diera TOMÁS DE AQUINO de la prudencia –cuyos principales elementos están ya esbozados en la filosofía de ARISTÓTELES– entendida como *recta razón en el obrar*[1154], condensa de un modo afortunado una virtud riquísima. En ella se combinan distintas "partes" o "acciones" que, en una estrecha síntesis, buscan despejar tanto los "elementos irracionales" y meros "impulsos" que pudieran darse en situaciones concretas, como también el señalamiento de un sentido correcto del actuar humano. Desde el punto de vista del oficio de los jueces, que es el que acá interesa, las partes que DE AQUINO señala y asigna a la prudencia no sólo permiten corroborar la estructura del proceso de decisión judicial (en cuanto a los pasos de la deliberación, el juicio y el mandato), sino además son

[1154] Cfr. TOMÁS DE AQUINO, *Sum. Theo.*, II-II, q. 47, a. 8, *resp.*

suficientemente ilustrativas de las condiciones justificativas y de la fundamentación que debiera poseer una decisión. Aunque, desde luego, las categorías empleadas sean distintas, o la relación de "reglas" como las establecidas acá no sea más que un esfuerzo por mostrar pautas orientadoras del razonamiento judicial, se advierte en la exposición del Aquinate un planteamiento que permite su receptividad sin mayores dificultades. Al fin y al cabo, toda la teoría esbozada en este trabajo, a través de los tres elementos centrales de justificación, fundamentación y justicia, ha intentado plantear en esencia *el recto razonar en el obrar de los jueces*.

Pues bien, la exposición que hace TOMÁS DE AQUINO sobre la prudencia está toda ella dirigida a mostrar, como posible o viable, el conocimiento de los medios que pueden conducir a un obrar concreto. Además, la propia finalidad a la que se ordena el conocimiento de los medios tiene un sentido especial para la vida, en tanto se refiere o dimensiona un bien humano[1155]. En cuanto a la dimensión propiamente cognoscitiva o racional se advierte un planteamiento orientado a llevar a cabo una depuración de las razones que pueden ser usadas para la toma de una decisión concreta. Se *delibera*, para decirlo con otras palabras, porque no hay decisiones "tomadas de antemano", sino alternativas posibles respecto de las cuales hay la necesidad de "considerar atenta y detenidamente los pro como los contra", o la "razón o sinrazón de los votos antes de emitirlos"[1156]. Esto no es nada distinto que afirmar, por un lado, la naturaleza dialógica de las relaciones humanas, como también, por el otro, la exigencia general de justificar las decisiones. Deliberar, en efecto, es tanto intercambiar opiniones (consideración y respeto por el otro: VI, 2.a), como pedir consejo, investigar los medios alternativos y formar con base en todo esto un juicio práctico[1157].

[1155] Cfr. *ibidem*, II-II, q. 47, a. 2, *resp*.

[1156] Tomo acá la primera acepción del término "deliberación" que trae el diccionario: cfr. *Diccionario de la Lengua Española*, *op. cit.*, t. I, p. 676.

[1157] Cfr. TOMÁS DE AQUINO, *Sum. Theo.*, II-II, q. 47, a 8, *resp.*; I-II, q. 57, a. 6.

En TOMÁS DE AQUINO, además, la dimensión cognoscitiva de la prudencia está integrada por un número importante de "partes", cuyo propósito radica en proporcionar bases suficientes para la corrección racional que soportará ulteriormente la decisión alcanzada. No sólo plantea un uso formalmente correcto del razonamiento (justificación interna) a través de "la razón" entendida como "inquisición" y "discurso", mediante lo cual es viable determinar o aplicar los "principios universales a los casos particulares, variados e inciertos"[1158], sino que además considera indispensable soportar el juicio según las opiniones "rectas", estimadas por medio de la inquisición deliberada (justificación externa). Esto denota, por una parte, una relación directa de las razones a la fundamentación, porque se parte del reconocimiento de "principios universales" que han de ser "determinados" en circunstancias concretas (sobre esto se volverá luego); pero, al mismo tiempo, por otra parte, denota una vinculación necesaria entre justificación interna y externa, al entenderse que el "buen uso" (lógico) de la razón implica también su rectitud, es decir, implica que se trate además de "buenas razones".

Para TOMÁS DE AQUINO, la forma como pueden ser articuladas esas buenas razones o razones rectas, depende de una combinación de factores que vinculan el "caso concreto" –la decisión que ha de ser tomada– en el contexto de su dimensión temporal. En tal sentido, le otorga una importancia decisiva al "pasado", como también al presente en el que se juzga y, por supuesto, a las consecuencias que pueden derivarse hacia el futuro a partir de la decisión. Así, sostiene que la "memoria" hace parte integral de la prudencia, porque por medio de ella conocemos "las cosas pasadas", lo que, en términos de MASSINI, no es nada distinto que el "recurso a la jurisprudencia"[1159]. Así mismo, en su exposición se plantea la importancia de tomar en

---

[1158] *Ibidem*, II-II, q. 49, a. 5, *resp.*; ad. 2-3. Así mismo, cfr. *ibidem*, q. 48, a. único, *resp*.

[1159] MASSINI, CARLOS IGNACIO, *La prudencia jurídica*, *op. cit.*, p. 60. Cfr. TOMÁS DE AQUINO, *Sum. Theo.*, II-II, q. 49, a. 1.

consideración lo que otros enseñan y aconsejan, y en tal sentido, un acto prudencial debe reposar en la docilidad o apertura a las opiniones de los demás[1160].

Todo esto no implica dejar de lado las exigencias presentes en los casos por resolver, las circunstancias que los rodean y la necesidad de mirar razones opuestas que permitan remover posibles obstáculos para la toma de la decisión prudente. Así, TOMÁS DE AQUINO sostiene que también hacen parte de la prudencia la "inteligencia de las cosas presentes" y la "circunspección"[1161], que es tanto como decir, para emplear las categorías anteriormente formuladas en esta investigación, la pertinencia de las razones a las circunstancias del caso concreto, como también la denominada por él mismo "precaución", mediante la cual se toman en consideración opiniones contrarias que reafirmen –o en su caso, lleven a modificar– las propias razones prudentes[1162]. Esto último es correspondiente, en cierto modo, a las condiciones de refutación y, en conjunto, la apertura al diálogo con otros, el recurso a la jurisprudencia y la circunspección, llevan fácilmente a la posibilidad de "saturar" las razones justificativas empleadas para decidir. Por último, hace parte integral de la prudencia la "previsión" de las consecuencias futuras, lo cual implica una "relación a algo distante hacia lo cual debe ordenarse cuanto suceda en el presente", pero de cara a la finalidad valiosa exigida por la prudencia[1163]. Esto daría cuenta de la compatibilidad entre las razones y la decisión finalmente adoptada, como de la exigencia de "ordenar algo adecuado al fin".

Por otra parte, la teoría de la fundamentación está no sólo presente por la vía del anclaje de las acciones al sujeto de atribución (la persona humana), sino además porque la determinación o aplica-

---

[1160] Cfr. *Sum. Theo.*, II-II, q. 49, a. 3.

[1161] Cfr. *Ibidem*, II-II, q. 49, a. 7.

[1162] Cfr. *ibidem*, II-II, q. 49, a. 8.

[1163] Cfr. *ibidem*, II-II, q. 48, a. único, *resp.*; II-II, q. 49, a. 6.

ción de lo singular es de cierta manera el resultado reflexivo de principios universales de la razón práctica: "es necesario que el prudente conozca no solamente los principios universales de la razón, sino también los objetos particulares sobre los cuales se va a desarrollar la acción"[1164]. Esto no es, como se dijera atrás, una apelación arbitraria a un elemento indiscriminado, sino ante todo un conocimiento por evidencia: los principios de la razón práctica "preexisten" al propio discurso[1165]. Además, pueden ser comprendidos mediante una reflexión teórica, lo que manifiesta una vez más que la razón humana no tiene por qué estar escindida en dos planos (teórico y práctico), como si se tratara de dos facultades o ámbitos irreconciliables (V, 5.i.iii). Por el contrario, según DE AQUINO se da una especie de "extensión del entendimiento" especulativo a la materia práctica[1166].

Todo lo anterior encuentra en el imperio (la acción u obra concreta) su ordenación propia, que DE AQUINO considera es el acto principal de la prudencia[1167]. Aparece así la dimensión propiamente preceptiva o volitiva del razonamiento práctico: un acto (movido racionalmente[1168]) que ordena la realización de una obra para el vivir bien[1169]. Nótese nuevamente la finalidad calificada: la prudencia no está circunscrita a un simple conocimiento para la producción de un objeto o cosa exterior (como sucede con el arte o la producción técnica), sino a la realización de un obrar cuyo sentido y relevancia ra-

---

[1164] *Ibidem*, II-II, q. 47, a. 3, *resp*.

[1165] Cfr. *ibidem*, II-II, q. 47, a. 6, *resp*.

[1166] Cfr. *ibidem*, II-II, q. 47, a. 3, ad. 1. No hay, como sostiene él mismo, una "prudencia especulativa" (II-II, q. 47, a. 2, ad. 3), porque su ámbito propio son las cosas singulares y contingentes (por eso es práctica). Pero esto no quiere decir que, por vía de reflexión y comprensión no pueda darse una explicación "añadida" de los principios del razonamiento práctico.

[1167] Cfr. *ibidem*, II-II, q. 47, a. 8.

[1168] Cfr. MASSINI, CARLOS IGNACIO, *La prudencia jurídica*, *op. cit.*, pp. 79-80.

[1169] Cfr. TOMÁS DE AQUINO, *Sum. Theo.*, I-II, q. 57, a. 5, *resp*.

dica tanto en lo realizado, como en el sujeto que lo realiza[1170]. La similitud, desde luego, entre el arte y la prudencia radica en que ambas versan sobre cosas o acciones contingentes o no necesarias, sobre lo que puede ser "hecho" o "realizado" de varias maneras posibles. Y, así mismo, tanto en una como en la otra hay una calificación de lo "hecho" o lo "realizado" desde el punto de vista de su bondad o razón de "bien"[1171]. Ahora, la diferencia entre ambas está en que dicha bondad o razón de bien no es de carácter prioritariamente moral en la producción artística, en la que se mira o califica la obra exterior, mientras que sí lo es en el caso de la prudencia, pues en ésta se alude a lo realizado desde la perspectiva del bien humano y según la intención o apetito del propio sujeto (lo que T. DE AQUINO llama rectitud de la voluntad[1172]).

Desde el punto de vista del oficio de los jueces, por supuesto, tanto el arte como la prudencia son operaciones (o "momentos") del propio oficio, lo cual implica la posibilidad de una evaluación del accionar judicial desde ambas perspectivas[1173]. Una "buena" sentencia (entendida como un "documento oficial"), puede ser calificada según la impecable ordenación sistemática que la ubica en una determinada línea jurisprudencial, o porque representa un hito en la producción jurídica de un determinado ordenamiento de Derecho. Puede ser "buena" en cuanto es impecable por su forma de razonar, o ser "buena" porque hace un ejemplarizante trato a la dimensión fáctica del juicio. Pero al mismo tiempo, una "buena" sentencia (en el sentido pleno del término) también puede ser calificada porque, además de cosas como las anteriores, el peso o fuerza de sus razones

---

[1170] Cfr. *ibidem*, I-II, q. 57, a. 4, *resp*.

[1171] Cfr. *ibidem*, I-II, q. 57, a. 3, *resp*.

[1172] Cfr. *ibidem*, II-II, q. 47, a. 4, *resp*. La prudencia toma en cuenta la razón de bien tanto desde un punto de vista material como formal, mientras que en el arte solamente hay una exigencia de bondad material del objeto: cfr. *ibidem*.

[1173] Cfr. MORA RESTREPO, GABRIEL, *Ciencia jurídica y arte del Derecho*, *op. cit.*, pp. 297-303.

soportan una decisión justa, en la que se ha ordenado la restitución o atribución de un derecho o deuda concreta. Lo usual (o lo deseable) es que ambas perspectivas coincidan. Sin embargo, como no siempre esto acontece, la tesis de la prudencia jurídica se presenta como el momento de mayor especificación y relevancia del oficio de los jueces. Como se ha demostrado a lo largo de esta investigación, quedarnos simplemente con el "producto" (la sola sentencia-documento, al margen de lo resuelto) es dejar de lado su natural ordenación, la finalidad a la que debe llegar. Forzando en algo las categorías, una "buena" sentencia-documento podría ser simple y llanamente una "solvente argumentación", alejada de la justicia (VI, 4.d).

Desde luego, la tesis de la prudencia jurídica no hace a un lado las dificultades interpretativas en los casos concretos, como tampoco la existencia de elementos subjetivos, o aun los afectos y circunstancias propias que circundan la vida de los jueces (sus coordenadas históricas: IV, 3.c). Incluso tiene en cuenta la existencia de "elementos irracionales" eventualmente presentes en la toma de decisiones judiciales, junto a las "corazonadas" y "motivaciones ocultas" (VI, 2.c). El reconocimiento de estas cosas no es nada distinto que afirmar que la perspectiva de todo juicio se lleva a cabo desde la figura protagónica de los jueces y de su propia personalidad. Sin embargo, al tiempo de este reconocimiento, la tesis de la prudencia jurídica es planteada como correctivo. Podría decirse que ofrece una explicación antropológicamente más plausible, por cuanto reconoce la presencia de instancias no racionales en la actividad de los jueces que, no obstante, están subordinadas al imperio de la razón y encausadas por ésta hacia la consecución de un fin exigido por la naturaleza de la persona y de las relaciones sociales. De acuerdo con esto, la figura del juez deja de ser entendida como una instancia que juzga de manera indiscriminada (o discrecionalmente, al modo señalado en II, 5.d), porque le desvían demasiado sus propios afectos e ideologías, o las inconsistencias y vacíos que deja el lenguaje jurídico, para erigirse en un hombre sobre quien se deposita una razonable confianza de sobreponerse a estas cosas.

En este sentido, para la tesis de la prudencia jurídica no se da una especie de constatación "acrítica" de los elementos irracionales, que algunas vertientes han elevado a la categoría de máximos rectores de la actividad de los jueces en los "casos difíciles" (con la consecuente "legitimación" de la arbitrariedad judicial), sino que los asume como una tarea susceptible de corrección racional o, en caso contrario, de abandono. Dejar de lado esta perspectiva es darle vía libre a los "ropajes justificativos" y a los "fallos arbitrarios". Así las cosas, se advierte que estamos en presencia de una actividad exigente: de carácter racional pero, a su vez, de carácter moral. O, para expresarlo de manera distinta, el planteamiento prudencial del oficio de los jueces obliga a posar la vista sobre los estrechos vínculos que existen entre la ética y la gnoseología jurídica, tan olvidados por las modernas teorías sobre el razonamiento del Derecho.

b) El abandono de la prudencia judicial en el marco del actual pensamiento jurídico

Estas últimas reflexiones sirven para esbozar una cuestión importante. Las ventajas, por denominarlas así, que la prudencia jurídica ofrece al razonamiento judicial, contrastan significativamente con su abandono en el contexto de las grandes corrientes del pensamiento jurídico contemporáneo. Las más extendidas reflexiones *iusfilosóficas* de los últimos tiempos sobre el razonamiento práctico han recuperado, ciertamente, un número importante de elementos provenientes de la época antigua del pensamiento jurídico, en la que floreció con gran esplendor la preeminencia de la prudencia jurídica como *virtud específica* de la actividad de los jueces, los *juristas por antonomasia*[1174]. Sin embargo, su ámbito de reflexión ha estado circunscrito a cuestiones que apenas tocan la dimensión prudencial de

[1174] Cfr. HERVADA, JAVIER, *Lecciones propedéuticas de Filosofía del Derecho*, *op. cit.*, p. 90.

los jueces, pues en su mayoría han estado dirigidas a tratar aspectos que privilegian otras formas metodológicas alternas.

Esto puede ser reflejado, notoriamente, a través del auge que han tenido distintos estudios jurídicos que reivindican la "tópica", la "dialéctica" o la "retórica" como metodologías propias de los jueces. Por supuesto, estas perspectivas han sido importantes porque han puesto de relieve, en contraste con los modelos *formalistas* (II, 5.b), que una aproximación al razonamiento jurídico debe hacerse a partir del carácter no necesario de sus premisas, o tomándose en serio la idea según la cual el oficio judicial avanza en medio de lo probable e incierto, a través del uso de juicios valorativos de diversa índole, el empleo de conjeturas, ejemplos, sospechas y hasta intuiciones sobre la manera de regular la conducta jurídica de los hombres[1175]. Es explicable que las anteriores notas hayan exigido dar cuenta de un modo de pensar el Derecho más ajustado a lo "circunstancial" y "contingente" y menos "lineal" y "demostrativo", como había sido planteado por las doctrinas jurídicas decimonónicas. Con todo, la ausencia de la "prudencia jurídica" como propuesta seria para dilucidar los más intrincados problemas del razonamiento judicial –bien por sí misma, o incluso apoyada por *medios de persuasión* y *lugares comunes*–, es una cuestión que no debe ser pasada por alto[1176].

Una explicación detenida sobre las causas por las que ha ocurrido lo anterior escapa por completo al objeto propuesto en esta tesis doctoral. Esto no es óbice para esbozar algunas ideas tentativas, suficientes para darnos una visión general del asunto. La primera idea consiste en llamar la atención sobre la *degradación* del término

---

[1175] Una explicación de esto en MASSINI, CARLOS IGNACIO, *La prudencia jurídica*, *op. cit.*, pp. 54-58.

[1176] Tengo en mente, desde luego, aquellas obras más representativas y de mayor impacto en los estudios que reivindican el razonamiento práctico en materia jurídica, algunas de las cuales –como las de corte procedimental y sus principales fuentes (*v. gr.*, la influyente obra de CH. PERELMAN)– han sido abordadas con cierta extensión en este trabajo. La idea, en todo caso, puede ser extendida a muchos otros autores no considerados en esta investigación.

"prudencia", que a grandes rasgos, como ha sostenido PIEPER, oscila hoy entre dos significados: "el de un angustiado afán de propia conservación y el de un cuidado de sí mismo que no deja de ser egoísta en alguna manera"[1177]. Ha sido tan notoria esta "transformación semántica" que no han faltado propuestas de sustitución del término por otros que hoy "suenen" más ajustados a su entorno definicional, como ha ocurrido con la expresión inglesa "*practical wisdom*"[1178].

Una segunda idea, más de fondo, consiste en hacer notar que los principales dogmas de la tradición filosófica moderna implican una ruptura de raíz con la incuestionable orientación prudencial a la verdad práctica. La noción de verdad que se nutre de la Modernidad presenta un entorno bastante "fuerte" y "riguroso", basado en intuiciones *a priori* de carácter evidente (racionalismo), o en la verificación sensible de un "objeto dado" (empirismo)[1179]. La estructura gnoseológica que inquiere por *esta* verdad se desenvuelve mediante la validación de lo captado a través de la demostración y necesariedad lógica, proceso en el cual deben estar presentes actitudes muy claras del sujeto, como la neutralidad para describir objetivamente lo dado y la exigencia de universalidad de sus juicios. En esta estructura difícilmente caben "decisiones de riesgo", es decir, aquellas que implican juicios sobre realidades contingentes susceptibles de distinta configuración[1180] (III, 3.b).

[1177] PIEPER, JOSEF, *Las virtudes fundamentales*, *op. cit.* pp. 34-35; la cita en p. 35.

[1178] Sostiene GÓMEZ ROBLEDO, en efecto, que "[u]n traductor tan avisado como [W. D.] Ross ha sentido tan bien esta degradación semántica, que pudiendo haber empleado el vocablo correspondiente en su lengua (*prudence*) a la *prudentia* latina, ha preferido usar un término compuesto: *practical wisdom*": GÓMEZ ROBLEDO, ANTONIO, *Ensayo sobre las virtudes intelectuales*, *op. cit.*, p. 189.

[1179] Cfr. MANASSERO, MARÍA DE LOS ÁNGELES, *De la argumentación al derecho razonable*, *op. cit.*, pp. 110-123.

[1180] Cfr. OLLERO TASSARA, ANDRÉS, *¿Tiene razón el Derecho?*, *op. cit.*, pp. 422-425.

Esta noción de la "verdad" parece haber jugado el papel indiscutido de criterio rector de la única racionalidad posible, desde luego excluyente respecto de aquellas realidades cuya aproximación gnoseológica admitiera una explicación de su entorno en otro sentido[1181]. Y es precisamente dicha noción, meramente "lógica" y "científica" de la verdad, afianzada a través de siglos, la que es heredada por las corrientes mayoritarias que reivindican para el Derecho el razonamiento práctico. Es lo que ocurre, por ejemplo, con CH. PERELMAN, quien no sólo "asocia a la idea de verdad una actitud dogmática, intolerante y absolutista", sino además la concibe como una instancia que "clausura el diálogo"[1182]. Es por esto que la verdad debe ser desplazada como categoría del razonamiento práctico para que, en su lugar, aparezcan la "adhesión" y las "razones convincentes" pronunciadas mediante el arte o técnica de la retórica[1183]. Para *esa única racionalidad* posible no cabe, como es lógico, una "ciencia de los contingentes", ni siquiera por *analogía*[1184].

[1181] Para una explicación sucinta de los principales rasgos de esta postura, como una crítica comprensiva de esta perspectiva unilateral de la verdad, cfr. VOEGELIN, ERIC, *The New Science of Politics*, *op. cit.*, pp. 1-26.

[1182] MANASSERO, MARÍA DE LOS ÁNGELES, "La nueva retórica como razonamiento práctico. La teoría de la argumentación de Chaïm Perelman", en SERNA, PEDRO, *De la argumentación jurídica a la hermenéutica*, *op. cit.*, p. 19.

[1183] *Ibidem*, pp. 19-20. La distinción es clara: mientras la retórica tiene por objeto la persuasión o el convencimiento del interlocutor, la prudencia, en cambio, busca ante todo la verdad práctica, o bien, para el caso del Derecho, "el logro de la verdad jurídica, de aquel juicio verdadero que permita hacer justicia en una situación concreta": MASSINI, CARLOS IGNACIO, *La prudencia jurídica*, *op. cit.*, p. 58. Véase sobre el mismo tema OLLERO TASSARA, ANDRÉS, *Derechos humanos y metodología jurídica*, *op. cit.*, pp. 114-115.

[1184] La cuestión es dilucidada por MASSINI, CARLOS IGNACIO, *La prudencia jurídica*, *op. cit.*, pp. 108-119. Claro está que no han faltado propuestas en que la verdad haya sido mostrada como criterio rector del comportamiento humano, aunque bajo la condición de ser convalidada externamente mediante un acto de provisionalidad absoluta. Es lo que acontece con la noción (menos comprometida que la noción prudencia) de "verdad consensual", cuya legitimidad estaría dada por reglas ideales de una discusión y, en último término, por la racionalidad del procedimiento democrático. El caso claro es HABERMAS, JÜRGEN, *Facticidad y validez*, *op. cit.*,

Por último, como tercera idea cabe anotar lo ya señalado anteriormente: la prudencia de los antiguos no consiste en un simple "método" de acceso racional a la realidad para producir decisiones acertadas o simplemente correctas, sino ante todo en una actividad o modo de ser que involucra la recta disposición del ánimo y el deseo de querer y obrar conforme a una *finalidad* calificada (V, 5.d). La cuestión acá es más complicada que las anteriores, porque supone un entorno de exigencias *desde la propia figura del hombre que juzga* una situación particular y concreta. Exige, para decirlo de una manera más clara, un especial *talante moral* que lo compromete hacia una finalidad que, de algún modo, posee una dimensión *bondadosa* o *moralmente relevante*. MARTÍNEZ DORAL afirma lo siguiente a este respecto:

> "[P]ara que la prudencia pueda ejercer su imperio con garantía de acierto, es menester que el dinamismo voluntario se mantenga establemente orientado hacia el justo fin, por medio de aquellos dispositivos rectificadores de la voluntad, que se llaman virtudes morales. Esta especial condición de la prudencia da a la actividad jurídica una calidad humana y un tono de elevación y de exigencia que en ningún momento puede ser olvidado. Y nos hace observar que (...) la actividad prudencial exige en quien la ejerce un conjunto de predisposiciones favorables a la verdad y a la justicia"[1185].

---

pp. 297-309. La cuestión determinante es, desde luego, aquello que permite legitimar el consenso mismo: "[u]n consenso sobre el consenso llevaría a un regreso indefinido", como sostiene KAUFMANN, ARTHUR, *La Filosofía del Derecho en la postmodernidad*, Bogotá, Temis, 1992, p. 47. Esto se explica, como se dijera previamente, por el soporte *relativista* (aun moderado) o "no relativista" en términos rudimentarios, del que parten estas posturas, de tal manera que lo "ontológico" que pudiera existir en la verdad práctica termina sustituyéndose por una fundamentación *procedimental:* cfr. OLLERO TASSARA, ANDRÉS, *Derechos humanos y metodología jurídica*, *op. cit.*, p. 115.

[1185] MARTÍNEZ DORAL, JOSÉ MARÍA, *La estructura del conocimiento jurídico*, *op. cit.*, pp. 89-90.

Esta connotación calificada de la prudencia es simplemente contundente. Y como tal, no podría tener cabida entre posturas jurídicas que separan la Moral del Derecho o que conciben a éste como una mera técnica social específica de un orden coactivo[1186]. Pero, así mismo, tampoco podría tenerla ante un planteamiento meramente "coherentista" del razonamiento jurídico, que en última instancia asume, al margen de sus buenas intenciones, una perspectiva sólo formal de la corrección práctica. Esta perspectiva es explicable quizá por el entorno de reflexión filosófica de siglos, centrada en una ética formalista y autónoma, en la que la acción moral se ve sustraída de una materia propia o fin determinado (*v. gr.*, lo justo concreto). Detengámonos un momento en esta cuestión, que encuentra su desarrollo más elaborado en Immanuel KANT.

Como se sabe, para KANT la moral se apoya en lo que él denomina un *faktum*, un hecho moral que se manifiesta en que la razón puede determinar la voluntad por sí misma y al margen de toda experiencia. Esto es así en la medida en que obrar con fundamento en la experiencia representa una determinación de la facultad inferior de *desear*, que en modo alguno constituye un principio de una voluntad libre. Lo anterior implica en KANT una separación entre *materia y forma* de los actos humanos: "Todos los principios prácticos que suponen un *objeto* (materia) de la facultad de desear como fundamento de la determinación de la voluntad, son todos ellos empíricos y no pueden proporcionar ley práctica alguna"[1187]. La razón es que, según él, dichos objetos son representados empíricamente, lo que conlleva una *contingencia* del principio, diferente para cada sujeto. Obrar de tal forma (con base en la realidad) conllevaría a una

---

[1186] El caso paradigmático de esto es HANS KELSEN: cfr. *Teoría general del Derecho y del Estado*, *op. cit.*, p. 21; *idem*, "The Law as a specific social technique", publicado en *University of Chicago Law Review* 9, 41-42, pp. 75-79; edición cast. a cargo de A. Calsamiglia, "El Derecho como técnica social específica", en KELSEN, HANS, *¿Qué es justicia?*, *op. cit.*, pp. 152-182.

[1187] KANT, IMMANUEL, *Crítica de la razón práctica*, c. I, 2. Cito por la edicion de México, Porrúa, 1986, p. 104.

ética del deseo y, por lo tanto, a una moral egoísta. En esta idea subyace la concepción de una dimensión caótica de la naturaleza (humana), incapaz de proveer bases para afirmar una materia digna de ser poseída o buscada.

Consecuencia inmediata de lo expuesto es la necesidad de KANT de que la conducta moral quede regida por una *forma de ley*, o *forma a priori* de la voluntad, que sería lo único *bueno* en sí mismo: "Ni en el mundo ni en general tampoco fuera del mundo, es posible pensar nada que pueda considerarse como bueno sin restricción, a no ser sólo *una buena voluntad*". Y añade: "La buena voluntad no es buena por lo que efectúe o realice...; es buena sólo *por el querer*; es decir, es buena en sí misma"[1188]. Esto tiene una significancia enorme, el fundamentar la bondad de la voluntad no en los objetos que quiere, sino en la *forma* como los quiere[1189].

Así las cosas, el "caos de sensaciones", que es el punto de arranque gnoseológico de la filosofía kantiana, es también un caos en relación con una moralidad de contenidos. Por esta razón se impone necesariamente un obrar *a priori*, cuyo soporte es apenas la buena intención que anima al sujeto. La contraposición entre el yo *empírico* y el yo *puro* determina, según KANT, la ley de la voluntad libre, lo que a su vez supone explícitamente todo rechazo a cualquier sistema de moralidad *heterónoma*, como sería la moral religiosa, la establecida por las leyes humanas o la recibida por la educación. Esto significa que, para KANT, la ley moral es dictada por la conciencia moral misma, no por una instancia ajena al yo (por eso es *autónoma*). Traducido en otros términos, esto implica que las leyes morales proceden de la "legislación de la propia voluntad": es el *imperativo categórico* desde el cual se pueden inferir los deberes, es decir, una ley que manda sin ninguna condición. Esta ética *formalista*, sin conte-

---

[1188] KANT, IMMANUEL, *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*, *op. cit.*, c. I, pp. 22-23.

[1189] Cfr. URDÁNOZ, TEÓFILO, *Historia de la Filosofía. Siglo XIX: Kant, idealismo y espiritualismo*, t. IV, Madrid, BAC, 1975, pp. 81-88.

nidos, en tanto no prescribe nada de fondo, en tanto no es una ética de *finalidades* sino del simple obrar por el obrar mismo (o del cumplimiento de la ley por la ley misma), que sitúa como centro de la moral al deber y no al bien, se traduce en las famosas máximas kantianas de las reglas subjetivas de conducta: "obra de tal modo que la norma de tu conducta pueda valer como ley universal", "obra siempre según una máxima que puedas erigir en ley universal", o bien, "obra de modo que puedas querer que lo que haces sea ley universal de la naturaleza"[1190]. De esto resulta que un acto no debe cumplirse porque sea bueno, sino que es bueno en tanto deba cumplirse. No está demás mencionar que puede hacerse sin mayores dificultades un paralelismo entre estas máximas y las reglas de fundamentación de la razonabilidad práctica propuestas por AARNIO y ALEXY (cfr. V, 4.g).

En virtud de lo explicado parece claro, como sostiene GÓMEZ ROBLEDO, "que la prudencia aristotélica nada tiene que hacer en la ética kantiana", pues aquella "no es concebible sino dentro de una ética material y finalista"[1191]. Esto es, la prudencia de ARISTÓTELES tiene como mira *el bien de la voluntad*, una realidad que manifiesta su ordenación propia. El contraste se torna evidente: mientras que en la ética kantiana el sentido normativo de una conducta está determinado por la sola "buena" voluntad, para el pensamiento clásico la voluntad está determinada por la razón de bien, esto es, por un realidad cierta que, en cuanto tal, es susceptible de ser apreciada y comprendida racionalmente porque dimensiona un aspecto valioso, al que por ende se ordena. Desde el punto de vista de su conocimiento esto supone, como es lógico, que para el filósofo griego la realidad moral no sea considerada un "caos de sensaciones", sino ante todo un "objeto" inteligible al que se puede acceder racional y

---

[1190] Cfr. KANT, IMMANUEL, *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*, *op. cit.*, c. II, pp. 26, 39 y 50.

[1191] GÓMEZ ROBLEDO, ANTONIO, *Ensayo sobre las virtudes intelectuales*, *op. cit.*, p. 192.

operativamente, aun en medio de una combinación de opciones, por lo demás suficientemente amplia, a ser tomadas en las circunstancias concretas.

La necesidad de superar el escepticismo que subyace como condición de lo anterior (cfr. *supra*, I, 3; III, 5) puede ahora precisarse si se retoma el principio de fundamentación del razonamiento práctico al que se aludió ya, y sin que se pierda de vista, al propio tiempo, que usualmente existen múltiples formas de concretar correctamente un obrar moral concreto. Así, el punto de partida del saber ético remite a la condición de persona o condición humana, lo que implica, desde su comprensión racional, el conocimiento de núcleos objetivos y por sí mismo evidentes, los cuales pueden ser concretados, determinados o especificados de múltiples formas, tantas como sea posible afirmar que se trata de una existencia humana valiosa. Esto no es nada distinto que manifestar que la prudencia "tiende puentes" entre exigencias universales o generales y problemas situados en un tiempo y en un espacio concreto (cfr. V, 5.i)[1192]. La condición requiere, como sostiene VOEGELIN, una especie de *apertura* (*openness*) o no resistencia a una realidad (ontológica) de la cual se participa[1193], un "dejarse medir" por la realidad circundante[1194].

[1192] Cfr. VIGO, RODOLFO L., *Interpretación jurídica*, *op. cit.*, p. 39.

[1193] VOEGELIN, ERIC, *Anamnesis*, *op. cit.*, en esp. pp. 61-70 y todo el capítulo 6 ("Reason: The Classic Experience", pp. 89-115).

[1194] El propio VOEGELIN dará cuenta de una buena cantidad de movimientos ideológicos que rechazan dicha apertura: cfr. *ibidem*, pp. 97-103. Con relación a su noción de "loss of reality", véase allí mismo las pp. 168-172. Una introducción al tema puede verse en NIEMEYER, GERHART, *Aftersight and Foresight. Selected Essays*, Lanham, University Press of America – The Intercollegiate Studies Institute, 1988, en esp. el capítulo "Loss of Reality: Gnosticism and Modern Nihilism", pp. 15-28.

8. RECAPITULACIÓN

En este capítulo final se pusieron a prueba los principales elementos propuestos por la hermenéutica y por los modelos prácticos del razonamiento jurídico, tanto los procedimentales, como los prudencialistas. Se trató, así, de encontrar las respuestas últimas que dieran cuenta del fenómeno específico de la interpretación constitucional, en los más amplios campos de la interpretación jurídica y del obrar moral.

A continuación, se ofrece una síntesis de lo más relevante que se ha tratado en este capítulo:

1) En un primer momento fue analizada la naturaleza del razonamiento de los jueces desde el punto de vista de su entorno o contexto, a través de tres temas. El primero hizo referencia a la dimensión racional del proceso de decisión, a partir de dos ideas básicas: la pretensión de corrección o justificabilidad y la naturaleza dialógica de las relaciones humanas. El segundo tema hizo referencia al Estado contemporáneo, que exige a los jueces motivar sus decisiones a través de razones; esta exigencia está basada en el efectivo (o posible) control de las actuaciones judiciales. El tercer tema planteó si podían existir, y en qué sentido, "motivaciones ocultas de los jueces" y "justificaciones irracionales". Este asunto fue estudiado a partir de la crítica que hiciera el realismo jurídico norteamericano al formalismo jurídico y, luego, tomando en consideración los denominados contextos de "descubrimiento" y "justificación" del conocimiento humano. La importancia de este tercer tema radicó en distinguir un ámbito subjetivo de los jueces, pero no necesariamente arbitrario, de uno subjetivo y arbitrario, según pasen o no la prueba de su justificación. En este sentido, se demostró que la noción de "justificación" apela necesariamente a un ámbito *racional* y que, por lo mismo, no existen *justificaciones* que, en sentido estricto, sean *irracionales*.

2) En un segundo momento se estudiaron las llamadas justificación interna y justificación externa, entendidas como aspectos complementarios que buscan fijar exigencias al razonamiento de los jue-

ces, a través, respectivamente, del uso lógico de las premisas y atendiendo al peso o fuerza de las razones.

En cuanto a la justificación interna se constató, por una parte, su indudable importancia para evaluar la coherencia entre las premisas y el proceso de deducción necesario entre ellas y la decisión alcanzada. Por otra parte, se advirtió que este aspecto, meramente formal, al no tener como propósito corroborar la corrección material de las premisas usadas en el razonamiento de los jueces, debía ser completado por la justificación externa.

Así se entró a un estudio detenido de los principales aspectos de ésta, a través del hilo conductor básico de saber en qué consiste o qué puede entenderse por "razones de peso" o por "buenas razones" aducidas para soportar una decisión judicial. Se plantearon en torno suyo las siguientes ideas, con sus respectivos desarrollos: (i) una buena razón o una razón justificativa (externa) es una razón que apela o alude a las fuentes de los derechos y obligaciones; (ii) la lectura de tales fuentes no puede hacerse al margen de los casos concretos y, particularmente, de sus datos, circunstancias o hechos que los constituyen y especifican; (iii) así mismo, la lectura de las fuentes jurídicas no puede ser planteada al margen de las valoraciones de los jueces.

De acuerdo con lo anterior, se procuró dar cuenta de algunas clasificaciones o tipologías de las razones justificativas. Se propuso la siguiente: (i) razones sobre la dimensión fáctica; (ii) razones sobre la dimensión propiamente jurídica o regulatoria; (iii) razones valorativas, y (iv) razones de relación entre las anteriores. Se hizo un desarrollo breve de cada una de estas razones, mediante un diálogo con otras posturas y clasificaciones.

La teoría de la justificación externa fue completada en sus rasgos esenciales al señalar cuáles son sus exigencias. Si bien cada autor hace su propio análisis de los requisitos que debe tener una buena razón justificativa, se propuso un catálogo mínimo que permitiera simplificar las exigencias básicas de la justificación, reconduciéndolas a pocas reglas. Tales exigencias fueron las siguientes: (i) pertinen-

cia al caso concreto; (ii) respeto *prima facie* de los estándares consolidados en una tradición jurídica; (iii) condiciones de refutación o argumentos contrarios; (iv) requisito de saturación o completitud de criterios; (v) determinación explícita de las razones, y (vi) compatibilidad entre las razones y entre éstas y la decisión.

3) Seguidamente se desarrolló lo que se ha denominado "teoría de la fundamentación". Se trata de una teoría que, si bien está planteada a partir de los modelos prudenciales, para referirla a todo el Derecho, ha podido ser mostrada en esta investigación como un aspecto determinante para cimentar, objetivamente, el razonamiento de los jueces. Esta teoría busca mostrar que las razones justificativas deben estar soportadas ulteriormente, es decir, deben apoyarse en otros estándares o referentes que den cuenta de sus propios puntos de partida.

La tesis esbozada implicó poner a prueba las exigencias de la justificación externa a la luz de determinados casos concretos, para demostrar que sin aquellos estándares adicionales no tenía sentido afirmar la propia "corrección" racional, más allá de lo que los propios jueces que deciden estuvieran dispuestos a conceder. Esto fue presentado a través de dos temas: el primero, la corrección "autojustificadora" de las reglas y exigencias justificativas; el segundo, la tesis de las "argumentaciones solventes". Con respecto a ambos puntos se sostuvo que el verdadero problema de la justificación externa es que, sin soportes adicionales, termina convirtiendo las reglas y exigencias justificativas en meras formalidades o en simples razones vacías.

Por los anteriores motivos se propuso una fundamentación situada *previamente* al desarrollo de la justificación. Para esto se planteó el denominado "fundamento ontológico": aquellas realidades que manifiestan la "condición de persona" en cuanto a su ser y a sus exigencias. La especificación del fundamento ontológico dio lugar a señalar dos principios concretos, consistentes en una limitación y en una directriz. La limitación manifiesta que no se puede decidir en contra de un bien humano básico; la directriz expone la exigencia o

compromiso de promover los derechos fundamentales para la mayor realización de la persona o plenitud humana.

El fundamento propuesto implicó tomar en cuenta los principales argumentos que han sido establecidos en su contra, o que podrían ser objetados al mismo. El primer argumento desarrollado fue la aversión hacia las aserciones metafísicas. Esto fue contestado a través de la distinción entre "fundamento ontológico" y "explicaciones" o "aserciones ontológicas". El segundo punto consistió en la discusión del carácter epistemológico de los primeros principios del razonamiento práctico, debido a que existe una enorme desaprobación de la denominada evidencia analítica. Esto fue contestado a través de cuatro elementos: que el conocimiento de esos primeros principios prácticos no es de carácter *a priori*, sino que exige su participación (de cada persona) en los valores que son formulados por aquellos; que esta participación o captación evidente no puede ser racionalmente negada, porque su formulación preceptiva consiste en mostrar *bienes humanos valiosos* por *sí mismos* y sin necesidad de comprobación; que su cuestionamiento implica una exigencia de "comprobación" o "verificación" empírica al estilo cientificista, lo cual responde a un "estatuto epistemológico" completamente distinto al de la evidencia analítica; y, por último, que para aceptar la noción de fundamentación del razonamiento de los jueces debe tenerse una posición cognitivista de la realidad, y que no se puede ser meramente un "no relativista", ni de forma moderada o rudimentaria.

4) La siguiente parte estuvo destinada a tratar dos temas puntuales. El primero ha sido la dimensión de "corrección" de las decisiones judiciales. El segundo fue la dimensión "volitiva", o el acto concreto de la justicia. El primer asunto buscó precisar, a partir del fundamento ontológico, en qué sentido se puede hablar de "varias respuestas o decisiones correctas" y en qué sentido de "una única respuesta o decisión correcta". El segundo asunto puso de manifiesto la importancia de la justicia como elemento de convergencia de las razones judiciales, es decir, como finalidad propia y específica hacia la cual se deben ordenar las actuaciones de los jueces. Este análisis re-

sultó clave por dos cosas: la primera, porque permitió mostrar que una decisión justa es una decisión que especifica o concreta bienes de las personas, básicos o no básicos, satisfaciendo el título sobre ese bien que tiene determinada persona. La segunda, porque permitió mostrar que la decisión judicial, si es considerada por medio de la noción de justicia, es más consistente que las nociones de "aceptabilidad racional" o "plausibilidad de una respuesta", por la concreción que aquella posee respecto de cosas y su ordenación a la satisfacción del título del sujeto acreedor y, por contraste, por el nivel meramente argumentativo que la aceptabilidad o plausibilidad poseen.

5) Por último, se concluyó el capítulo con el estudio de la prudencia jurídica. Este elemento permite recoger los aspectos analizados previamente, o mejor aún, es el elemento sobre el cual parecen girar todos los problemas tratados en esta investigación. Esto es así porque la prudencia consiste en una *actividad* propia de la razón práctica que, además de realizar un ejercicio cuidadoso de comprensión y selección de los elementos y procesos racionales (medios) que sean requeridos para la decisión misma, está *interesada* en, o *dispuesta* a, tomar decisiones correctas, en el sentido de decisiones justas y no meramente "coherentes" interna o externamente, y esto al margen de qué tanto peso tengan o representen las anomalías interpretativas posiblemente existentes, como acontece especialmente en el ámbito de la interpretación constitucional.

La actividad de la prudencia jurídica se demostró como la forma más indicada para llevar a cabo un ejercicio de corrección y fundamentación de las decisiones judiciales, como quiera que sus exigencias redundan en la propia actitud personal de los jueces, aspectos determinantes para hacerle frente a fallos constitucionales, como los presentados en esta investigación. En este último sentido, el estudio permitió además sostener que a través de la prudencia se elevan las exigencias del oficio de los jueces, en la medida en que su propia finalidad converge con la justicia a la que apunta el razonamiento jurídico. Pero, además, esto ha quedado de manifiesto porque la prudencia no busca simplemente la "adhesión" o el "convencimiento de

otros" –ni la mera producción de juicios formalmente "correctos"–, sino su inmediata ordenación a una finalidad o materia *calificada*, como es la realización de la justicia.

La importancia que tiene la prudencia jurídica en la actividad de los jueces llevó a plantear en el último apartado las posibles causas por las cuales en el pensamiento jurídico actual, dominante o estándar, no existen estudios profundos destinados a su tratamiento, como parece exigirlo su propia temática. Se ofrecieron tres explicaciones básicas: la degradación del término; las implicaciones que tiene su orientación hacia la verdad práctica, lo cual contrasta con la noción de "verdad" que se nutre de la racionalidad científica moderna, y que ha incidido notablemente en la teoría jurídica reciente; y finalmente, la dimensión ética de la prudencia como calificación de los actos humanos por su fondo, en contraste con un formalismo ético que encuentra en la filosofía kantiana su más importante desarrollo, pero también un obstáculo considerable para advertir el alcance y la especial relevancia que posee la prudencia para el razonamiento práctico en general, y para el razonamiento jurídico y judicial en particular.

CONCLUSIONES

La investigación constó de dos partes. La primera ha estado destinada a exponer las peculiaridades y dificultades de la interpretación constitucional, junto a la solución que a las mismas les dan las que he denominado "teorías estándar del Derecho", que son las más usuales y predominantes en la doctrina contemporánea. La segunda parte de esta tesis doctoral se concentró en el estudio de una teoría de la interpretación jurídica que, por un lado, permitiera dar cuenta de los problemas interpretativos y de las anomalías presentes en el lenguaje jurídico, y que, al mismo tiempo, reconociera el ámbito de responsabilidades y exigencias predicables del oficio de los jueces, en particular en el área de la interpretación constitucional.

Lo estudiado en este trabajo permite arribar a diversas e importantes conclusiones, que se procurarán sintetizar de acuerdo a los siguientes puntos principales, atinentes los tres primeros a la primera parte de la tesis, y los seis segundos a la segunda parte:

1. El posible "uso arbitrario" o "carácter tramposo" de la interpretación constitucional.

2. La insuficiencia de las explicaciones brindadas por las *teorías estándar del Derecho*.

3. La necesidad de contar con elementos teóricos distintos sobre la indeterminación del Derecho, la discrecionalidad judicial y la legitimidad, racionalidad y razonabilidad de las decisiones de los jueces.

4. La comprensión de la teoría hermenéutica como adecuada a las particularidades de la interpretación constitucional y promotora

de un oficio judicial responsable y dispuesto a la determinación de decisiones justas.

5. La naturaleza práctica del razonamiento de los jueces como delimitadora del proceso de decisión judicial.

6. La necesidad de que toda decisión judicial esté correctamente justificada.

7. La necesidad de que toda decisión judicial esté no sólo correctamente justificada sino, además, debidamente fundamentada.

8. La justicia como finalidad propia a la que se ordena toda la actividad de los jueces.

9. La *prudencia jurídica*, y en especial la *prudencia de los jueces*, es la condición especial de su oficio y la cualidad que eleva sus exigencias morales, en particular en el área de la interpretación constitucional, y actúa como síntesis conclusiva de toda la investigación.

Vamos a repasar rápidamente esos puntos, que vertebran esta investigación, exponiendo sucintamente lo que se ha concluido con relación a cada uno de ellos:

1. El posible "uso arbitrario" o "carácter tramposo" de la interpretación constitucional.

1.1. La selección y análisis de algunos casos fallados por la Corte Constitucional colombiana ha corroborado lo que distintos estudios especializados manifiestan sobre la interpretación constitucional, a saber: que en la misma no sólo se potencian considerablemente los problemas relacionados con el razonamiento de los jueces, sino que, además, en casos como los estudiados algunos jueces con competencia constitucional *manipulan*, de manera indebida, los materiales con los cuales cuentan para interpretar alguna cláusula constitucional o legal, o algún precedente por ellos previamente establecido, porque de base están interesados en imponer sus propias ideologías personales por encima de las exigencias de la justicia.

1.2. Una descripción de ese fenómeno consiste en decir que entre los jueces de un tribunal constitucional o con jurisdicción constitucional se presenta una "lucha" por fijar el sentido y alcance de los textos constitucionales, los precedentes judiciales y, en general, las normas del ordenamiento jurídico, con lo cual terminan siendo una especie de "actores políticos" que emplean "estratégicamente" los métodos de interpretación jurídica según los resultados que produzcan.

1.3. Para una parte de la doctrina lo anterior lleva a considerar que la interpretación constitucional no tiene realmente una *naturaleza jurídica*, ni está sometida a determinadas reglas y limitaciones, sino que, por el contrario, consiste básicamente en una especie de "campo de batalla", en donde el material a interpretar se instrumentaliza de distintas formas y según fines indiscriminados.

1.4. Como diversos jueces constitucionales actúan de la manera descrita, se puede hablar indistintamente de un posible *uso arbitrario*, *indebido* o *tramposo* de la interpretación constitucional.

2. La insuficiencia de las explicaciones brindadas por las *teorías estándar del Derecho*.

2.1. Aunque lo expuesto en el punto anterior podía hacer pensar que, cuando actúan así algunos jueces constitucionales habrían perdido la dimensión natural del oficio que están llamados a cumplir, sin embargo, para una parte importante de especialistas en la materia el anterior comportamiento es explicable en razón de la *materia* sobre la cual opera la interpretación constitucional. En esta investigación se agrupó a esos tratadistas bajo la denominación de *teorías estándar del Derecho*. Los principales elementos de esa particular materia relativa a la interpretación constitucional, para dichas teorías, son los siguientes: la Constitución posee normas elásticas y abiertas, expresiones vagas, ambiguas e inciertas; hay normas con estructura de principios y no de reglas; hay valores y fines plurales que en determinados casos pueden contradecirse; y en las normas consti-

tucionales se plasman *conceptos* o tipos de comportamientos sobre los cuales se construyen las diferentes *concepciones* en cada tema.

2.2. Las teorías estándar del Derecho engloban las anteriores variables en la fórmula comprensiva de "casos difíciles". Plantean que respecto de los mismos el ordenamiento jurídico es particularmente indeterminado, o no provee, contrariamente a lo que sucede con los casos "fáciles", suficiente información acerca de cómo deben ser decididos por los jueces. En tal sentido, en los casos difíciles no existen respuestas "correctas", sino más bien respuestas "posibles", cada una de las cuales es seria candidata para resolverlos. Para esas teorías la existencia de casos difíciles no implica, necesariamente, que los jueces se hayan desviado de sus responsabilidades, ni que su conducta deba ser calificada como un ejercicio de manipulaciones. Por el contrario, el propio ordenamiento jurídico, con sus anomalías, es el que les permite una actuación semejante, otorgándoles un amplio margen de discrecionalidad.

2.3. Para evitar un uso arbitrario de la interpretación constitucional, las teorías estándar del Derecho exigen que la decisión, producto de un acto de discrecionalidad, sea razonada suficientemente, es decir, soportada en premisas que los propios jueces deben ir construyendo para que la resolución pueda ser vista como un ejercicio racional de motivación y no producto de alguna arbitrariedad. Esto explicaría por qué los jueces constitucionales no toman sus decisiones simplemente "dando un golpe sobre la mesa", ni afirman que son jueces "estratégicos" o "manipuladores", sino que lo hacen más bien a través de la presentación de un razonamiento "juicioso", "extenso" y "profuso", dominado por un lenguaje referencial tanto al Derecho interno como al extranjero e internacional. Además, explicaría por qué a veces apoyan sus decisiones en una gran cantidad de estudios de diversa índole –históricos, estadísticos, científicos, empíricos, comparativos, etc.–, e incluso manifiestan *expresamente*, en ciertos casos polémicos, que sus interpretaciones son "respetuosas del Derecho". De ese modo, las *teorías estándar* creen haber encontrado la clave mediante la cual se combina la figura del juez "políti-

co" o "estratégico" con el juez "vinculado" o "sometido" al ordenamiento constitucional.

2.4. Las explicaciones de las teorías estándar del Derecho, sin embargo, promueven un ejercicio "indebido" o "arbitrario" de la interpretación o razonamiento constitucional, porque de base existe la creencia, asumida dogmáticamente por las mismas, de que en los "casos difíciles" el ordenamiento jurídico es *esencial* y *radicalmente* indeterminado, y que no existen estándares, referentes de corrección o puntos de apoyo "por fuera" de los que estén dispuestos a emplear los jueces en dichos casos. La afirmación según la cual un acto de discrecionalidad no es arbitrario porque está soportado en explicaciones o en un conjunto plural de razones, sin que puedan ser evaluadas o valoradas racionalmente, termina siendo un mero recurso de encubrimiento de lo que verdaderamente acontece en esos usos de la interpretación constitucional. Miradas así las cosas, la construcción argumentativa que se elabora por dichas teorías, constituye una "fachada" o "ropaje" de justificación, mediante el cual se esconden las ideologías personales, motivos e intereses ocultos e indiscriminados de los jueces.

2.5. La ausencia de referentes de corrección que se plantea desde las teorías estándar del Derecho, conlleva que toda construcción argumentativa de los jueces sea auto-justificativa en sus propias premisas y, así mismo, que toda interpretación termine coincidiendo finalmente con lo interpretado.

3. La necesidad de contar con elementos teóricos distintos sobre la indeterminación del Derecho, la discrecionalidad judicial y la legitimidad, racionalidad y razonabilidad de las decisiones de los jueces.

3.1. Efectivamente, existen distintos factores –anomalías del lenguaje normativo, tensiones entre principios, valores y fines, ausencia de regulaciones, dificultades en fijar los hechos, etc.–, que afectan la

interpretación jurídica en términos generales (es decir, en todos los ámbitos del Derecho).

3.2. Se corroboró, además, que en materia constitucional existen factores adicionales que acrecientan las dificultades interpretativas, relacionados principalmente con la marcada textura abierta de las normas constitucionales, el juego plural de valores a ser tenidos en cuenta en los casos concretos, la pronunciada facultad cuasilegislativa de los jueces con jurisdicción constitucional, y en especial de los tribunales constitucionales, y la incidencia o peso de los temas políticos allí presentes.

3.3. Debe reconocerse que la interpretación jurídica reclama de los jueces un papel central y protagónico, y con ello un inevitable y necesario ejercicio de discrecionalidad judicial.

3.4. Sin embargo, es necesario incorporar elementos de análisis diferentes a los de las teorías estándar del Derecho, los cuales busquen, por un lado, hacer frente a los innumerables problemas de la interpretación constitucional, pero al mismo tiempo, no promuevan aquel uso arbitrario de la misma. Tales elementos pueden ser concretados en las siguientes afirmaciones: (i) la indeterminación del Derecho que se afirma desde las teorías estándar no es absoluta; (ii) la discrecionalidad judicial posee límites menos "difusos" y "gaseosos" de los que se cree; (iii) ante el abanico de respuestas judiciales posibles las decisiones de los jueces no poseen inmunidad de crítica, puesto que (iii') no todas son sustancialmente correctas o legítimas y (iii'') porque en ningún caso puede ser elegida una respuesta que violente estándares mínimos de racionalidad.

4. La comprensión de la teoría hermenéutica como adecuada a las particularidades de la interpretación constitucional y promotora de un oficio judicial responsable y dispuesto a la determinación de decisiones justas.

4.1. La denominada "perspectiva" o "enfoque hermenéutico" de la interpretación es una teoría de la interpretación jurídica que ex-

plica las dificultades en la tarea de interpretación y las anomalías del lenguaje jurídico y del lenguaje constitucional, a la vez que no desconoce las responsabilidades y exigencias que entraña la actividad judicial. Se trata de una elaborada teoría que, aunque presenta matices y orientaciones particulares según distintos autores, plantea elementos esenciales que superan las explicaciones ofrecidas por las teorías estándar del Derecho. Estos elementos pueden resumirse de la siguiente manera:

a) Todos los casos judiciales se presentan a los jueces bajo la forma de un problema que exige solución. Como principales conclusiones de esta premisa se extrae: (i) no hay casos judiciales *prima facie* "fáciles" o "difíciles"; (ii) todo caso judicial implica un ejercicio de interpretación; (iii) se diluye la distinción entre "aplicación" e "interpretación" jurídica, y, por el contrario, se considera que existe una misma naturaleza racional en la actividad de los jueces.

b) Los jueces tienen el deber de encontrar o determinar una solución justa a los casos concretos, mediante un ejercicio de comprensión de sus elementos. Esta premisa ha sugerido, por una parte, la justicia como posibilidad; por otra parte, que, en tanto posibilidad, la realidad jurídica de los casos concretos constituye una realidad de sentido o cuyo sentido es susceptible de comprensión. Combinada con la premisa anterior, se puede colegir que: (i) en diversas ocasiones existen distintas formas de resolver los casos concretos, aunque toda forma debe corresponder a una decisión justa; (ii) las distintas formas de resolver los casos concretos dependen de distintos estándares justificativos que se le presentan a los jueces como elementos posibles, según la comprensión que de ellos lleven a cabo. A esto último se le denominó en este estudio "apertura racional a distintos estándares de justificación".

c) Los jueces son protagonistas centrales del proceso de decisión judicial. Esta premisa es muy rica en derivaciones, pues permite reconocer, por una parte, que la comprensión es una actividad personal y propia del intérprete; por otra parte, que el intérprete llega al conocimiento de los casos concretos desde sus propias coordenadas

históricas, lo que en lenguaje hermenéutico se denomina "precomprensión". La síntesis de ambas cosas posibilita entender el oficio de los jueces como una actividad humana o realizada humanamente, con todo lo que esto sugiere, pero al mismo tiempo –tomando en consideración la premisa anterior, relativa a la necesidad de dar una solución justa a los casos–, coloca una enorme responsabilidad en los hombros de las personas llamadas a decidir. En cuanto lo primero, como actividad humana, ha permitido concluir (i) que los jueces no son sujetos inanimados, pasivos, plenamente neutrales, ni llegan al conocimiento de los casos concretos desprovistos de razones propias; (ii) que la función o actividad judicial es esencialmente valorativa y que las valoraciones se llevan a cabo a través del filtro de comprensión del intérprete; y (iii) que dicho filtro supone a su vez un entramado de precomprensiones. En cuanto lo segundo, como responsabilidad, se ha podido concluir (i) que la realidad jurídica que se le presenta al juez es problemática, pero no caótica ni imposible de ser razonada; (ii) que su papel protagónico, ante esa realidad problemática, supone una toma de partido: hay por tanto un ejercicio discrecional en el oficio de los jueces; (iii) que dicho ejercicio discrecional no consiste en una actitud impermeable desde el punto de vista de la razón humana, porque se orienta a la realización de un sentido posible: "lo justo aquí y ahora"; (iv) que todas las precomprensiones que posean los jueces deben ser constantemente revisadas y ajustadas a las exigencias de los casos concretos; y (v) que las precomprensiones de los jueces no son elementos carentes de racionalidad, ni meros impulsos incontrolables.

4.2. En consecuencia, desde una perspectiva hermenéutica se supera cualitativamente toda doctrina de la interpretación jurídica esbozada por las teorías estándar del Derecho. Se advierten tres elementos que se combinan en un oficio judicial racional y responsable: lo dado, lo propio y lo que está por hacer. Lo primero consiste en que a los jueces se les da algo (una realidad jurídica compleja); lo segundo, que hay algo que los jueces poseen como "propio" (su manera de comprender tal realidad, desde sus coordenadas históricas,

sus precomprensiones); lo tercero, que hay algo que los jueces deben hacer (encontrar o determinar "lo justo aquí y ahora": darle un sentido justo a la realidad juzgada).

5. La naturaleza práctica del razonamiento de los jueces como delimitadora del proceso de decisión judicial.

5.1. A partir de los elementos puestos de manifiesto por la teoría hermenéutica se confirma la naturaleza práctica del razonamiento de los jueces. Que un razonamiento sea práctico quiere decir, en primer lugar, que su campo consiste en una realidad actuable, operable o realizable. En términos jurídicos esto significa la toma de una decisión en concreto, y puede resumirse mediante una pregunta básica y central del oficio del jurista: ¿qué es lo justo o lo debido en una relación jurídica o en un caso concreto? En segundo lugar, que un razonamiento es práctico significa que su desarrollo implica la elección de medios posibles y conducentes a la toma de la decisión concreta, en este caso de naturaleza jurídica. La conclusión más importante que se extrae a partir de esto radica en que la perspectiva práctica exige la elección de "medios" apropiados (justificados) para arribar a una decisión.

5.2. Fueron considerados dos grandes grupos o modelos del razonamiento jurídico desde el punto de vista práctico: el de los autores "procedimentales" y el de las teorías "prudenciales". Se los eligió porque representan las dos orientaciones más relevantes sobre el tema, cuyos desarrollos y elementos de análisis se nutren de la Filosofía de KANT y de ARISTÓTELES, respectivamente. Cada modelo fue estudiado a partir de aquellos autores contemporáneos que, por una parte, han tenido un gran impacto en el medio jurídico colombiano y, posiblemente, mundial, y además, por otra parte, porque a pesar de compartir núcleos comunes, presentan diferencias importantes, las cuales fueron definitivas para resolver los problemas centrales aquí planteados. Para la perspectiva procedimental, se eligieron los estudios de ALEXY y AARNIO, mientras que, para la perspecti-

va prudencial, se eligieron los desarrollos teóricos de FINNIS, HERVADA y MARTÍNEZ DORAL, junto a otro grupo de tratadistas que apoyaron o iluminaron otros aspectos de dichas teorías.

5.3. Si bien la perspectiva práctica del razonamiento de los jueces fue aquí aportada por la hermenéutica, ello no implica que toda propuesta práctica comparta cabalmente los postulados de aquella. Sin embargo, sí implica lo contrario. Es decir: no todos los modelos prácticos son propiamente hermenéuticos pero, en cambio, todo enfoque hermenéutico es necesariamente práctico. En este último sentido, algunos desarrollos de la hermenéutica permitieron apuntalar o, en su caso, corregir, algunos planteamientos de los modelos prácticos del razonamiento de los jueces, principalmente de los "procedimentales".

5.4. Los modelos prácticos estudiados brindan importantes aportes, pues comparten entre sí una misma perspectiva: fijar limitaciones a la actividad de los jueces y proporcionar elementos para que una decisión esté debidamente tomada. Para lograr lo anterior, el énfasis de los modelos procedimentales radica en establecer reglas o requisitos que debe cumplir todo participante de una discusión práctica en general, y de una discusión jurídica en particular. Por su parte, el criterio central para los modelos prudenciales del razonamiento práctico es la finalidad hacia la cual se ordena y que, al estar de alguna manera calificada, determina o delimita los medios posibles para alcanzarla.

6. La necesidad de que toda decisión judicial esté correctamente justificada.

6.1. Una perspectiva práctica del razonamiento judicial lleva consigo, como primera conclusión, la teoría de la justificación. La teoría de la justificación señala que toda decisión judicial debe estar justificada tanto por su forma como por su fondo. Los modelos procedimentales son definitivos a la hora de tratar este tema, como consecuencia de su elaborado desarrollo sobre el mismo.

6.2. La justificación formal, llamada también justificación interna, consiste en asegurar la justicia formal de un ordenamiento, e implica la presencia de una estructura lógica en el razonamiento de los jueces. La justificación interna permite evaluar si las decisiones tomadas por los jueces son o no son consecuencia de una cadena deductiva en donde se combinan distintas premisas, cada una de las cuales va soportando las restantes y la propia decisión obtenida.

6.3. La justificación por su fondo, llamada justificación externa, consiste en la fuerza o peso mismo de las premisas o razones empleadas en la justificación interna. Lo relevante a este respecto es que las razones empleadas por los jueces deben ser buenas razones, es decir, razones que den cuenta de las fuentes de los derechos y obligaciones alegados o disputados en un proceso judicial, esto es, del o de los títulos que legítimamente posee el sujeto activo, engendrando la deuda en el sujeto pasivo.

a) En este punto la teoría hermenéutica permite incorporar como criterios de una buena razón la lectura de las fuentes jurídicas desde las coordenadas –particularidades y datos propios– de los casos concretos, pero además, según la perspectiva de "lo propio" o dimensión personal de los jueces, sus valoraciones ancladas en un mundo normativo del cual participan. La combinación de estos elementos posibilita arribar a la conclusión de que las buenas razones, filtradas a través de la mirada personal o propia de los jueces, permiten que en muchas circunstancias (no en todas) los casos concretos sean decididos de múltiples formas. Así mismo, implica reconocer que, si bien amplio, existe un marco de limitaciones en la toma de decisiones jurídicas, que la teoría hermenéutica plantea a través de su tesis del mundo jurídico al que pertenecen los jueces. Desde estas consideraciones se advierte un camino, que es completado con exigencias adicionales de objetividad, adecuado para plantear un oficio judicial responsable.

b) Existen distintos tipos o clases de razones empleadas en la justificación externa. Las buenas razones deben tener en cuenta los hechos propios del caso, la materia jurídica presente o posible, las

valoraciones personales de los jueces y, por último, la forma en que éstos relacionan las anteriores razones entre sí. Todo esto permite incluir razones de distinta naturaleza (o razones adicionales) de respaldo a cada una de las premisas empleadas por los jueces. Desde estas consideraciones, la justificación externa se presenta como un espacio de comprensión suficiente de todos los elementos constitutivos de los casos judiciales.

c) Las reglas de la justificación externa permiten delimitar, mediante exigencias concretas, las posibilidades que tienen los jueces para tomar sus decisiones. Así, dentro de un marco amplio de posibilidades, se fijan parámetros respecto de las razones que pueden ser aducidas como soporte de una decisión judicial. Se postularon seis reglas para dicha justificación: (i) pertinencia al caso concreto; (ii) respeto *prima facie* a la cultura jurídica o tradición consolidada; (iii) razones de refutación a las razones defendidas por los jueces; (iv) saturación o respaldo, lo más completo posible, de las razones aducidas; (v) hacer explícitas las premisas que soportan la decisión respectiva; y (vi) compatibilidad entre las razones y entre éstas y la decisión.

7. La necesidad de que toda decisión judicial esté no sólo correctamente justificada sino, además, debidamente fundamentada.

7.1. La teoría de la justificación es un importante instrumento para determinar y evaluar el proceder de los jueces en los casos concretos. Sin embargo, esta importancia no puede ser sobrevalorada: en los casos concretos parece posible que los jueces articulen sus propias premisas erradas, aunque lógicamente adecuadas, para tomar decisiones injustas, y así mismo, parece posible la justificación de decisiones contradictorias sobre bienes humanos básicos o fundamentales. Se trata de lo que se llamó "argumentaciones solventes de los jueces", que ponen de resalto que, además de la teoría de la justificación, las buenas razones deben contar con una fundamentación propia. Esa fundamentación debe operar como limitante de lo

constitucional o jurídicamente posible, y además como criterio de orientación del propio razonamiento práctico.

7.2. Es necesario, por tanto, lo que puede denominarse "teoría de la fundamentación". Dicha teoría se articula desde los planteamientos de los modelos prudenciales del razonamiento práctico y señala que, mientras la justificación se mueve en un plano estricta o rigurosamente racional, la fundamentación lo hace en consideración a los propios supuestos de las razones justificativas.

7.3. Como rasgos esenciales de la teoría de la fundamentación puede señalarse, en primer lugar, desde el punto de vista racional, o meramente epistemológico, que la fundamentación consiste en ir a los presupuestos de la justificación externa o a los puntos de partida de las razones. Estos puntos de partida son los denominados primeros principios del razonamiento práctico, cuyo conocimiento se adquiere por simple intuición o evidencia analítica (no son, por lo tanto, "principios *a priori* del razonamiento humano"). Tales principios son adquiridos mediante la forma de reglas que permiten identificar bienes o cualidades humanas básicas. Desde este punto de vista son datos o realidades que manifiestan la condición de persona, su propia naturaleza, sus potencialidades y actualizaciones fundamentales. De esta manera, en rigor el fundamento del razonamiento práctico es de carácter propiamente ontológico: los primeros principios responden al "modo de ser de la persona".

7.4. En segundo lugar se encuentra la distinción y relación entre un fundamento ontológico (como el descrito) y su captación racional: son aspectos diferenciables, aunque al mismo tiempo complementarios. Así, los distintos matices presentes en el interior de un modelo prudencial del razonamiento práctico son enteramente conciliables y reconducibles entre sí.

7.5. La formulación deóntica del fundamento ontológico consiste, por un lado, en una prohibición de no atentar, elegir o disponer en contra de los derechos fundamentales y, por el otro, en el manda-

to de promover los derechos fundamentales como una dimensión de plenitud humana.

7.6. De acuerdo a lo anterior, la teoría de la fundamentación plantea un anclaje o soporte firme a la justificación externa, más sólido que dejar a dicha justificación a sus solas fuerzas, en la medida en que permite discriminar y evaluar *puntos de partida* fáctica o culturalmente existentes. Esta premisa se comprueba a través de casos controvertidos sobre derechos humanos o fundamentales, aunque exige (como conclusión relevante de esta tesis doctoral) una postura *no relativista* desde el punto de vista del conocimiento de los primeros principios y una correspondiente apertura a su interiorización racional por vía, por ejemplo, de una argumentación de carácter metafísica. Este punto de los modelos prácticos prudenciales del razonamiento constituye una de las cuestiones más álgidas o que mayor resistencia tiene frente a los modelos prácticos procedimentales. Pero, así mismo, constituye el aspecto más sobresaliente para hacer frente a las argumentaciones meramente "solventes" de los jueces, que conducen a flagrantes injusticias disfrazables de sofisticación argumentativa.

8. La justicia como finalidad propia a la que se ordena toda la actividad de los jueces.

8.1. Las implicaciones que la teoría de la fundamentación tiene respecto a las decisiones judiciales son trascendentales. Por una parte, la teoría de la fundamentación plantea como imposible una limitación arbitraria a los derechos fundamentales, así como la anulación de los bienes humanos básicos y esenciales de las personas. Por otra parte, permite dimensionar –por vía de la plenitud humana– distintas maneras de concreción o especificación de los derechos fundamentales. Esto ocurre por la vía de las regulaciones a través de normas jurídicas de origen legislativo o de subreglas determinadas por jueces con competencia constitucional.

8.2. A partir de lo anterior se puede replantear la tesis de las respuestas judiciales a los casos concretos de la siguiente manera: (i) si lo que se plantea como elegible es la anulación de un bien humano básico, existe una sola respuesta correcta, en el sentido de legítima, justa, sustancialmente adecuada, por la prohibición absoluta de atentar contra él; (ii) si lo que se plantea como elegible es la regulación de un bien humano básico, promocionándolo para la mayor plenitud o realización de la persona, existen varias respuestas correctas, varias posibilidades de concretización adecuada; (iii) para los demás casos (en los que no hay de por medio un bien humano básico o fundamental), es válida la premisa de las varias respuestas judiciales (consideradas-todas-las-cosas), o una sola respuesta correcta (consideradas-todas-las-cosas), según las exigencias y reglas de la justificación –interna y externa– ya anotadas. El problema ha sido uno de los puntos centrales de la investigación, y la conclusión es una de las más relevantes de este trabajo. Y lo es no sólo en cuanto hace frente a las meras argumentaciones "solventes" y a los meros "ropajes justificativos" de los jueces, sino que además neutraliza la tesis de las "respuestas correctas" indiscriminadas. En este último sentido lo expuesto no niega la posible existencia de varias alternativas o decisiones correctas, no contradictorias entre sí, pero niega que toda respuesta sea, sin más consideraciones, una respuesta correcta.

8.3. La dimensión justificativa o correcta de la respuesta judicial puede plantearse a través de una noción más propia o cercana al pensamiento jurídico, que se denominó "decisión justa". Respecto de la misma se ha dado un importante desarrollo desde los modelos prudenciales del razonamiento práctico. Mediante la idea de "decisión judicial justa" se señala un criterio de convergencia del razonamiento interpretativo, o en otros términos, la propia razón de ser o natural ordenación del oficio de los jueces. Varias conclusiones se han obtenido del estudio de la justicia de la resolución judicial:

a) Una decisión es justa cuando ordena derechos y obligaciones, esto es, cosas o acciones debidas en una relación jurídica.

b) Una decisión justa no es un sentimiento o una emoción, sino la respuesta adecuada a un título legítimamente poseído y ejercido por un sujeto de Derecho.

c) Una decisión justa no es una mera respuesta "argumentativa", sino algo real o de la mayor concreción: el objeto –cosas o acciones– de un acto humano, la justicia.

d) Por último, y como consecuencia de lo anterior, la decisión justa implica la presencia de un acto judicial posterior al razonamiento: el mandato u orden de restaurar, devolver, dar o respetar cosas o acciones concretas de otro, esto es, de darle a cada uno lo suyo.

9. La *prudencia jurídica*, y en especial la *prudencia de los jueces*, es la condición especial de su oficio y la cualidad que eleva sus exigencias morales, en particular en el área de la interpretación constitucional, y actúa como síntesis conclusiva de toda la investigación.

9.1. La prudencia de los jueces y, más en general, la prudencia jurídica, entendida como *la recta razón en el obrar jurídico*, es la síntesis conclusiva de esta tesis doctoral.

9.2. Dentro de las teorías del razonamiento práctico, la perspectiva prudencial supera, por tres razones, las tesis esbozadas por los modelos procedimentales: (i) por el correctivo o talante moral exigido; (ii) por la apertura a la fundamentación como criterio de realidad; y (iii) porque su ordenación propia manifiesta el imperio, mandato o acto propio de la justicia.

9.3. La prudencia es síntesis conclusiva de un abordaje adecuado para superar los problemas de la interpretación constitucional, a la vez que permite llegar a sentencias de naturaleza constitucional valiosas y fructíferas, por las siguientes razones:

a) La prudencia es una condición especial (una virtud propiamente dicha) que plantea de base la rectitud (racional y volitiva) en

la determinación del derecho y de la deuda de cada cual en una relación jurídica.

b) En la actividad de la prudencia confluyen las etapas o fases del proceso judicial: es una actividad racional, pero al mismo tiempo dispuesta a tomar decisiones concretas.

c) En la actividad de la prudencia se reciben sin mayores dificultades las teorías de la justificación y de la fundamentación jurídicas.

d) La actividad prudencial se ordena a la realización de la justicia, pues lleva a determinar qué es derecho y qué es deuda y coadyuva a que se impere su realización.

e) La prudencia no deja de lado la dimensión propia, afectiva, personal y subjetiva de los jueces, pero opera como correctivo a lo meramente emocional e impulsivo, como también a lo ideológico, estratégico y manipulador: de este modo, la prudencia jurídica es el correctivo más sobresaliente para hacerle frente a la perversión del oficio de los jueces.

En resumen, para que las Constituciones vivan plenamente a través de las sentencias judiciales, sin ser frustradas a través de un uso arbitrario de la interpretación constitucional, es menester entender que los jueces deben utilizar el denominado razonamiento práctico. A través del mismo, justificando interna y externamente sus decisiones y fundamentándolas adecuadamente, los magistrados con competencia constitucional tienen la enorme y específica responsabilidad de llegar a decisiones justas, que den a cada uno lo suyo. De esta manera, la aceptación y el intento por usar la prudencia jurídica –tributaria de los mejores esfuerzos morales y jurídicos de griegos y romanos– es imprescindible para trazar una línea divisoria entre los jueces que realizan genuinamente su oficio y aquellos que lo hacen sólo en apariencia: la distinción, finalmente, entre los juristas y los poderosos.

BIBLIOGRAFÍA

AARNIO, AULIS, *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, trad. de E. Garzón Valdés, 1991.

– "La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico", en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* 8 (1990), pp. 23-38. trad. de Josep Aguiló.

– Encuesta" [formulada por el Consejo de Redacción de *Doxa* para su primer número], en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* 1 (1984), p. 13 (se encuentra disponible también en http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/04700620800247739754480/cuaderno1/numero1_2.pdf consultada el 4/5/2005).

ACCATINO, DANIELA, "Notas sobre la aplicación de la distinción entre contextos de descubrimiento y de justificación al razonamiento judicial", en *Revista Derecho* 13 (2002), pp. 9-25 [Valdivia, Universidad Austral de Chile] (se encuentra disponible en: http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502002000100001&lng=es&nrm=iso).

AJA, ELISEO (ed.), *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*, Barcelona, Ariel, 1998.

ALEXY, ROBERT, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, trad. de E. Garzón Valdés, reimpr. 2001.

– *Derecho y razón práctica*, México, Fontamara, trad. M. Atienza, P. Larrañaga, E. Garzón, 1998.

– *El concepto y la validez del derecho*, Barcelona, Gedisa, 2ª. ed., 1997.

– *Teoría del discurso y derechos humanos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, trad. de L. Villar Borda, 1995.

– *Teoría de la argumentación jurídica: La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, trad. al castellano de M. Atienza e I. Espejo, 1989.

– "¿Derechos Humanos sin metafísica?", trad. cast. de E. R. Sodero, *pro manuscripto*. Original: "Menschenrechte ohne Metaphisyk?", publicado en *Deutsche Zeitschrift für Philosophie* 52 (2004), pp. 15-24.

– "Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal. La doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del Muro de Berlín", trad. de A. D. Oliver-Lalana, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* 23 (2000), pp. 197-230.

– "Problemas de la teoría del discurso", en *Actas del Congreso Internacional de Filosofía*, Buenos Aires, Universidad de Córdoba, 1988, pp. 59-70.

– "La idea de una teoría procesal de la argumentación jurídica", en GARZÓN VALDÉS, ERNESTO (ed.), *Derecho y Filosofía*, Barcelona, Alfa, 1985, pp. 43-57.

ALONSO GARCÍA, ENRIQUE, *La interpretación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

ALVIRA, TOMÁS, CLAVELL, LUIS y MELENDO, TOMÁS, *Metafísica*, Pamplona, Eunsa, 1982.

ARAGÓN REYES, MANUEL, *Constitución y Democracia*, Madrid, Tecnos, 1990.

– *La democracia como forma jurídica*, Barcelona, Institut de Ciències Politiques I Socials, Working Papers, n. 32, 1991.

ARANGO, RODOLFO, *¿Hay respuestas correctas en el derecho?*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores-Universidad de Los Andes, 1999.

ARISTÓTELES, *Metafísica*, Madrid, Gredos, trad. de T. Calvo Hernández, 1998.

– *Metafísica*, Madrid, Gredos, edición y trad. de V. García Yebra, 1997.

– *Tratados de Lógica (Órganon)*, Madrid, Gredos, introd., trad. y notas de M. Candel Sanmartín, t. I, 1994, t. II, 1995.

– *Retórica*, Madrid, Gredos, trad. de Q. Racionero, 1995.

– *Ética Nicomaquea*, Madrid, Gredos, introd. de Emilio Lledó, trad. y notas de J. Pallí Bonet, 1988.

– *Política*, Madrid, Gredos, introd., trad. y notas de M. García Valdés, 1988.

– *De Anima*, Madrid, Gredos, trad. de T. Calvo, 1986.

ASÍS ROIG, RAFAEL DE, *Jueces y normas. La decisión judicial desde el Ordenamiento*, Madrid, Marcial Pons, 1995.

ATIENZA, MANUEL, *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

– *Derecho y argumentación*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1997.

– *Tras la justicia. Una introducción al Derecho y al razonamiento jurídico*, Barcelona, Ariel, 1993.

– "El Derecho como argumentación", en *Isegoría. Revista de Filosofía moral y política* 21 (1999), pp. 37-47.

– "Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos", en VÁSQUEZ, RODOLFO (comp.), *Interpretación jurídica y decisión judicial*, México, Fontamara, 1998, pp. 187-213.

BACHOF, OTTO, *Jueces y Constitución*, Madrid, Civitas, trad. R. Bercovitz Rodríguez-Cano, 1987.

BALAGUER CALLEJÓN, MARÍA LUISA, *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*, Madrid, Tecnos, 1997.

BELTRÁN, ALFREDO, "Entrevista", en El Tiempo del 7 de octubre de 2004: http://eltiempo.terra.com.co/REVISTAS/lecturas/2004-10-09/ARTICULO-WEB- NOTA...%2007/10/2004 (página consultada el 14/10/2004).

BERGER, RAOUL, *Government by Judiciary. The Transformation of the Fourteenth Amendment*, Cambridge, Harvard University Press, 1977.

BERNAL PULIDO, CARLOS, *El Derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.

BETTI, EMILIO, *Teoria generale della interpretazione*, Roma, Giuffrè, 1990.

– *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, trad. de J. L. de los Mozos, 1975.

BICKEL, ALEXANDER M., *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, Binghamton, Vail-Ballou Press, 1986.

BOBBIO NORBERTO, *El positivismo jurídico. Lecciones de Filosofía del Derecho reunidas por el doctor Nello Morra* (1979), Madrid, Debate, trad. cast. de R. de Asís y A. Greppi, 1993.

CALSAMIGLIA, ALBERT, "El concepto de integridad en Dworkin", en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* 12 (1992), pp. 155-176.

CALVO, RAÚL Y VENIER, CARLOS, "Racionalidad de las justificaciones consecuencialistas en las decisiones judiciales", en *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho* 19 (2003), pp. 155-182.

CANOSA USERA, RAÚL, *Interpretación constitucional y fórmula política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988.

CAPPELLETTI, MAURO, *Proceso, ideologías, sociedad*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, trad. de S. Sentís Melendo y T. A. Banzhaf, 1974.

CARDOZO, BENJAMIN, *The Nature of the Judicial Process* (1921), ed. cast. de E. Ponssa, *Naturaleza del proceso judicial*, Buenos Aires, Acayú, 1955.

CARRASCO PERERA, ÁNGEL, "El juicio de razonabilidad en la Justicia constitucional", en *Revista Española de Derecho Constitucional* 11 (1984), pp. 39-106.

CARRIÓ, GENARO, *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994.

CARROL, LEWIS (Charles Lutwidge Dodgson), *A través del Espejo y lo que Alicia encontró al otro lado* (*Through the Looking-Glass and what Alice found there*, 1871), Barcelona, Plaza y Janés, trad. de L. Maristany, 1986.

CASARES, TOMÁS D., *La justicia y el Derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997.

CASAUBÓN, JUAN A., "La justicia en el pensamiento neotomista", en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1983, pp. 103-135.

CASTRO Y BRAVO, FEDERICO DE, "Naturaleza de las reglas para la interpretación de la ley", en *Anuario de Derecho Civil* n. 1, vol. xxx (1977), pp. 809-858.

CEPEDA ESPINOSA, MANUEL, *Derecho Constitucional Jurisprudencial. Las grandes decisiones de la Corte Constitucional*, Bogotá, Legis, 2001.

– *Introducción a la Constitución de 1991. Hacia un nuevo constitucionalismo*, Bogotá, Presidencia de la República, 1993.

– *Los derechos fundamentales en la Constitución de 1991*, Bogotá, Temis, 1992.

CIANCIARDO, JUAN, *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, Pamplona, Eunsa, 2000.

CIFUENTES M., EDUARDO, "Derechos fundamentales e interpretación constitucional", en AA.VV., *Nuevas corrientes del Derecho Constitucional Colombiano*, Bogotá, Diké, 1994, pp. 5-33.

COTTA, SERGIO, *Justificación y obligatoriedad de las normas*, Madrid, Ceura, 1987.

CUETO RÚA, JULIO CÉSAR, "La jurisprudencia sociológica norteamericana" en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* (1981), pp. 59-73 [Buenos Aires, Abeledo-Perrot].

D'AGOSTINO, FRANCESCO, "Hermenéutica y Derecho Natural. Después de la crítica heideggeriana a la metafísica", en RABBI-BALDI, RENATO (Coord.), *Las razones del Derecho Natural. Perspectivas teóricas y metodológicas ante la crisis del positivismo jurídico*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma-Universidad Austral, trad. D. Pentimalli, 2000, pp. 301-314.

DÍAZ REVORIO, FRANCISCO J., *Valores superiores e interpretación constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

DUCAT, CRAIG R., *Constitutional Interpretation. Powers of the Government*, St. Paul, West Publishing Co., 1978.

DWORKIN, RONALD, *Law's Empire*, Cambridge and London, Harvard University Press, 1986. Versión cast. *El imperio de la justicia*, Barcelona, Gedisa, trad. de C. Ferrari, 1988.

– *Taking Rights Seriously*, Cambridge and London, Harvard University Press, 1977. Versión cast. *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, trad. M. Guastavino, 1984.

– "How Law is Like Literature", en *A Matter of Principle*, Cambridge, Harvard University Press, 1985, pp. 146-166.

– "¿Es el Derecho un sistema de normas?", en DWORKIN, RONALD (comp.), *La Filosofía del Derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, trad. de J. Sáinz de los Terreros, 1984, pp. 75-127.

ELY, JOHN HART, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Harvard University Press, 1980. Ed. castellana *Democracia y desconfianza. Una teoría del control constitucional*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores-Universidad de los Andes, trad. de M. Holguín, 1997.

ERRÁZURIZ MACKENNA, CARLOS JOSÉ, *Introducción crítica a la doctrina jurídica de Kelsen*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1987.

ESSER, JOSEF, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado*, Barcelona, Bosch, trad. de E. Valentí Fiol, 1961.

EZQUIAGA GANUZAS, FRANCISCO JAVIER, "Los juicios de valor en la decisión judicial", en *Anuario de Filosofía del Derecho* 1 (1984), pp. 33-58.

FERNÁNDEZ, ALBERTO VICENTE, *Función creadora del juez*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1980.

FINNIS, JOHN, *Ley natural y derechos naturales*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, trad. al cast. de C. Orrego Sánchez, 2000.

– *Aquinas: Moral, Political and Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 1998.

– "Los fundamentos de la razón práctica reexaminados", trad. cast. de E. R. Sodero, *pro manuscripto*. Original: "Foundations of Practical Reason Revisited", publicado en *The American Journal of Jurisprudence* 50 (2005), pp. 109-131.

– "Derecho natural y razonamiento jurídico", trad. de C. I. Massini, en *Persona y Derecho* 33 (1995), pp. 9-39 (el original, "Natural Law and Legal Reasoning", en GEORGE, ROBERT (ed.), *Natural Law Theory. Contemporary Essays*, Oxford, Clarendon Press, 1992, pp. 134-157).

– "Natural Inclinations and Natural Rights Deriving 'Ought' from 'Is' According to Aquinas", en ELDERS, L. J. y HEDWIG, K. (eds.), *Lex et Libertas*, Città del Vaticano, ed. L. Elders-K. Hedwig, Accademia di S. Thommaso, 1987.

FOSBERY O. P., ANÍBAL E., *El hábito de los primeros principios*, Tucumán, Universidad Católica de Tucumán, 1983.

FRANK, JEROME, *Law and the Modern Mind* (1930), Peter Smith, Gloucester, Mass., reimpr., 1970.

– "Short of sickness and death: a study of moral responsibility in Legal Criticism", *New York University Law Review* 26 (1951), pp. 545-633; trad. cast. de C. M. Bidegain, *Derecho e incertidumbre*, Fontamara, México, 1993.

FROMM, ERIC, *El miedo a la libertad*, Buenos Aires, Paidós, 15ª. ed., 1991.

FROSINI, VITTORIO, *Teoría de la interpretación jurídica*, Bogotá, Temis, trad. de J. Restrepo, 1991.

GADAMER, HANS-GEORG, *Verdad y Método*, Salamanca, Ediciones Sígueme, trad. de A. Agud Aparicio y R. de Agapito, 7ª. ed., 1977.

GARCÍA AMADO, JUAN ANTONIO, *Teorías de la tópica jurídica*, Madrid, Civitas, 1988.

– "Las razones del Derecho", en *Anuario de Filosofía del Derecho* 9 (1992), pp. 471-482.

GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1991.

GARCÍA VILLEGAS, MAURICIO, *La eficacia simbólica del Derecho. Examen de situaciones colombianas*, Bogotá, Universidad de los Andes, 1993.

– "Las fronteras del Derecho", en *Pensamiento Jurídico. Revista de Teoría del Derecho y Análisis Jurídico* 8 (1997), pp. 25-50 [Bogotá, Universidad Nacional de Colombia].

GASCÓN ABELLÁN, MARINA, *La técnica del precedente y la argumentación racional*, Madrid, Tecnos, 1993.

GAVIRIA DÍAZ, CARLOS, "La interpretación constitucional", en AA.VV., *Nuevas corrientes del Derecho Constitucional Colombiano*, Bogotá, Diké, 1994, pp. 121-136.

GÉNY, FRANÇOISE, *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*, Granada, Comares, edición y est. preliminar de J. L. Monereo Pérez, 2000.

GÓMEZ ROBLEDO, ANTONIO, *Ensayo sobre las virtudes intelectuales*, México, Fondo de Cultura Económica, 1986.

GREY, THOMAS C., "Do We Have an Unwritten Constitution?", *Stanford Law Review* 27 (1975), pp. 703-718.

GRISEZ, GERMAIN, "The First Principle of Practical Reason. A Commentary on the Summa Theologiae 1-2, Question 94, Article 2", en *Natural Law Forum* 10 (1965), 168-196.

GRISEZ, GERMAIN – BOYLE, JOSEPH y FINNIS, JOHN, "Practical Principles, Moral Truth, and Ultimate Ends", en *The American Journal of Jurisprudence* 32 (1987), pp. 99-151.

GUASTINI, RICCARDO, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Barcelona, Gedisa, trad. de J. Ferrer i Beltrán, 1999.

– "La interpretación: objetos, conceptos y teorías", en VÁZQUEZ, RODOLFO (comp.), *Interpretación jurídica y decisión judicial*, México, Fontamara, 1998, pp. 19-38.

GUZMÁN BRITO, ALEJANDRO, "La historia dogmática de las normas sobre interpretación recibidas por el Código Civil de Chile", en AA.VV., *Interpretación, integración y razonamiento jurídicos*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1992, pp. 41-87.

HÄBERLE, PETER, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley fundamental de Bonn. Una contribución a la concepción institucional de los derechos fundamentales y a la teoría de la reserva de la ley*, Madrid, Dykinson, trad. de J. Brage Camazano, 2003.

– *La libertad fundamental en el Estado Constitucional*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, trad. de C. Ramos, 1997.

HABERMAS, JÜRGEN, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Madrid, Trotta, ed. cast. de Manuel Jiménez Redondo, 1998.

– *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*, Madrid, Cátedra, 1989.

HAMILTON, ALEXANDER, MADISON, JAMES y JAY, JOHN, *El Federalista*, México, Fondo de Cultura Económica, reimpr. 2001.

HART, HERBERT L. A., *The Concept of Law*, Oxford, The Clarendon Press (1961), 1994; ed. cast. de G. Carrió, *El concepto de Derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot (1963), 1998.

– "American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and The Noble Dream" en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 1983, pp. 123-144.

HECK, PHILIPP, *El problema de la creación del Derecho*, Granada, Comares, 1999.

HERNÁNDEZ, JOSÉ GREGORIO, *Poder y Constitución. El actual constitucionalismo colombiano*, Bogotá, Legis, 2001.

HERRERA PARDO, CAMILA FRANCISCA, "Lógica jurídica y razonamiento práctico a la luz del realismo jurídico clásico", Bogotá, Universidad de La Sabana, 2007, *pro manuscripto*.

HERVADA, JAVIER, *Introducción crítica al Derecho Natural*, Bogotá, Temis, 2000.

– *Lecciones propedéuticas de Filosofía del Derecho*, Pamplona, Eunsa, 2ª. ed., 1995.

– *Historia de la Ciencia del Derecho Natural*, Pamplona, Eunsa, 2ª. ed., 1991.

HESSE, KONRAD, *Escritos de Derecho Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, trad. de P. Cruz Villalón, 1992.

HOLMES JR., OLIVER WENDELL, "The Path of the Law", *Harvard Law Review* 10 (1897), pp. 457-478; reimpr. *Harvard Law Review* 110 (1997), pp. 991-1009.

HOYOS, ARTURO, *La interpretación constitucional*, Bogotá, Temis, 1998.

HOYOS CASTAÑEDA, ILVA M., *De la dignidad y de los Derechos Humanos. Una introducción al pensar analógico*, Bogotá, Temis-Universidad de La Sabana, 2005.

– *La persona y sus derechos. Consideraciones bioético-jurídicas*, Bogotá, Temis-Instituto de Humanidades de la Universidad de la Sabana, 2000.

– *El concepto de persona y los derechos humanos*, Bogotá, Universidad de la Sabana, 1991.

– *El concepto jurídico de persona*, Pamplona, Eunsa, 1989.

– "Entre el delito del aborto y el derecho a abortar", en HOYOS CASTAÑEDA, ILVA (ed.), *La constitucionalización de las falacias. Antecedentes de una sentencia*, Bogotá, Temis, 2005, pp. 3-114.

– "Entre la realidad y el poder de los jueces: un fallo injustificado", en FORERO FORERO, CLAUDIA, HOYOS CASTAÑEDA, ILVA Y MORA RESTREPO, GABRIEL, *Trampas argumentativas constitucionales. Epílogo de una sentencia*, Bogotá, Temis, 2007.

– "Prólogo" a la obra de MESA POSADA, CARLOS AUGUSTO, *La ley natural en Santo Tomás*, Bogotá, Universidad de La Sabana-Instituto de Humanidades, 1999, pp. 5-35.

– "Las causas del derecho. Estudio desde una consideración realista", en *Díkaion. Revista de fundamentación jurídica* 2 (1988), pp. 29-69 [Bogotá, Facultad de Derecho de la Universidad de La Sabana].

HUGHES, CHARLES EVANS, *La Suprema Corte de los Estados Unidos*, México, Fondo de Cultura Económica, trad. de R. Molina Pasquel y V. Herrero, 1971.

HUME, DAVID, *The Philosophical Works*, ed. Green, T. H. y Grose, T. H., Darmstadt, Scientia Verlag Aalen, v. 2, 1964.

HUTCHESON, JOSEPH C. "The Judgement Intuitive: The Function of the 'Hunch' in Judicial Decision", *Cornell Law Quarterly* 14 (1929), pp. 274-288.

ITURRALDE SESMA, VICTORIA, *Aplicación del Derecho y justificación de la decisión judicial*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2003.

KAFKA, FRANZ, *El Proceso*, Barcelona, Círculo de Lectores, ed. dirigida por J. Llovet, 1999.

KALINOWSKI, GEORGES, *Concepto, fundamento y concreción del derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, trad. C. Arias de Ronchieto, 1982.

– *El problema de la verdad en la moral y en el derecho*, Buenos Aires, Eudeba, trad. de E. Marí, 1979.

– *Introducción a la lógica jurídica. Elementos de semántica jurídica, lógica de las normas y lógica jurídica*, Buenos Aires, Eudeba, trad. de J. L. Casaubón, 1973.

KANT, IMMANUEL, *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*, Barcelona, Ariel, ed. bilingüe, trad. de J. Mardomingo, 1996.

– *Crítica de la razón práctica*, México, Porrúa, 1986.

KANTOROWICZ, HERMANN, "La lucha por la Ciencia del Derecho", en AA.VV., *La ciencia del Derecho*, Buenos Aires, Losada, trad. de W. Goldschmidt, 1949.

KAUFMANN, ARTHUR, *Derecho, Moral e Historicidad*, Barcelona, Marcial Pons, trad. de E. Eiranova Encinas, 2000.

– *La Filosofía del Derecho en la postmodernidad*, Bogotá, Temis, trad. L. Villar Borda, 1992.

– *Analogía y naturaleza de la cosa. Hacia una teoría de la comprensión jurídica*, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, trad. de E. Barros Bourie, 1976.

KEENAN, DENIS, *English Law*, London, Pitman, 1989.

KELSEN, HANS, *Teoría general del Derecho y del Estado*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, trad. de E. García Maynez, 1995.

– *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Madrid, Tecnos, trad. de R. J. Brie, 1995.

– *Teoría pura del Derecho*, México, Porrúa, trad. de R. J. Vernengo, 7ª. ed. de 1993.

– *¿Qué es Justicia?*, Barcelona, Ariel, ed. cast. de A. Calsamiglia, 1991.

– *Crítica del Derecho Natural* (1959), Madrid, Taurus, trad. de E. Díaz, 1966.

– "La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia Constitucional)", en *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Madrid, Debate, trad. de J. Ruiz Manero, 1988, pp. 109-155.

– "The Law as a Specific Social Technique", en *University of Chicago Law Review* 9 (1941), pp. 75-97.

KENNEDY, DUNCAN, *Libertad y restricción en la decisión judicial. El debate con la teoría crítica del derecho (CLS)*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, trad. D. López M. y J. M. Pombo, 1999.

– *A Critique of Adjudication*, Cambridge, Harvard University Press, 1997.

KRIELE, MARTIN, *Introducción a la teoría del Estado. Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado Constitucional Democrático*, Buenos Aires, Depalma, trad. de E. Bulygin, 1980.

LARENZ, KARL, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Barcelona, Ariel, trad. de M. Rodríguez Molinero, 1994.

LASALLE, FERDINAND, *¿Qué es una Constitución?*, Barcelona, Ariel, trad. de W. Roces, 1984.

LINARES QUINTANA, SEGUNDO V., *Tratado de interpretación constitucional*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998.

– *Reglas para la interpretación constitucional*, Buenos Aires, Editorial Plus Ultra, 1987.

LLEWELYN, KARL N., "Una teoría del Derecho Realista: el siguiente paso", trad. de P. Casanovas, en CASANOVAS, POMPEU, y MORESO, JOSÉ JUAN (eds.), *El ámbito de lo jurídico. Lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*, Barcelona, Crítica-Grijalbo, 1994, pp. 244-293.

LOEWENSTEIN, KARL, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, trad. de A. Gallego A., 1982.

LÓPEZ MEDINA, DIEGO, *Teoría impura del Derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Bogotá, Legis, 2004.

– *El Derecho de los jueces. Obligatoriedad del precedente constitucional*, Bogotá, Legis, 2000.

LORA DELTORO, PABLO DE, *La interpretación originalista de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.

LUCAS VERDÚ, PABLO, *Curso de Derecho Político*, Madrid, Tecnos, 3ª. ed., t. II, 1986.

– "Constitución de 1978 e interpretación constitucional. Un enfoque interpretativo de la Constitución española", en IGARTUA, IGNACIO (ed.), *La interpretación de la Constitución. Demarcación y perspectivas*, San Sebastián, Universidad del País Vasco, 1985.

MACCORMICK, NEIL, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 1978.

MANASSERO, MARÍA DE LOS ÁNGELES, *De la argumentación al derecho razonable*, Pamplona, Eunsa, 2001.

– "La nueva retórica como razonamiento práctico. La teoría de la argumentación de Chaïm Perelman", en SERNA, PEDRO (Dir.), *De la argumentación jurídica a la hermenéutica. Revisión crítica de algunas teorías contemporáneas*, Granada, Comares, 2005, pp. 12-70.

MARÍN, JOSÉ ÁNGEL, *Naturaleza jurídica del Tribunal Constitucional*, Barcelona, Ariel, 1998.

MARMOR, ANDREI, *Interpretación y Teoría del Derecho*, Barcelona, Gedisa, trad. de M. Mendoza Hurtado, 2001.

MARTÍNEZ CABALLERO, ALEJANDRO, "Tipos de sentencias en el control constitucional de las leyes: la experiencia colombiana", en AA.VV., *Jurisdicción*

Constitucional de Colombia. La Corte Constitucional 1992-2000. Realidades y perspectivas, Bogotá, Imprenta Nacional de Colombia, 2001, pp. 383-408.

MARTÍNEZ DORAL, JOSÉ MARÍA, *La estructura del conocimiento jurídico*, Pamplona, Eunsa, 1963.

MASSINI, CARLOS IGNACIO, *La falacia de la falacia naturalista*, Mendoza, Editorial Idearium, 1995.

– *La prudencia jurídica. Introducción a la gnoseología del Derecho*, Buenos Aires, Abeledo–Perrot, 1983.

– *Sobre el realismo jurídico. El concepto de derecho. Su fundamento. Su concreción judicial*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1978.

– "Dworkin, Finnis y la 'única respuesta correcta'", en LEGARRE, SANTIAGO, MIRANDA ALEJANDRO y ORREGO, CRISTÓBAL (eds.), *La lucha por el Derecho Natural. Actas de las Jornadas en Homenaje a John Finnis. A 25 años de la publicación de Natural Law and Natural Rights*, Santiago, Cuadernos de Extensión Jurídica, Universidad de los Andes, 2006, pp. 95-117.

– "La nueva escuela anglosajona del Derecho Natural", en RABBI-BALDI, RENATO (Coord.), *Las razones del Derecho Natural. Perspectivas teóricas y metodológicas ante la crisis del positivismo jurídico*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma-Universidad Austral, 2000, pp. 255-277.

– "Método y filosofía práctica", en *Persona y Derecho* 33 (1995), pp. 223-251.

– "Doce tesis sobre semántica e interpretación jurídica", en AA.VV., *Interpretación, integración y razonamiento jurídicos*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1992, pp. 139-146.

MEJÍA QUINTANA, OSCAR, "Derecho, legitimidad y democracia: desarrollo y conflicto de los paradigmas jurídicos en Colombia", en *Pensamiento Jurídico. Revista de Teoría del Derecho y Análisis Jurídico* 8 (1997), pp. 73-83 [Bogotá, Universidad Nacional de Colombia].

MEJÍA QUINTANA, OSCAR y RIVAS CAMPO, JOSÉ A., "Consenso y opinión pública o regla de mayoría. El procedimiento de decisión de la Corte Constitucional", en *Pensamiento Jurídico. Revista de Teoría del Derecho y Análisis Jurídico* 8 (1997), pp. 85-111 [Bogotá, Universidad Nacional de Colombia].

MENDONCA, DANIEL, *Las claves del derecho*, Barcelona, Gedisa, 2000.

MERELLO ARECCO, ITALO, "La interpretación del Derecho en los juristas romanos", en *Interpretación, integración y razonamiento jurídicos*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1992, pp. 27-40.

MONTESQUIEU, CHARLES-LOUIS, *El espíritu de las leyes*, Buenos Aires, Claridad, 1977.

MORA RESTREPO, GABRIEL, *Ciencia jurídica y arte del Derecho. Estudio sobre el oficio del jurista*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez-Universidad de La Sabana, 2005.

– "Moral, Derecho y razonabilidad práctica", en OLANO, HERNÁN y OVIEDO, JORGE (coord.), *Hacia una comprensión humana del derecho. Estudios en homenaje a Roberto Suárez Franco*, Bogotá, Temis, 2006, pp. 43-82.

– "La dimensión axiológica del principio constitucional democrático", en *Díkaion. Revista de fundamentación jurídica* 6 (1997), pp. 277-308 [Bogotá, Facultad de Derecho de la Universidad de la Sabana].

MORELLI R., SANDRA, *La Corte Constitucional: un papel institucional por definir*, Bogotá, Academia Colombiana de Jurisprudencia, 2001.

– "Interpretación Constitucional e Ideología (la neutralidad del juez)", en AA.VV., *Nuevas corrientes del Derecho Constitucional Colombiano*, Bogotá, Diké, 1994, pp. 213-242.

MORESO, JOSÉ JUAN, *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

MORTATI, CONSTANTINO, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padua, Cedam, vol. II, 1976.

MOTTA, CRISTINA, "La Corte Constitucional y los derechos de los homosexuales", en AA.VV., *La Corte Constitucional. El año de la consolidación*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores-Universidad de Los Andes, 1998, pp. 290-299.

NAVARRO, PABLO E., "Sistema jurídico, casos difíciles y conocimiento del Derecho", publicado en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* 14 (1993), pp. 243-268.

NETTEL, ANA LAURA, "La distinción entre contexto de descubrimiento y de justificación y la racionalidad de la decisión judicial", en *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho* 5 (1996), pp. 107-117.

NIEMEYER, GERHART, *Aftersight and Foresight. Selected Essays*, Lanham, University Press of America – The Intercollegiate Studies Institute, 1988.

NIETO NAVIA, RAFAEL, "Aspectos internacionales de la protección de la vida: exigencia del bloque de constitucionalidad", en HOYOS CASTAÑEDA, ILVA, (ed.), *La constitucionalización de las falacias. Antecedentes de una sentencia*, Bogotá, Temis, 2005, pp. 149-179.

NINO, CARLOS SANTIAGO, *La validez del Derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1985.

– *Introducción al análisis del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1983.

– *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito*, Buenos Aires, Astrea, 1980.

NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO, "Consideraciones sobre la tipología y efectos de las sentencias emanadas de tribunales o cortes constitucionales en el Derecho

Comparado", en AA.VV., *Jurisdicción Constitucional de Colombia. La Corte Constitucional 1992-2000. Realidades y perspectivas*, Bogotá, Imprenta Nacional de Colombia, 2001, pp. 369-381.

OLLERO TASSARA, ANDRÉS, *¿Tiene razón el Derecho? Entre método científico y voluntad política*, Madrid, Publicaciones del Congreso de los Diputados, 1996.

– *Derechos humanos y metodología jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

– *Interpretación del Derecho y positivismo legalista*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1984.

– "La eterna polémica del Derecho Natural. Bases para una superación", en RABBI-BALDI, RENATO (Coord.), *Las razones del Derecho Natural. Perspectivas teóricas y metodológicas ante la crisis del positivismo jurídico*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma-Universidad Austral, 2000, pp. 279-299.

ORREGO SÁNCHEZ, CRISTÓBAL, *H. L. A. Hart. Abogado del positivismo jurídico*, Pamplona, Eunsa, 1997.

ORTIZ G., JULIO CÉSAR, "Las modernas tendencias del Derecho del Estado y la Interpretación de la Constitución de 1991", en AA.VV., *Nuevas corrientes del Derecho Constitucional Colombiano*, Bogotá, Diké, 1994, pp. 35-67.

OTTO PARDO, IGNACIO DE, "La posición del Tribunal Constitucional a partir de la doctrina de la interpretación constitucional", en AA.VV., *El tribunal Constitucional*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1981, vol. III, pp. 1935-1951.

PÁRAMO ARGÜELLES, JUAN RAMÓN DE, *H. L. A. Hart y la teoría analítica del derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

PECZENIK, ALEKSANDER, *On Law and Reason*, London-Dordrecht-Boston, Kluwer Academic Publishers, 1989.

PEÑA AYAZO, JAIRO IVÁN, "Lógica y razonamiento jurídico", en *Pensamiento Jurídico. Revista de Teoría del Derecho y Análisis Jurídico* 8 (1997), pp. 7-24 [Bogotá, Universidad Nacional de Colombia].

PEÑA GONZÁLEZ, CARLOS, "Discreción e interpretación judicial: las tesis de Dworkin", en AA. VV., *Interpretación, integración y razonamiento jurídicos*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1992, pp. 229-242.

PERELMAN, CHAÏM, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Madrid, Civitas, trad. de L. Díez-Picazo, 1988.

PERELMAN, CHAÏM y OBRECHTS-TYTECA, LUCIE, *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, Madrid, Gredos, trad. cast. de J. Sevilla Muñoz, 1994.

PÉREZ LUÑO, ANTONIO E., *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1984.

PIEPER, JOSEF, *Las virtudes fundamentales*, Madrid-Bogotá, Rialp-Quinto Centenario, trad. de M. Garrido, 3ª. ed., 1988.

– *El descubrimiento de la realidad*, Madrid, Rialp, 1974.

PINTO FONTANILLO, JOSÉ ANTONIO, *La teoría de la argumentación jurídica en Robert Alexy*, Madrid, Biblioteca de la Universidad Complutense, 2003. Disponible en http://www.ucm.es/eprints/view/creators/Pinto_Fontanillo,_Jos=E9_Antonio.html (consultada el 21/9/2006).

PLATÓN, *Diálogos* (II), Madrid, ed. Gredos, trad. J. L. Calvo, 1992.

POUND, ROSCOE, *El espíritu del "common law"*, Barcelona, Bosch, trad. de J. Puig Brutau, 1954.

PRIETO SANCHÍS, LUIS, *Ley, principios, derechos*, Madrid, Dykinson, 1998.

– *Constitucionalismo y Positivismo*, México, Fontamara, 1997.

– *Ideología e interpretación jurídica*, Madrid, Tecnos, 1987.

– "Notas sobre la interpretación constitucional", en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* 9 (1991), pp. 175-198.

RABBI-BALDI, RENATO, "El derecho natural como núcleo de racionalidad de la realidad jurídica", en RABBI-BALDI, RENATO (Coord.), *Las razones del Derecho Natural. Perspectivas teóricas y metodológicas ante la crisis del positivismo jurídico*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma-Universidad Austral, 2000, pp. 15-54.

RADBRUCH, GUSTAV, "Arbitrariedad legal y Derecho supralegal", en *idem*, *Relativismo y Derecho*, Bogotá, Temis, trad. de L. Villar Borda, 1999, pp. 25-42.

– *Filosofía del Derecho*, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, trad. de J. Medina Echeverría, 1959.

RAWLS, JOHN, *Teoría de la justicia* (1971), México, Fondo de Cultura Económica, trad. de M. D. González, 2ª. ed. 1995.

RAZ, JOSEPH, *Razón práctica y normas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, trad. de J. Ruiz Manero, 1991.

– "¿Por qué interpretar?", en VÁSQUEZ, RODOLFO (comp.), *Interpretación jurídica y decisión judicial*, México, Fontamara, trad. de R. Tamayo y Salmorán, 1998, pp. 39-56.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, Madrid, Ed. de la Real Academia Española, 21ª ed., dos tomos, 1992.

RECASÉNS SICHES, LUIS, *Nueva Filosofía de la interpretación del Derecho*, México, Porrúa, 1980.

RELATORÍA OFICIAL DE LA CORTE CONSTITUCIONAL, "Estadísticas", http://www.constitucional.gov.co/corte/ (consultada el 4/4/2006).

RIALS, STEPHANE, "El oficio del juez", en *Pensamiento Jurídico. Revista de Teoría del Derecho y Análisis Jurídico* 8 (1997), pp. 39-53 [Bogotá, Universidad Nacional de Colombia].

RIVAS, PEDRO, "La razonabilidad jurídica, entre el relativismo y la intersubjetividad. La teoría de la argumentación jurídica de Aulis Aarnio", en SERNA, PEDRO (ed.), *De la argumentación jurídica a la hermenéutica. Revisión crítica de algunas teorías contemporáneas*, Granada, Comares, 2005, pp. 71-103.

ROCA PÉREZ, VICTORIA, *Derecho y razonamiento práctico en C. S. Nino*, Universidad de Alicante, 2002. En http://www.cervantesvirtual.com/FichaObra.html?Ref=9814 (consultada el 4/7/2006).

RODRÍGUEZ ALCALÁ, ROBERTO MORENO, "Respuestas correctas, justas y la persistencia del encanto del legalismo. Comentario a 'Dworkin, Finnis y la única respuesta correcta' del Prof. Carlos Ignacio Massini", en LEGARRE, SANTIAGO, MIRANDA ALEJANDRO y ORREGO, CRISTÓBAL (eds.), *La lucha por el Derecho Natural. Actas de las Jornadas en Homenaje a John Finnis. A 25 años de la publicación de Natural Law and Natural Rights*, Santiago, Cuadernos de Extensión Jurídica, Universidad de los Andes, 2006, pp. 119-149.

RODRÍGUEZ GARAVITO, CÉSAR, *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores-Universidad de los Andes, 1997.

– "Una crítica contra los dogmas de la coherencia del Derecho y la neutralidad de los jueces" (estudio preliminar), en DUNCAN KENNEDY, *Libertad y restricción en la decisión judicial. El debate con la teoría crítica del derecho (CLS)*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, trad. D. López M. y J. M. Pombo, 1999, pp. 19-88.

– "El test de razonabilidad y el derecho a la igualdad", en AA.VV., *La Corte Constitucional. El año de la consolidación*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores-Universidad de Los Andes, 1998, pp. 257-289.

– "Los casos difíciles en la jurisprudencia constitucional colombiana", en AA.VV., *Nueva interpretación constitucional*, Medellín, Biblioteca Jurídica Diké-Universidad de Antioquia, 1997, pp. 17-116.

RODRÍGUEZ GREZ, PABLO, "Interpretación, creación y desviación en el proceso de generación de las normas", en AA.VV., *Interpretación, integración y razonamiento jurídicos*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1992, pp. 193-201.

RODRÍGUEZ PANIAGUA, JOSÉ MARÍA, *Historia del pensamiento jurídico*, Madrid, Universidad Complutense, 2 tomos, 1997.

ROSS, ALF, *Sobre el Derecho y la Justicia*, Buenos Aires, Eudeba, trad. de G. Carrió, 1997.

RUBIO LLORENTE, FRANCISCO, *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

SAGÜÉS, NÉSTOR PEDRO, *La interpretación judicial de la Constitución*, Buenos Aires, Depalma, 1998.

– *Mundo jurídico y mundo político*, Buenos Aires, Depalma, 1978.

SALAS, MINOR E., "¿Qué pasa actualmente en la Teoría del Derecho alemana? Un breve bosquejo general", en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* 24 (2001), pp. 203-234.

SANGUINETI, JUAN JOSÉ, *Lógica*, Pamplona, Eunsa, 1989.

SANTIAGO, ALFONSO, *La Corte Suprema y el control político. Función política y posibles modelos institucionales*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 1998.

SAVIGNY, FRIEDRICH K., "Sistema de Derecho Romano actual", en *La Ciencia del Derecho*, Buenos Aires, Losada, trad. de W. Goldschmidt, 1949.

SCHMITT, CARL, *La defensa de la Constitución*, Madrid, Tecnos, 1983.

SEGURA ORTEGA, MANUEL, *La racionalidad jurídica*, Madrid, Tecnos, 1998.

SERNA, PEDRO, *Positivismo conceptual y fundamentación de los derechos humanos*, Pamplona, Eunsa, 1990.

– "Hermenéutica y relativismo. Una aproximación desde el pensamiento de Arthur Kaufmann", en SERNA, PEDRO (Dir.), *De la argumentación jurídica a la hermenéutica. Revisión crítica de algunas teorías contemporáneas*, Granada, Comares, 2005, pp. 279-316.

– "Sobre las respuestas al positivismo jurídico", en RABBI-BALDI, RENATO (Coord.), *Las razones del Derecho Natural. Perspectivas teóricas y metodológicas ante la crisis del positivismo jurídico*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma-Universidad Austral, 2000, pp. 55-86.

SERNA, PEDRO y TOLLER, FERNANDO, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*, Buenos Aires, La Ley, 2000.

SIMON, DIETER, *La independencia del juez*, Barcelona, Ariel, trad. de C. Ximénez-Carrillo, 1985.

SOLA, JUAN VICENTE, *Control judicial de constitucionalidad*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2001.

STREETER PRIETO, JORGE, "El razonamiento jurídico", en AA.VV., *Interpretación, integración y razonamiento jurídicos*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1992, pp. 99-116.

SUMMERS, ROBERT, "Two Types of Substantive Reasons: The Core of a Theory of Common-Law Justification", *Cornell Law Review* 63 (1978), pp. 707-788.

TAMAYO Y SALMORÁN, ROLANDO, *Introducción al estudio de la ciencia jurídica*, México, Themis, 1996.

– "Interpretación Constitucional. La falacia de la interpretación cualitativa", en VÁSQUEZ, RODOLFO (comp.), *Interpretación jurídica y decisión judicial*, México, Fontamara, 1998, pp. 89-133.

TOLLER, FERNANDO, "Refutaciones lógicas a la teoría de los conflictos de derechos", en CIANCIARDO, JUAN (Coord.), *La interpretación en la era del neoconstitucionalismo"*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 2006, pp. 133-181.

– "La resolución de los conflictos entre derechos fundamentales. Una metodología de interpretación constitucional alternativa a la jerarquización y el *balancing test*", en FERRER MAC-GREGOR, EDUARDO (Coord.), *Interpretación Constitucional*, México, Porrúa, 2005, t. II, pp. 1199-1284.

– "Jerarquía de derechos, jerarquía de bienes y posición de la vida en el elenco de los derechos humanos", en Ives GANDRA DA SILVA MARTINS (Coord.), *Direito fundamental à vida*, Quartier Latin, São Paulo, 2005, 495-515.

TOMÁS DE AQUINO, *Suma de Teología*, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, cinco tomos, 1994.

– *Comentario a los Analíticos Posteriores de Aristóteles*, Pamplona, Eunsa, introd., trad. y notas de A. Mallea y M. Daneri-Rebok, 2002.

TRIBE, LAURENCE, *Constitutional Choices*, Cambridge, Harvard University Press, 1985.

TOULMIN, STEPHEN, *The Uses of Arguments*, Cambridge, Cambridge University Press, 1969.

UPRIMNY, RODRIGO, "El dilema de la interpretación constitucional", en AA.VV., *Jurisdicción Constitucional de Colombia. La Corte Constitucional 1992-2000. Realidades y Perspectivas*, Bogotá, Imprenta Nacional de Colombia, 2001, pp. 455-464.

– "La motivación de las sentencias y el papel del juez en el Estado Social y Democrático de Derecho", en *Pensamiento Jurídico. Revista de Teoría del Derecho y Análisis Jurídico* 4 (1995), pp. 131-139 [Bogotá, Universidad Nacional de Colombia].

URDÁNOZ, TEÓFILO, *Historia de la Filosofía. Siglo XIX: Kant, idealismo y espiritualismo*, t. IV, Madrid, BAC, 1975.

VIEHWEG, THEODOR, *Tópica y jurisprudencia*, Madrid, Taurus, trad. de L. Díez Picazo, 1986.

VIGO, RODOLFO L., *La injusticia extrema no es derecho (de Radbruch a Alexy)*, Buenos Aires, La Ley, 2006.

– *El iusnaturalismo actual. De M. Villey a J. Finnis*, Fontamara, México, 2003.

– *Interpretación jurídica. Del modelo iuspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1999.

– *Interpretación constitucional*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993.

– *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas. Ross–Hart–Bobbio–Dworkin–Villey*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1991.

– *Las causas del derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1983.

– "Razonamiento justificatorio judicial", en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* 21-II (1998), pp. 483-499.

– "Aspectos polémicos en la obra de Michel Villey", en *Persona y Derecho* 27 (1992), pp. 277-314.

VILLAR PALASÍ, JOSÉ LUIS, *La interpretación y los apotegmas jurídico-lógicos*, Madrid, Tecnos, 1975.

VILLEY, MICHEL, *El pensamiento ius–filosófico de Aristóteles y de Santo Tomás*, Buenos Aires, Ghersi, 1981.

– *Compendio de Filosofía del Derecho* (2 vols.), Pamplona, Eunsa, 1979-1981.

– *Consideraciones en pro del Derecho Natural clásico*, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 1966.

VOEGELIN, ERIC, *Science, Politics and Gnosticism*, Washington, Gateway, 1990.

– *The New Science of Politics. An Introduction*. Chicago, The University of Chicago Press, 1983.

– *Anamnesis*, Notre Dame, University of Notre Dame Press, 1ª. ed. trad. y ed. por G. Niemeyer, 1978.

VON WRIGHT, GEORGE H., *Deontic Logic* (1951), ed. cast. *Lógica deóntica*, Valencia, trad. de J. Rodríguez Marín, Cuadernos Teorema, 1979.

WALKER, GRAHAM, *Moral Foundations of Constitutional Thought. Current Problems*, Augustinian Prospects, Princeton, Princeton University Press, 1990.

WECHSLER, HERBERT, "Toward Neutral Principles of Constitutional Law", en *Harvard Law Review* 73 (1959), pp. 1-35.

WITTGENSTEIN, LUDWIG, *On Certainty*, en ANSCOMBE, GERTRUDE E. M. y VON WRIGHT, GEORG HENRIK (eds.), Oxford, 1969. Versión cast. a cargo de J. L. Pracks V. Raga, *Sobre la certeza*, Barcelona, Gedisa, 1988.

WRÓBLEWSKI, JERZY, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Madrid, Civitas, trad. de A. Azurza, 1985, reimpr. 2001.

– *The judicial application on law*, London, Kluwer Academic Publishers, 1992.

– *Sentido y hecho en el Derecho*, San Sebastián, Universidad del País Vasco, trad. de J. Igartua y F. J. Ezquiaga Ganuzas, 1989.

– "Legal Decision and its Justification", en *Le raisonnement juridique. Proceedings of the World Congress for Legal and Social Philosophy*, Bruselas,

Actas del Congreso Mundial de Filosofía Jurídica y Social, ed. de Hubien, H., 1971, pp. 409-419.

ZAGREBELSKY, GUSTAVO, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, trad. de M. Gascón, 1995.

ZÚÑIGA URBINA, FRANCISCO, "Tendencias contemporáneas en la interpretación constitucional", en AA.VV., *Interpretación, integración y razonamiento jurídicos*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1992, pp. 285-303.

JURISPRUDENCIA

1. Corte Constitucional colombiana.

Sentencia C-543 de 1992, M. P. JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ.
Sentencia C-025 de 1993, M. P. EDUARDO CIFUENTES.
Sentencia C-027 de 1993, M. P. SIMÓN RODRÍGUEZ.
Sentencia C-033 de 1993, M. P. ALEJANDRO MARTÍNEZ.
Sentencia C-113 de 1993, M. P. JORGE ARANGO.
Sentencia C-276 de 1993, M. P. VLADIMIRO NARANJO.
Sentencia C-301 de 1993, M. P. EDUARDO CIFUENTES.
Sentencia C-088 de 1994, M. P. FABIO MORÓN.
Sentencia C-089 de 1994, M. P. EDUARDO CIFUENTES.
Sentencia C-133 de 1994, M. P. ANTONIO BARRERA.
Sentencia C-221 de 1994, M. P. CARLOS GAVIRIA.
Sentencia C-425 de 1994, M. P. JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ.
Sentencia C-473 de 1994, M. P. ALEJANDRO MARTÍNEZ.
Sentencia C-037 de 1996, M. P. VLADIMIRO NARANJO.
Sentencia C-098 de 1996, M. P. EDUARDO CIFUENTES.
Sentencia C-222 de 1996, M. P. FABIO MORÓN.
Sentencia C-245 de 1996, M. P. VLADIMIRO NARANJO.
Sentencia C-385 de 1996, M. P. ANTONIO BARRERA.
Sentencia C-386 de 1996, M. P. ALEJANDRO MARTÍNEZ.
Sentencia C-563 de 1996, M. P. HERNANDO HERRERA.
Sentencia C-013 de 1997, M. P. JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ.
Sentencia C-148 de 1997, M. P. VLADIMIRO NARANJO.

Sentencia C-213 de 1997, M. P. EDUARDO CIFUENTES.
Sentencia C-239 de 1997, M. P. CARLOS GAVIRIA.
Sentencia C-309 de 1997, M. P. ALEJANDRO MARTÍNEZ.
Sentencia C- 622 de 1997, M. P. HERNANDO HERRERA.
Sentencia C-400 de 1998, M. P. ALEJANDRO MARTÍNEZ.
Sentencia C-082 de 1999, M. P. CARLOS GAVIRIA.
Sentencia C-087 de 2000, M. P. ALFREDO BELTRÁN.
Sentencia C-270 de 2000, M. P. CARLOS GAVIRIA.
Sentencia C-1316 de 2000, M. P. CARLOS GAVIRIA.
Sentencia C-093 de 2001, M. P. ALEJANDRO MARTÍNEZ.
Sentencia C-647 de 2001, M. P. ALFREDO BELTRÁN.
Sentencia C-198 de 2002, M. P. CLARA INÉS VARGAS.
Sentencia C-916 de 2002, M. P. MANUEL JOSÉ CEPEDA.
Sentencia C-355 de 2006, Ms. Ps. JAIME ARAÚJO y CLARA INÉS VARGAS.
Sentencia SU-559 de 1997, M. P. EDUARDO CIFUENTES.
Sentencia SU-640 de 1998, M. P. EDUARDO CIFUENTES.
Sentencia SU-047 de 1999, Ms. Ps. CARLOS GAVIRIA y ALEJANDRO MARTÍNEZ.
Sentencia SU-062 de 1999, M. P. VLADIMIRO NARANJO.
Sentencia SU-995 de 1999, M. P. CARLOS GAVIRIA.
Sentencia T-02 de 1992, M. P. ALEJANDRO MARTÍNEZ.
Sentencia T-414 de 1992, M. P. CIRO ANGARITA.
Sentencia T-426 de 1992, M. P. EDUARDO CIFUENTES.
Sentencia T-079 de 1993, M. P. EDUARDO CIFUENTES.
Sentencia T-080 de 1993, M. P. EDUARDO CIFUENTES.
Sentencia T-102 de 1993, M. P. CARLOS GAVIRIA.
Sentencia T-594 de 1993, M. P. VLADIMIRO NARANJO.
Sentencia T-210 de 1994, M. P. EDUARDO CIFUENTES.
Sentencia T-386 de 1994, M. P. ANTONIO BARRERA.
Sentencia T-572 de 1994, M. P. ALEJANDRO MARTÍNEZ.
Sentencia T-047 de 1995, M. P. VLADIMIRO NARANJO.
Sentencia T-304 de 1995, M. P. ANTONIO BARRERA.
Sentencia T-477 de 1995, M. P. ALEJANDRO MARTÍNEZ.
Sentencia T-624 de 1995, M. P. JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ.
Sentencia T-160 de 1996, M. P. FABIO MORÓN.
Sentencia T-322 de 1996, M. P. ALEJANDRO MARTÍNEZ.

Sentencia T-417 de 1996, M. P. JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ.
Sentencia T-680 de 1997, M. P. JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ.
Sentencia T-067 de 1998, M. P. EDUARDO CIFUENTES.
Sentencia T-534 de 1998, M. P. ALEJANDRO MARTÍNEZ.
Sentencia T-569 de 1999, M. P. CARLOS GAVIRIA.
Sentencia T-240 de 2000, M. P. JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ.
Sentencia T-033 de 2001, M. P. ALEJANDRO MARTÍNEZ.

2. Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos

Marbury v. Madison, 5 U. S. (1 Cranch) 137 (1803).
Dred Scott v. Sandford, 60 U. S. 393 (1856).
Riggs v. Palmer, 115 N. Y. 506, N. E. 188 (1889).
United States v. Butler, 297 U. S. 1 (1936).
Joseph Burstyn, Inc. v. Wilson, 343 U. S. 495 (1952).
Brown v. Allen, 344 U. S. 443, 540 (1953).
Brown v. Board of Education, 347 U. S. 483 (1954).
Roe v. Wade, 410 U. S. 113 (1973).