

**CRITERIOS BÁSICOS DE RACIONALIDAD AL EJERCICIO DISCRECIONAL
DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES**

PATRICIA RAQUEL MORRIS BOLAÑO



FUNDACIÓN UNIVERSIDAD DEL NORTE

DIVISIÓN DE DERECHO, CIENCIAS POLÍTICAS Y RELACIONES INTERNACIONALES

DOCTORADO EN DERECHO

BARRANQUILLA

2022

**CRITERIOS BÁSICOS DE RACIONALIDAD AL EJERCICIO DISCRECIONAL
DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES**

PATRICIA RAQUEL MORRIS BOLAÑO

Tesis presentada para optar al título de: Doctora en Derecho

DIRECTOR

Dr. Juan Pablo Isaza Gutiérrez



FUNDACIÓN UNIVERSIDAD DEL NORTE

DIVISIÓN DE DERECHO, CIENCIAS POLÍTICAS Y RELACIONES INTERNACIONALES

DOCTORADO EN DERECHO

BARRANQUILLA

2022

Nota de Aceptación

Firma del presidente del jurado

Firma del jurado

Firma del jurado

Barranquilla, 08 de noviembre de 2022

Agradecimientos

A Dios Todopoderoso, al Espíritu Santo y a mi Madre Celestial, María Santísima.

Al doctor Juan Pablo Isaza Gutiérrez, excelente tutor. Un maestro, con gran calidad humana, ejemplo de disciplina, dispuesto a promover a las personas que asesora en el desarrollo de sus investigaciones. Agradezco sus valiosas orientaciones, paciencia y apoyo.

Al doctor Juan Ramón De Páramo Argüelles por su disponibilidad y valiosas orientaciones.

A la doctora Viridiana Molinares, excelente persona e investigadora. Gracias por impulsarme a leer un listado considerable de libros para la realización del examen de Derecho Constitucional, en el marco de las exigencias del proceso de formación doctoral.

A la doctora María Lourdes Ramírez Torrado por su apoyo, disposición y motivación constante. Grabé en mi mente y en mi corazón las palabras que expresó en la inducción a quienes iniciábamos el Doctorado en Derecho en el segundo semestre de 2018:

“Ustedes son personas exitosas, triunfadoras”.

Al doctor Carlos Javier Velásquez, director del Programa de Doctorado en Derecho, por sus enseñanzas, consejos y ejemplo de tenacidad.

A todos los funcionarios que integran el equipo de la Biblioteca Karl C. Parrish, por su disponibilidad, amabilidad y apoyo.

A la Universidad Libre que me formó como profesional del Derecho. A mis maestros de pregrado y posgrados.

A la Universidad del Norte, por abrirme sus puertas y brindarme la oportunidad de crecer en el ámbito de la investigación.

A la Universidad de Castilla La Mancha por acogerme y proporcionarme herramientas para el cumplimiento de esta meta.

Dedicatoria

A mi amado esposo, Raymundo, mi cómplice y “tesoro terreno” por su incondicional apoyo.

A mi hija, Arantxa, a quien amo inmensamente. Eres para mí un ejemplo de tenacidad.

A Myriam, mi madre, por su amor incondicional e incansables luchas por sus hijas. Ejemplo de perseverancia.

A Julio César, mi padre Q. E. P. D. Excelente ser humano, sabio y gran pilar de mi vida. Te amo padre.

RESUMEN

La discrecionalidad ejercida por los tribunales constitucionales ha posibilitado avanzar en la justiciabilidad de los derechos y en la adopción de decisiones coherentes con las transformaciones sociales; no obstante, si su aplicación resulta inadecuada, presenta inconvenientes que afectan no solo mínimos de estabilidad jurídica, sino la aceptabilidad de la sociedad respecto de tales proveídos, presupuesto esencial para asegurar su legitimidad y eficacia. En tal sentido, el propósito de la presente investigación consistió en proponer criterios de racionalidad a la ineludible discrecionalidad que despliegan las aludidas corporaciones judiciales cuando resuelven casos atinentes a derechos fundamentales, partiendo para el efecto de las teorías garantista, principialista, conflictivista y de argumentación jurídica. Metodológicamente, es una investigación jurídica con alcance propositivo, desarrollada desde el paradigma cualitativo, mediante revisión bibliográfica, que propició un diálogo entre el derecho constitucional, la filosofía del derecho y la teoría jurídica. Respecto a los resultados, la investigación viabilizó la identificación de cinco categorías o condiciones esenciales de racionalidad que deben satisfacer las aludidas decisiones, dada la especificidad del Estado constitucional: i) no es aceptable una percepción neutral de lo justo; ii) interpretación moral; iii) consonancia del razonamiento moral con los valores admitidos por la comunidad racional; iv) prioridad del enfoque dialógico de la argumentación; v) equilibrio entre estabilidad y flexibilidad o ductilidad. En conclusión, las categorías planteadas contribuyen a optimizar la justificación de las aludidas decisiones y garantizan la consonancia del Derecho con las mutaciones provenientes de la realidad social desde la resignificación de la dignidad humana.

Contenido

Introducción	13
Capítulo 1	
Aspectos Preliminares. Diseño Metodológico.....	25
1.1 Tema	25
1.2 Descripción del problema de investigación.....	26
1.3 Pregunta Problema	29
1.4 Antecedentes	30
1.5 Justificación	46
1.6 Objetivos	48
1.6.1 Objetivo General.....	48
1.6.2 Objetivos Específicos	49
1.7 Diseño metodológico.....	49
1.7.1 Enfoque y alcance de la investigación.....	49
1.7.2 Delimitación espacial y temporal.....	51
1.7.3 Fuentes y técnicas.....	51
Capítulo 2	
Fundamentación Teórica	55

2.1 Estado constitucional	55
2.2 Teoría del Garantismo	57
2.3 Racionalidad del Derecho y de su aplicación	58
2.4 Teoría de la Argumentación Jurídica	61
2.4.1 Teoría de la Argumentación Jurídica de Alexy	62
2.4.2 Teoría de la Justificación de las Interpretaciones Jurídicas de Aarnio	64
2.4.3 Teoría de la Argumentación Jurídica de Atienza	68
2.5 Interpretación Conflictivista: Técnica del balanceo	70
 Capítulo 3	
Tendencias contemporáneas del Derecho Constitucional.....	76
3.1 Aspectos preliminares.....	76
3.2 Transición del Estado legislativo al Estado constitucional.....	76
3.2.1 Crisis de la ley.....	84
3.2.2 Supremacía y carácter normativo de la ley.....	88
3.2.3 Debilitamiento del poder legislativo	91
3.2.4 Advenimiento de los tribunales constitucionales.....	93
3.3 El Estado constitucional.....	96
3.3.1 Características.....	97
3.3.1.1 Relevancia de los principios en el escenario jurídico.....	98
3.3.1.2 Concepción de las normas, trátase de reglas o principios, desde un enfoque predominantemente funcional.....	99

3.3.1.3 Trascendencia de la interpretación como un proceso constitutivo y racional del Derecho.....	100
3.3.1.4 Validez del Derecho desde una perspectiva predominantemente sustantiva.....	101
3.3.1.5 Relación entre el Derecho y la moral.....	103
3.3.1.6 El papel preponderante de la argumentación jurídica.....	104
3.3.1.7 Fundamentación de las decisiones bajo la orientación de los principios de coherencia y universalización, descartando la existencia de una solución correcta para cada conflicto.....	107
3.4 La Constitución del Estado constitucional.....	108
3.5 La dignidad humana valor esencial del Estado constitucional.....	112
3.6 Tendencias contemporáneas del derecho constitucional.....	116
3.7 Limitaciones a la soberanía de los Estados.....	116
3.7.1 Procesos de integración	116
3.7.2 Internacionalización del Derecho Constitucional.....	119
3.7.3 Constitucionalización del Derecho Internacional.....	120
3.8 La discrecionalidad en la adopción de las decisiones jurídicas.....	122
3.9 El modelo neoconstitucionalista.....	124
3.9.1 Discusiones en torno al neoconstitucionalismo.....	126
3.9.1.1 Tesis defensoras.....	126
3.9.1.2 Tesis detractoras.....	128

	11
3.10 El modelo garantista.....	129
3.10.1 Alcance: la propuesta de Luigi Ferrajoli.....	131
3.10.2 El garantismo como fin del constitucionalismo.....	132
3.10 Criterios que propone el modelo garantista en relación con las decisiones judiciales relativas a derechos fundamentales.....	133
3.11 Tendencias contemporáneas del derecho constitucional en América Latina.....	137
3.11.1 Modificaciones relativas a la parte dogmática de las Constituciones.....	137
3.12 Convencionalidad y control de convencionalidad.....	138

Capítulo 4

Discrecionalidad de la Corte Constitucional colombiana frente a decisiones relacionadas con los derechos fundamentales.....	145
4.1 Doctrinas sobre la discrecionalidad judicial.....	145
4.2 Doctrinas que la objetan.....	151
4.2.1 La Escuela de la Exégesis.....	152
4.2.2 La jurisprudencia de conceptos.....	155
4.2.3 El formalismo jurídico del siglo XX	159
4.3 Doctrinas que la aprueban.....	162
4.3.1 El realismo jurídico.....	162
4.3.2 El movimiento Critical Legal Studies.....	168
4.4 Justificación de la discrecionalidad judicial.....	170
4.5 La discrecionalidad en el ámbito de la aplicación del Derecho.....	176

4.6 La ponderación.....	182
4.6.1 Discusiones en torno a la ponderación.....	188
4.7 Límites a la discrecionalidad de la Corte Constitucional en materia de derechos fundamentales.....	196
4.7.1 El valor de la seguridad jurídica.....	196
4.7.2 El precedente judicial.....	204

Capítulo 5

Criterios de racionalidad en la adopción de decisiones judiciales.....	212
5.1 Alcance del término racionalidad.....	212
5.2 La racionalidad en el Derecho.....	214
5.3 La racionalidad de la decisión judicial.....	219
5.4 Teorías de la argumentación jurídica.....	226
5.4.1 Teoría de la Argumentación Jurídica planteada por Manuel Atienza.....	239
5.5 La racionalidad de la decisión judicial en los Estados constitucionales.....	243

Capítulo 6

Condiciones esenciales de racionalidad respecto de decisiones atinentes a los derechos fundamentales.....	254
6.1 No es aceptable una percepción neutral de lo justo.....	255
6.2 La ineludible subjetividad, no es arbitrariedad.....	257
6.3 Consonancia del razonamiento moral con los valores admitidos por la comunidad racional	258
6.4 Prioridad del enfoque dialógico de la argumentación	259

6.5 Equilibrio entre la estabilidad jurídica y la flexibilidad.....	261
Conclusiones	265
Referencias bibliográficas.....	270

Tablas

Tabla 1. Etapas sobre el origen y desarrollo de los tribunales constitucionales.....	102
Tabla 2. Aplicación de la jurisprudencia de la CIDH al derecho constitucional Colombiano (Córdoba,2007)	128
Tabla 3. Tipos de derechos fundamentales.....	142
Tabla 4. Casos atinentes al contenido normativo.....	186
Tabla 5. Escala triádica	195
Tabla 6. Implicaciones fácticas.....	196
Tabla 7. Clasificación de las reglas del discurso racional según Alexy.....	240

Gráficas

Gráfica 1. Condiciones esenciales de racionalidad respecto de decisiones atinentes a los derechos fundamentales	272
--	-----

Introducción

El Derecho en Colombia al igual que en los demás Estados latinoamericanos ha transitado por tres etapas claramente identificadas: legalidad, constitucionalidad y convencionalidad (Ferrajoli, 2003). La fase de legalidad, iniciada desde los albores de la República y extendida hasta la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, se caracterizó por la hegemonía de la ley en el ámbito de las fuentes jurídicas, realidad propiciada por incidencia del fenómeno legocentrista, propio del proceso posrevolucionario francés (López,2011); la fase de constitucionalidad, en continua evolución, cuya génesis estuvo determinada por el advenimiento de la nueva carta política, erigida en norma suprema e “invasora” del ordenamiento jurídico y la fase de convencionalidad, resultado de la “internacionalización del derecho constitucional” y de la “constitucionalización del derecho internacional”.

En el marco de la dinámica expuesta, el tránsito de la fase de legalidad a la fase de constitucionalidad o, en otros términos, la transformación del Estado legislador en Estado constitucional ha generado un nuevo orden, con presencia de múltiples rasgos; verbigracia: la supremacía y aplicación directa de la constitución, la consagración y preponderancia de contenidos abiertos y el ejercicio difuso de la función creadora del derecho, dado que hoy la asume no solo el legislador, sino la corte constitucional, fenómeno generalizado, compartido por los sistemas jurídicos contemporáneos.

Al respecto, Prieto Sanchís (2001) identifica las particularidades más destacadas, resultado de la referida transición, en el ámbito de la teoría del Derecho:

Más principios que reglas; más ponderación que subsunción; omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes, en lugar de espacios exentos en favor de la opción legislativa o reglamentaria; omnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario. (p. 207).

Asimismo, producto de la aludida metamorfosis, el contexto constitucional contemporáneo presenta los siguientes rasgos: relevancia de los principios en el escenario jurídico; trascendencia de la interpretación como un proceso constitutivo y racional del derecho; validez del derecho desde una perspectiva predominantemente sustantiva; relación entre el derecho y la moral e ineludible vínculo de la interpretación con la argumentación. (Atienza, 2000).

Aunado a lo expuesto, el nuevo constitucionalismo enfrenta significativos desafíos, causados por dos fenómenos: “la revolución de la igualdad” y “la revolución de la dignidad”. “Juntas han dado vida a una antropología que fija su centro en la autodeterminación de las personas, en la construcción de las identidades individuales y colectivas, en los nuevos modos de entender las relaciones sociales”. (Rodotá, 2014, p. 21).

Ante la realidad fáctica y jurídica descrita, los tribunales constitucionales se han visto inevitablemente abocados a asumir amplios espacios de discrecionalidad a la hora de resolver los conflictos. Tal como lo sostiene Cappelletti (1990) citado por Tobo (1994, p.103):

El juez, a través de sus decisiones pone en relación los principios y normas constitucionales con la ley y con los hechos, y en desarrollo de su actividad ejerce una discrecionalidad interpretativa que limita el sentido político de los textos

constitucionales, así la legislación y la decisión judicial se constituyen en procesos de creación del derecho.

Los ámbitos de libertad que detentan las referidas corporaciones judiciales están determinados no solo por la presencia de los principios constitucionales, que insertan contenidos “vagos y/o valorativos”, sino por la dificultad para deslindar los derechos fundamentales de los límites que les fijan otros derechos de la misma naturaleza; “por eso el juicio de ponderación que tan corriente resulta en la jurisprudencia sobre derechos”, metodología que posibilita elegir entre varias soluciones congruentes con la Constitución. (Ferrajoli, 2013, p. 91).

Ahora bien, pese a que la discrecionalidad ejercida por los tribunales constitucionales es una herramienta valiosa, sin la cual no hubiese sido posible avanzar en la justiciabilidad de los derechos fundamentales y en la creación de soluciones razonables a las vertiginosas transformaciones sociales, ha sido objeto de críticas, verbigracia, referidas a la intromisión de estas corporaciones en el ejercicio de la actividad legislativa, fenómeno conocido como “gobierno de los jueces” y a la ausencia de control de las decisiones que emanan.

De otra parte, en la medida en que los tribunales constitucionales no utilicen adecuadamente la referida herramienta, sobrevienen inconvenientes relacionados con la seguridad y estabilidad jurídicas y con la aceptabilidad de la sociedad respecto de las decisiones que profieran, afectando el orden o armonía requeridas para el logro de mínimas relaciones en civilidad. En efecto, el análisis de la jurisprudencia emanada de estas corporaciones, pertenecientes a diversos contextos, develó extralimitaciones en la construcción de criterios hermenéuticos invocados como fundamento de decisiones jurídicas.

Así, por ejemplo, mediante Sentencia 0084/2017, el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia declaró la inconstitucionalidad del fragmento “por una sola vez de manera continua” de la ley contentiva del régimen electoral de ese Estado, admitiendo la reelección continua para ejercer los cargos de presidente, gobernadores y alcaldes, entre otros. Esbozó como fundamento de la decisión, la interpretación atinente a que el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos consagra con criterio de maximización los derechos políticos, de tal manera que el legislador solo puede regularlos respecto de las materias señaladas (edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal), pero no lo faculta para limitarlos en cuanto a las oportunidades de reelección o a que específicamente las circunscriba a un solo periodo de forma continua. En este caso, la amplia interpretación realizada por el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia despojó de límites el derecho político a ser elegido para desempeñar cargos públicos o en otros términos quebrantó los cimientos democráticos del orden constitucional establecido.

Igualmente, el análisis de las providencias emanadas de la Corte Constitucional referente a la colisión entre el ejercicio de la actividad taurina y el deber de protección de los animales “no humanos”, evidencia un verdadero vaivén jurídico que afecta los principios de seguridad y estabilidad jurídica, determinado por la pluralidad de interpretaciones disímiles en torno a la ley y también frente a los principios y valores constitucionales, que denota un ejercicio ilimitado de la potestad discrecional, en un contexto de instancias al interior del mismo órgano jurisdiccional que emite y controla sus propias decisiones.

Frente a lo expuesto, resulta relevante el planteamiento de Aarnio (2016): “La responsabilidad del juez se ha convertido cada vez más en la responsabilidad de justificar sus

decisiones. La base para el uso del poder por parte del juez reside en la aceptabilidad de sus decisiones y no en la posición formal de poder que pueda tener". (p. 32).

En ese orden de ideas, teniendo en cuenta la realidad jurídica descrita, se consideró pertinente contribuir a resolver el siguiente interrogante: ¿Es necesario crear criterios de racionalidad para limitar la discrecionalidad de la Corte Constitucional colombiana cuando toma decisiones relacionadas con los derechos fundamentales?

Coherente con el planteamiento expuesto, el objetivo central de esta investigación consistió en proponer criterios de racionalidad para limitar la discrecionalidad de la Corte Constitucional colombiana cuando toma decisiones relacionadas con los derechos fundamentales; reto que implicó estudiar las tendencias contemporáneas del Derecho Constitucional, el alcance de la discrecionalidad judicial y concretamente la ejercida por los tribunales constitucionales, así como la variedad de criterios de racionalidad delineados por teóricos y filósofos del derecho para precaver la arbitrariedad en la adopción de las decisiones judiciales, en general, y en las referidas específicamente a derechos fundamentales.

Respecto a la metodología utilizada, primeramente, es preciso sostener que se trata de una investigación jurídica; no obstante, la consecución del propósito trazado propició un diálogo interdisciplinar entre el derecho, concretamente, entre el derecho constitucional, la filosofía y teoría del derecho. Se desarrolló desde un enfoque cualitativo, en consideración a que la solución al problema planteado demandó un exhaustivo escrutinio del marco teórico atinente a las tendencias contemporáneas del derecho constitucional y también de los fundamentos doctrinales que conciernen a la discrecionalidad y a la racionalidad en el derecho, en la toma de decisiones jurídicas y, específicamente, en la adopción de fallos relacionados con los derechos fundamentales.

Congruente con lo expuesto, se realizó revisión bibliográfica, posibilitando el examen de constructos teóricos que cimientan el presente trabajo de investigación, disseminados en los capítulos que lo estructuran. En este sentido, resulta pertinente destacar que el aludido escrutinio condujo al abordaje de los rasgos propios del Estado constitucional desde los aportes de Guastini (2003), Zagrebelsky (1995), Aguiló (2004), Atienza (2015), entre otros autores; los cambios generados por efecto del nuevo orden constitucional en la teoría del derecho a partir de Pietro Sanchís (2001); los fundamentos del garantismo esbozados por Ferrajoli (2016) y los del neoconstitucionalismo, con la identificación de los argumentos esgrimidos a favor de las tesis detractora (García Amado, 2016) y defensora (Atienza, 2016).

Igualmente, viabilizó el examen de las doctrinas que admiten y objetan la discrecionalidad en la adopción de decisiones jurídicas y también de los criterios de racionalidad en la justificación de los fallos judiciales, específicamente los atinentes a derechos fundamentales, en el marco del Estado constitucional que descansan, por un lado, en la teoría de la argumentación jurídica, especialmente en la procedimental de Alexy (2015), la de justificación de las interpretaciones jurídicas de Aarnio (2016) y la esbozada por Atienza (2013) desde los enfoques formal, material y pragmático y, por otro, en la metodología de ponderación, respecto de la cual se estudiaron tanto concepciones escépticas (Habermas, 1998), como optimistas de su racionalidad (Bernal, 2007).

Asimismo, desde el aludido enfoque se realizó el análisis de la jurisprudencia emanada de la Corte Constitucional y de tribunales constitucionales de otros Estados, ejercicio que posibilitó identificar las implicaciones descritas en párrafos anteriores atinentes a extralimitaciones en la construcción de criterios hermenéuticos invocados como fundamento de decisiones jurídicas.

Por otra parte, es menester aclarar el estudio realizado es de tipo exploratorio. Si bien existen investigaciones sobre los temas de racionalidad y discrecionalidad judicial, no se ha desarrollado uno concreto que conduzca a proponer criterios de racionalidad para limitar la discrecionalidad de la Corte Constitucional colombiana y de los tribunales constitucionales cuando toma decisiones relacionadas con los derechos fundamentales. Al respecto, Hernández (2010) sostiene que el propósito de este tipo de estudio se contrae a “examinar un tema o un problema de investigación poco estudiado, del cual se tienen muchas dudas o no se ha abordado antes” (p. 79).

En relación con la estructura del trabajo de investigación, ha sido organizado en cinco capítulos:

En el primero fueron abordados los aspectos preliminares de la investigación concernientes a la delimitación de su objeto, estado del arte en los ámbitos nacional e internacional, marco teórico respecto a los temas fundamentales de la tesis (discrecionalidad y racionalidad), análisis de casos a partir del examen de sentencias emanadas de la Corte Constitucional, del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia y del Tribunal Constitucional Español.

En el segundo capítulo se examinó el alcance de los criterios esbozados por las tendencias actuales del derecho constitucional para adoptar decisiones judiciales atinentes a los derechos fundamentales; su desarrollo implicó utilizar el método teórico de análisis, cuya finalidad descansa en la disgregación mental del tema investigado en sus partes, posibilitando su conocimiento como aspectos de una totalidad compleja. En tal sentido, se estructuró en tres acápite: transición del Estado legislativo al Estado constitucional (primera parte);

tendencias contemporáneas del derecho constitucional (segunda parte) y tendencias contemporáneas del derecho constitucional en América Latina (tercera parte).

Su abordaje permitió confirmar el surgimiento de tan variadas propensiones en el actual contexto constitucional y de las transformaciones que han generado en el ámbito de la teoría del derecho. La supremacía de la constitución en el sistema de fuentes jurídicas, su carácter normativo y aplicación directa en la resolución de los conflictos, la textura abierta de las normas contentivas de derechos, el papel de los tribunales constitucionales como órganos creadores de derecho, la “internacionalización del derecho constitucional, la constitucionalización del derecho internacional”, la presencia de los modelos neoconstitucionalista y garantista, el control de convencionalidad en el ámbito regional y las modificaciones de las constituciones latinoamericanas en sus componentes de orden dogmático, constituyen particularidades que inciden en forma determinante en el comportamiento de los sistemas jurídicos y en la resolución de los conflictos.

En el tercer capítulo se estudió el alcance de la discrecionalidad respecto de la adopción de decisiones jurídicas, las doctrinas que la objetan y aquellas que la aprueban. Igualmente, se abordaron, desde los planteamientos de diversos teóricos, las razones que justifican la utilización de esta herramienta y aquellas que la limitan. En este sentido, frente a la variedad e impredecibilidad de casos, Hart (1961), esgrime que el Derecho podrá regularlos “con una regla valorativa, simple y variable”; se trata de situaciones que ameritan de parte de los jueces el ejercicio de facultades legislativas delegadas para modificarlo y ampliarlo, conforme a los parámetros que él mismo señala. No obstante, tales atribuciones no son absolutas, por el contrario, su ejercicio está sujeto a una situación particular y debe considerar:

“principios, precedentes, propósitos de las normas, diferentes reglas jurídicas de interpretación, criterios de prelación entre normas, etc.”, restricciones que igualmente posibilitan al juez crear derecho; así, por ejemplo, los principios debe aplicarlos por grados, el precedente lo incita a establecer si tiene elementos similares con el caso materia de decisión. (Etcheverry 2015, p. 1414).

En el cuarto capítulo, se define un presupuesto vital para el derecho, sin el cual no es viable garantizar relaciones sociales desde la civilidad; se trata de la racionalidad. Para comprender su alcance y relevancia inicialmente se examinaron los constructos teóricos esbozados por Aarnio (2016). Este autor plantea que la racionalidad constituye ese criterio compartido en una colectividad determinada que guía las acciones y decisiones de sus integrantes e implica la existencia de una específica perspectiva de la vida, internalizada por sus miembros; por ende, su alcance no es el mismo en todas las sociedades, porque emerge de la cultura, de la forma de vida asumida por los integrantes de una sociedad, contexto en virtud del cual cada uno espera de los demás determinados comportamientos en el marco de equitativas relaciones, se trata de acciones intersubjetivas.

Esta condición sine qua non para el derecho y su aplicación en la resolución de los conflictos, persigue asegurar la coherencia de los sistemas jurídicos, evitando la arbitrariedad y garantizar la salvaguarda de la igualdad entre las personas y relaciones basadas en la confianza, reto que demanda la regulación previa de la interacción social a través de reglas con vocación de permanencia en el tiempo. Sin embargo, la predictibilidad absoluta en el derecho no es viable, dado que la transformación de la realidad es permanente y, por ende, más vertiginosa que su regulación; por ello, la consagración de los contenidos jurídicos constituye una tarea compleja, dada la necesidad que esta entraña, consistente en alcanzar

el balance entre dos cometidos direccionados en líneas antagónicas: “por una parte, tienen que respetar la estabilidad y, por otra, tienen que procurar la flexibilidad requerida por las circunstancias”. (Aarnio, 2016, p. 37).

El examen del presupuesto de racionalidad develó la necesidad de lograr el equilibrio en el contexto de la aludida tensión, cometido cuya viabilidad depende fundamentalmente de la actividad creadora del derecho que realiza el cuerpo legislativo mediante la adopción de normas jurídicas y los tribunales constitucionales a través de su aplicación. Estos últimos asumen la tarea de interpretar los preceptos, adecuándolos a las circunstancias de los casos objeto de resolución.

Asimismo, devela la racionalidad que detenta la metodología de ponderación utilizada para resolver los conflictos entre derechos fundamentales, muy a pesar de conferir al juez espacios de discrecionalidad o de libertad en los que puede esgrimir criterios ideológicos y valoraciones. Escenarios que obedecen a la naturaleza de estos derechos, abiertos a las teorías de la justicia y de la moral política, vinculadas a distintas ideologías (liberal, democrática y de Estado social); de ahí, también, su carácter indeterminado que genera enfrentamientos al interior de los sistemas jurídicos, los cuales son zanjados mediante la fijación de sus contenidos. (Bernal, 2018).

Con todo, si bien los Estados constitucionales conciben el Derecho como un instrumento que inserta valores morales y políticos, realidad determinante en el proceso de justificación de la decisión judicial, no es admisible, como sostiene Laporta (2007), que el razonamiento moral sea resultado de las predilecciones o caprichos del juez o, en otros términos, es inconcebible que la resolución de los conflictos esté subordinada a lo que cada

juez considere pertinente desde sus particulares criterios. El contenido moral como componente inevitable de las decisiones judiciales descansa en aquellos valores aceptados por la comunidad racional; tal exigencia demanda que el razonamiento moral no pueda ser “arbitrario ni particularista”; se circunscribe mediante controles de racionalidad y se sustenta en enunciados generales” (Laporta, 2007, p. 199).

Finalmente, en el quinto y último capítulo, corolario de lo expuesto en los apartados desarrollados que le preceden, se abordaron las condiciones o estipulaciones de racionalidad del derecho y de la actividad judicial, especialmente, la realizada por los tribunales constitucionales: i) no es aceptable una percepción neutral de lo justo, habida cuenta de la condición plural de la sociedad y, por ende, de la necesaria concurrencia de valores; ii) la variedad de contenidos valorativos inmersos en los principios constitucionales y la necesaria colisión que entre los mismos se genera, conduce al ineludible escenario de subjetividad; iii) precisamente, el contenido moral de los derechos fundamentales y los inevitables enfrentamientos que provocan, conduce a que la resolución de los conflictos esté orientada por constructos filosóficos creados por el impartidor de justicia a la hora de optar, en el marco de la ponderación, por una postura de carácter ético y política; iv) la legitimidad de este tipo de decisiones judiciales, depende de la calidad de su justificación, que es viable satisfacer mediante el cumplimiento de las reglas previstas desde la teoría de la argumentación para la estructuración del discurso racional; v) la legitimidad de las referidas decisiones implica asumir el reto de lograr el equilibrio entre la estabilidad y seguridad jurídica y la flexibilidad determinada por la ductilidad constitucional y la especificidad de las circunstancias a la hora de resolver los conflictos.

En definitiva, las aludidas condiciones de racionalidad constituyen criterios determinantes en la justificación de las decisiones judiciales, relacionadas con los derechos fundamentales, que buscan garantizar su aceptación por parte de la sociedad, presupuesto esencial para asegurar su legitimidad y eficacia; requerimientos que, además, resultan consonantes con las transformaciones del derecho, producto de nuevas realidades emanadas de los avances científicos y de las luchas lideradas por los movimientos y grupos sociales. El cumplimiento de estos parámetros resulta consonante con la exigencia de preservación y garantía del consenso fundante (cimiento de las cartas constitucionales), que atañe a los tribunales constitucionales en el ejercicio de la misión impartidora de justicia y también comporta una labor pedagógica, cuyo propósito consiste en forjar al interior de la sociedad conciencia por el respeto entre sus integrantes, dada la naturaleza racional que detentan por su condición de personas (Aristóteles, 2001) y de ser concebidos en su esencia como fines. (Kant, 1797).

Capítulo 1

Aspectos Preliminares. Diseño Metodológico

1.1 Tema

El tránsito de la legalidad a la constitucionalidad ha dado lugar al surgimiento de los Estados constitucionales, generando cambios en la teoría del derecho. El actual contexto constitucional evidencia peculiaridades tales como la supremacía y aplicación directa de la Constitución, la consagración y preponderancia de contenidos abiertos y el ejercicio difuso de la función creadora del derecho, dado que hoy la asume no solo el legislador, sino los tribunales constitucionales. Estos órganos jurisdiccionales detentan amplias facultades para decidir los conflictos, situación que en Colombia se evidencia en sentencias emanadas de la Corte Constitucional, relacionadas con los derechos fundamentales. La referida realidad jurídica, si bien ha permitido avanzar en el reconocimiento y materialización de los derechos, enfrenta varios inconvenientes: i) Intromisión en el ejercicio de la actividad legislativa por parte de los tribunales constitucionales, fenómeno conocido como “gobierno de los jueces”. ii) Ausencia de control de las decisiones discrecionales para dar solución a los casos difíciles, dentro de los cuales se ubican las relacionadas con los derechos fundamentales.

Ante la existencia de potestades desmedidas, carentes de control y, por ende, propicias a la arbitrariedad, el objetivo central del presente trabajo de investigación consiste en proponer criterios de racionalidad para limitar la discrecionalidad interpretativa de la Corte Constitucional colombiana cuando adopta decisiones relacionadas con los derechos fundamentales. Para el efecto, estudia las bases doctrinarias que sustentan las teorías de los enunciados jurídicos,

así como las relacionadas con la discrecionalidad judicial; además, especifica el alcance de los amplios márgenes de libertad que en sus fallos ejerce la Corte Constitucional en relación con los pluricitados derechos. Finalmente, explica qué se entiende por criterios de racionalidad en la toma de decisiones y cómo estos permiten limitar la discrecionalidad judicial.

Esta propuesta de investigación tiene en cuenta las teorías de la argumentación y justificación de las decisiones jurídicas, planteadas por Robert Alexy, Aulis Aarnio, Manuel Atienza y las esbozadas en materia de discrecionalidad por diversos autores, verbigracia, Hart, Kelsen, Prieto Sanchís, García Amado, Iglesias Vila, Ruiz Ruiz, entre otros. También, analiza recientes sentencias proferidas por la Corte Constitucional colombiana, el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia y el Tribunal Constitucional Español, que evidencian los inconvenientes generados por el problema expuesto en el contexto nacional y en el ámbito del derecho comparado; por tanto, es de tipo jurídico, de enfoque cualitativo y de carácter exploratorio.

1.2 Descripción del problema de investigación

El Derecho en Colombia al igual que en los demás estados latinoamericanos ha transitado por tres etapas claramente identificadas: legalidad, constitucionalidad y convencionalidad. Quinche (2013), tomando como referencia el orden descrito por Ferrajoli (2003), sostiene:

Dentro de esta dinámica del derecho actual es posible identificar tres procesos recientes de la vida del derecho presentes en la mayoría de los países de América Latina. Una fase inicial que duró casi dos siglos, que puede ser identificada como el proceso de legalización del derecho, en el que simplemente se ejerció control de legalidad. Un segundo periodo, en el que la Constitución Política de los distintos países

asume carácter normativo, dando lugar al proceso de constitucionalización del derecho y al control estricto de constitucionalidad; y finalmente un proceso más reciente, de internacionalización de los derechos locales que ha dado lugar en el SIDH (Sistema Interamericano de Derechos Humanos) a la formulación del control de convencionalidad). (p.176).

Se trata de tres etapas progresivas: Legalidad, Constitucionalidad y Convencionalidad, que en Colombia se ubican históricamente así: Legalidad inicia con el advenimiento de la República y culmina con la entrada en vigencia de la Constitución de 1991; Constitucionalidad, inicia con la entrada en vigencia de la Constitución de 1991 y configura un proceso de gradual construcción; Convencionalidad, es el resultado de los procesos de internacionalización del derecho constitucional y de constitucionalización del derecho internacional. (Quinche, 2013).

El tránsito de la fase de legalidad a la fase de constitucionalidad ha generado cambios de paradigma en el papel del juez. En la primera, propia del Estado de Derecho, postulado político de la Constitución Política de 1886, el papel del juez se limitó a administrar justicia, a aplicar la ley, basándose fundamentalmente en la subsunción o en el método deductivo. En la segunda, característica del Estado social de derecho, fin político de la Constitución de 1991, el juez se convierte en impartidor de justicia o en creador del derecho. (Tobo, 1994).

Este nuevo rol del juez obedece a la inserción en la Carta de 1991 del principio de supremacía constitucional, a la aplicación directa de la Constitución y a la preponderancia de valores y principios que hoy no solo limitan el ejercicio del poder político, sino que direccionan el quehacer de la actividad estatal. (Sanchís, 2001).

Pero, además, como lo sostiene Prieto Sanchís (2001):

La exigencia de renovación es más profunda, de manera que el constitucionalismo esté impulsando una nueva teoría del Derecho, cuyos rasgos más sobresalientes cabría resumir en los siguientes cinco epígrafes, expresivos de otras tantas orientaciones o líneas de evolución: más principios que reglas; más ponderación que subsunción; omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes, en lugar de espacios exentos en favor de la opción legislativa o reglamentaria; omnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario. (p. 207)

Esta nueva realidad jurídica, conlleva a cambios en el ejercicio del poder. Si en la fase de legalidad, el poder lo detentaba de manera preponderante el legislador, en la de constitucionalidad, la hegemonía corresponde al juez, dominio que ejerce, basado en la garantía jurisdiccional de la Constitución, en virtud de la cual la aplicación de la ley dependerá de su coherencia con la norma superior.

Tal como lo sostiene Cappelletti (1990) citado por Tobo (1994, p.103):

El juez, a través de sus decisiones pone en relación los principios y normas constitucionales con la ley y con los hechos, y en desarrollo de su actividad ejerce una discrecionalidad interpretativa que limita el sentido político de los textos constitucionales, así la legislación y la decisión judicial se constituyen en procesos de creación del derecho.

En relación con la figura de la discrecionalidad, García Amado (2006), la define como:

La libertad de que el juez disfruta a la hora de dar contenido a su decisión de casos sin vulnerar el Derecho. Por tanto, cuando afirmamos que tal discrecionalidad existe en algún grado, queremos decir que el propio Derecho le deja al juez márgenes para que éste elija entre distintas soluciones o entre diferentes alcances de una solución del caso. (p. 151).

Ahora bien, este margen de amplia libertad para decidir se evidencia en las sentencias emanadas de la Corte Constitucional y de los tribunales constitucionales en lo atinente a los derechos fundamentales, normas de carácter abierto, que dada su naturaleza se ubican dentro de los denominados casos difíciles para el derecho.

En efecto, Hart (1993), citado por Navarro (1993), considera, entre otros, que un caso es difícil si “las formulaciones normativas son ambiguas y/o los conceptos que expresa son vagos, poseen textura abierta”. (p. 252).

En ese sentido, cuando la Corte Constitucional enfrenta este tipo de casos tiene la potestad de plantear varias interpretaciones y escoger la que considere pertinente para justificar su decisión. Si la Carta no da respuestas, la Corte elabora su propia solución en construcciones iusfilosóficas y en ocasiones morales. (López, 2011, p. 190).

Luego, entonces, la Corte Constitucional detenta un poder desmedido, por encima del cual no existe control alguno, situación que eventualmente podría degenerar en arbitrariedad, por lo que se hace necesario limitar bajo criterios de racionalidad la discrecionalidad que ejerce a través de los fallos relacionados con los derechos fundamentales como normas de tipo abierto.

1.3 Pregunta Problema

¿Es necesario crear criterios de racionalidad para limitar la discrecionalidad de la Corte Constitucional colombiana cuando toma decisiones relacionadas con los derechos fundamentales?

Sub-preguntas

¿Cuáles son las tendencias contemporáneas del derecho constitucional y de qué manera inciden en la adopción de decisiones judiciales atinentes a los derechos fundamentales?

¿Qué doctrinas abordan el estudio de la discrecionalidad judicial, y cuáles la justifican o niegan?

¿En qué consiste la discrecionalidad de la Corte Constitucional en relación con los derechos fundamentales?

¿Qué se entiende por criterios de racionalidad en la toma de decisiones jurídicas?

¿Cómo la racionalidad en el Derecho permite limitar la discrecionalidad judicial?

1.4 Antecedentes

El problema, eje central de la presente investigación, atinente a si es necesario crear criterios de racionalidad para limitar la discrecionalidad de la Corte Constitucional colombiana

y de los tribunales constitucionales, cuando toman decisiones relacionadas con los derechos fundamentales, es el resultado de un proceso en el que han incidido realidades problemáticas para el Derecho y planteamientos teóricos que han buscado superarlas.

Según Scheller (2014), los antecedentes teóricos más remotos de la discrecionalidad se sitúan en los planteamientos de los antiguos griegos, de los estoicos, en los albores del Imperio romano y de los teólogos del Medioevo que, fundamentalmente, defendieron la existencia de principios morales, inmutables, universales y eternos, asimilados por la razón humana y superiores al derecho positivo; génesis, igualmente, estudiada por Nino (2001), en el marco de las discusiones surgidas entre el iusnaturalismo teológico o tomista y el iusnaturalismo racionalista. Así, la primera corriente, considera que emanan de Dios y constituyen la base de la ley positiva y, la segunda, de naturaleza secular, plantea que provienen de la razón humana; en todo caso, el punto de convergencia de estas teorías es la base moral en la que descansan.

Entretanto, Iglesias Vila (1999), sostiene que las discusiones de magnitud sobre la discrecionalidad judicial inician en la década de los treinta, lo cual obedeció a las serias críticas formuladas al positivismo, entre otras corrientes, por el Realismo jurídico, enfocadas, especialmente, en la pretensión ilusoria de alcanzar un derecho perfecto o plenamente regulado y en el papel mecánico o autómatas del juez, consistente en subsumir las situaciones fácticas a la ley. En este sentido, enfatiza que, pese a la efímera incidencia de la citada corriente en la teoría del derecho, logró centrar la atención en la expedición de la decisión judicial y su función creadora del derecho, realidad que, más adelante, para los años setenta, generó profundas polémicas.

Lo cierto es que el examen de la tesis de discrecionalidad implica escrutar la diversidad de planteamientos esbozados por las escuelas del pensamiento jurídico. Así, la Escuela de la Exégesis y la Jurisprudencia de Conceptos consideraron que los sistemas jurídicos contaban con las respuestas o soluciones precisas para todos los casos o conflictos y, por ende, negaban a los jueces cualquier mínima posibilidad de interpretar el Derecho. Pero, tal como sostiene García Amado (2006), las enunciadas escuelas entraron en crisis en las postrimerías del siglo XIX y no lograron afrontar las severas críticas de diversidad de pensadores, verbigracia, Ihering en su segunda fase, Gény, y, posteriormente, las objeciones de la Escuela de Derecho Libre o de la variedad de paradigmas de Realismo Jurídico y de Kelsen, doctrinas que convergen en torno a la imposibilidad de que los sistemas jurídicos garanticen el idilio de la plenitud, es decir, carencia de lagunas, antinomias e indeterminación.

En efecto, según Botero (2015), Ihering, después de su separación de la Jurisprudencia de conceptos, al igual que Philip Heck y Max Von Rumelin, discreparon del carácter abstracto y del rigor metodológico deductivo de la dogmática, así como de su poca utilidad para afrontar las necesidades sociales, generando a partir de una reflexión crítica nuevos planteamientos para su fundamentación y las bases para el surgimiento de la Jurisprudencia de intereses, escuela que influenciada en gran medida por la Sociología, logra imprimirle al Derecho un carácter y función social, puesto que su objeto gravita en la determinación de los problemas sociales y económicos, situados en el devenir histórico y también en el presente, a fin de amparar las demandas o requerimientos de la sociedad, cometido que deberá asumirse mediante la interpretación.

Asimismo, de acuerdo con el citado autor, la Jurisprudencia del derecho libre, representada, fundamentalmente, por Bulow, Ehrlich y Kantorowicz, también realizó duras críticas al formalismo jurídico, en el contexto de la denominada “crisis del derecho”, enfatizando en que el aporte de esta escuela, consistió, de una parte, en proponer una mayor extensión o amplitud de los enunciados normativos, recurriendo, para el efecto, a la formulación de principios, verbigracia los de “buena fe” y “fuerza mayor”, herramientas mediante las cuales el juez contó con escenarios de libertad en la resolución de los conflictos, con igual propósito, es decir, el de conectar el derecho con la realidad; de otra, gracias a Francois Geny, su contribución, en aras de afrontar el formalismo extremo y la obsolescencia jurídica, radicó en plantear una mutación de las fuentes jurídicas y la aplicación de los principios emanados de la naturaleza, considerados superiores a la ley. (Botero, 2015).

De otra parte, abordar el alcance de la discrecionalidad judicial, implica forzosamente recurrir a Hart (2012), quien la define como la facultad legislativa delegada a los jueces para modificar y complementar el derecho positivo, conforme a los parámetros que este mismo determine, cuyo ejercicio procede ante escenarios de variables y sobrevinientes conflictos, que impiden adoptar con antelación reglas generales, con la potencialidad de ser aplicadas a cada situación fáctica, existiendo, por lo tanto, la posibilidad de consagrar un tipo de regla valorativa, elemental y versátil, que opere a manera de punto de partida en el contexto de una pluralidad de casos.

Igualmente, obliga a examinar los planteamientos esgrimidos por Dworkin (1988), autor que cuestiona la limitada concepción del Derecho asumida por los positivistas, basada únicamente en reglas jurídicas. Para él, los sistemas jurídicos también contienen principios de carácter moral, y ambas categorías, en el contexto de una praxis interpretativa, son utilizadas

en aras de garantizar la aceptabilidad de las decisiones judiciales, sin necesidad de constituir derecho. En otros términos, conforme lo sostienen Gascón Abellán y García Figueroa (2005), en tanto el positivismo aboga por la tesis de la discreción judicial, Dworkin (1988) la impugna, aduciendo que el derecho, mediante los principios morales, siempre proporciona una exclusiva respuesta correcta.

Consonante con lo expuesto, García Amado (2006) afirma:

Dos tipos de doctrinas jurídicas han tratado de negar la discrecionalidad judicial: por un lado, el formalismo ingenuo del siglo XIX, propio de la Escuela de la Exégesis, en Francia, y de la Jurisprudencia de Conceptos, en Alemania; por otro lado, el formalismo sofisticado de fines del siglo XX, que primero integra derecho y moral social y, después, moraliza la Constitución positiva para que en el derecho positivo se contenga una única solución correcta para cada caso posible. Por el contrario, el positivismo jurídico del siglo XX ha visto en la discrecionalidad judicial una consecuencia tan inevitable como conveniente, de los caracteres de todo sistema jurídico real". (p.151).

En todo caso, la discrecionalidad judicial resulta forzosa cuando el ordenamiento jurídico carece de respuesta para solucionar un conflicto, situación cuyas causas, conforme lo expresa Etcheverry (2015), se encuentran en la indeterminación ocasionada por "las lagunas, las antinomias y la textura abierta" del Derecho, la inserción de principios, que tienen como finalidad conjurar las falencias de tipo lógico e, igualmente, consagrar el alcance de los derechos fundamentales; en cualquiera de los referidos eventos, su ejercicio debe consistir en la concreción de la justicia, que implica adoptar decisiones basadas en elecciones carentes de arbitrariedad y debidamente justificadas.

De esta manera, en palabras de Zambrano (2009):

Entre el piso lingüístico de la interpretación y el techo de un sentido objetivo de justicia, queda todavía un amplio margen de posibilidades interpretativas que muchas veces enfrenta a los intérpretes a una elección. Esta elección acotada no es sinónimo ni de arbitrariedad, ni de confusión total en Derecho y Moral. Es un camino intermedio. Es cocreación o creación a partir del piso dado por las reglas lingüísticas y hacia el techo o ideal delimitado por los fines del Derecho. (p.63).

Respecto de la discrecionalidad judicial en el Estado constitucional, el profesor Ruiz (2010), plantea que si bien su ejercicio está justificado y determinado por la proliferación de fuentes jurídicas (consecuencia de la transición del Estado liberal al Estado social, en cuyo contexto se encuentran normas diseminadas, caracterizadas por contenidos imprecisos y variables), la vaguedad de considerables preceptos y la aplicación de los principios jurídicos, también debe ser controlada en aras de evitar la afectación a los principios de igualdad y seguridad jurídica.

Ruiz (2010), también devela la posición compartida por Garrido Gómez (2009), Prieto Sanchís (2000) y De Asís Roig (2005) acerca de los márgenes de valoración o subjetividad que genera la metodología de ponderación. Así, Gómez (2009), plantea que tales escenarios se propician al graduar la afectación de los principios, al fijar su peso, la claridad de las premisas empíricas y al escoger la carga argumentativa que resulte adecuada; por su parte, Prieto Sanchís (2000), identifica como causas de valoración derivadas de esta técnica, el hecho de operar "sin red normativa" y el hecho de poder optar por uno de los bienes en conflicto, según el grado de importancia atribuido por el decisor; finalmente, De Asís Roig

(2005), enfatiza en torno a que su utilización implica optar por un específico criterio de carácter ético y político.

Incluso, según Barranco Avilés (2004), la aplicación de la aludida técnica por parte de los jueces no se circunscribe a solucionar conflictos de colisión entre los principios, sino que conduce a determinar el alcance final de sus contenidos en forma prevalente a los asignados por el legislador y, en tal sentido, la dificultad radica en la carencia de lineamientos que orienten el ejercicio de esta labor interpretativa.

Adicionalmente, García Amado (2006) cuestiona la respuesta proporcionada por la doctrina neoconstitucionalista, en torno a la manera en que los jueces pueden conocer el verdadero alcance de los principios y evitar que no sean derivación de sus particulares puntos de vista: “el verdadero e indubitado contenido de lo que los valores constitucionales prescriben para la solución de cada caso es lo que al respecto digan los jueces y tribunales, y especialmente el Tribunal Constitucional”. (p.167).

Finalmente, con fundamento en lo expuesto, es pertinente destacar que la discrecionalidad judicial es una herramienta necesaria e inevitable con aciertos y vicisitudes. Es útil para el cumplimiento de diversos fines, verbigracia, la protección de derechos fundamentales implícitos, la resolución en justicia de los conflictos y la flexibilización del excesivo formalismo del Derecho frente al carácter cambiante de la sociedad; sin embargo, enfrenta inconvenientes que se traducen en riesgos de afectación a los principios democrático y de seguridad jurídica. (Iglesias Vila, 1999).

En aras de evidenciar las implicaciones expuestas se analizan sentencias proferidas por la Corte Constitucional colombiana y, en el ámbito del Derecho Comparado, emanadas por el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia y el Tribunal Constitucional Español.

Caso 1. Corte Constitucional colombiana

En este acápite se analizan las providencias expedidas por la Corte Constitucional colombiana relacionadas en palabras de esta corporación “con la tensión entre la práctica de la tauromaquia -y similares- y el deber constitucional y legal de protección de la fauna”. En concreto, la Sentencia de revisión T-121/2017, el Auto 031/2018, que declaró su nulidad y la Sentencia SU 056/2018, que sustituyó la primera.

En la Sentencia T 121/2017, la Corte Constitucional revisó los fallos de tutela emanados en primera instancia por la Sección Quinta del Consejo de Estado el 23 de septiembre de 2015 y, en segunda, por la Sección Segunda del Consejo de Estado el 22 de octubre del mismo año. Los proveídos, materia de revisión, contienen pronunciamientos resultado del trámite de las acciones de tutela interpuestas por el señor Ramsés Alberto Ruiz Sánchez y dieciséis (16) ciudadanos más contra la Sentencia del 20 de agosto de 2015 expedida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A que, declaró conforme a la Constitución la Convocatoria a Consulta Popular, originada por iniciativa del Alcalde Mayor de Bogotá, en virtud de la cual se pregunta al electorado de la ciudad de Bogotá acerca de si está o no de acuerdo “con que se realicen corridas de toro y novilladas en Bogotá Distrito Capital”. (Corte Constitucional, Sala Octava de Revisión, Sentencia T 121/2017).

Las razones que plantearon los accionantes en la tutela contra la citada sentencia se refieren, entre otros aspectos, a los siguientes: i) una decisión del ámbito local no tiene la

entidad de dejar sin efectos la Ley 916 de 2004, norma jurídica que regula la actividad taurina; ii) la pregunta avalada por el Concejo Distrital, objeto de consulta popular, viola los derechos fundamentales de las personas que se dedican a esa actividad o se recrean con su ejercicio, máxime teniendo en cuenta que la voluntad de las mayorías carece de poder para decidir sobre la materialización de garantías que detentan las minorías; iii) la Corte Constitucional a través de los fallos C-889 de 2012 y T-296 de 2013 estableció que las autoridades administrativas carecen de competencia para vedar la tauromaquia en plazas de toros donde se practique en forma asidua; (iv) prohibir la actividad taurina en Bogotá generaría un impacto económico negativo al sector ganadero y a una fracción importante de la población. (Corte Constitucional, Sala Octava de Revisión, Sentencia T 121/2017).

Consonante con lo expuesto, la Corte resolvió el problema jurídico atinente a si el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante Sentencia calendada veinte (20) de agosto de dos mil quince (2015), conculcó el precedente establecido en la Sentencia T-296 de 2013 o pretermitió los criterios hermenéuticos señalados en las Sentencias C-1192 de 2005, C-666 de 2010 y C-889 de 2012 y, por lo tanto, incurrió en defecto sustantivo; igualmente, si transgredió el “derecho a la libertad de expresión artística” de las personas que ejercen la tauromaquia. (Corte Constitucional, Sala Octava de Revisión, Sentencia T 121/2017).

Al respecto, la Corte consideró que efectivamente el Consejo de Estado en sus proveídos incurrió en defecto sustantivo, dado que no tuvo en cuenta las Sentencias C-1192 de 2005, C-666 de 2010 y C-889 de 2012. Para fundamentar su decisión, inicialmente, la Corte aclaró que la Constitución Política consagra en los Artículos 79 y 80 el “mandato de protección de los animales no humanos”, preceptos desarrollados por las Leyes 84 de 1989 y 1774 de 2016. La primera establece el deber de protección, cuidado y respeto a los animales y, por ende, prohíbe todas aquellas conductas que causen sufrimiento o muerte o que ésta última se

realice en eventos públicos o privados; la segunda, cambia el concepto de los animales, concebidos tradicionalmente como bienes y les reconoce el carácter de “seres sintientes”, erigiendo los maltratos ocasionados a estos como una conducta reprochable penalmente. (Corte Constitucional, Sala Octava de Revisión, Sentencia T 121/2017).

Igualmente, señaló la que considera como interpretación de la referida corporación judicial, en el tema de la protección de los “derechos de los animales y la práctica de la tauromaquia. Al respecto, lo primero es que identifica la existencia de una colisión entre el ejercicio de la actividad taurina y el compromiso constitucional y legal de salvaguardar la fauna, reconociendo que se trata de una práctica dolorosa, que causa la muerte a los animales; la concibe como “constitucionalmente problemática”, motivo por el cual destaca la competencia del Congreso para expedir una ley que la prohíba, cuyo alcance asegure en el mayor grado posible la salvaguarda de la fauna. (Corte Constitucional, Sentencia T 121/2017).

Adicionalmente, en el referido proveído, la Corte expresó que no comparte el criterio esgrimido en la Sentencia T-296 de 2013 referente a que la tauromaquia es una actividad amparada por el derecho a la libre expresión artística, enfatizando que tal postura contraría su razonamiento sobre el tema en sede de constitucionalidad. (Corte Constitucional, Sala Octava de Revisión, Sentencia T 121/2017).

Asimismo, invocó la Sentencia C-666 de 2010, providencia que declaró exequible el artículo 7° de la Ley 84 de 1989 (expedida con el objeto de salvaguardar la vida de los animales mediante la tipificación de contravenciones), precepto legal que exime de sanciones las corridas de toros y los procedimientos que se estilan en ese tipo de eventos, siempre que se evite al máximo infligirles dolor y se proscriba todo tipo de comportamiento cruel a su integridad, propiciando de esta forma la coexistencia entre las manifestaciones culturales y la

defensa de los seres sintientes, y que tales actividades se realicen exclusivamente en aquellas circunscripciones territoriales donde por tradición se practican en forma periódica, previo aval de las autoridades competentes, las cuales, además, bajo ninguna circunstancia podrán subvencionar recursos con el único propósito de habilitar espacios para su ejecución. En todo caso, en este fallo, la Corte deja en manos del legislador la determinación de preservar o expulsar del ordenamiento jurídico la excepción en comento.

También, trajo a colación la Sentencia C-041 de 2017, proveído en el que la Corte juzgó parcialmente la constitucionalidad de la Ley 1774 de 2016, reiterando no solo el criterio de limitación al cual debe ser sometida la tauromaquia, sino la obligación por parte del legislador consistente en regular su ejercicio con ese alcance, teniendo en cuenta que se trata de una actividad de carácter cultural, cuya realización debe acompasarse con la actual realidad constitucional, política y cultural, garantista de los animales, categorizados jurídicamente como seres sintientes.

Corolario de los argumentos esbozados, la Corte decidió revocar los fallos proferidos en primera y segunda instancia por el Consejo de Estado contra la sentencia emanada de la Sección Primera- Subsección "A"- del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que declaró ajustada a la Constitución la convocatoria a consulta popular en torno a la realización de las corridas de toro en la ciudad de Bogotá D.C.

Sin embargo, mediante Auto 031 del 7 de febrero de 2018, la Sala Plena de la Corte Constitucional con ponencia del Magistrado Carlos Bernal Pulido, basada en solicitud que hiciera el señor Ramsés Alberto Ruiz Sánchez y la Corporación Taurina de Bogotá, decide "declarar la nulidad de la Sentencia T-121 de 2017, proferida por la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional", ordenando la adopción de un nuevo fallo que la sustituya; proveído

que, en criterio de la referida corporación judicial, obedece fundamentalmente a que la citada sentencia pretermitió el precedente constitucional plasmado en la Sentencia C-889 de 2012, sentado previamente en los también pronunciamientos C-666 de 2010 y T-296 de 2013, en virtud del cual la prohibición de la tauromaquia es una decisión que atañe exclusivamente al legislador, descartándose cualquier forma de regulación en tal sentido por parte de las autoridades locales, las cuales se circunscriben a cumplir una función de policía. (Corte Constitucional, Sala Plena, Auto 031/2018).

De esta manera, en cumplimiento a lo ordenado en el Auto 031 de 2018, la Corte expidió la Sentencia SU 056 de 2018, también con ponencia del Magistrado Carlos Bernal Pulido, decisión que confirmó los fallos emanados del Consejo de Estado, los cuales declararon la procedencia de la acción de tutela deprecada por Ramsés Ruiz Sánchez contra el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y ampararon el derecho fundamental al debido proceso por considerar transgredido el precedente establecido en la Sentencia C-889 de 2012, al cual se hizo referencia. (Corte Constitucional, Sentencia Unificada 056/2018).

El análisis de las providencias emanadas de la Corte Constitucional referente a la colisión entre el ejercicio de la actividad taurina y el deber de protección de los animales “no humanos”, evidencia un verdadero vaivén jurídico que afecta los principios de seguridad y estabilidad jurídica, determinado por la pluralidad de interpretaciones disímiles en torno a la ley y también frente a los principios y valores constitucionales, que denota un ejercicio ilimitado de la potestad discrecional, en un contexto de instancias al interior del mismo órgano jurisdiccional que emite y controla sus propias decisiones.

Caso 2. Tribunal Constitucional Español

En el ámbito del derecho comparado se analiza la Sentencia 145/2015, emanada del Tribunal Constitucional Español, como resultado de un recurso de amparo promovido por el ciudadano Joaquín Herrera Dávila, en la que declaró “vulnerado el derecho a la objeción de conciencia, vinculado al derecho fundamental a la libertad ideológica”, así como la nulidad de los actos administrativos expedidos por el Delegado Provincial de Salud de Sevilla y por la Dirección General de Planificación e Innovación Sanitaria de la Junta de Andalucía y de las decisiones proferidas por el Juzgado Administrativo No.13 de Sevilla.

Los antecedentes del caso se sintetizan en los siguientes términos:

El referido accionante, cotitular de una farmacia ubicada en la ciudad de Sevilla, promueve el recurso de amparo luego de ser sancionado por el Delegado Provincial de Salud de Sevilla y por la Dirección General de Planificación e Innovación Sanitaria de la Junta de Andalucía, y habiendo interpuesto y agotado, infructuosamente, recurso contencioso administrativo e incidente de nulidad contra la sentencia expedida por el Juzgado Administrativo No.13 de Sevilla.

La inconformidad del demandante obedece a que las citadas autoridades administrativas, en razón a que el establecimiento farmacéutico no disponía de preservativos y tampoco del “medicamento con el principio activo levonorgestrel 0,750 mg (píldora del día después)” calificaron el hecho como “infracción grave tipificada en el artículo 75.1 d) de la Ley 22/2007”, en concordancia “con el artículo 22.2 del mismo estatuto legal y del Decreto 104/2001, normas que regulan las existencias mínimas de medicamentos y productos sanitarios en las oficinas

de farmacia” y decidieron, con fundamento en la enunciada regulación imponerle al accionante sanción pecuniaria, consistente en multa por valor de €3.300.

El argumento esgrimido por el referido ciudadano para sustentar el recurso contra el acto administrativo, expedido por el Delegado Provincial de Salud de Sevilla, se contrae a señalar como fundamento de su conducta el derecho a la objeción de conciencia, recurso que no prosperó. En ese sentido, el superior, es decir, la Dirección General de Planificación e Innovación Sanitaria de la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía adujo que “el farmacéutico titular de una oficina de farmacia no puede incumplir su obligación legal de contar en su establecimiento con los referidos productos y medicamentos invocando la objeción de conciencia”. (Tribunal Constitucional Español, Sentencia 145/2015).

Para el efecto, el Delegado Provincial de Salud de Sevilla motivó el acto administrativo basándose en la Sentencia calendada 23 de noviembre de 2009, proferida por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, que glosó la resolución emanada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de fecha 2 de octubre de 2001 en el “caso Pichón y Sajous c. Francia”, mediante la cual se rechazó la demanda incoada por dos farmacéuticos de nacionalidad francesa que optaron por no entregar anticonceptivos de estrógenos. El precedente es del siguiente alcance:

Entendió el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que la objeción de conciencia no tiene cabida en el art. 9 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (CEDH), relativa a la libertad religiosa, invocado por los demandantes, pues las convicciones personales no pueden constituir para los farmacéuticos a los que está reservada la venta de medicamentos, un motivo

para denegar la dispensación de un producto al consumidor. (Tribunal Constitucional Español, Sentencia 145/2015).

Agotada la vía administrativa el accionante demandó la nulidad de los referidos actos administrativos, causa cuyo conocimiento correspondió al Juzgado Administrativo No.13 de Sevilla que emitió sentencia denegatoria y contra la cual el afectado promovió incidente de nulidad, trámite que también le fue negado.

Llegada la causa al Tribunal Constitucional Español, en virtud del recurso de amparo interpuesto por el ciudadano, esta corporación judicial planteó el problema jurídico a resolver en los siguientes términos:

El demandante sostiene, invocando en apoyo de su planteamiento la doctrina estatuida en la STC 53/1985, de 11 abril, que las resoluciones impugnadas han vulnerado su derecho a la objeción de conciencia, como manifestación de la libertad ideológica reconocida en el art. 16.1 CE, al haber sido sancionado por actuar en el ejercicio de su profesión de farmacéutico siguiendo sus convicciones éticas sobre el derecho a la vida. Tales convicciones, afirma, son contrarias a la dispensación del medicamento con el principio activo levonorgestrel 0'750 mg., debido a sus posibles efectos abortivos si se administra a una mujer embarazada. El planteamiento del demandante, sintetizado en los términos expuestos, permite colegir que la exención del deber, que para sí reclama, de disponer y expedir el referido medicamento se anuda al efecto que atribuye al indicado principio activo, lo que colisiona frontalmente con sus convicciones sobre la protección del derecho a la vida. (Tribunal Constitucional Español, Sentencia 145/2015).

Las razones esgrimidas por el Tribunal Constitucional que sustentan el amparo de los derechos del accionante son las siguientes: i) La objeción de conciencia hace parte del núcleo esencial del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa previsto en el artículo 16.1 de la Constitución Española. ii) Habiendo convergencia al interior de la comunidad científica, en torno a que la píldora del día siguiente genera efectos de carácter abortivo, plantea que existe duda razonable frente al tema. iii) La materialización del derecho a la objeción de conciencia del accionante, que se traduce en su abstención de contar y suministrar el “medicamento con el principio activo levonorgestrel 0,750 mg (píldora del día después)”, determinado por sus convicciones religiosas incide en la efectividad del “derecho de la mujer a la salud sexual y reproductiva”. iv) No se vulneraron los derechos enunciados, teniendo en cuenta que la sanción impuesta al demandante no se produjo por haberle negado el medicamento a una persona determinada, sino por el incumplimiento de la exigencia legal consistente en contar con disponibilidad de este, y en consideración a que su proceder no afectó el acceso al producto, pues en la misma zona donde se ubica la farmacia administrada por el accionante, existen otras similares. v) Conforme a certificación expedida por el “Colegio Oficial de Farmacéuticos de Sevilla” el demandante detenta la condición de objetor de conciencia.

También en este caso se observa afectación a los principios de estabilidad y seguridad jurídica. La legislación regula el tema referente a la disponibilidad de los mínimos medicamentos farmacéuticos y el precedente emanado del Tribunal Europeo limita el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia, al prever la regla relativa a que las convicciones particulares no constituyen razón para denegar el suministro de los mismos; sin embargo, el Tribunal Constitucional Español modifica la ley y se aparta de la aludida ratio generando una interpretación del derecho a la objeción de conciencia particularizada y fundamentada en elementos fácticos.

Caso 3. Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia

El caso que seguidamente será analizado emerge de la acción de inconstitucionalidad deprecada contra los Artículos 52 III, 64 literal d), 65 literal b), 71 literal c) y 72 literal b) de la Ley de Régimen Electoral de Bolivia, los cuales regulan el período de mandato para ejercer los cargos de presidente, gobernadores, alcaldes, entre otros. Como resultado de la aludida demanda, el Tribunal Constitucional Plurinacional ejerció los juicios de constitucionalidad y de convencionalidad y, mediante Sentencia 0084 del 28 de noviembre de 2017, declaró la inconstitucionalidad de un fragmento de la normativa cuestionada, concretamente la expresión “por una sola vez de manera continua”.

Para arribar a la referida resolución el TCPB estructuró la parte considerativa del fallo en tres temáticas: i) derecho a la igualdad y a la no discriminación, ii) antinomia entre normas constitucionales reglas y normas constitucionales principios y iii) precedente convencional.

Así, en relación con el primero de los tópicos, la corporación judicial consideró que el fragmento “por una sola vez de manera continua” es una “disposición excluyente, restrictiva y discriminatoria”, porque, en su criterio, los servidores públicos que detenten un cargo de elección popular, habiendo sido reelegidos, pierden la posibilidad de aspirar a ejercerlo nuevamente, situación que los pone en desventaja respecto de las demás personas que pretenden acceder al mismo, configurándose un trato diferenciado injustificado. (Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, Sentencia 0084/2017).

En cuanto al segundo aspecto, es decir, el atinente a la antinomia entre normas constitucionales, el TCPB consideró que, si bien el fragmento “por una sola vez de manera

continua” es congruente con el contenido de los preceptos reglas 156, 168, 285 II y 288 de la carta política del Estado, no lo es con el previsto en los artículos 26 y 28 erigidos como principios del mismo estatuto superior.

En ese sentido, a juicio del TCPB, las normas reglas deben someterse a los principios que reconocen los derechos políticos, los cuales, fundamentalmente, comprenden la potestad de los ciudadanos de elegir a sus representantes, de ser elegido para el ejercicio de cargos y funciones públicas. (Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, Sentencia 0084/2017).

Por último, con respecto al precedente convencional, el TCPB aplicó de manera preferente el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, “por ser la norma más favorable en relación con los Derechos Políticos, sobre los artículos 156, 168, 285 II y 288 de la Constitución Política del Estado en la frase por una sola vez de manera continua”. En este punto, destacó que el artículo 23.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que “la ley puede reglamentar el ejercicio de dichos derechos y oportunidades, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal”. (Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, Sentencia 0084/ 2017).

En ese orden de ideas, el TCPB esbozó, como fundamento determinante de la decisión, la interpretación atinente a que el artículo 23 de la CADH consagra con criterio de maximización los derechos políticos, de tal manera que el legislador solo puede regularlos respecto de las materias señaladas, pero teniendo en cuenta que el ejercicio de esta facultad no lo habilita para limitarlos en cuanto a las oportunidades de reelección o a que específicamente las circunscriba a un solo periodo de forma continua.

En resumidas palabras, la amplia interpretación realizada por el TCPB despojó de límites el derecho político a ser elegido para desempeñar cargos públicos, es decir, viabilizó su ejercicio en forma indefinida, socavando los cimientos del orden constitucional establecidos en Bolivia, erigida como “un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías”. (Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia).

Por lo tanto, el criterio hermenéutico esgrimido dista diametralmente del carácter que reviste la organización política instituida, pues “la reelección presidencial indefinida implica un riesgo para el progresivo deslizamiento hacia un régimen no democrático” (Serrafero, 2011) que, además, conculca el derecho a la igualdad en el ejercicio de los derechos políticos, tal como sostiene: “La posesión del poder de ejercer el dominio político y el punto de partida para la legitimación de este poder no puede atribuirse a unos pocos, sino a todos los miembros del pueblo en común y del mismo modo”. (p. 82).

En convergencia con lo expuesto, el Centro Colombiano de Derecho Procesal Constitucional también reprochó el razonamiento invocado por el TCPB para dirimir el conflicto jurídico constitucional objeto de análisis glosando, incluso, la fuerte crítica realizada por destacados constitucionalistas iberoamericanos, los cuales afirman que el citado fallo constituye una clara pretermisión a la negativa del pueblo boliviano, expresada en el referéndum de febrero de 2016, a la reforma constitucional que admitió la reelección continua.

1.5 Justificación

El tránsito de la legalidad a la constitucionalidad ha generado modificaciones importantes a la teoría del derecho, que se traducen en la aplicación directa de la Constitución; en la adopción de normas abiertas, de contenidos indeterminados, con primacía en el ordenamiento jurídico; en amplias facultades discrecionales para emitir decisiones por parte de los tribunales constitucionales; en la función difusa de creación de normas, dado que dejó de ser exclusiva del legislador y se hizo extensiva a los órganos judiciales de orden constitucional.

La situación expuesta genera dificultades para el Derecho que se traducen en la violación del principio de legitimidad democrática, dada la injerencia de los tribunales constitucionales en el ejercicio de la función legislativa; también afecta la estabilidad y seguridad jurídica, pues justamente cuando estos órganos jurisdiccionales interpretan los valores y principios y en ejercicio de la amplia potestad discrecional que detentan construyen las decisiones para solucionar los conflictos que llegan a su conocimiento, el contenido de estas será lo que en sus amplios márgenes de libertad y basados en singulares criterios y convicciones expresen.

Esta realidad se evidencia en pluralidad de sentencias proferidas por los tribunales constitucionales como las analizadas en esta propuesta: Sentencias T- 121/2017, C-041/2017 y SU 056/2018 emanadas por la Corte Constitucional referidas al tema de la actividad taurina, como derecho a la expresión artística enfrentado con la protección de los animales; Sentencia STC 145/2015 del Tribunal Constitucional Español, en la que se define el problema de la colisión entre el derecho a la objeción de conciencia y el derecho de la mujer a la salud sexual y reproductiva; Sentencia 0084/ 2017, expedida por el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, relacionada con la figura de la reelección.

Ahora bien, frente a los posibles riesgos de arbitrariedad inherentes a la función creadora del derecho es necesario limitar bajo criterios de racionalidad la discrecionalidad de los tribunales constitucionales. Como sostiene Aarnio (2016): “La responsabilidad del juez se ha convertido cada vez más en la responsabilidad de justificar sus decisiones. La base para el uso del poder por parte del juez reside en la aceptabilidad de sus decisiones y no en la posición formal de poder que pueda tener”. (p.32).

Esta investigación resulta de especial relevancia para la comunidad jurídica, dado que permitirá avanzar en el análisis de un problema jurídico aún no resuelto. En ese sentido, resulta pertinente glosar el planteamiento de García Figueroa (2017), en el que cuestiona las posiciones cerradas frente a la necesidad de ejercer el escrutinio racional de las decisiones judiciales:

Este tipo de planteamientos escépticos frente a la posibilidad de un control racional de las decisiones judiciales suelen desembocar en un estudio de las causas psicosociológicas que han provocado la decisión judicial. En realidad, esta resistencia a un análisis racional de las cuestiones jurídicas se enmarca en un problema más amplio en el que se ha visto sumido el estudio del Derecho: el problema del estatus científico del conocimiento de las ciencias sociales. (pp. 109-114).

Corolario de lo expuesto y dada la magnitud de las implicaciones causadas por la discrecionalidad de la Corte Constitucional colombiana y de otros tribunales constitucionales cuando interpretan y deciden sobre derechos fundamentales, resulta apremiante, previo estudio de las teorías planteadas en materia de racionalidad y de discrecionalidad, formular lineamientos para limitar los amplísimos espacios de libertad que sin ningún tipo de control ejercen los referidos órganos jurisdiccionales.

1.6 Objetivos

1.6.1 Objetivo General

Proponer criterios de racionalidad para limitar la discrecionalidad de la Corte Constitucional colombiana cuando toma decisiones relacionadas con los derechos fundamentales.

1.6.2 Objetivos específicos

- Examinar las tendencias contemporáneas del derecho constitucional con incidencia en la adopción de decisiones relacionadas con los derechos –fundamentales.
- Determinar las doctrinas que estudian la discrecionalidad judicial, cuáles la justifican o la niegan.
- Establecer en qué consiste la discrecionalidad de la Corte Constitucional con relación a los derechos fundamentales.
- Explicar qué se entiende por criterios de racionalidad en la toma de decisiones jurídicas
- Conceptuar de qué manera la racionalidad en el Derecho permite limitar la discrecionalidad judicial.

1.7. Diseño Metodológico

1.7.1 *Enfoque y alcance de la investigación*

La presente propuesta de investigación es de tipo jurídico, en consideración a que gira en torno a un problema del Derecho no resuelto, atinente a si es necesario crear criterios de racionalidad para limitar la discrecionalidad de la Corte Constitucional y, en general, de los tribunales constitucionales, en la adopción de decisiones relacionadas con los derechos fundamentales. Implica abordar las tendencias contemporáneas del derecho constitucional con incidencia en este tipo de pronunciamientos, el examen de las doctrinas concernientes a la discrecionalidad judicial, así como la explicación acerca de qué se entiende por criterios de racionalidad en la toma de decisiones jurídicas y de qué manera éstos limitarían el ejercicio de la discrecionalidad.

Además, este trabajo de investigación se desarrollará desde un enfoque cualitativo por las siguientes razones:

- Las respuestas a los interrogantes enunciados exigen un exhaustivo examen de la doctrina nacional y del derecho comparado a fin de escudriñar las diversas teorías planteadas desde el Derecho y desde la Filosofía del Derecho en temas cruciales, pertinentes para alcanzar su propósito, consistente en identificar los criterios de racionalidad aplicables a los tribunales constitucionales, con el fin de limitar los amplios márgenes de actuación cuando intervienen con normas de derechos fundamentales. En ese sentido, será imperativo profundizar en el alcance de contenidos consustanciales al problema planteado, que se ubica en el ámbito de la

interpretación jurídica, referidos esencialmente a las temáticas de discrecionalidad y racionalidad.

- Comporta el análisis de jurisprudencia emanada de la Corte Constitucional y de tribunales constitucionales de otros Estados, que por incidencia de los novedosos paradigmas del constitucionalismo contemporáneo detentan amplias facultades para decidir respecto de los principios que consagran derechos fundamentales, caracterizados por la generalidad y vaguedad de sus contenidos.

Por otra parte, es menester aclarar que se trata de un estudio exploratorio, en razón a que pretende examinarse un problema no abordado por el Derecho. Existen investigaciones sobre los temas de racionalidad y discrecionalidad judicial, pero no se ha realizado uno concreto que conduzca a crear criterios de racionalidad para limitar la discrecionalidad de la Corte Constitucional colombiana cuando toma decisiones relacionadas con los derechos fundamentales.

Para el efecto, se realiza revisión bibliográfica y documental de autores nacionales y extranjeros, teóricos del derecho y de la filosofía del derecho, expertos en las temáticas centrales de la propuesta, información que se organiza en fichas de trabajo.

1.7.2 Delimitación espacial y temporal

El problema que aborda esta investigación se circunscribe, fundamentalmente, al contexto nacional. No obstante, en consideración a que el ejercicio de la discrecionalidad en el ámbito de la interpretación y aplicación de los derechos fundamentales atañe a la

generalidad de los tribunales constitucionales, se examinan sus implicaciones en distintos escenarios

1.7.3 Fuentes y Técnicas

Las fuentes utilizadas para el desarrollo de la investigación son secundarias, pues la información proviene de planteamientos esbozados por teóricos del Derecho y de la Filosofía del Derecho, que demandan una rigurosa revisión bibliográfica. También, implica el escrutinio de trabajos de investigación, fundamentalmente, tesis doctorales y monografías, así como el examen de la jurisprudencia proferida por la Corte Constitucional y por tribunales constitucionales de otros Estados.

Coherente con lo expuesto, y en aras de alcanzar los objetivos trazados, la recolección de la información se realiza mediante la implementación de la técnica de fichas de trabajo. Para el caso específico del examen jurisprudencial, es necesario idear una guía específica de análisis de sentencias emanadas de los tribunales constitucionales.

Capítulo 2

Fundamentación Teórica

Este capítulo aborda el examen bibliográfico de los autores que brindan sustento a esta investigación a partir de constructos teóricos esenciales y, dado el alcance del problema que afronta, comprende el examen de los siguientes: i) Estado constitucional, ii) Teoría del Garantismo, iii) Racionalidad del Derecho y de su aplicación, iv) Teoría principialista, v) Teoría de la argumentación jurídica y v) Interpretación conflictivista: Técnica del balanceo.

2.1 Estado constitucional

Respecto de la primera categoría enunciada, es decir, la de Estado constitucional, en principio, es preciso sostener que una pluralidad de filósofos y teóricos del derecho han abordado su alcance y los cambios de paradigma generados en los sistemas jurídicos actuales, consecuencia de su advenimiento. En este sentido, Atienza (2000), asevera que “Estado constitucional, obviamente, quiere decir algo distinto a Estado en que está vigente una Constitución” (p.47); mientras este último descansa en el reconocimiento de las garantías individuales y el principio de separación tripartita del poder político, en otros términos, es el mismo Estado liberal de derecho, el Estado constitucional detenta una serie de características adicionales, derivadas de la especificidad de la Constitución propia de este modelo. En efecto, se trata de una herramienta “extremadamente invasora, entrometida” (Guastini, 2003, p.50), cuyo contenido no solo irradia el ordenamiento jurídico, sino que se erige en su fuente prevalente, de manera determinante e inevitable en la solución de los conflictos materia de examen judicial.

De esta manera, los Estados constitucionales, tal como lo afirma Aguiló (2004):

Son sistemas que cuentan con una Constitución rígida o formal, es decir, con una Constitución diferenciada de la forma legal ordinaria. Ello supone necesariamente que el régimen jurídico de las disposiciones constitucionales es diferente del de las disposiciones legales y superior a ellas. Por tanto, desde la perspectiva interna de la doctrina de las fuentes del Derecho, los Estados constitucionales se caracterizan por una Constitución formal y ello implica siempre – como mínimo – una diferencia de grado ante las otras fuentes del Derecho. (p. 51).

Como consecuencia de tales características, los Estados constitucionales presentan particularidades atinentes a la primacía de los principios en el ordenamiento jurídico, estos y las reglas son concebidos desde un enfoque funcional que los conecta con el fin que están llamados a cumplir en el ámbito del razonamiento práctico, habida cuenta de la transformación que experimenta el derecho, el cual es percibido no únicamente como un conjunto de disposiciones jurídicas, sino como una actividad con incidencia en las relaciones sociales, esencialmente problemática. Asimismo, en esta tipología adquiere relevancia la interpretación, transfigurada en un proceso creador del derecho, connotación derivada, entre otros aspectos, porque inserta valores morales.

Atienza (2000) enfatiza, igualmente, en relación con ese modelo de Estado, peculiaridades concernientes a la idea de validez del derecho desde una perspectiva predominantemente sustantiva y la inclinación a fusionarlo con la moral y la política, de ahí el papel preponderante de la argumentación jurídica en la adopción de las decisiones judiciales, descartando la existencia de una solución correcta para cada conflicto.

Lo expuesto anteriormente, resulta congruente con las denominadas por Guastini (2003) “condiciones de constitucionalización”:

“Constitución rígida; la garantía jurisdiccional de la Constitución; la fuerza vinculante de la Constitución; la sobre interpretación de la Constitución; interpretación conforme de las leyes; la aplicación directa de las normas constitucionales; la influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas”. (pp. 49-74).

Por otra parte, en el Estado constitucional, la persona es el centro del Derecho, motivo por el cual el concepto de dignidad humana adquiere relevancia y es el germen moral de donde emanan los demás derechos, su protección material constituye la razón esencial de su legitimidad. Esta supremacía, en gran medida, obedece a los aportes realizados por el constitucionalismo social, movimiento que amplió su espectro a partir del fomento de la igualdad real, cuyo fundamento descansa en el reconocimiento de los derechos sociales y económicos.

2.2 Teoría del Garantismo

El fundador de esta teoría es Luigi Ferrajoli, filósofo y jurista italiano, que basándose en la tesis esgrimida por John Locke (1689), en virtud de la cual el poder político es potencialmente arbitrario, reflexiona en torno a la necesidad de regular y optimizar desde el Derecho garantías que logren limitarlo. Para el efecto, Ferrajoli (2010) plantea un modelo de

democracia, cuya legitimidad soslaya a la materialización de los derechos fundamentales, mas no a las decisiones de las mayorías; estos constituyen garantías sustantivas condicionantes y determinadoras de la dinámica estatal, integradas a la “esfera de lo indecible”. El garantismo es un modelo que reprueba la democracia sin derechos y, en consecuencia, devela y demuestra una relación indisoluble entre tales conceptos, realidad que merma la prolongada hegemonía detentada por el legislador y rebate el dogma que lo consideró protector genuino de los derechos.

De otra parte, Ferrajoli (2013), encuentra relevante la reflexión que realiza Prieto Sanchís (2005) sobre la interdependencia entre garantismo y constitucionalismo. Al primero lo concibe como un “programa ilustrado” que exige el cumplimiento de presupuestos para su realización y, al segundo, como el único escenario propicio para su ejecución, con entidad de someter el derecho positivo al contenido sustantivo, es decir, al “deber ser constitucional”, a su vez, el constitucionalismo se nutre del programa garantista, logrando subordinar el ejercicio del poder a la efectividad de los derechos fundamentales.

2.3 Racionalidad del Derecho y de su aplicación

La palabra racionalidad es definida a partir del vínculo que mantiene con el vocablo razón, expresión que traduce “el poder humano de pensar (en conformidad con las leyes inmanentes del pensamiento) en todo. Por eso siempre es necesaria (siempre sometida a leyes) y siempre libre (no tiene otras leyes que las suyas propias)”. (Comte Sponville, 2003, p. 443). Su alcance ha sido estudiado por Agazzi (2003) desde tres dimensiones: i) Dimensión teórica, que actúa en el ámbito del conocimiento puro y se ocupa de comprender lo existente y su razón de ser,

ii) Dimensión práctica, cuya pretensión consiste en entender sobre la base de una reflexión crítica, la esfera de los fines, el para qué de lo existente y, específicamente, el propósito del actuar humano y iii) Dimensión técnica, que circunscribe su función a la determinación de los medios o herramientas con los cuales es viable alcanzar los fines.

Según Bernal (2007), se trata de un concepto ambiguo que, desde el punto de vista abstracto, se inscribe en dos campos: uno teórico y otro práctico. Así, en el primero, la racionalidad determina los presupuestos sobre los cuales descansa una teoría a fin de asegurarle una estructura clara y libre de contradicciones y, en el segundo, establece los requerimientos que las acciones humanas deben satisfacer para alcanzar niveles de sensatez.

Respecto a la racionalidad del Derecho, es preciso sostener que ha sido objeto de estudio por parte de la filosofía del derecho, mas no suficientemente por la comunidad jurídica. En este sentido, Bourdieu y Teubner (2005), sostienen: “los abogados y los jueces pocas veces se preguntan por la racionalidad de su actividad y cuando lo hacen es para afirmar de dónde procede y para qué sirve”. (p.15). Así, en el ámbito de esta disciplina, merece destacarse el aporte que sobre el tema ha realizado Aarnio (2016), teórico que asimila la racionalidad a los principios o valores compartidos por una colectividad determinada, que guía las acciones y decisiones de sus integrantes e implica la existencia de una específica perspectiva de la vida, internalizada por sus miembros y, por ende, constituye un presupuesto básico para garantizar el mínimo orden de las relaciones sociales, aunque su alcance no es el mismo en todas las sociedades, puesto que emerge de la cultura, de la forma de vida asumida por los integrantes de una sociedad, en cuyo contexto cada uno espera de los demás determinados comportamientos en el marco de equitativas relaciones, se trata de acciones intersubjetivas.

Se trata de una condición que exige el Derecho en los escenarios de su creación y aplicación a través de decisiones judiciales, cuyo propósito consiste en garantizar la congruencia y la pertinencia del sistema jurídico, evitar posibles arbitrariedades en la actividad impartidora de justicia y, por lo tanto, garantizar seguridad a las personas que conforman la sociedad en la realización de sus acciones. Los planteamientos generados desde la filosofía, en torno al presupuesto de racionalidad en el Derecho, se encuentran esparcidos en diversas investigaciones, desde las cuales ha sido viable identificar variedad de enfoques sobre su alcance, destacándose, fundamentalmente, dos posturas: de una parte, la que defiende un tipo de racionalidad logicista y, de otra, la que aboga por un paradigma de racionalidad no logicista. (Morris e Isaza, 2022).

En realidad ambas tipologías de racionalidad fueron examinadas por Aristóteles (1982) a partir de la clasificación que hiciera de los juicios en analíticos y dialécticos. Así, asimiló los primeros a la demostración o al silogismo, que conduce a verdades exactas, valiéndose, para el efecto, del método deductivo, juicios cuya estructura la conforman una premisa mayor o general, una premisa menor y una conclusión, mientras que situó los segundos en el ámbito de la argumentación o de la probabilidad. En ese sentido, los juicios analíticos han venido utilizándose en la resolución de los casos sencillos, es decir, aquellos que encuentran respuesta en el Derecho, y los juicios dialécticos han posibilitado dilucidar los casos complejos, caracterizados por la ausencia de regulación o por carecer de contenidos plenos para su solución o por derivar de la colisión entre principios constitucionales.

Coherente con lo expuesto, debido a la especificidad del Estado constitucional, abordada en párrafos anteriores, es dable destacar la relevancia que en la actualidad detenta la racionalidad de tipo argumentativo.

Al respecto, García Amado (2013) sostiene:

El Derecho no es un objeto que pueda conocerse de modo puramente teórico y científico, del mismo modo que las ciencias teóricas conocen y describen su objeto. El Derecho no es una realidad que esté ahí afuera, sea en normas, conceptos o valores, esperando para ser descubierto en todo su rigor sistemático y en su precisión resolutoria de casos. Tampoco es un sistema ni de normas ni de conceptos ni de valores que mantenga entre sus elementos relaciones perfectamente lógicas y que pueda presentarse como sistema lógico axiomático. El Derecho se hace para la práctica y en la práctica, y esa práctica consiste antes que nada en argumentar: si alguna racionalidad tiene el Derecho, será una racionalidad argumentativa, no de otro tipo (lógica, moral, normativa). (p. 108).

Por otra parte, en este acápite, resultan pertinentes los aportes de Bazán y Madrid (1991), referidos a la diferencia entre lo razonado y lo razonable. Mientras lo razonado concierne a la exigencia de motivar las decisiones administrativas y judiciales; lo razonable, es equiparable a ausencia de arbitrariedad. En tal sentido, lo razonable demanda que la justificación de tales decisiones garantice la coherencia con los valores constitucionales, con el consenso y la aceptabilidad de la comunidad y parta del concepto axiológico de dignidad humana, el cual constituye punto de encuentro de lo racional y lo razonable.

2.4 Teoría de la argumentación jurídica

La racionalidad de las decisiones judiciales depende en gran medida de la calidad de su justificación y, desde esta perspectiva, alcanza trascendencia la Teoría de la Argumentación Jurídica, que entrega herramientas a los jueces para que cumplan óptimamente el deber de razonarlas y, de esta manera, logren precaver la arbitrariedad.

En ese marco, la presente investigación, se sustenta, fundamentalmente, en la teoría procedimental de la argumentación jurídica de Alexy, en la teoría de la justificación de las interpretaciones jurídicas de Aarnio y en la teoría de la argumentación jurídica de Atienza, las cuales se inscriben en un enfoque dialógico.

2.4.1 Teoría procedimental de la argumentación jurídica de Alexy

El interrogante, punto de partida de la teoría de Alexy, es de qué manera es viable justificar las decisiones y como parte de ellas las decisiones jurídicas, manifestando, al respecto, que, a través del discurso jurídico, el cual constituye una modalidad del discurso práctico general, pero con la especificidad o necesarísima exigencia de encontrarse fundado en normas jurídicas. La preocupación de Alexy consiste en lograr la racionalidad de las decisiones y particularmente de las decisiones jurídicas y, para el efecto, propone una metodología, que se traduce en la utilización de un conjunto de reglas, las cuales clasifica en cinco grupos: i) reglas básicas ii) reglas de racionalidad iii) reglas para asignar la carga de la prueba iv) reglas relacionadas con formas de argumentación vi) reglas de justificación.

No obstante, el autor de la teoría procedimental de la argumentación jurídica advierte que la sola aplicación de las reglas enunciadas no garantiza el consenso, elemento que considera fundamental para el discurso jurídico, base de la decisión jurídica. Es decir, como lo sostiene Feteris (2007) “las convicciones normativas de los participantes pueden ser incompatibles a pesar de que se siga un procedimiento racional” (p. 163), por ello juzga pertinente que las proposiciones normativas “en el marco del ordenamiento jurídico vigente puedan ser racionalmente fundamentadas” (p.305).

En ese orden de ideas, Alexy (2008) propone lo que denomina “rasgos fundamentales de la argumentación jurídica”:

En los discursos jurídicos se trata de la justificación de un caso especial de proposiciones normativas, las decisiones jurídicas. Pueden distinguirse dos aspectos de la justificación: la justificación interna (internal justification) y la justificación externa (external justification). En la justificación interna se trata de ver si la decisión se sigue lógicamente de las premisas que se aducen como fundamentación; el objeto de la justificación externa es la corrección de estas premisas (p. 306).

La exigencia de justificación interna o de fundamentación de la decisión jurídica puede variar. Así, si se trata de casos sencillos o fáciles con claras respuestas para el derecho, la decisión será el resultado de aplicar el método deductivo o la subsunción. En este caso, la estructura de la justificación interna es la de un silogismo jurídico: premisa mayor (norma general o universal), premisa menor (caso específico) y conclusión. Según el autor, en este tipo de casos, la decisión jurídica debe fundarse en una norma universal y otras premisas. Sin embargo, la referida estructura de fundamentación es limitada para dar solución a los casos

complejos, verbigracia, cuando la norma contiene un supuesto de hecho que incorpora variedad de hipótesis fácticas, inserta diferentes consecuencias jurídicas, utiliza vocablos ambiguos o requiere para su aplicación del auxilio de otras normas; en los eventos señalados, la fundamentación de la decisión requiere de premisas no contempladas en la ley, y bajo ese entendido, es menester crearlas.

Con respecto a la justificación externa Alexy (2008) manifiesta:

El objeto de la justificación externa es la fundamentación de las premisas usadas en la justificación interna. Dichas premisas pueden ser de tipos bastante distintos. Se pueden distinguir: 1) reglas de derecho positivo 2) enunciados empíricos y 3) premisas que no son ni enunciados empíricos ni reglas de derecho positivo. (p.318).

Así, dependiendo del tipo de premisa será el proceso de fundamentación. En palabras de Feteris (2007) “en la justificación externa la pregunta esencial es la de si los argumentos que se usaron en la justificación interna son aceptables de acuerdo con las normas jurídicas”. (p.164).

2.4.2 Teoría de la Justificación de las Interpretaciones Jurídicas de Aarnio

La teoría planteada por Aulis Aarnio, relacionada con la fundamentación o justificación de las interpretaciones jurídicas, se basa esencialmente en el enfoque retórico de argumentación planteado por Chaim Perelman, la filosofía lingüística de Wittgenstein y el enfoque racionalista de Habermas. Del enfoque retórico, toma el elemento de la aceptabilidad como fundamento de legitimidad de la decisión judicial, el cual se traduce en la misión del juez consistente en construir y optar por la interpretación jurídica que logre adherir al mayor número

de integrantes de la comunidad jurídica racional, teniendo como base los valores que esa colectividad estima preponderantes para solucionar el conflicto jurídico.

En otros términos, en palabras de Aarnio (2016):

La responsabilidad del juez se ha convertido cada vez más en la responsabilidad de justificar sus decisiones. La base para el uso del poder por parte del juez reside en la aceptabilidad de sus decisiones y no en la posición formal de poder que pueda tener. En este sentido, la responsabilidad de ofrecer justificación es, específicamente, una responsabilidad de maximizar el control público de la decisión. Así, pues, la presentación de la justificación es siempre también un medio para asegurar sobre una base racional la existencia de la certeza jurídica en la sociedad. (p. 32)

Con fundamento en la última parte del párrafo transcrito, es preciso destacar la importancia que el referido autor concede a la certeza jurídica, como componente determinante de la racionalidad y del discurso racional, fundamento de la decisión jurídica. La concibe como el resultado de conjugar y asegurar varios aspectos: garantía de acceso a la justicia, previsibilidad o consonancia de la decisión con el derecho válido e interrelación de las normas jurídicas con las normas morales y sociales. Es decir, la certeza jurídica persigue como propósito evitar la arbitrariedad y generar confianza legítima en las personas respecto del sistema normativo y de las decisiones jurídicas, pero, en todo caso, posibilitando una armonía entre la seguridad jurídica o vocación de permanencia del derecho y los cambios derivados de la dinamización inherente a las relaciones sociales.

Al respecto, Aarnio (2016), sostiene:

Un juez, un funcionario administrativo, un abogado o un jurista se ve confrontado permanentemente con el problema de la incertidumbre de los contenidos del sistema jurídico. A fin de que la vida social no caiga en el caos, es necesario disipar la incertidumbre, las regulaciones tienen que lograr un equilibrio entre dos objetivos que apuntan en direcciones opuestas. Por una parte, tienen que respetar la estabilidad y, por otra, tienen que procurar la flexibilidad requerida por las circunstancias. (pp. 36-37)

Coherente con lo expuesto, Aarnio (2016), afirma: “si se razona así, la creación del derecho es, dicho con otras palabras, un trabajo en equipo del cuerpo que formula reglas (el parlamento o alguna otra instancia reconocida y el que administra justicia (los tribunales y la maquinaria administrativa)”. (p. 37).

En ese sentido, el citado autor, admite la necesidad de creación del derecho por parte del juez e, igualmente, que éste recurra a otras fuentes cuando no cuente con respuestas a los problemas desde el sistema jurídico, pero no acepta la disgregación absoluta de la ley para dar solución a los conflictos que llegan a su conocimiento.

Al respecto, Aarnio (2016) manifiesta:

Si el derecho no puede solucionar todo, hay que buscar apoyo en alguna otra parte. Pero, también aquí existe el peligro de la exageración. Si el significado de las leyes como base de solución es diluido o totalmente negado, se abren las puertas a la arbitrariedad. Cuando la conducta es guiada en un nivel general, la legislación es – no obstante, sus defectos- el único medio que ha demostrado ser útil. Otros argumentos jurídicos no tienen la misma formalidad y carecen de aplicabilidad universal. (p.39).

Frente a la situación planteada, Aarnio (2016), destaca el papel que está llamada a cumplir la dogmática jurídica consistente en obtener interpretaciones jurídicas auspiciadas por la generalidad de la “comunidad jurídica que razona racionalmente”. (p.340). La teoría de la aceptabilidad racional, no se refiere en absoluto a la dicotomía verdadero falso; por el contrario, las posiciones normativas no pertenecen al ámbito de la verdad, puede haber más de una posición normativa verdadera en la sociedad, según el punto de partida que se adopte. Justamente en esta concepción reside el núcleo de la crítica con respecto a la teoría de la única respuesta correcta. El rechazo de una única respuesta correcta es una consecuencia directa de la tesis del relativismo axiológico (pp. 340,341).

De “la filosofía lingüística de Wittgenstein”, Aarnio toma el concepto de “forma de vida” entendida como la interacción de los integrantes de una sociedad, basada en valores y reglas comunes, fundamento del lenguaje para lograr su aquiescencia o aprobación. En consecuencia, la racionalidad emerge de la cultura, de la forma de vida asumida por los integrantes de una sociedad, contexto en virtud del cual cada uno espera de los demás determinados comportamientos en el marco de equitativas relaciones, se trata de acciones intersubjetivas.

Finalmente, del enfoque racionalista de Habermas, Aarnio toma el concepto de racionalidad comunicativa, que bifurca en dos elementos: la lógica deductiva y la metodología de la discusión. El primero, está íntimamente ligado a la justificación interna e implica que el argumento base de la decisión jurídica cumpla con la estructura formal, es decir, que la conclusión sea necesaria inferencia de las premisas. El segundo, guarda relación con la

justificación externa y comporta el cumplimiento de determinadas reglas en el contexto de una discusión práctica.

Al respecto Feteris (2007), refiriéndose a Aarnio, afirma:

En primer lugar, la racionalidad se relaciona con la forma del argumento. Una justificación interna en la que la conclusión se sigue lógicamente de las premisas es racional con respecto a su forma. Aarnio llama racionalidad L a esta forma de racionalidad lógica. En segundo lugar, la racionalidad se relaciona con el procedimiento de discusión. La justificación legal externa es una forma de discusión práctica que se debe conducir de acuerdo con ciertas reglas. La racionalidad de dicha discusión se denomina racionalidad D. (p.197).

2.4.3 Teoría de la Argumentación Jurídica planteada por Atienza

Atienza aborda la argumentación desde tres perspectivas o enfoques: formal, material y pragmático. El enfoque formal es un criterio de racionalidad, en virtud del cual un argumento será válido si la conclusión de este es una necesaria inferencia de sus premisas, independientemente de si éstas son o no verdaderas, se trata de la validez lógica, derivada del requisito atinente a que la decisión jurídica debe fundamentarse en una regla general. “Si se demuestra que una decisión jurídica se basa en una regla general, entonces se sigue que una conclusión similar se aplica a casos similares” (Feteris, 2007, p. 61). De distinto alcance es el criterio material; este exige sustentar con razones una determinada tesis, es decir, el aspecto relevante y determinante de esta concepción son los argumentos que respaldan las

posibles interpretaciones y, finalmente, la perspectiva pragmática de la argumentación es explicada por Atienza desde dos enfoques: el retórico y el dialéctico. Con el retórico, sustenta la necesidad de persuadir al auditorio a fin de lograr el consenso en torno a la solución de un problema; con el dialéctico, plantea y evidencia el carácter proactivo de la argumentación que propicia la diatriba entre los participantes.

Por otra parte, Atienza reconoce la existencia de los denominados casos fáciles y casos difíciles, destacando que frente a los primeros la fundamentación de la decisión judicial es simplemente de carácter deductivo o lógico (justificación interna), con la connotación de que las premisas que le sirven de punto de partida no son controvertidas. Mientras la segunda categoría, además de la justificación interna, demanda complementar el sustento de la decisión con la “justificación externa”

Los casos difíciles, en criterio de Atienza (2001), se generan por no tener claridad en torno a la norma aplicable al conflicto o sobre el significado de los vocablos que contiene, pero, también, cuando no hay certeza en torno a la ocurrencia de un hecho o de su encuadramiento o subsunción en la norma. En estos casos, no es suficiente la justificación interna, por el contrario, se requiere invocar razones que respalden la premisa normativa o la premisa fáctica, lo cual es viable mediante una teoría acerca de las fuentes del derecho, de su interpretación o sobre la apreciación de la prueba; en últimas, se necesita de un específico enfoque de racionalidad práctica que aplique principios referentes a la universalidad, la coherencia, la adaptación de los resultados o el consenso. Así, la universalidad implica que frente a idénticas situaciones fácticas debe adoptarse la misma decisión, en tanto la coherencia, exige que la interpretación de las normas y de los hechos sea consonante con los principios y valores del sistema jurídico.

Por otra parte, respecto a la relación entre el derecho y la moral, Atienza enfatiza que este vínculo es aún más estrecho en los Estados Constitucionales por la presencia de los principios constitucionales, y aclara, en ese sentido, que no es viable siempre una solución para cada situación o conflicto, por el contrario, frente a un caso es posible fundamentar variedad de respuestas adversas.

2.5 Teoría principialista

Esta teoría no se circunscribe a establecer las pautas de distinción entre reglas y principios, sino que devela un beneficio práctico en el Estado constitucional colombiano, posibilitando el avance jurisprudencial de los derechos fundamentales, su desarrollo y relevancia radica en el hecho de surgir como una novedosa perspectiva del derecho en nuestra cultura jurídica, haciéndose más efectiva con la recepción de formulaciones provenientes de las tradiciones del common law y del civil law por parte de investigadores nacionales, cuyos aportes no constituyen una simple traslación o un ajuste de tales constructos al escenario jurídico interno, sino que efectivamente han planteado tesis adicionales y auténticas a las que existen en el ámbito de la teoría jurídica y del derecho constitucional en el panorama global (Molinares y Bechara, 2017).

En ese sentido, una de las tesis esbozadas en el contexto jurídico nacional en desarrollo de la aludida teoría, es la denominada y creada por los citados autores “tasa razonable de justificación”, se trata de una metodología diseñada para resolver colisiones entre principios, no teniendo que recurrir al esquema planteado por Alexy, en razón a que los mismos son concebidos como argumentos con entidad de limitar la discrecionalidad judicial en los casos

complejos respecto de los cuales no sea viable identificar precedente constitucional, ni solución o respuesta correcta y estaría estructurada en siete fases:

“1. Análisis específico de los principios en colisión. 2. Análisis del precedente o precedentes legislativos. 3. Análisis de la subregla (interfaz entre reglas y principios). 4. Circunstancias del caso concreto. 5. Posibilidad de reducción de la justicia individual. 6. Superación del marco concreto de colisión sobre la justicia general. 7. Argumentos de principios en clave de justificación iusfundamental. (Molinares y Bechara, 2017, p. 175).

Consonante con lo expuesto, el objetivo de la “tasa razonable de justificación” es erigirla en un paradigma argumentativo que resulta adecuado a la especificidad de la justicia constitucional colombiana, como solución acorde a las realidades sociales, a partir de razonamientos de valoración, que posibilitan al intérprete-decisor dilucidar colisiones entre preceptos que enuncien derechos fundamentales (Molinares y Bechara, 2017).

Además del planteamiento expuesto, una contribución importante por parte de Molinares y Bechara (2017), en este trabajo, la constituye el estudio de los aportes que sobre la teoría principialista han realizado teóricos colombianos, destacando que mientras Bernal (2002, 2003, 2006), aborda el alcance y aplicación de los principios, enfocándose en la praxis de los tribunales constitucionales en cuanto a la evolución material de los derechos fundamentales, Lopera (2004a, 2004b) direcciona su propuesta en la máxima de proporcionalidad como derivación de la teoría de principios, en otros términos, sostiene que los derechos fundamentales detentan el carácter de principios y, por tanto, admite que premisas con

precisión normativa emanarían de los subprincipios del principio de proporcionalidad, enfatizando que desconocer este último significa negar la fórmula principialista y, por último, Estrada (2011a, 2011b, 2012, 2013) propone una orientación de la referida teoría desde la cual la sujeción a la ley se cumpla conforme a los principios constitucionales a partir de un robusto activismo judicial.

Otra de las tesis identificadas en el ámbito nacional que se inscribe en el examen de la teoría principialista, es expuesta por Bechara y Vides (2019) desde el abordaje de las posturas de Dworkin, Alexy Sieckmann. Partiendo de la premisa atinente a que los principios constituyen “argumentos normativos de razones”, basados en los aportes de Sieckmann, proponen una adición al modelo alexiano, en el sentido de replantear e imprimir a la ponderación un enfoque cualitativo.

Al respecto, sobre la base de críticas a la utilización por Alexy de la lógica matemática en el modelo de ponderación, explican:

Bajo dicho sentido, nos apartamos *del modelo Alexyano*, pues concebimos que la ponderación deba ser orientada a una valoración cualitativa de las razones de peso que fundamentan a favor o en contra de determinado principio sobre otro y su posterior precedencia para su aplicación en concreto. Consideramos que en este aspecto se evidencia el verdadero valor de las ponderaciones o ponderación de principios, en determinar de manera valorativa como un argumento razonable juega a favor o en contra en la determinación de cada principio o derecho fundamental en colisión (Bechara y Vides, 2019, párr.45).

Asimismo, resulta relevante el aporte de Insignares y Molinares (2011) en el examen de esta perspectiva del derecho (teoría principialista), referida en concreto al principio de dignidad humana y su apropiación por la Corte Constitucional colombiana, como eje determinante de sus decisiones de constitucionalidad y de tutela a partir de criterios hermenéuticos jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Esta investigación devela como el Sistema Europeo de Derechos Humanos ha establecido precedentes relacionados con los derechos humanos que han tenido incidencia en la argumentación de sentencias emanadas de sistemas regionales; igualmente como la Corte Constitucional ha conseguido plasmar en sus fallos los principios y valores previstos implícita y explícitamente en la Constitución, armonizándolos con los avances jurisprudenciales de instancias internacionales de Derechos Humanos, destacando que este principio ha sido esencial en la defensa de los derechos de la población carcelaria, verbigracia en las sentencias T 1030/2003, T684/2005, T 792/2005, T 488/2007.

2.6 Interpretación conflictivista: Técnica del balanceo

Según Zagrebelsky (2009): “Si, mediante una palabra lo más aproximada posible quisiéramos indicar el sentido de ese carácter esencial del Derecho de los Estados constitucionales actuales, quizás podríamos usar la imagen de la ductilidad”. (p. 14). La ductilidad hace referencia a que el Derecho debe ser consonante con la realidad del concierto de valores y principios, cimiento de las sociedades pluralistas y, por ende, fundamento de las constituciones; particularidad que proscribe la absolutización y, por el contrario, demanda la realización de múltiples máximas inmersas en la interacción colectiva a fin de garantizar la convivencia pacífica.

Con fundamento en la premisa enunciada, la interpretación más acorde con la realidad jurídica contemporánea se sitúa en el contexto de avanzados métodos hermenéuticos de tipo teleológico, dentro de los cuales se inscribe la técnica de balanceo, procedimiento que impone orientar la justificación de las decisiones judiciales hacia la concreción de intereses contrapuestos e implica una apreciación de esos intereses, acudiendo, para el efecto, a razonamientos o reflexiones de valor.

Los antecedentes de esta metodología se sitúan en las postrimerías del siglo XIX y en los albores del XX, periodo en el que surge un enfoque de interpretación práctico o funcional del Derecho, se trata de la Jurisprudencia de Intereses que centra su atención en los problemas y necesidades sociales, generando rupturas con las concepciones tradicionales excesivamente conceptualistas y formalistas. Según López (2006): “Su éxito e influencia no fueron altos en Colombia. Su legado teórico, sin embargo, resulta fundamental para entender el conflictivismo contemporáneo en derecho constitucional: la obra de Robert Alexy responde parcialmente a la dirección conflictivista inaugurada por la jurisprudencia de intereses”. (p.55).

Si bien la técnica del balanceo o ponderación ha venido utilizándose por los tribunales constitucionales para solucionar los casos difíciles relacionados con los derechos fundamentales, persiste el debate en torno a si es o no una metodología racional. Así, según Fritz Ossenbühl, citado por Bernal (2015), “la ponderación es una estructura formal y vacía” (p. 411); por su parte, Karl A. Batterman, también citado por Bernal, expresa que está “basada en exclusiva en las apreciaciones subjetivas, ideológicas y empíricas del juez” (p. 411) y Mocoora (2017), aun cuando la concibe como una “estructura formal para el análisis de

decisiones judiciales dictadas en casos de conflictos de derechos”, admite que su aplicación genera “posibilidades para la discrecionalidad y los juicios subjetivos” (pp. 73-85).

Otros autores como Clérico (2009), asumen posturas intermedias frente al tema:

El examen de proporcionalidad (y sus tres subexámenes) ofrece una condición de legitimidad iusfundamental necesaria, pero no suficiente (condición de legitimidad incompleta). Solo es posible la construcción de una condición suficiente de legitimidad si se la combina con la fundamentación de la intensidad o grado de control ejercido por el juez sobre las medidas tomadas por el legislador y el ejecutivo, en el caso concreto, en el marco de una concepción coherente de los derechos fundamentales. (p.33).

Finalmente, autores como Pietro Sanchís (2000), evalúan la referida metodología, sin desconocer su especificidad, aduciendo, en efecto, que el tema radica en la naturaleza de la ponderación, que no establece graduaciones genéricas entre principios, ni concibe que la enunciación de unos excluya en forma perenne a otros; en cambio, esta metodología conduce a una especie de escalafón dialéctico de valores que en el marco de contextos concretos otorga más peso a uno de ellos, situación que devela la transición o punto intermedio entre la importancia de dos principios en colisión a fin de solucionar un determinado caso y la creación de una regla que en forma concluyente pueda remediarlo.

Incidencia de las teorías examinadas en la praxis judicial de la Corte Constitucional colombiana

Los constructos teóricos y filosóficos examinados han incidido positivamente en la actividad impartidora de justicia realizada por la Corte Constitucional colombiana, posibilitando avances y generación de nuevos derechos, mediante procesos de interpretación creativa. A partir de la teoría garantista esta corporación judicial ha protegido los derechos a la libertad y seguridad de exguerrilleros reinsertados a la sociedad, desplazados por el conflicto armado, defensores de derechos humanos, docentes, sindicalistas, profesionales del derecho, entre otros sujetos (Molinares, 2014).

Igualmente, la Corte Constitucional ha construido la argumentación de variedad de sentencias desde la teoría de principios, vinculando los aportes de sus máximos representantes- Dworkin y Alexy- en la solución de causas jurídicas específicas, destacándose, entre muchas otras, las sentencias C 075 de 2007, la cual extendió los efectos patrimoniales de la unión marital de hecho de parejas heterosexuales a las parejas del mismo sexo, al considerar que la falta de protección en tal sentido afecta no solo la dignidad, sino que traduce una clara discriminación y la T 283 de 2012, que reconoce como el principio de dignidad humana confiere alcance material a variedad de derechos y principios consagrados en la carta política, en el resto de las disposiciones jurídicas e incluso en normas que demanden la ampliación de desarrollo legislativo (Bechara, 2017).

Asimismo, en desarrollo del garantismo, merece destacarse el avance jurisprudencial de la misma corporación judicial a partir del concepto de “derechos bioculturales” por incidencia

de la “filosofía andina” o del constitucionalismo andino, reflejado verbigracia en la Sentencia T 622/2016 que reconoce el río Atrato como sujeto de derechos, en aras de garantizar su preservación Este fallo es fundamentado por la Corte desde un enfoque ecocéntrico, el cual descarta la condición del ser humano como propietario de la tierra, en cambio, entiende que este hace parte de ella como las demás especies.

Al respecto la Corte Constitucional, afirma:

De acuerdo con esta interpretación, la especie humana es solo un evento más dentro de una larga cadena evolutiva que ha perdurado por miles de millones de años y por tanto de ninguna manera es la dueña de las demás especies, de la biodiversidad ni de los recursos naturales como tampoco del destino del planeta. En consecuencia, esta teoría concibe a la naturaleza como un auténtico sujeto de derechos que deben ser reconocidos por los Estados y ejercidos bajo la tutela de sus representantes legales, verbigracia, por las comunidades que la habitan o que tienen una especial relación con ella. (Corte Constitucional, Sentencia T 622/2016).

Capítulo 3

Tendencias contemporáneas del Derecho Constitucional

3.1 Aspectos preliminares

El examen sobre las actuales tendencias del Derecho Constitucional posibilita conocer las transformaciones generadas en esta disciplina y su incidencia en el comportamiento del Derecho. Su abordaje, de ineludible revisión para los juristas y teóricos del Derecho, implica comprender los problemas derivados de la nueva realidad jurídica y el enfoque planteados por diversas teorías con el propósito de afrontarlos.

Igualmente, su estudio demanda el forzoso escrutinio de las especificidades del Estado Constitucional, porque el surgimiento de innovadoras tendencias del Derecho Constitucional obedece al advenimiento de ese modelo de Estado. En ese sentido, la interpretación del Estado Constitucional y del Derecho Constitucional propio de ese Estado, se realiza teniendo en cuenta sus antecedentes, dado que ambos constituyen el resultado de un proceso mas no de una aparición súbita.

Por tanto, la comprensión de tales temas conduce al necesario examen del Estado legislativo o de Derecho y del Derecho Constitucional característico de ese Estado, el cual permite confirmar sus rasgos políticos, referidos a la separación del poder y al reconocimiento de las garantías individuales, así como sus particularidades desde la teoría del derecho, atinentes a la primacía de la ley en la estructura de las fuentes jurídicas y a la aceptación de una concepción política de la Constitución, por ende, carente de obligatoriedad, características

propias de la tradición constitucionalista francesa y del sistema jurídico continental, mas no del escenario jurídico norteamericano, que desde sus albores sitúo la Constitución en la cúspide de la pirámide normativa y la revistió de garantía jurisdiccional.

De esta manera, según Bayón (1996), en lo tocante al Estado legislativo, la preponderancia de la ley descansa en “una fundamentación valorativa enormemente sólida”. (p. 42) y basado en Laporta (1994) “el imperio de la ley” constituye una condición determinante para garantizar la autonomía de las personas y, en tal sentido, las disposiciones provenientes del poder legislativo no podrían degenerar en arbitrarias, por el contrario, debían ser claras y predecibles a fin de facilitarles herramientas que les permitieran construir sus proyectos de vida.

Empero, la hegemonía de la ley en el sistema de fuentes llega a su fin con la adopción del control de constitucionalidad, mecanismo incorporado en los distintos ordenamientos jurídicos europeos bajo los lineamientos de dos modelos: el francés, fundamentado en la propuesta de Sieyès y el austríaco, basado en los lineamientos planteados por Kelsen.

Al respecto, Laporta (1999) afirma:

La ley era la norma jurídica vinculante por excelencia y dadas las débiles características normativas de la Constitución, era la norma de superior jerarquía. Pues bien, cuando se empieza a imponer el mecanismo del control de constitucionalidad tal y como lo concebimos hoy cambia radicalmente este panorama. (p. 321)

En efecto, el debilitamiento de la ley y el posicionamiento de la Constitución en el sistema de fuentes del Derecho, configuran situaciones determinantes en el proceso de transición del Estado legislativo o de Derecho al Estado constitucional. Así, bajo el primer modelo, la Constitución era una herramienta de carácter político, mientras que, con el surgimiento del segundo, ella es erigida como un instrumento de orden jurídico.

Ahora bien, la diferencia entre uno y otro rasgo no constituye un asunto trivial; por el contrario, es sumamente relevante para el Derecho. Concebir la Constitución como una herramienta de índole política implicó abstraerla de la actividad judicial y, por ende, de la resolución de los conflictos allegados al sistema judicial; contrario a ello, su categorización hoy como norma jurídica demanda de los jueces su ineludible utilización para desatar los casos sometidos a su conocimiento.

Corolario de lo expuesto, el nuevo paradigma de la Constitución generó cambios en el ámbito de la teoría del derecho. Al respecto, Prieto Sanchís (2001) identifica las particularidades más destacadas:

Más principios que reglas; más ponderación que subsunción; omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes, en lugar de espacios exentos en favor de la opción legislativa o reglamentaria; omnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario. (p. 207)

Asimismo, Atienza (2000) destaca otros rasgos del nuevo orden constitucional, entre los cuales sobresalen: Relevancia de los principios en el escenario jurídico; trascendencia de la interpretación como un proceso constitutivo y racional del Derecho; validez del Derecho

desde una perspectiva predominantemente sustantiva; relación entre el derecho y la moral e ineludible vínculo de la interpretación con la argumentación.

Aunado a lo anterior, se sumaron al panorama jurídico descrito los fenómenos de internacionalización del derecho constitucional, de constitucionalización del derecho internacional, los procesos de integración y el surgimiento de las corrientes neoconstitucionalista y garantista.

En ese orden de ideas, este capítulo se propone dar respuesta a los siguientes interrogantes: ¿De qué manera inciden las tendencias contemporáneas del derecho constitucional en el ámbito de la interpretación de los derechos? y ¿qué lineamientos plantean tales tendencias para la adopción de decisiones judiciales relacionadas con los derechos fundamentales?

Consonante con lo expuesto, este apartado ausculta el alcance de los criterios esbozados por las tendencias actuales del derecho constitucional para adoptar decisiones judiciales atinentes a los derechos fundamentales y en tal sentido se desarrolla con base en la siguiente estructura: transición del Estado legislativo al Estado constitucional (primera parte); tendencias contemporáneas del derecho constitucional (segunda parte) y tendencias contemporáneas del derecho constitucional en América Latina (tercera parte)

3.2 Transición del Estado legislativo al Estado constitucional

Abordar las tendencias contemporáneas del Derecho Constitucional y comprender su alcance, demanda el necesario examen de las especificidades del Estado Constitucional,

implica razonar sobre la naturaleza y transformaciones que encarna el Derecho Constitucional de este modelo de Estado.

Sin embargo, entender la esencia del Estado constitucional y del derecho constitucional propio de ese Estado, no podría hacerse en forma aislada o descontextualizada, sin consideración de sus antecedentes, dado que ambos constituyen el resultado de un proceso, mas no el producto de un surgimiento intempestivo; por ello, la comprensión de tales temas conlleva al necesario examen del Estado Legislativo o de Derecho y del Derecho Constitucional característico de ese Estado.

En torno al primer aspecto, el Estado Legislativo o de Derecho, es el resultado de un proyecto construido por más de dos siglos de movimientos ideológicos, que sentó las bases para derrocar el sistema de monarquía absoluta, imperante en Europa occidental desde finales de la edad media, caracterizado por la concentración del poder político en cabeza de una misma persona: el monarca; régimen, en cuyo contexto los integrantes de la sociedad, eran concebidos como simples súbditos.

Varios presupuestos contribuyeron a la concreción del nuevo sistema, tal como lo destaca Tobo (1997): “El auge del liberalismo político, el predominio de la clase burguesa y la economía capitalista, sirvieron de escenario para la aparición, desarrollo y perfeccionamiento del Estado de derecho”. (p.103). Justamente, la incidencia de las aludidas condiciones en la materialización de la innovadora realidad política y jurídica, también posibilitó atribuirle a este modelo la denominación de Estado liberal.

Coherente con lo expuesto, Díaz (s.f.), afirma:

El Estado de Derecho es, así, una invención, una construcción, un resultado histórico, una conquista más bien lenta y gradual (también dual, bifronte) hecha por gentes e individuos, sectores sociales, que frente a poderes despóticos o ajenos buscaban seguridad para sus personas, sus bienes y propiedades y que, a su vez, ampliando el espectro, exigen garantías y protección efectiva para otras manifestaciones de su libertad ; y ello, en tanto positiva forma de intervención en los asuntos públicos como de negativa no interferencia de los demás. (p. 204).

En relación con el segundo aspecto, es preciso destacar que el surgimiento del Estado legislativo o de derecho configura un avance significativo en la concreción de los fundamentos del constitucionalismo: separación del poder político y garantía de los derechos, concretamente los de carácter civil y político o también denominados derechos de la primera generación. Al respecto Navas Castillo, A. y Navas Castillo, F. (2009) sostienen:

Desde esta perspectiva, cuestiones tales como los derechos del individuo, concebidos ya por Locke como un ámbito de libertad frente al Estado; la doctrina de la división de poderes formulada por Montesquieu, como instrumento de garantía de la libertad política; o la propia concepción de la soberanía nacional preconizada por Sieyès, se convierten en las ideas matriz de la nueva organización política. (p.62).

Además de lo expuesto, otro propósito vertebral alcanzado por el Estado Legislativo o de Derecho consistió en la institucionalización del principio de legalidad, que se tradujo en la sujeción del poder político a la normatividad jurídica, es decir, la previa asignación legal de funciones a las autoridades y el respeto a los derechos como límite de su accionar y razón de su legitimidad. El nuevo modelo de Estado genera el quebrantamiento del absolutismo monárquico, situación que lleva a Zagreblesky (1995) a sostener: “la primacía de la ley señalaba así la derrota de las tradiciones jurídicas del Absolutismo y del Ancien Régime”. (p. 24). El mismo autor hace énfasis en la naturaleza consustancial a la innovadora forma de Estado a partir de la identificación de las particularidades o elementos diferenciadores de otras modalidades que la antecedieron:

El siglo XIX es el siglo del “Estado de derecho” o, según la expresión alemana, del Rechtsstaat. En las tipologías de las formas de Estado, el Estado de derecho, o “Estado bajo el régimen de derecho”, se distingue del Machtstaat, o “Estado bajo el régimen de fuerza”, es decir, el Estado absoluto característico del siglo XVII, y del Polizeistaat, el “Estado bajo el régimen de policía”, es decir, el régimen del Despotismo ilustrado, orientado a la felicidad de los súbditos, característico del siglo XVIII. (Zagrebelsky, 1995, p.21)

No obstante, la sumisión del poder político al ordenamiento jurídico, realmente se tradujo en el sometimiento de las autoridades a la ley, fuente primordial del Derecho en la tradición constitucionalista francesa, por efecto del principio de soberanía parlamentaria, explicado por López (2006), como aquel en virtud del cual “las leyes expedidas constitucionalmente por el Parlamento se reputaban necesariamente en obediencia a la Constitución”. (p. 29). En consecuencia, las leyes no podían ser cuestionadas o demandadas

por ser contrarias a la Constitución, máxime en consideración a que jerárquicamente se encontraban situadas en la cumbre de la pirámide jurídica.

Sin embargo, en relación con este último aspecto, es preciso destacar las particularidades del constitucionalismo norteamericano que, desde su génesis, confirió a la Constitución de Filadelfia supremacía frente a las leyes de los Estados federados, como una forma estratégica de asegurar la unidad a efectos de consolidar la causa emancipadora que enfrentaba el contexto de un pluralismo ideológico y político y, por ende, ponía en riesgo el proceso. Para asegurar el predominio de la Constitución, adoptó el control de constitucionalidad abstracto y por vía de excepción, institución que permitió erigirla en norma jurídica; por ello, tal como lo sostiene López (2006): “el gran aporte del constitucionalismo norteamericano al estado de derecho liberal fue el de haber modificado el principio de “soberanía parlamentaria” y la presunción irrefragable de conformidad con la Constitución que cubría las leyes regularmente expedidas”. (p. 29).

Corolario de lo expuesto, le asiste razón a Díaz (1998) cuando sostiene:

El Estado de Derecho es el imperio de la ley: exige, por tanto, la sumisión, la subordinación a ella de todos los poderes del Estado; y de todos los poderes no estatales, sociales, económicos y demás, y de todos los ciudadanos, por supuesto. El legislativo, Parlamento que representa al pueblo en quien reside la soberanía, es en este sentido poder prevalente por ser quien – de acuerdo con la Constitución- fabrica las leyes, quien puede cambiarlas y derogarlas. (p. 4)

En efecto, el Estado de derecho o Estado legislativo sitúa a la ley por encima del poder ejecutivo, del poder jurisdiccional y de los coasociados, nada se puede oponer a ella; trátese

del dominio del monarca, la abstención de los jueces para aplicarla o la intransigencia de las personas para acatarla, pretextando la existencia de un derecho natural o de prerrogativas exclusivas. El quehacer de las ramas ejecutiva y judicial está determinado por el principio de legalidad, sin perjuicio de limitados ámbitos de discrecionalidad, que admiten la creación del derecho, actividad que demanda el ineludible sometimiento al ordenamiento jurídico. Pero, además, de la preponderancia de la ley en el sistema de fuentes, el autor destaca la existencia de un sistema de separación de poderes, que admite la interacción entre estos y la adopción de controles de orden político y judicial sobre la rama ejecutiva. (Díaz,1998)

Ahora bien, en palabras de Atienza (2010) “Estado constitucional, obviamente, quiere decir algo distinto a Estado en que está vigente una Constitución”. (p. 47). Este último es el Estado de Derecho, cuyos pilares no son otros que la separación del poder político y el reconocimiento de derechos, es decir, de garantías individuales; bases que claramente señala la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano: “Artículo 16. Una sociedad en la que no esté establecida la garantía de los Derechos, ni determinada la separación de los Poderes, carece de Constitución.”

Consonante con lo expuesto, es preciso afirmar que el gran aporte y avance político y jurídico del Estado de Derecho radica en haber encauzado la armonía entre el ejercicio del poder y la libertad detentada por los integrantes del colectivo social, que se despojaron de la condición de súbditos para ser erigidos en el nuevo contexto como sujetos de derechos. En términos de Zagreblesky (1995): “El sentido general del Estado liberal de derecho consiste en el condicionamiento de la autoridad del Estado a la libertad de la sociedad, en el marco del equilibrio recíproco establecido por la ley”. (p. 23).

También, es dable sostener que la Constitución propia de un Estado de Derecho centra su contenido en la ordenación del poder político, en el juego de los dominios. En este sentido, Bovero (2006), citado por Atienza (2010), sostiene que “Constitución en su sentido más amplio, hace referencia a la estructura de un organismo político, de un Estado: al diseño y organización de los poderes de decisión colectiva de una comunidad”. (pp. 67-68).

En ese orden de ideas, Atienza aclara:

El Estado liberal de Derecho es un Estado con una Constitución en el último sentido indicado, no sería un Estado Constitucional, porque la Constitución no tiene allí exactamente las mismas características (y en consecuencia no juega allí el mismo papel) que, en los Estados occidentales en la última etapa de su desarrollo, esto es, fundamentalmente a partir del final de la segunda guerra mundial. (2010, p. 68).

Efectivamente, la transición del Estado legislativo o de Derecho al Estado constitucional, generó cambios en la naturaleza de la Constitución. Así, bajo la vigencia del primero, la Constitución era una herramienta de carácter político, mientras que, con el advenimiento del segundo, ella es erigida como un instrumento de orden jurídico. La diferencia entre uno y otro carácter no constituye un asunto trivial; por el contrario, es sumamente relevante para el Derecho. Concebir la Constitución como una herramienta de índole política implicó abstraerla de la actividad judicial y, por ende, de la resolución de los conflictos allegados al sistema judicial; contrario a ello, su categorización hoy como norma jurídica demanda de los jueces su ineludible utilización para desatar los casos sometidos a su conocimiento.

De esta manera, los Estados constitucionales, tal como lo afirma Aguiló (2004):

Son sistemas que cuentan con una Constitución rígida o formal, es decir, con una Constitución diferenciada de la forma legal ordinaria. Ello supone necesariamente que el régimen jurídico de las disposiciones constitucionales es diferente del de las disposiciones legales y superior a ellas. Por tanto, desde la perspectiva interna de la doctrina de las fuentes del Derecho, los Estados constitucionales se caracterizan por una Constitución formal y ello implica siempre – como mínimo – una diferencia de grado ante las otras fuentes del Derecho. (p. 51)

Sobre las especificidades de la Constitución de los Estados constitucionales, tema que será desarrollado más adelante, Guastini (2003) las precisa en forma acuciosa, las denomina “condiciones de constitucionalización”: “Constitución rígida; la garantía jurisdiccional de la Constitución; la fuerza vinculante de la Constitución; la sobre interpretación de la Constitución; interpretación conforme de las leyes; la aplicación directa de las normas constitucionales; la influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas”. (pp. 49-74). Es decir, en el contexto de los Estados constitucionales, la Constitución deja de ser un simple pacto político sometido a la ley para convertirse en la norma jurídica suprema que direcciona la actividad de los poderes públicos y permea todo el ordenamiento jurídico.

Al respecto Aguiló (2004) asevera:

Si el modelo del Estado de Derecho (o Estado legal de Derecho) gravitaba en torno a la idea del imperio de la ley, el modelo del Estado constitucional (o Estado

constitucional de Derecho) gravita en torno al carácter normativo (regulativo) de la Constitución (“la Constitución como norma jurídica”). (p. 9).

Coherente con lo expuesto, y en aras de garantizar la integralidad en el desarrollo del tema, objeto de estudio, resulta relevante no solo el abordaje de las particularidades del Estado de Derecho y del Estado Constitucional, sino también el examen de los fenómenos generadores de la transición de uno a otro modelo, destacándose, entre otros, la crisis de la ley, la supremacía y el carácter normativo de la Constitución y el debilitamiento del legislador.

3.2.1 Crisis de la ley

La ley fue erigida como la fuente primordial del Derecho en el sistema jurídico continental, concretamente en Europa central y occidental, situación que tiene su génesis desde el advenimiento del Estado de derecho, resultado de varias revoluciones, destacándose en ese contexto la francesa de 1789 por el ideario político que en ella subyace. Este modelo de Estado, tal como quedó señalado, logró someter el ejercicio del poder político desmedido al ordenamiento jurídico.

El imperio de la ley, característica esencial del Estado de Derecho, trajo consigo implicaciones, aspecto abordado por Hierro (1996), quien para el efecto, recurre a Laporta (1994), autor que sitúa el imperio de la ley en un escenario universal de naturaleza ética, cuya razón de ser es la autodeterminación del individuo, el cual interactúa con otros sujetos, que de igual manera son titulares de esa misma libertad; en el marco de tal interrelación, la ley es indispensable para lograr un escenario de armonía o equilibrio, su ausencia podría degenerar

una de las siguientes situaciones: i) la autonomía de una persona podría estar restringida por la de otras y ii) la autonomía de una persona podría limitar la de otras personas. En este sentido, Hierro (1996) también identifica la convergencia que sobre el tema existe entre el citado autor y Kant (1797) cuando éste último se refiere al imperativo categórico.

De otra parte, el dominio de la ley en palabras de Bayón (1996) “cuenta con una fundamentación valorativa enormemente sólida”. (p. 42). También, toma como referente a Laporta (1994) que concibe “el imperio de la ley” como presupuesto básico para garantizar la autonomía de las personas; de esta manera, las disposiciones que emane el poder legislativo no podrán degenerar en arbitrarias, por el contrario, deben ser claras y predecibles a fin de proporcionarles herramientas que les permitan construir sus proyectos de vida. Igualmente, entiende que el derecho debe cumplir con exigencias de carácter formal como la atinente a que su emanación debe provenir de autoridad competente, no puede ser un ordenamiento totalmente discrecional.

Adicional a lo expuesto, Bayón (1996) manifiesta:

Esas normas deben ajustarse en su estructura al ideal que Fuller (1969) denominó “moralidad interna del derecho”: han de ser generales y abstractas, prospectivas, razonablemente estables, públicas y tan claras como sea posible (en cualquier caso, no deliberadamente vagas, abiertas o indeterminadas). (p. 42)

De esta manera, en el escenario europeo, la ley era el centro del Derecho, fenómeno conocido como “Legocentrismo” o “Legicentrismo”; el culto a esta fuente jurídica, especialmente por parte de los jueces, fue de tal magnitud, que logró ubicarse en la cúspide

de la pirámide normativa, es decir, aún por encima de la Constitución, situación que se prolongó por un tiempo considerable hasta que se instituyó el control de constitucionalidad.

Al respecto, Laporta (1999) afirma:

La ley era la norma jurídica vinculante por excelencia y dadas las débiles características normativas de la Constitución, era la norma de superior jerarquía. Pues bien, cuando se empieza a imponer el mecanismo del control de constitucionalidad tal y como lo concebimos hoy cambia radicalmente este panorama. (p. 321)

Así, la prevalencia de la Constitución en el sistema de fuentes del derecho, resultado de haber adoptado la referida herramienta procesal en el continente europeo, ya vigente en el ordenamiento jurídico norteamericano, desde los albores de la república, es de tal intensidad que prácticamente ningún conflicto jurídico escapa al control del estatuto superior de cada Estado.

Coherente con lo expuesto Prieto Sanchís (2009) expresa: “En este nuevo panorama es difícil concebir un problema jurídico que no encuentre alguna orientación próxima o remota en el texto constitucional”. (p. 56), y en el mismo sentido Laporta (1999) sostiene:

Por lo que respecta a la crisis de la ley, esta se ha producido porque el parámetro constitucional de control ha adquirido un protagonismo nuevo. Se ha tornado tan omnipresente y operante que las leyes han sido desplazadas a un terreno cercano a la incertidumbre. (p. 322)

En efecto, la Constitución se convierte, como lo asevera Guastini (2003), en una herramienta “extremadamente invasora, entrometida” (p. 50), que permea todo el ordenamiento jurídico y direcciona la resolución de los conflictos a partir de los principios y valores que consagra, los cuales detentan el mayor peso o preeminencia dentro del sistema normativo, aspecto en relación con el cual Prieto Sanchís (2009) manifiesta: “Es más, cabe decir que detrás de cada precepto legal se adivina siempre una norma constitucional que lo confirma o lo contradice”. (p. 56) y, refiriéndose a Zagreblesky (2011) afirma: “la ley, en otro tiempo fue la medida de todas las cosas en el campo del Derecho, ha de ceder el paso a la Constitución, convirtiéndose ella misma en objeto de mediación”. (p. 56).

El mismo autor, en aras de ser más explícito, en relación con lo expuesto, trae a colación un ejemplo relacionado con las normas de carácter civil, que protegen en forma prevalente la autonomía de la voluntad y el derecho de propiedad, reconocidos por cánones de carácter constitucional; no obstante, enfrentan la presencia de otros principios también de rango constitucional, que actúan como limitantes, verbigracia, la función social de la propiedad o la salvaguarda del medio ambiente.

Ahora bien, la hegemonía de la Constitución en los regímenes jurídicos no ha sido la única causa que provocó la crisis de la ley. En este sentido, Hierro (1996) destaca otras razones: La diversificación de la ley y la competencia entre los diversos tipos de leyes; la aparición de normas no legales de carácter paralegal en los procesos de integración regional entre los Estados; la expansión de la fuerza normativa de los principios. (p. 291).

De igual manera, Zagreblesky (2011) identifica diversas situaciones que incidieron en la llamada “crisis de la ley”, verbigracia, la disminución de la generalidad y de la estabilidad o vocación de permanencia en el tiempo de esta fuente del derecho; este último aspecto con repercusiones en dos atributos más de la norma legal: la seguridad o certeza y la previsibilidad, circunstancias que, en criterio del autor, vienen determinadas por la proliferación de colectivos sociales, los cuales han incitado la adopción de regulaciones específicas, sea por efecto del postulado político Estado social o sea por la coacción de intereses sobre el órgano legislativo.

La época actual viene marcada por la pulverización del derecho legislativo, ocasionada por la multiplicación de leyes de carácter sectorial y temporal, es decir de reducida generalidad o de bajo grado de abstracción, hasta el extremo de las leyes medida y las meramente retroactivas, en las que no existe una intención regulativa en sentido propio. (Zagrebelsky, 2011, p. 37).

3.2.2 *Supremacía y carácter normativo de la Constitución*

El referente más antiguo sobre la concepción de un derecho superior se encuentra según Nogueira (2003) en el iusnaturalismo racionalista, en la fase que inicia con Grocio y culmina con Locke. En ese sentido sostiene: “es así en el mundo anglosajón que se concreta la idea de un derecho común (common law) que se sitúa como derecho superior respecto de las leyes (statutes), las cuales se entienden subordinadas al primero”. (pp. 43-44).

En efecto, Ossa (2012), refiriéndose a Grocio (1625) destaca: “Al igual que la naturaleza - piensan los racionalistas – tiene unas leyes físicas, perpetuas, inmutables y

universales ajenos al cambio histórico, la sociedad humana posee también unas leyes de la naturaleza, fijas e inmutables, ajenas al tiempo y a la historia". (p. 126).

Según el mismo autor, el concepto de derecho superior también es abordado por Kant (1781). En ese sentido, comenta:

Emprende su crítica a la razón, instituyendo un tribunal que garantice sus pretensiones legítimas y cancele cualquier presunción infundada, no mediante argumentos de autoridad, sino a través de las leyes eternas e inmutables que la propia razón posee. Todo ha de someterse al dictamen de semejante tribunal presidido por la razón humana y aquello que pretenda zafarse de tal crítica, como sería el caso de la religión o la legislación codificada, suscita una justificada sospecha en contra suya, pues la razón solo dispensa su respeto hacia lo que puede resistir un examen público y libre. (Ossa, 2012, p. 132).

Sentado esto, es preciso manifestar que la supremacía de la Constitución descansa en la concepción de derecho superior y configura un presupuesto determinante en el proceso de transición del Estado legislativo al Estado constitucional y una condición consustancial a este último, un principio materialmente consolidado, resultado de mutaciones en la dinámica de los poderes públicos y al interior del sistema de las fuentes del Derecho. El postulado de soberanía parlamentaria, rector de la tradición constitucionalista francesa, en virtud del cual las leyes emanadas del Parlamento se consideraban coherentes con la Constitución y, por ende, incuestionables, cede al principio de prevalencia de la Constitución, arraigado en Estados

Unidos de América, culminado el proceso de emancipación, gracias a la adopción del mecanismo procesal de control de constitucionalidad, que llegó tardíamente a Europa.

En efecto, el principio de supremacía constitucional fue adoptado y aplicado primigeniamente por el constitucionalismo norteamericano, dado que el sistema jurídico estadounidense, desde la época de su independencia, ancló la idea de constitución rígida, mientras que su recepción en el continente europeo se da después de la Segunda Guerra Mundial.

Consonante con lo expuesto, Navas Castillo, A. y Navas Castillo, F. (2009) destacan que la idea de Constitución como norma, manifestada en su carácter preeminente y su utilización autónoma, sin mediación de otra fuente fue consagrada inicialmente en las Constituciones alemana de Weimar (1919) y austríaca (1920), concepción generalizada en el continente europeo, culminada la Segunda Guerra Mundial a través de la institucionalización del control de constitucionalidad. No obstante, los modelos adoptados serán diferentes al norteamericano; de una parte, el francés, que descansa en los planteamientos de Sieyès y, de otra, el modelo austriaco que yace en los lineamientos esbozados por Kelsen, con mayor recepción en el referido escenario, que asigna el ejercicio del control a un tribunal único.

Ahora bien, la rigidez de la Constitución está estrechamente vinculada a su naturaleza de norma superior, aspecto revalidado por Prieto Sanchís (2013): “Es muy corriente decir que una Constitución es norma suprema si se muestra rígida frente a su reforma y garantizada frente a su infracción.” (p. 161).

Igualmente, Prieto Sanchís (2013), basado en Ferrajoli (2007) expresa sobre el mismo tema:

La rigidez es un factor de fortalecimiento de la Constitución; es más, no resulta infrecuente considerar a la rigidez, no como una garantía, sino como un rasgo estructural de la constitución: las constituciones son rígidas por definición, en el sentido de que una constitución no rígida no es en realidad una constitución sino una ley ordinaria. (p. 161).

De otra parte, el atributo de rigidez de la Constitución, conforme lo sustenta Ferrajoli (2016) ha dado un viraje al concepto de democracia, en el entendido de no hallarse cimentado, únicamente, en el poder de la mayoría, sino también en el sometimiento a los derechos fundamentales, exigencia que se hace extensiva a la generalidad de los poderes públicos.

3.2.3 *Debilitamiento del poder legislativo*

Durante la vigencia del Estado de derecho o, en otros términos, del constitucionalismo clásico, el legislador detentaba la hegemonía en la producción del Derecho, el cual se circunscribió a la ley, fuente primordial y prevalente dentro del sistema de fuentes jurídicas, ubicada en la cúspide de la pirámide normativa, es decir, por encima de la Constitución. La ley era el único fundamento de resolución de los conflictos jurídicos y, por ende, única herramienta útil para tal cometido, su contenido no podía ser cuestionado, habida cuenta de recaer sobre ella una especie de principio de presunción de constitucionalidad, que la erigía en una norma

jurídica irrefragable, carácter coherente con la naturaleza que revestía al legislador, considerado guardián de los derechos, mientras la Constitución era concebida como un simple acuerdo político, desprovista de alcance jurídico y por ello no apta para ser utilizada materialmente en la resolución de las controversias.

La exclusividad de la ley como fuente del Derecho pretendió ser garantizada a través de la predictibilidad, figura en virtud de la cual el legislador se propuso prever en ella la totalidad de los conflictos jurídicos posibles y la solución para cada caso, situación que conllevó a una reducida y elemental actividad por parte de los jueces, consistente en la subsunción de los asuntos allegados a su conocimiento en la norma legal, aplicando para el efecto el método deductivo y ciñéndose estrictamente a su tenor literal, sin posibilidad de emitir interpretación sobre su alcance.

Las anteriores son características propias del legalismo, fenómeno que según Zagrebelsky (2011) “se preocupa por la autonomía del legislador y por eso exige que el control de la jurisdicción sobre el legislador discurra dentro de límites compatibles con tal autonomía”. (p.151). El mismo autor expresa, refiriéndose a la Constitución del citado modelo: “se trata de un bosquejo orientativo que ha de ser simplemente respetado por el legislador”. (p. 151).

Corolario de lo expuesto, el protagonista del Derecho durante la fase de legalidad o bajo el imperio del legalismo es el legislador. No obstante, su señorío decae por efecto de la metamorfosis que experimenta convirtiéndose en Estado constitucional, siendo el juez, en este nuevo contexto, el actor fundamental en el juego de poderes. En este sentido, “la transformación del Estado de derecho legislativo decimonónico en el Estado constitucional del

siglo XX parece haber comportado este cambio de mano, ciertamente al margen de las intenciones y de las previsiones de los autores de las Constituciones actuales”. (Zagrebelky, 2011, p.150).

Sin embargo, más bien, como lo sostiene Prieto Sanchís, (2013) en el nuevo escenario constitucional la preponderancia se halla, antes que en las autoridades detentadoras del poder político, en contenidos de carácter formal que señalan quiénes ejercen atribuciones y cómo las deben realizar, y contenidos de orden material concernientes a los asuntos que tales autoridades podrán direccionar o decidir y la manera cómo lo harán.

3.2.4 Advenimiento de los tribunales constitucionales

Los tribunales constitucionales son órganos jurisdiccionales, cuya función esencial consiste en la salvaguarda de la Constitución, concebida en los Estados constitucionales como la norma suprema, actividad que realiza, fundamentalmente, a través del juicio de constitucionalidad sobre las leyes y en relación con otros actos jurídicos.

Favoreu, L. (1994) define el tribunal constitucional como “una jurisdicción creada para conocer especial y exclusivamente en materia de lo contencioso constitucional, situada fuera del aparato jurisdiccional ordinario e independiente tanto de este órgano como de los poderes públicos”. (p. 13).

El antecedente primigenio sobre el origen de los tribunales constitucionales se halla en el caso *Marbury vs. Madison*, que instituyó el principio de supremacía constitucional y un control de constitucionalidad de carácter difuso; no obstante, en sentido estricto, la instauración y conformación de esos órganos jurisdiccionales acontece en Europa a través de la adopción del control de constitucionalidad basado en la inicial idea norteamericana. (Cervantes, L., s.f.).

Ahora bien, es preciso destacar que Hans Kelsen, previo examen sobre el principio de supremacía constitucional establecido en Norteamérica, planteará la necesidad de atribuir el control de constitucionalidad a un órgano independiente del resto de las ramas del poder público y ajeno al proceso de formación de la norma legal cuestionada, bajo un sistema de naturaleza concentrada y no difusa, con efectos generales y hacia el futuro, sin posibilidad alguna para los jueces de inaplicar leyes por considerarlas inconstitucionales. (Cervantes, L., s.f.).

Según Marroquín (2004) la primera positivización de un órgano jurisdiccional de naturaleza constitucional se da en 1920 con la expedición de la Constitución de Checoslovaquia; este autor identifica tres etapas relacionadas con la génesis y desarrollo de los tribunales constitucionales, que se sintetizan en la siguiente tabla.

Tabla 1

ETAPAS SOBRE EL ORIGEN Y DESARROLLO DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES (Marroquín, 2004).

Etapas	Período	Hechos relevantes
Primera	1920 – 1945	<p>Institucionalización del Tribunal Constitucional de Checoslovaquia y de la Corte Constitucional de Austria (1920).</p> <p>Instauración del Tribunal de Garantías Constitucionales de España (1931) al cual se le asignó competencia para conocer del recurso de amparo.</p>
Segunda	1945 – 1974	<p>Legalización y difusión de los tribunales constitucionales en el occidente de Europa.</p> <ul style="list-style-type: none"> - Reinstauración de la Corte Constitucional de Austria (1945) - Instauración de las siguientes corporaciones: - Tribunales Constitucionales Italianos (1948), Constitucional Federal Alemán (1949), Consejo Constitucional Francés (1959), Tribunal Constitucional Turco (1961, 1982),

		Tribunal Constitucional Yugoslavo (1963,1974)
Tercera	1974 en adelante.	<p>Generalización de los tribunales constitucionales. Se crean, entre otros, los siguientes:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Tribunal constitucional portugués (1976,1982) - Tribunal constitucional griego (1975) - Tribunal constitucional español (1978) - Tribunal constitucional belga (1980) <p>Institucionalización de los tribunales constitucionales en el este de Europa y en la extinta Unión Soviética.</p>

Fuente: Elaboración propia.

3.3. El Estado constitucional

Estado constitucional, tal como lo sostiene Atienza (2000) es aquel cuya Constitución no solo consagra preceptos concernientes a la estructura y organización del Estado, sino también un componente de naturaleza sustancial, esencialísimo y preponderante en el accionar de los poderes públicos, se trata de los derechos fundamentales que determinan la creación, interpretación y aplicación del Derecho.

En concordancia con lo expuesto anteriormente, Martínez Dalmau (2016) basándose en Aguiló (2012) afirma que “un Estado constitucional no sería solo aquel que cuenta con una Constitución entendida como *lex superior*, sino con una Constitución con un contenido sustantivo propio del Estado constitucional. En buena parte ese contenido son derechos”. (p. 132).

Ahora bien, entender la naturaleza del Estado constitucional, su comportamiento, e incidencia en el Derecho, implica el abordaje de sus particularidades que le imprimen un carácter específico.

3.3.1 Características

El autor tomado como punto de partida para el desarrollo de este acápite es Atienza (2000), quien identifica una pluralidad de atributos del Estado constitucional. De esta manera, inicialmente, se enuncian las particularidades y seguidamente, con fundamento en los aportes de diversos autores, se procede a explicar el alcance de varias de ellas.

En relación con el primer aspecto, Atienza (2000) devela las siguientes características del Estado constitucional: i) relevancia de los principios en el escenario jurídico ii) concepción de las normas, trátase de reglas o principios, desde un enfoque predominantemente funcional, concretamente relacionado con el fin que están llamados a cumplir en el ámbito del razonamiento práctico; iii) modificación en torno a la naturaleza del Derecho, el cual es visto no únicamente como un conjunto de preceptos, sino como “una práctica social compleja”; iv) trascendencia de la interpretación como un proceso constitutivo y racional del Derecho; v) la

exigencia en torno a la naturaleza práctica del Derecho; vi) idea en torno a la validez del Derecho desde una perspectiva predominantemente sustantiva, vii) sujeción de los jueces a los principios constitucionales; viii) relación entre el Derecho y la moral; ix) inclinación a fusionar los componentes que hacen parte de la razón práctica: “el Derecho, la moral y la política”; x) el papel preponderante de la argumentación jurídica, en la adopción de las decisiones; xi) fundamentación de las decisiones bajo la orientación de los principios de coherencia y universalización, descartando la existencia de una solución correcta para cada conflicto; xii) concepción del Derecho no solo como un medio para el cumplimiento de cometidos sociales, sino como una herramienta que inserta valores morales.

Culminada la enunciación de las características del Estado constitucional, corresponde exponer su alcance.

3.3.1.1 Relevancia de los principios en el escenario jurídico.

En el ámbito de la teoría del derecho se encuentran diversas clasificaciones relativas a las normas jurídicas; una de ellas, precisamente, las categoriza en reglas y principios, división que ha sido controversial y conforme sostiene Ruiz (2014), la real y contundente diatriba sobre el tema comienza con Dworkin, en razón a la detractora postura que asumió frente al positivismo jurídico. Esta discusión actualmente persiste “con consecuencias, entre otras materias, en la dogmática y en la metodología jurídicas, en el concepto de sistema jurídico; en la relación entre Derecho y moral y en la argumentación jurídica”. (Ruiz, 2014, p. 30).

Los principios son definidos como una categoría de normas jurídicas abiertas, imprecisas, cuyo contenido es de naturaleza moral o política, aplicadas por grado en consideración a situaciones fácticas y jurídicas concretas. Se trata, como plantea Orduña (2010), basándose en Moreso, J. y Vilajosana, J. (2004) de normas desprovistas de una hipótesis fáctica o antecedente que guarde conexidad con un consecuente y con fundamento en Lorenzetti (2008) de normas inconclusas, que exigen ser acabadas. En tanto, las reglas son normas cerradas conformadas por un presupuesto o condición y una consecuencia jurídica, su aplicación es a través del método deductivo y en forma plena. Es decir, los principios “son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible: mandatos de optimización; su cumplimiento es una cuestión de grado, mientras que las reglas son normas que solo pueden ser cumplidas o no.” (Alexy, 2007, p. 67).

Ahora bien, según Aragón (1989), citado por Arango (1994), en el ámbito del derecho constitucional existe acuerdo entre los doctrinantes en torno a que los principios constituyen el cimiento del sistema jurídico y guían la interpretación del Derecho.

3.3.1.2 Concepción de las normas, trátese de reglas o principios, desde un enfoque predominantemente funcional.

Esta característica del Estado constitucional está estrechamente ligada a la perspectiva pragmática de la argumentación, que parte de la premisa concerniente a que los problemas jurídicos son fundamentalmente problemas de carácter práctico y es explicada por Atienza (2001) desde dos enfoques: el retórico y el dialéctico. Con el retórico, sustenta la necesidad de persuadir al auditorio a fin de lograr el consenso en torno a la solución de un conflicto; con

el dialéctico, plantea y evidencia el carácter proactivo de la argumentación que propicia la diatriba entre los participantes.

Igualmente, este rasgo distintivo del Estado constitucional, conforme lo sostiene el mismo autor, está relacionado con la dimensión funcionalista del Derecho, que lo concibe como un medio útil para solucionar controversias u orientarlo hacia el mismo fin (Atienza, 2001).

3.3.1.3 Trascendencia de la interpretación como un proceso constitutivo y racional del Derecho.

En el Estado constitucional los jueces están llamados a privilegiar el valor de la justicia material, propósito que demanda la justificación racional de sus decisiones a través de enfoques argumentativos, valiéndose de manera preponderante de los principios:

La justificación de las sentencias en general debe responder no sólo a la complejidad del caso que en ellas se resuelva, sino a las exigencias del Estado constitucional de Derecho. Ya no basta con que el juez invoque un precepto de la ley y demuestre formalmente que es aplicable a los hechos probados o que formalmente invoque los argumentos tradicionales para interpretar las disposiciones jurídicas. Se requiere, además, que haga visibles las decisiones (elementos valorativos, que las justifique de manera suficiente, demostrando que tales elecciones resultan acordes con el ordenamiento jurídico, y que esta justificación goce de racionalidad – al menos de razonabilidad -, habiéndose ponderado las consecuencias (jurídicas y fácticas) que produciría esa decisión. (Orduña, 2010, pp. 237-238)

Entender la interpretación como un proceso racional del Derecho implica también asumir la existencia de su inescindible vínculo con el contexto de la argumentación. Como bien sostiene Atienza (2010) la motivación de las decisiones judiciales no se subordina únicamente a la autoridad que las emane, sino a la metodología implementada y al componente cualitativo que las sustenta. De esta manera, en los escenarios democráticos, el Estado y el ejercicio del poder están soslayados a la razón y no lo contrario, es decir, la razón subordinada al Estado o al poder; de ahí la relevancia que detenta cada vez más la argumentación de las decisiones judiciales y administrativas.

3.3.1.4 Validez del Derecho desde una perspectiva predominantemente sustantiva.

La validez del Derecho desde un enfoque primordialmente sustantivo es una característica fundamental del Estado constitucional. En tal sentido, conforme lo sostiene Martínez Dalmau (2016) refiriéndose a Aguiló (2012), implica entender que la Constitución además de erigirse en norma suprema, debe contener un componente esencial, determinante para su existencia, se trata de los derechos fundamentales.

Coherente con lo expuesto, Prieto Sanchís (2009) basado en la “teoría del derecho de Principia Iuris” afirma:

Este nuevo paradigma descansa en un rasgo esencial del constitucionalismo contemporáneo: la regulación no solo de quien manda y del cómo se manda, sino también del qué puede o no puede, debe o no debe mandarse; la constitución comprende no solo normas de competencia y procedimiento, condicionantes de la

vigencia de la ley, sino también normas sustantivas condicionantes de su validez. (p. 53)

De esta manera, en un Estado constitucional la parte dogmática de la Constitución detenta mayor peso jurídico que la orgánica y es determinadora del proceso de creación del Derecho y de su aplicación. Es decir, en el nuevo contexto constitucional los derechos no solo son límites al ejercicio del poder político, sino verdaderas directrices de su accionar.

En ese orden de ideas, el legislador debe construir la ley garantizando plenamente la coherencia de su contenido con los preceptos constitucionales de naturaleza sustancial, exigencia indispensable de su validez y los jueces en el proceso de impartición de justicia, al momento de interpretar la ley, necesariamente deben ejercer control sobre ella y optar por alcances interpretativos que aseguren consonancia con la Constitución.

Una semblanza de la realidad jurídica descrita la realiza Ferrajoli (2013) cuando afirma cómo en el contexto constitucional garantista la fuerza vinculante de la ley no depende de su producción formal, en el sentido de haber agotado el procedimiento previsto en la norma superior para su expedición o formación, sino de la armonía que guarde con su contenido; por esta razón, la interpretación que los jueces realicen sobre la ley se traduce no solo en un juicio, sino en el compromiso de escoger aquella conforme al contenido sustancial a que se viene haciendo referencia.

3.3.1.5 Relación entre el Derecho y la moral.

El tema atinente a las relaciones entre el Derecho y la moral ha sido objeto de discusión durante muchísimo tiempo. En este sentido, en el ámbito de la filosofía del derecho ha existido una confrontación entre dos escuelas que descansan en perspectivas distintas: i) ius naturalista ii) ius positivista. La primera defiende un vínculo necesario entre derecho y moral, y desde esta concepción la determinación relativa a la validez de una norma dependerá de un examen de carácter moral sobre su contenido, cuyo resultado podría consistir en su exclusión del panorama jurídico si es ostensiblemente injusta. La segunda aboga por la separación entre derecho y moral y, bajo ese entendido, las normas no exigen una evaluación de naturaleza cualitativa. (Orunesu, C., Perot, P. y Rodríguez, J., 2009).

El debate adquiere importancia en el Estado constitucional, dado que la Constitución de este nuevo orden contiene tanto reglas como principios y en estos últimos se halla inmerso un componente moral, situación que exige a los jueces irrumpir en reflexiones también de carácter moral y recurrir a técnicas de interpretación especial distintas a las tradicionalmente utilizadas para descifrar el alcance de la ley. (Orunesu, 2012).

El contenido moral de los principios conlleva a la argumentación de carácter moral; no obstante, es preciso destacar una especie de dicotomía en el nuevo ámbito constitucional en torno a este aspecto, a la cual según Pisarello y Manrique (2008) se refiere Atienza cuando identifica dos tipos de constitucionalismo: el positivista, promovido por Ferrajoli y basado en el reparo moral y el no positivista defendido por autores como Ronald Dworkin, Robert Alexy y Carlos Nino.

3.3.1.6 El papel preponderante de la argumentación jurídica.

Tradicionalmente, la demostración, el método deductivo o la subsunción constituyeron las técnicas utilizadas por los jueces para resolver los conflictos jurídicos. En este sentido, la actividad judicial, fundamentalmente, se reducía a aplicar el Derecho, es decir, a descender las reglas positivizadas a los casos concretos o, en otros términos, a encuadrar las situaciones fácticas en las normas legales; justamente, la precariedad de este ejercicio condujo a concebir a los jueces como simples administradores u operadores de justicia.

Los antecedentes de las citadas técnicas se encuentran en la Escuelas de la Exégesis y de la Jurisprudencia de Conceptos, las cuales consideraron que los sistemas jurídicos contaban con las respuestas o soluciones precisas para todos los casos o conflictos y, por ende, negaban a los jueces cualquier mínima posibilidad de interpretar el Derecho.

Pero, tal como lo sostiene García Amado (2006):

Las referidas escuelas entraron en crisis “en las últimas décadas del siglo XIX y ya no pudo superar las críticas devastadoras de autores como Ihering de la segunda época o de Génny, primeramente, y luego los embates definitivos de la Escuela de Derecho Libre o de las distintas corrientes de Realismo Jurídico o de Kelsen. (p. 157)

También destaca García Amado (2006) que tales doctrinas coinciden en que no existe sistema jurídico que pueda garantizar “aquellos tres idílicos caracteres de plenitud (ausencia de lagunas), coherencia (ausencia de antinomias) y claridad (ausencia de indeterminación)”. (p.157).

La referida metodología sigue funcionando para la solución de los “casos fáciles” o “casos paradigmáticos”, que encuentran respuestas o soluciones en las normas legales, mas no para los casos difíciles y según Hart (1993), citado por Navarro (1993), un caso es difícil si “las formulaciones normativas son ambiguas y/o los conceptos que expresa son vagos, poseen textura abierta”. (p. 252).

En términos generales, pudiera afirmarse que existen dos categorías de “casos difíciles”: i) los que no encuentran solución en las normas porque estas adolecen de defectos (penumbras, insuficiencias, vacíos) y ii) los que surgen por efecto de la colisión entre principios constitucionales.

Frente a los casos difíciles para el derecho el juez está llamado a crear interpretaciones válidas, recurriendo para el efecto al escenario de la argumentación jurídica, que a diferencia del ámbito de la demostración no conlleva a verdades exactas, sino probables y plausibles. En efecto, conforme lo sostiene Atienza (2001) “en principio, argumentar o razonar es una actividad que consiste en dar razones a favor o en contra de una determinada tesis que se trata de sostener o de refutar”. (p. 256).

Consonante con lo expuesto, Aarnio (2016) afirma:

La responsabilidad del juez se ha convertido cada vez más en la responsabilidad de justificar sus decisiones. La base para el uso del poder por parte del juez reside en la aceptabilidad de sus decisiones y no en la posición formal de poder que pueda tener.
(p. 32)

Ahora bien, la argumentación o justificación de las decisiones judiciales es una actividad que adquiere especial importancia desde mediados del siglo XX; así lo manifiesta Aguirre, J., García, P. y Pabón, A. (2009):

En la medida en que los modelos de libre interpretación del juez en el sistema nazi permitieron justificar los peores crímenes, no era para menos que durante la segunda parte del siglo pasado los jueces fueran el tema sobre el que recaería la cuestión de la decisión judicial. (p. 3)

Asimismo, se entendió que el Derecho es esencialmente praxis y bajo tal concepción debe estar diseñado para resolver conflictos emanados de las relaciones humanas y desde esa perspectiva:

El Derecho no es una realidad que esté ahí afuera, sea en normas, conceptos o valores, esperando para ser descubierto en todo su rigor sistemático y en su precisión resolutoria de casos. Tampoco es un sistema ni de normas ni de conceptos ni de valores que mantenga entre sus elementos relaciones perfectamente lógicas y que pueda presentarse como sistema lógico axiomático. El Derecho se hace para la práctica y en la práctica, y esa práctica consiste antes que nada en argumentar: si alguna racionalidad tiene el Derecho, será una racionalidad argumentativa, no de otro tipo (lógica, moral, normativa)". (García Amado, 2003, p. 108)

Ahora bien, en el nuevo escenario constitucional, la argumentación se erige en la herramienta más idónea para la adopción de decisiones judiciales, toda vez que el juez está llamado a garantizar la justicia material, como valor preponderante del actual contexto y, en ese sentido, requiere no solo del auxilio de reglas, sino de principios; por ello, los argumentos

demostrativos resultan útiles para sustentar la seguridad jurídica, mas no suficientes para el cumplimiento del referido cometido. (Aguirre, J., García, P. y Pabón, A., 2009, p. 17)

3.3.1.7 Fundamentación de las decisiones bajo la orientación de los principios de coherencia y universalización, descartando la existencia de una solución correcta para cada conflicto.

El principio de universalización exige aplicar la misma solución jurídica a realidades fácticas idénticas y el principio de coherencia demanda que la interpretación de los hechos y de los preceptos positivados se realice conforme a los principios y valores del ordenamiento jurídico.

La exigencia de universalización obedece a la necesidad de garantizar la certeza del Derecho, defendida por autores como Aarnio (2016) quien sostiene:

A fin de que la vida social no caiga en el caos, es necesario disipar la incertidumbre, las regulaciones tienen que lograr un equilibrio entre dos objetivos que apuntan en direcciones opuestas. Por una parte, tienen que respetar la estabilidad y, por otra, tienen que procurar la flexibilidad requerida por las circunstancias. (pp. 36-37).

En relación con la idea concerniente a la existencia de una respuesta correcta para cada conflicto, es dable afirmar que se encuentra proscrita, y en criterio de Aarnio (1990) tal censura descansa en una “tesis ontológica”, la cual niega toda posibilidad al respecto, y en una “tesis epistemológica y metodológica”, escéptica en torno a la viabilidad de identificar este tipo de respuesta.

3.4 La Constitución del Estado constitucional

La Constitución del Estado constitucional es la norma suprema en el contexto de las fuentes del derecho, vinculante jurídicamente, toda vez que depuso la naturaleza de simple acuerdo político, detentada en vigencia del Estado legislador, para convertirse en un instrumento no solo de ineludible utilización, sino de aplicación directa en la resolución de los conflictos jurídicos.

Sobre la especificidad de la Constitución del Estado constitucional, Zagrebelsky (2011) afirma:

Desde la óptica de la doctrina de las fuentes, para el “constitucionalismo” la Constitución es un programa positivo de valores que ha de ser actuado por el legislador; para el “legalismo”, la Constitución es un bosquejo orientativo que ha de ser simplemente “respetado” por el legislador. Los jueces, en este segundo caso, se verán inducidos a reconocer al legislador amplios ámbitos de libertad no prejuzgados por normas constitucionales, mientras que en el primero se sentirán autorizados a realizar un control de fondo e ilimitado sobre todas sus decisiones y en todos sus aspectos. (p.151).

Al respecto, Aguiló (2004) aborda la aludida diferencia en los siguientes términos:

La cuestión que se ha de esclarecer es si la Constitución debe ser vista como instrumento esencialmente político o jurídico. O, dicho en otras palabras, si la Constitución es “fuente de las fuentes del Derecho” o, por el contrario, es ella misma “fuente del Derecho”. (p. 10)

En torno a la primera concepción, es decir, aquella que considera la Constitución como “fuente de las fuentes del Derecho”, el autor explica que su contenido, esencialmente, está referido a la estructura del poder estatal, empero, carece de normas de naturaleza jurídica que permitan a los jueces desatar los conflictos asignados, muy a pesar de incorporar disposiciones regulativas, por ejemplo, los derechos fundamentales que no se ven manifestadas en el proceso de administración de justicia, debido a la hegemonía de la ley en el sistema de fuentes del Derecho. Y en relación con la segunda, es decir, la atinente a que la Constitución es “fuente del Derecho”, expresa que su contenido, en este caso, lo conforman normas de carácter jurídico, que vinculan a los jueces en la resolución de las controversias, objeto de conocimiento. (Aguiló, 2004, p. 10).

El mismo autor aborda tres conceptos importantes: “la Constitución del positivismo normativista, la Constitución formal y la Constitución del constitucionalismo”. Y, destaca, que “todos ellos son necesarios para poder dar cuenta de esa realidad jurídico- política” denominada “Estados constitucionales”. (Aguiló, 2014, p.16).

Sobre el primer significado precisa: “Pues bien, el positivismo normativista ha operado con un concepto de Constitución que vendría a ser el conjunto de normas fundamentales de un sistema jurídico-político”. (Aguiló, 2014, p. 28). En torno al segundo, es decir, el que concierne a la “Constitución formal”, lo equipara con la idea de “Constitución rígida”, que

demanda, de una parte, la sistematización u organización de las normas que la integran y la posibilidad de modificarlas o derogarlas, previo el cumplimiento de un procedimiento especial más exigente que el previsto con esos mismos fines para la ley y, de otra, su supremacía en el contexto de las fuentes del Derecho. Finalmente, respecto al tercero de los conceptos, relativo a la “Constitución del constitucionalismo”, plantea que se trata de la Constitución del constitucionalismo político, que descansa en los ideales del Estado de derecho.

Un ordenamiento jurídico constitucionalizado según Guastini (2003), citado por Atienza (2010):

Se caracterizaría por una Constitución extremadamente “invasora” capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos y las relaciones sociales. La constitucionalización no es una cuestión de todo o nada, sino un fenómeno esencialmente graduable. (p. 49).

En desarrollo de lo expuesto, Guastini (2003) realiza un análisis sobre la esencia de la Constitución, propia de los Estados constitucionales a partir de lo que él denomina “condiciones de constitucionalización”. A continuación, una síntesis del abordaje que sobre tales presupuestos hace el citado autor.

- i) Constitución rígida: su forma es necesariamente escrita y las normas que la integran están blindadas, en la medida en que no admiten derogación o modificación, sino únicamente a través de un procedimiento específico, distinto del previsto para esos mismos efectos respecto de las leyes ordinarias, “condición de constitucionalización”

reforzada en regímenes jurídicos, en virtud de los cuales conforme a la doctrina o a la jurisprudencia emanada de los tribunales constitucionales, no es viable bajo ninguna circunstancia la reforma de los principios explícitos o implícitos que contiene el estatuto superior; en ese sentido, la indemnidad de tales componentes, los erige en “Constitución material”; ii) garantía jurisdiccional de la Constitución: traduce la existencia de mecanismos o instrumentos procesales que aseguren la consonancia de las leyes con la norma suprema; iii) “ fuerza vinculante de la Constitución”: hace referencia a que las normas que la integran, trátense de principios o reglas son de carácter jurídico y, por ende, deben ser aplicadas sin mediación de la ley, es decir, detentan el poder para generar por sí mismas consecuencias de tipo jurídico, esta condición constituye un verdadero cambio de paradigma en relación con la Constitución del Estado legislativo, cuya efectividad dependía del desarrollo de sus normas por parte de la ley y comporta un avance jurídico significativo para la defensa de los derechos; iv) sobre interpretación de la Constitución: parte de la premisa concerniente a que en el estatuto superior no existen vacíos, pues es viable derivar de él preceptos implícitos o sobrentendidos, aptos para orientar las relaciones de carácter político y social y, bajo ese entendido, el contenido de las leyes se encuentra predeterminado, negando al legislador cualquier posibilidad de discrecionalidad en el ejercicio de la actividad regulativa; v) aplicación directa de la Constitución: aspecto relevante del fenómeno de constitucionalización, implica que las cartas políticas tienen el poder de direccionar la dinámica social a través de los principios de carácter general y de las disposiciones programáticas que contienen y deben ser utilizadas por los jueces para resolver todo tipo de conflictos, incluso los existentes entre particulares, no solo cuando no encuentren solución en la ley, sino cuando habiéndola sea injusta; vi) interpretación conforme de las leyes: implica optar por la interpretación coherente con la Constitución, es decir, aquella que impida cualquier contradicción de la ley con

el estatuto superior; vii) influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas: estriba en el contenido de la carta fundamental y también en el enfoque que asuman los jueces y los representantes políticos. Así, el primer aspecto se refiere a que algunos regímenes jurídicos atribuyen facultades a las corporaciones judiciales para dirimir controversias de carácter político, con fundamento en los preceptos superiores; el segundo, concierne a que los jueces constitucionales pueden ejercer control de constitucionalidad sobre las leyes, incluso sobre cuestiones políticas, que hacen parte del ámbito de discrecionalidad del órgano legislativo, utilizando para el efecto herramientas de carácter argumentativo como el principio de igualdad con el auxilio del criterio de razonabilidad y la ponderación, tratándose de conflictos entre principios constitucionales. (Guastini, 2003).

3.5 La dignidad humana valor esencial del Estado constitucional

En el Estado constitucional la persona es el centro del Derecho, motivo por el cual el concepto de dignidad humana adquiere relevancia y es el germen moral de donde emanan los demás derechos, cuya protección real constituye la razón esencial de su legitimidad. Este concepto también sirvió de sustento al constitucionalismo como corriente filosófico – política desde sus inicios y durante su desarrollo y logró influir en el diseño del ordenamiento jurídico con sentido progresista (Haro, 2000). Sin embargo, en los albores de este movimiento, la dignidad fue concebida con un limitado alcance, orientado a la protección de las garantías individuales, situación derivada por efecto del liberalismo político.

En palabras de García Pelayo (1996):

Los valores básicos a los que debía servir el Estado de Derecho liberal burgués, a través de su orden jurídico, eran los derechos individuales y, más específicamente, la libertad individual, la igualdad, la propiedad privada, la seguridad jurídica y la participación de los ciudadanos en la formación de la voluntad estatal. Tal criterio coincidía con el sistema de concepciones políticas y de los intereses de los grupos y estratos dominantes, de manera que la dimensión axiológica de la legitimidad se correspondía con su dimensión sociológica, es decir, había una adecuación entre la idea válida del derecho y los intereses de los estratos que, dadas las condiciones históricas, estaban en condiciones de establecer el derecho. (p. 55).

Contrario a lo anterior, el movimiento del constitucionalismo social ampliará el espectro de la dignidad humana a partir del fomento de la igualdad real, cuyo fundamento descansa en el reconocimiento de los derechos sociales y económicos.

Ahora bien, en el abordaje del concepto de dignidad humana es importante el examen de dos perspectivas históricas que han transitado en forma paralela, identificadas por Barroso (2014): i) Aquella que la concibe como una idea vinculada a la posición política o social de algunos individuos o a la relevancia de específicas instituciones, paradigma presente desde la vieja Roma hasta las postrimerías del siglo XVIII. ii) Aquella que descansa en la premisa atinente a que cada persona detenta un valor esencial por su condición de ser humano, cuyos antecedentes más remotos se hallan en las reflexiones de pensadores clásicos, siendo Marco Tulio Cicerón el primero en emplear el concepto desde un enfoque filosófico, desvinculado de contenidos religiosos, visión que ha posibilitado relacionar su significado con la idea de razón y con la potestad autónoma para adoptar decisiones de carácter moral.

También, resulta relevante el enfoque histórico del concepto de dignidad abordado por Habermas (2010), autor que, en tal sentido, identifica tres situaciones significativas: i) Enfoque filosófico desde la antigüedad. ii) Elevación al rango de imperativo categórico con Kant. iii) Incorporación en instrumentos internacionales de derechos humanos y en las Constituciones de los Estados con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial.

La segunda de las situaciones, esbozadas por el autor, hace referencia a la postura de Kant (1797), pensador que erige la dignidad a la categoría de “imperativo categórico”, la cual traduce el deber de actuar “según una máxima que pueda valer como ley universal” (p. 34).

La visión de Kant (1784) sobre la dignidad de la persona está inescindiblemente vinculada a la razón, cualidad que, en su criterio, detenta desde el momento de su emancipación del “paraíso”, situándolo en una posición de privilegio en la sociedad en comparación con los demás seres vivientes, sobre los cuales ejercerá dominio. Esta realidad impone a la persona el cumplimiento de compromisos, por ejemplo, el respeto a los otros, valor fundamental de la civilidad, que comporta tratarlos como iguales que comparten los beneficios del entorno.

A partir de la razón y especialmente a sus implicaciones, el autor concluye que la persona no puede considerarse como un objeto, sino como un fin. En este sentido, refiriéndose a la aludida condición expresa:

Y así colocó al hombre en pie de igualdad con todos los seres racionales, cualquiera que sea su rango, en lo tocante a la pretensión de ser un fin en sí mismo, de ser valorado como tal por los demás y no ser utilizado como mero instrumento para la satisfacción de las distintas inclinaciones. (Kant, 1784, p. 107).

Finalmente, en relación con la tercera situación, concerniente a la positivación del concepto de dignidad en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos y en el escenario jurídico interno de los Estados, acontecida después de la Segunda Guerra Mundial, es preciso aclarar, siguiendo a Barroso (2014) que previo a tal reconocimiento, la referida noción fue insertada en las disertaciones políticas emanadas de los Estados vencedores de la conflagración, erigiéndose en consecuencia en un objetivo de tipo político. Sin embargo, la elevación de la idea de dignidad humana a rango jurídico obedece a una transformación de la visión jurídica, evidenciada en el quebrantamiento de la tradicional división entre el derecho público y el derecho privado y del formalismo basado en la aplicación del método deductivo para dar solución a los conflictos jurídicos, mutación que conllevó a un tipo de interpretación jurídica orientada hacia la filosofía moral y política.

En esta última fase o momento, tal como lo sostiene Fernández Segado (2004) una de las implicaciones del constitucionalismo es la consagración de la dignidad humana como base axiológica de las Constituciones y, por ende, de los sistemas jurídicos; se trata de una situación que permeó escenarios socioculturales bastante heterogéneos, causada por el reproche universal ante los yerros de la Segunda Guerra Mundial.

Corolario de lo expuesto, la última fase abordada generó cambios en la concepción tradicional de constitución. En el nuevo paradigma el valor de la dignidad y los derechos fundamentales de las personas soslayan gradualmente el poder del Estado. (Cea Egaña, 2016).

3.6 Tendencias contemporáneas del Derecho Constitucional

A manera de introito de este acápite, resulta pertinente traer a colación lo expresado por García Barzelatto (1984): “No resulta fácil sistematizar las tendencias contemporáneas constitucionales ya que han ido surgiendo en forma espontánea con el devenir institucional y, además, porque la mayoría de ellas están estrechamente interrelacionadas”. (p. 270).

En el caso concreto de esta investigación, consonante con el objetivo trazado, interesa abordar aquellas tendencias que tienen incidencia en la teoría del derecho y específicamente en las actividades de interpretación y de aplicación del Derecho.

3.7 Limitaciones a la soberanía de los Estados

En este apartado se explican varios de los fenómenos que limitan la autonomía de los Estados en relación con la adopción de las decisiones judiciales. En ese sentido se examinan los siguientes: i) Procesos de integración, ii) Internacionalización del derecho constitucional y iii) Constitucionalización del derecho internacional.

3.7.1 *Procesos de integración*

Sea lo primero aclarar el concepto de integración, cuyo alcance arroja los elementos que lo estructuran. Es unidad en un contexto pluralista y tiene su génesis en la voluntad política de los Estados, que deciden pactarla, pero no en forma intempestiva, sino como resultado de un proceso de discernimiento, a fin de forjar bajo criterios de planificación un sendero también de carácter político. Implica no solo la concreción de acuerdos a través de la manifestación de la libre voluntad, sino la institucionalización de una organización autónoma, revestida de competencias y medios, con potestad para subordinar a los Estados que le entregaron tales facultades y con capacidad para ejercer jurisdicción en el escenario de su ubicación geográfica. (Sáchica, 1990).

Refiriéndose al fenómeno en comento, Haro (2000) sostiene: “Estos procesos han superado el inveterado concepto rígido, absoluto y supremo de la soberanía que en Bodín y Hobbes alcanzaron sus expresiones más relevantes”. (p.17).

De esta manera, los procesos de integración han dado un viraje significativo a la noción convencional de soberanía, en la medida en que ya no es ejercida en forma separada por cada Estado, sino bajo el esquema del consenso con otros Estados. En tal sentido, es preciso resaltar cómo en los albores de la década de los noventa comienza a generarse el ensanchamiento del fenómeno de integración en los ámbitos social, económico y político; se trata de una segunda etapa del regionalismo que se diferencia de los pactos celebrados durante la primera fase, que tuvo ocurrencia en los años setenta, no solo desde el punto de vista cuantitativo, sino cualitativo. Así, sobre este último aspecto se destaca un incremento en el quehacer de las instancias regionales enfocadas más al campo político que a los de

comercio o seguridad atendidos en forma prioritaria en el primer período enunciado. (De Lombaerde, P., Kingah, S. y Rettberg, A., 2014).

En el caso concreto de los países andinos, la integración ha sido una alternativa óptima, en la medida en que les ha permitido afrontar la desigualdad a que se han visto sometidos por efecto de la globalización. (Fernández, A. y Ortiz, E., 2017).

Por otra parte, un tema relevante respecto de los procesos de integración lo constituye la incidencia que estos tienen en el escenario de la interpretación de los derechos. En este sentido, Martínez Dalmau, R. (2016) plantea los interrogantes concernientes a “¿qué implica la interpretación de los derechos en el marco de los procesos de integración y cuál es su relación con la supremacía constitucional?” (p.148). Sobre lo primero, el autor expresa la necesidad de examinar la función que asume el derecho internacional tanto en el ámbito de la interpretación constitucional como en el escenario de los derechos, destacando que ordinariamente las constituciones incorporan preceptos de amplia interpretación, cuyo propósito consiste en invocar los tratados internacionales y el derecho de integración como parámetros orientadores de interpretación para aplicar la normatividad internacional; en aras de ser más explícito en torno al fenómeno descrito trae a colación el caso de las constituciones expedidas en Europa culminada la Segunda Guerra Mundial, que adoptaron las bases del constitucionalismo social, estatutos que consagraron las aludidas disposiciones en respuesta a los desmanes generados por los conflictos ocurridos en los primeros cincuenta años del siglo XX y en aras de contar, en el escenario internacional, con herramientas para salvaguardar los derechos, mediante la creación de instancias judiciales internacionales expertas en derechos humanos, verbigracia, el Tribunal de Estrasburgo y la incorporación de obligaciones de

carácter internacional en los sistemas jurídicos internos de los Estados, que actúan como instrumento de orden preventivo y protector de los derechos. (Martínez Dalmau, 2016).

3.7.2 Internacionalización del Derecho Constitucional

La internacionalización del Derecho Constitucional hace referencia a la extensión o ampliación de las Constituciones por efecto de la figura del bloque de constitucionalidad, en la medida en que sus preceptos son complementados con normas que hacen parte del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Al respecto Quinche (2012) sostiene: “De esta manera, el concepto de Constitución resulta ampliado en tanto que los artículos de la Carta son integrados con otros referentes normativos, en virtud de remisiones expresas que hace el propio texto constitucional”. (p. 72).

Por su parte, Aguilar Caballo (2007) concibe la internacionalización del derecho constitucional como un proceso de interacción entre el derecho internacional de los derechos humanos y la normatividad constitucional que afecta la organización jerárquica del sistema de fuentes jurídicas y la manera en que se hallan engranadas.

Particularmente, en Colombia el proceso de internacionalización del derecho constitucional, se hace manifiesto a partir de normas consagradas en la Constitución Política de 1991, que explícitamente incorporan al ordenamiento jurídico tratados internacionales de derechos humanos. Así, el artículo 53 remite a los Convenios emanados de la Organización

Internacional del Trabajo, el 93 a los Tratados de Derechos Humanos, los cuales no admiten suspensión de los derechos ni aún en los estados de excepción y el 214 a los Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales, los cuales juridifican los principios y reglas concernientes a los conflictos bélicos que integran el Derecho Internacional Humanitario.

Ahora bien, la relevancia de la internacionalización del derecho constitucional o del bloque de constitucionalidad consiste en que sus componentes se erigen en parámetros para la solución de los conflictos jurídicos. En este sentido, la Corte Constitucional refiriéndose a la incidencia de esa figura en el control de constitucionalidad expresó:

Debe realizarse no solo frente al texto formal de la Carta, sino también frente a otras disposiciones a las que se atribuye jerarquía – bloque de constitucionalidad stricto sensu-, y en relación con otras normas que, aunque no tienen rango constitucional, configuran criterios necesarios para el análisis de las disposiciones sometidas a su control – bloque de constitucionalidad lato sensu-. (Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C - 200/2002).

3.7.3 *Constitucionalización del Derecho Internacional*

La constitucionalización del derecho internacional es un fenómeno jurídico que erige a los tratados de derechos humanos en Constituciones y está estrechamente ligado a la fase de convencionalidad del Derecho en los Estados latinoamericanos, precedida por las etapas de legalidad y de constitucionalidad. El juez Cançado Trindade lo define como “el proceso en virtud del cual se acepta que los tratados sobre derechos humanos tienen una dimensión

constitucional". (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Voto disidente, Caso Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú, Sentencia noviembre/2007).

En efecto, tal como sostiene Ferrajoli (2003) citado por Quinche (2013) el Derecho de los Estados mencionados ha transitado por tres periodos: i) Legalidad, que tuvo una duración de dos siglos, y se caracterizó por la hegemonía de la ley en el sistema de fuentes jurídicas, ii) Constitucionalidad, cuya connotación consiste en la institucionalización de la Constitución como norma suprema y iii) Convencionalidad, que sitúa a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y a los tratados que hacen parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en la cúspide de las pirámides normativas de los Estados.

Ahora bien, la convencionalidad, última fase del Derecho en los Estados Latinoamericanos, ha dado lugar al control de convencionalidad ejercido en el ámbito regional por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en virtud del cual el órgano jurisdiccional podrá modificar o derogar normas jurídicas de los sistemas jurídicos de los Estados parte de la Convención cuando sean incompatibles con esta o con los tratados que hacen parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

En el ámbito interno de los Estados, este mecanismo debe ser ejercido por las autoridades administrativas y judiciales, de conformidad con los estándares jurisprudenciales emanados de la CIDH, tema que será ampliado en próximo acápite. Sin embargo, merece destacarse la influencia que ha ejercido la jurisprudencia emanada de la Corte Interamericana en variedad de sentencias emanadas por la Corte Constitucional.

Al respecto, Córdoba (2007) afirma:

La Corte Constitucional ha señalado que la Jurisprudencia de la Corte Interamericana constituye un referente que debe ser atendido por los operadores jurídicos nacionales, pero, en particular, por la propia Corte Constitucional. Por ello, un número importante de las decisiones de la Corte Constitucional han estado justificadas, entre otros argumentos, en las decisiones de la Corte Interamericana. Algunos salvamentos o votos particulares señalan que la razón de su desistimiento es la doctrina de la Corte Interamericana. (p. 668).

Igualmente, sostiene:

En efecto, la Corte se ha servido de la interpretación autorizada de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos que ha realizado la Corte Interamericana para resolver casos relacionados con el derecho de asociación sindical, con las garantías propias del proceso, con los derechos de las víctimas de violaciones a los derechos humanos, con la incorporación del derecho internacional humanitario al ordenamiento interno, entre otros. (Córdoba, 2007, p. 671).

Tabla 2.

APLICACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CIDH AL DERECHO CONSTITUCIONAL COLOMBIANO (Córdoba, 2007).

Sentencia Corte Constitucional	Caso o tema	Referentes o contenidos de sentencias CIDH.
--------------------------------	-------------	---

T 679/2005	Libertad de expresión	Insistencia “en la necesidad de aplicar las disposiciones más favorables a la garantía del derecho a la libertad de expresión”.
C 228/2002	Derechos de las víctimas	“Las medidas legislativas que impidieran a las víctimas de violaciones de derechos humanos, conocer la verdad de los hechos, resultaban contrarios a la Convención Americana sobre Derechos Humanos”.
C 251/2002	Ley de seguridad y defensa nacional	“Los derechos humanos son esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en las que solo puede penetrar limitadamente. Así, en la protección de los derechos humanos está necesariamente comprendida la noción a la restricción al ejercicio del poder estatal”.

Fuente: Elaboración propia

3.8 La discrecionalidad en la adopción de las decisiones jurídicas

El tránsito del Estado de legalidad al Estado constitucional generó un cambio de paradigma en el papel de los jueces. En el primero de los modelos se limitaron a administrar justicia y a aplicar la ley, basándose, fundamentalmente, en la subsunción o en el método deductivo. En el segundo, vigente aún, se convirtieron en impartidores de justicia o creadores del derecho.

Este nuevo rol de los jueces es consecuencia del principio de supremacía constitucional, de la aplicación directa de la Constitución y de la preponderancia de valores y principios que hoy no solo limitan el ejercicio del poder político, sino que direccionan el quehacer de la actividad estatal.

Tal como lo sostiene Cappelletti (1990) citado por Tobo (1994, p. 103):

El juez, a través de sus decisiones pone en relación los principios y normas constitucionales con la ley y con los hechos, y en desarrollo de su actividad ejerce una discrecionalidad interpretativa que limita el sentido político de los textos constitucionales, así la legislación y la decisión judicial se constituyen en procesos de creación del derecho.

En relación con la figura de la discrecionalidad, García Amado, (2006), la define como:

La libertad de que el juez disfruta a la hora de dar contenido a su decisión de casos sin vulnerar el Derecho. Por tanto, cuando afirmamos que tal discrecionalidad existe en algún grado, queremos decir que el propio Derecho le deja al juez márgenes para que éste elija entre distintas soluciones o entre diferentes alcances de una solución del caso. (p. 151).

Ahora bien, este margen de amplia libertad para decidir se evidencia en las sentencias emanadas de los tribunales constitucionales en lo tocante a los derechos fundamentales,

normas de carácter abierto, que dada su naturaleza se ubican dentro de los denominados casos difíciles para el Derecho.

Tal situación es abordada por López (2011) autor que hace referencia a ella únicamente frente al comportamiento de la Corte Constitucional, pero realmente configura un común denominador de los tribunales constitucionales.

Al respecto, afirma:

En ese sentido, cuando la Corte Constitucional enfrenta este tipo de casos tiene la potestad de plantear varias interpretaciones y escoger la que considere pertinente para justificar su decisión. Si la Carta no da respuestas, la Corte elabora su propia solución en construcciones iusfilosóficas y en ocasiones morales. (López, 2011, p. 190).

Luego, entonces, los tribunales constitucionales detentan un poder desmedido, por encima del cual no existe control alguno, situación que eventualmente podría degenerar en arbitrariedad; de ahí la necesidad de limitar bajo criterios de racionalidad la discrecionalidad que ejercen a través de los fallos relacionados con los derechos fundamentales como normas de tipo abierto.

Igualmente, la discrecionalidad que hoy detentan los jueces y de manera especial los tribunales constitucionales, también está determinada por las inevitables transformaciones sociales, que desbordan o desactualizan el contenido del Derecho y, por ende, conllevan a una praxis interpretativa que comporta la mutación de los preceptos jurídicos para hacerlos coherentes con la realidad vigente a la hora de adoptar las decisiones.

De esta manera, Canosa (2008), citado por Martínez Dalmau (2016) sostiene:

Esta posibilidad de elegir entre mantener el sentido tradicional o desvelar otro tanto hasta entonces oculto, presupone un intérprete creador, alejado del modelo del juez ventrílocuo que imperó durante tanto tiempo [...]. Al interpretar en clave evolutiva, el juez no puede expresar estas voluntas legislatoris que no pudo prever cómo la realidad futura evolucionaría, sino que, constreñido por esos cambios, ha de hallar en el enunciado normativo, un sentido, una norma concreta, que permita a la disposición seguir siendo eficaz. (p. 134).

En definitiva, la discrecionalidad es una realidad ineludible y en criterio de Iglesias Vila (1999) se trata de una herramienta útil para diversos fines, tales como, la protección de derechos fundamentales implícitos, la resolución en justicia de los conflictos y la flexibilización del excesivo formalismo del derecho frente al carácter cambiante de la sociedad.

3.9 El modelo neoconstitucionalista

El modelo neoconstitucionalista o nuevo constitucionalismo hace referencia a una de las tendencias contemporáneas del derecho constitucional, que logró unir los aportes más significativos de dos trayectorias constitucionales: la francesa y la norteamericana. Tales aportes se traducen en fortalezas que consisten, para el primer caso, en un sólido alcance normativo, que se propuso orientar el contenido de las acciones del Estado y, para el segundo, en la vinculatoriedad de la Constitución por efecto de la aplicación del principio de supremacía constitucional. Esta fusión constituye la visión del autor Prieto Sanchís (2001) como “modelo de Estado de derecho” (p. 201). Sin embargo, basado en una visión integral, el citado autor

también examina la tendencia neoconstitucionalista desde los enfoques de “teoría del derecho e ideología que explica la fórmula política designada” (p. 201).

En relación con la perspectiva del neoconstitucionalismo como teoría del derecho, es preciso sostener que el actual contexto constitucional evidencia peculiaridades tales como la supremacía y aplicación directa de la Constitución, la consagración y preponderancia de contenidos abiertos y el ejercicio difuso de la función creadora del derecho, dado que hoy la asume no solo el legislador, sino los tribunales constitucionales. Estos órganos jurisdiccionales detentan amplias facultades para decidir los conflictos, situación que se evidencia en las sentencias que emanan.

Coherente con lo expuesto, Prieto Sanchís (2001) sostiene:

La exigencia de renovación es más profunda, de manera que el constitucionalismo esté impulsando una nueva teoría del Derecho, cuyos rasgos más sobresalientes cabría resumir en los siguientes cinco epígrafes, expresivos de otras tantas orientaciones o líneas de evolución: más principios que reglas; más ponderación que subsunción; omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes, en lugar de espacios exentos en favor de la opción legislativa o reglamentaria; omnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario. (p. 207)

La referida realidad jurídica, si bien ha permitido avanzar en el reconocimiento y materialización de los derechos, enfrenta varios inconvenientes: i) Intromisión en el ejercicio de la actividad legislativa por parte de los tribunales constitucionales, fenómeno conocido como “gobierno de los jueces”. ii) Ausencia de control de las decisiones discrecionales para

dar solución a los casos difíciles, dentro de los cuales se ubican las relacionadas con los derechos fundamentales.

Finalmente, respecto del neoconstitucionalismo como ideología, el citado autor parte de la consideración atinente a que el constitucionalismo es el mejor arquetipo del Estado de derecho y, en consecuencia, en aquellos escenarios en los cuales está vigente se evidencia la conexión inevitable del derecho y la moral. (Prieto Sanchís, 2001).

3.9.1 *Discusiones en torno al neoconstitucionalismo*

El examen de este aspecto tiene en cuenta la diatriba, que, en torno a la corriente neoconstitucionalista, protagonizan dos pensadores representativos: Prieto Sanchís y García Amado. El primero, esgrime las tesis defensoras; el segundo, aborda las tesis detractoras. Este paralelo es objeto de análisis por parte de Bernal Pulido (2006).

3.9.1.1 Tesis defensoras.

Para Prieto Sanchís citado por Bernal (2006) los argumentos que tutelan la corriente neoconstitucionalista están relacionados directamente con la Constitución y también con el ámbito de su interpretación. En este sentido sostiene: i) La Constitución incorpora un componente sustancial, integrado por preceptos concernientes tanto a la forma de organización del poder y al procedimiento para la expedición de sus decisiones, como al alcance que estas deben reportar. ii) La Constitución es una norma salvaguardada por los jueces. iii) La Constitución y los derechos fundamentales que incorpora, se proyectan a todo

el ordenamiento jurídico y determinan, en forma absoluta, el contenido de las leyes. iv) La Constitución consagra principios, los cuales incorporan derechos y consecuentes deberes, pero no prevé las colisiones que eventualmente podrían surgir entre este tipo de normas y tampoco los criterios de preeminencia. v) La Constitución propicia la utilización de la técnica de ponderación para solucionar los conflictos que surgen entre principios, determinando cuál debe primar en un caso específico. vi) No existe forma de crear un escenario que permita deslindar o trazar una línea divisoria entre los derechos fundamentales y la ley, de tal manera que exista claridad en torno a las materias, cuya regulación le está vedada al legislador y aquellas en relación con las cuales detenta márgenes de libertad. vii) Presencia de un paradigma argumentativo, basado en el vínculo que existe entre la Constitución y la ley, en consideración a que cualquier conflicto jurídico, por sencillo que sea, estaría constitucionalizado y en ese entendido ningún escenario político escaparía del estatuto superior; así el referido modelo no establece diferencias entre el contexto legislativo y el contexto constitucional y admite la libre disposición para legislar, proscribiendo la arbitrariedad.

3.9.1.2 Tesis detractoras

García Amado, autor que esboza un enfoque positivista de la Constitución estructura su planteamiento crítico en tres puntos: “i) la tripartición positivista y la bipartición neoconstitucionalista sobre la regulación constitucional, ii) el alcance del carácter garantizado de la Constitución y iii) subsunción e interpretación, pero nunca ponderación”. (Bernal, 2006, pp. 13-20).

El punto de partida del autor para atacar la corriente neoconstitucionalista consiste en negar cualquier posibilidad de interpretación de la Constitución, pues en su criterio el contenido de la Carta está limitado exclusivamente a lo que señala. En este sentido, lo divide en tres partes. El primero, prevé aspectos en forma clara; el segundo, consagra materias respecto de las cuales no expresa nada y el tercero, establece elementos sobre cuyo alcance existen dudas. (Bernal, 2006).

De esta manera, desde la perspectiva del autor, la omnipresencia de la Constitución queda desvirtuada, dado que sus efectos no podrían alcanzar aquellos asuntos sobre los cuales no prevé nada en absoluto y, bajo este entendido, considera que los derechos fundamentales tendrían la entidad de proyectarse en el sistema jurídico, pero únicamente en aquello que explícitamente consagran. También, por efecto del mismo enfoque, discrepa de la tesis del paradigma argumentativo que vincula a la Constitución y a la ley, dado que sobre los aspectos no regulados en ella no es viable la constitucionalización. (Bernal, 2006).

En relación con el segundo punto planteado por García Amado, en virtud del cual controvierte “el alcance del carácter garantizado de la Constitución”, Bernal (2006) expresa que el citado autor sí admite la garantía o salvaguarda de la Constitución y el control al que conlleva, pero de carácter mínimo y, por tanto, recaería exclusivamente sobre los preceptos que ostensiblemente contraríen el significado o la semántica de las normas constitucionales.

3.10 El modelo garantista

El modelo garantista propugna por la vigencia de constituciones sustantivas y reforzadas, paradigma propio del actual constitucionalismo. La primera característica se refiere a que los estatutos superiores de los Estados incorporan un compacto contenido moral y político que se evidencia en sus conceptos axiológicos, principios y derechos, cuya misión consiste no solo en restringir el accionar del poder político, sino también encauzarlo al cumplimiento de compromisos que logren hacer efectivos tales componentes.

En este sentido, Pietro Sanchís (2007) refiriéndose a las constituciones sustantivas sostiene:

Recogen un ambicioso horizonte de filosofía moral y política formado por valores, principios, derechos y directrices que no solo pretenden limitar el ejercicio del poder, sino incluso a veces imponer obligaciones positivas. Lejos de lo que representó el constitucionalismo formal de corte kelseniano, cuyo alcance se circunscribía a regular la competencia y el procedimiento de elaboración de las normas (el quien manda y el cómo se manda), el constitucionalismo contemporáneo que se desarrolla en Europa a partir de la segunda guerra pretende incorporar un denso contenido material sustantivo con la pretensión de condicionar muy seriamente aquello que democráticamente puede decidirse por la mayoría. (p. 43).

En cuanto al rasgo garantista es dable sostener que las constituciones del actual constitucionalismo consagran mecanismos para la defensa judicial de los derechos fundamentales, situación que genera una doble implicación jurídica. La primera, se manifiesta

en su positivación jurídica y la segunda se traduce en la posición prevalente que ocupan tales derechos en el sistema jurídico.

En palabras de Pietro Sanchís (2007):

Constituciones garantizadas, porque ese contenido material y singularmente el amplio catálogo de derechos fundamentales goza de una plena tutela judicial, no ya a través del Tribunal Constitucional, sino, lo que es mucho más importante, a través de la acción cotidiana de la justicia ordinaria. En otras palabras, los viejos derechos naturales han dejado de ocupar un espacio en la esfera de la moralidad – tan respetable como jurídicamente inútil- para integrarse resueltamente en el Derecho positivo, y para hacerlo además en su cúspide, en la Constitución. (p. 43).

3.10.1 Alcance: la propuesta de Luigi Ferrajoli

Luigi Ferrajoli es el autor que propone un nuevo paradigma de la democracia, basada no en las decisiones de las mayorías, sino en la realización tanto de los derechos civiles y políticos, como de los sociales, erigiéndolos en garantías sustantivas, limitadoras y determinadoras del accionar estatal. En otros términos, el modelo garantista no concibe la democracia sin derechos, habida cuenta de existir una dependencia inevitable o relación inescindible entre los dos conceptos; en este contexto, los derechos constituyen contenidos de tal preponderancia, que desplazan la hegemonía detentada por mucho tiempo por el legislador y enervan o desvirtúan el dogma atinente a que las leyes se consideraban conformes con la Constitución. Al respecto, Pisarello y Manrique (2008) expresan:

En el Estado legislativo, podía entenderse que la actuación de los poderes constituidos, comenzando por los del legislador, gozaban de una fuerte presunción de legitimidad jurídica. En el Estado constitucional, en cambio, las actuaciones – y omisiones – de los poderes constituidos, incluido el legislador, se tornan tendencialmente ilegítimas en relación con los exigentes contenidos recogidos en las constituciones avanzadas. (p. 21).

Coherente con lo expuesto, bajo el entendido concerniente a que los principios y derechos consagrados en la Constitución conforman el componente sustantivo o esencial del Derecho, Ferrajoli (2008) plantea la necesidad de revestirla de rigidez, atributo que demanda la aplicación de procedimientos especiales para su reforma, distintos de los previstos con ese mismo fin para las leyes ordinarias, el cual también se hace manifiesto a través del juicio de constitucionalidad que recae sobre éstas últimas, cuando entran en contradicción con el estatuto superior.

Ahora bien, esa connotación de la Constitución obliga al legislador a inhibirse de suprimir los derechos fundamentales y, por el contrario, a materializar sus contenidos; se trata de “garantías negativas” y “garantías positivas”. Las primeras, se refieren a interdicciones que fundamentalmente imposibilitan la expedición de leyes incongruentes con la Constitución, en ellas se inscriben tanto los preceptos que regulan su reforma, los cuales la impiden totalmente o la admiten conforme a mecanismos especiales y rigurosos, como los que aluden al control de constitucionalidad. Las últimas, compelen al legislador a proyectar las leyes que tracen el sendero de efectividad de los derechos fundamentales.

3.10.2 *El garantismo como fin del constitucionalismo*

Existe una relación de interdependencia entre el garantismo y el constitucionalismo. El primero en palabras de Prieto Sanchís (2005) citado por Ferrajoli (2013) es un “programa ilustrado” que demanda condiciones para su materialización, siendo el constitucionalismo no solo el escenario propicio para tal propósito, sino el único con entidad de someter el derecho positivo al contenido sustantivo, es decir, al “deber ser constitucional”. A su vez, el constitucionalismo se nutre del programa garantista a fin de soslayar el ejercicio del poder a la efectividad de los derechos fundamentales.

En consecuencia, según Ferrajoli (2013):

El constitucionalismo rígido como se ha desarrollado y ha ido generalizándose en la segunda mitad del siglo XX, equivale al perfeccionamiento y a la completa realización del positivismo jurídico: por así decir a su forma más extrema y acabada. En efecto, gracias al sometimiento al derecho de la producción del derecho mismo, es el propio deber ser del derecho, y no sólo su ser – su modelo normativo y no sólo su existencia – las opciones sustanciales que guían su producción y no sólo sus formas de producción – lo que ha sido positivizado como derecho sobre el derecho; dirigido a limitar y a vincular los contenidos de la legislación a los principios constitucionales. (p. 28).

3.10.3 Criterios que propone el modelo garantista en relación con las decisiones judiciales relativas a derechos fundamentales

Para comprender el alcance de los lineamientos que propone la teoría garantista en torno a la adopción de decisiones judiciales relacionadas con los derechos fundamentales, resulta pertinente abordar como punto de partida la definición que sobre estos esboza.

Para el efecto, fundamentalmente, el autor referente es Ferrajoli (2013), quien no solo emite una definición de los derechos fundamentales, sino que también escudriña, entre otros aspectos, sobre sus fundamentos “axiológicos” y tipología. En relación con el primer tópico, sostiene:

Son derechos fundamentales todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar, entendiendo por “derecho subjetivo” cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por status “la condición de un sujeto prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas. (p. 12)

Respecto a los “fundamentos axiológicos de los derechos fundamentales”, el autor los aborda desde el ámbito de la filosofía política, destacando que los derechos civiles, los derechos de libertad y los derechos sociales descansan en “los valores de la igualdad, la democracia, la paz y la tutela del más débil”. (p. 46)

Seguidamente, se evidencia lo anterior en la siguiente tabla:

Tabla 3

TIPOS DE DERECHOS FUNDAMENTALES (CLASIFICACIÓN REALIZADA POR FERRAJOLI)

Tipos		Denominación
"Derechos atribuidos a todos en cuanto a personas".		"Derechos de la persona".
"Derechos atribuidos a todos en cuanto a personas capaces de obrar".		"Derechos del ciudadano".
"Derechos atribuidos a todos en cuanto a ciudadanos capaces de obrar".		"Derechos civiles y derechos políticos".

Fuente: Elaboración propia.

Revisado, grosso modo, estos aspectos corresponde, ahora sí, examinar los criterios que propone el modelo garantista frente a la adopción de decisiones judiciales, relacionadas con los derechos fundamentales. Para el efecto, es menester tomar como punto de partida las respuestas emitidas por Ferrajoli (2013), en torno a algunas de las preocupaciones planteadas por Ruiz Miguel, referidas a las implicaciones de mayor significación de la diferencia entre validez y vigencia.

Una de ellas, en palabras de Ferrajoli (2013):

Es de carácter teórico político: se refiere a la excesiva discrecionalidad derivada de la indeterminación de muchos principios constitucionales, y por tanto del excesivo poder - tanto más preocupante a causa del carácter tendencialmente conservador o incluso reaccionario, minimizada por mi excesivo optimismo, de gran parte de la cultura jurídica - que el constitucionalismo rígido atribuye a la jurisdicción constitucional. (p. 64).

Ante la objeción descrita, Ferrajoli (2013) plantea dos tipos de argumentos: uno epistemológico y otro fáctico. En este sentido, sostiene que sus tesis se circunscriben a evidenciar la potencial invalidez de carácter sustancial de las leyes cuando resulten incongruentes con los principios constitucionales, los cuales se caracterizan por incorporar contenidos “vagos y/o valorativos”, connotación propia de los ordenamientos pertenecientes a los Estados constitucionales, que como consecuencia generan decisiones de constitucionalidad valorativas y no meramente descriptivas.

Igualmente, sostiene que la causa de inseguridad o ausencia de certeza del derecho y de la discrecionalidad se halla en el lenguaje de los principios constitucionales, materia de interpretación, y en el carácter indeterminado de sus contenidos. Manifiesta compartir el planteamiento de Prieto Sanchís (2003) atinente a la dificultad para deslindar los derechos fundamentales de los límites que les fijan otros derechos de la misma naturaleza.

Por lo tanto, sostiene:

Estos derechos están limitados, pero los límites también lo están y precisamente por los propios derechos, sin que desde la Constitución pueda deducirse en qué casos triunfan unos u otros. Por eso el juicio de ponderación que tan corriente resulta en la jurisprudencia sobre derechos. (Ferrajoli, 2013, p. 91).

De ahí, que el citado autor, frente a la situación descrita, admita espacios de discrecionalidad en la aplicación del referido método por parte de los tribunales constitucionales, que se traducen en la posibilidad que detentan tales corporaciones para elegir entre varias soluciones congruentes con la Constitución. Sin embargo, en su criterio, desde una perspectiva epistemológica el juicio de ponderación no difiere de cualquier otra modalidad de discernimiento jurisprudencial y aclara que, generalmente, mas no en todos los casos, la referida metodología comporta un ámbito más amplio de discrecionalidad que la subsunción. En ese sentido, explica que esa esfera de decisión es un asunto de grado y generalmente su extensión estriba en el significado del lenguaje utilizado en los preceptos, llámense normas o principios.

3.11 Tendencias contemporáneas del derecho constitucional en América Latina

3.11.1 Modificaciones relativas a la parte dogmática de las Constituciones

Uprimny (2011) refiriéndose a los cambios constitucionales surgidos en los Estados latinoamericanos, durante la década de los ochenta y noventa, aborda tanto los relativos a la parte dogmática como los atinentes a la parte orgánica de sus estatutos superiores. Enfatiza

en que, pese a las particularidades, un número considerable de estos converge en la consagración de contenidos comunes.

En este sentido, el citado autor, menciona los contenidos comunes que confluyen en la mayoría de las cartas políticas de estos Estados, destacando: i) la presencia de principios de orden ideológico, verbigracia el postulado político Estado social y democrático de derecho, ii) la concepción pluriétnica de las naciones, iii) el reconocimiento a la igualdad de las distintas confesiones religiosas, iv) la protección de sectores poblacionales históricamente excluidos (indígenas y afrodescendientes), a los cuales se les reconocen derechos especiales que se traducen en el respeto a la diferencia y a la autonomía para elegir a sus representantes y para resolver judicialmente sus conflictos, v) la consagración de derechos humanos civiles y políticos, económicos, sociales y culturales, así como colectivos, aunada a la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos, a la adopción de garantías para su defensa y a la institucionalización de la justicia constitucional. (Uprimny, 2011).

3.12 Convencionalidad y control de convencionalidad

Los Estados latinoamericanos han transitado por tres etapas claramente identificadas: legalidad, constitucionalidad y convencionalidad. Quinche (2013) basado en el orden descrito por Ferrajoli (2003) sostiene:

Dentro de esta dinámica del derecho actual es posible identificar tres procesos recientes de la vida del derecho presentes en la mayoría de los países de América Latina. Una fase inicial que duró casi dos siglos, que puede ser identificada como el proceso de legalización del derecho, en el que simplemente se ejerció control de legalidad. Un segundo periodo, en el que la Constitución Política de los distintos países asume carácter normativo, dando lugar al proceso de constitucionalización del derecho y al control estricto de constitucionalidad; y finalmente un proceso más reciente, de internacionalización de los derechos locales que ha dado lugar en el SIDH (Sistema Interamericano de Derechos Humanos) a la formulación del control de convencionalidad). (p. 176)

De esta manera, en el primero de los procesos la ley ocupó el lugar preponderante en la estructura de las fuentes del derecho de los Estados latinoamericanos, mientras las constituciones fueron concebidas como simples pactos políticos, carentes de vinculatoriedad jurídica; en el segundo, las cartas políticas cambiaron su naturaleza, convirtiéndose en herramientas jurídicas y se situaron en la cumbre de las pirámides normativas; finalmente, el tercer proceso, se caracterizó por la inserción en los sistemas jurídicos de pactos y convenios de derechos humanos, situación que generó la ampliación de los escenarios jurídicos latinos, al menos en su gran mayoría, los cuales ubicaron la Convención Americana sobre Derechos Humanos en la cúspide de sus ordenamientos.

Entonces, la convencionalidad como última fase del Derecho en los Estados latinoamericanos es resultado de los procesos de “internacionalización del derecho constitucional” y de “constitucionalización del derecho internacional” (Albanese, 2008). El primero, se refiere a la adopción del bloque de constitucionalidad por parte de los Estados que

integran el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. El segundo, implica concebir la Convención como una verdadera constitución interamericana y, por ende, como la norma suprema de los sistemas jurídicos internos.

Ahora bien, la última de las fases ha dado lugar a la institución del control de convencionalidad, desplegado a nivel regional por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y en el ámbito de los Estados parte de la Convención están llamados a ejercerlo los jueces y las autoridades administrativas, de conformidad con los estándares jurisprudenciales, emanados del aludido órgano jurisdiccional interamericano.

El referido mecanismo es explicado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los siguientes términos:

Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del poder judicial deben ejercer no solo un control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. (CIDH. Caso Almonacid Arellano contra Chile. Sentencia de 26 de septiembre/2006. Serie C, No. 154, Párr.124).

En todo caso, el control de convencionalidad en el ámbito regional es ejercido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y en el escenario interno de los Estados parte de la Convención por las autoridades judiciales y administrativas. Es decir, el aludido mecanismo está regido por el principio de subsidiariedad.

Al respecto, Hitters (2009) afirma:

El control de convencionalidad es un mecanismo que debe ser llevado a cabo, primero por los cuerpos colegiados domésticos, haciendo una comparación entre el derecho local y el supranacional, a fin de velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales, sea que surja de los tratados, del *ius cogens* o de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y luego esa tarea debe ser ejercida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos si es que el caso llega a sus estrados. (p.109).

Por otra parte, es importante destacar, la amplia vinculatoriedad del control de convencionalidad respecto de los poderes internos, análisis realizado por Bazán (2014), autor que previo análisis de diversos pronunciamientos emanados de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, identifica en relación con el control de convencionalidad un total de seis “eslabones”, los cuales hacen referencia, fundamentalmente, a las autoridades que están obligadas a ejercer el mecanismo procesal. Así, se trata de seis reglas hermenéuticas vinculantes a los Estados parte de la Convención. La primera, emanada del “Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, endilga a la rama judicial el deber de ejercer control de convencionalidad; la segunda, prevista en el “Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú”, aclara que los órganos jurisdiccionales están llamados a ejercer tanto el control de

constitucionalidad como el de convencionalidad a petición de parte y en forma oficiosa; la tercera, proveniente del “Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México”, ratifica y hace énfasis en el deber de ejecución del aludido control por parte de las autoridades judiciales; la cuarta, derivada del “Caso Gelman vs. Uruguay”, hace extensivo el ejercicio de la citada praxis a todas las autoridades sin distinción; la quinta, establecida en los “Casos López Mendoza vs. Venezuela y Atala Riffo y Niñas vs. Chile”, obliga a aplicar el precedente convencional en la resolución de los conflictos judiciales y administrativos; la sexta y última, determina que el control de convencionalidad primeramente debe ser ejercido por las autoridades internas y en su defecto por el órgano jurisdiccional del SIDH.

Corolario de la amplísima variedad de tendencias contemporáneas del derecho constitucional, su examen ha resultado especialmente complejo. Por tanto, consonante con el propósito de este capítulo han sido abordadas aquellas que tienen incidencia en la adopción de decisiones judiciales relacionadas con los derechos fundamentales, destacándose, entre otras, la “internacionalización del derecho constitucional, la constitucionalización del derecho internacional”, la discrecionalidad de los tribunales constitucionales, la presencia de los modelos neoconstitucionalista y garantista, el control de convencionalidad en el ámbito regional y las modificaciones de las constituciones latinoamericanas en sus componentes de orden dogmático.

El surgimiento de tan variadas tendencias en el actual contexto constitucional ha generado transformaciones en el ámbito de la teoría del derecho. La supremacía de la Constitución en el sistema de fuentes jurídicas, su carácter normativo y aplicación directa en la resolución de los conflictos, la textura abierta de las normas contentivas de derechos, el

papel de los tribunales constitucionales como órganos creadores de derecho constituyen particularidades que inciden en forma determinante en el comportamiento de los sistemas jurídicos.

El abordaje de las aludidas tendencias, ha permitido identificar cambios en la racionalidad del derecho, evidenciados en el contenido moral de los principios y en la proliferación de casos difíciles, que han llevado a los jueces a construir argumentos igualmente de orden moral, destacándose en este aspecto, según Pisarello y Manrique (2008) dos tipos de constitucionalismo: el positivista promovido por Ferrajoli, basado en el reparo moral y el no positivista defendido por autores como Ronald Dworkin, Robert Alexy y Carlos Nino.

Igualmente, lo expuesto, devela que los jueces utilizan técnicas de interpretación distintas a las convencionalmente empleadas para descifrar la ley, lo cual demuestra que el derecho no es concebido hoy como un sistema frío, lógico y perfecto, sino como una práctica argumentativa y constitutiva, cuya validez, dada la preponderancia de los derechos fundamentales, es sustantiva.

También, evidencia el fortalecimiento en la defensa de los derechos por efecto de los procesos de integración a que se han sometido los Estados, manifestado en la inserción de tratados y convenios de derechos humanos en los sistemas jurídicos internos y en la aceptación de obligaciones tendientes a lograr su efectividad, así como en la institucionalización de órganos y procedimientos que propenden por asegurar a las personas el acceso a la justicia y la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal. En el ámbito regional, esta situación ha dado lugar a la fase de convencionalidad del Derecho y con ella al

control de convencionalidad que, conforme a los estándares jurisprudenciales emanados de la Corte Interamericana de Derechos humanos, implica para las autoridades administrativas y judiciales de los Estados parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos aplicarla de manera preponderante en la resolución de los conflictos, al igual que los demás tratados que hacen parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y el precedente generado por el referido órgano jurisdiccional.

Además, demuestra como el garantismo propuesto por Ferrajoli admite el contenido valorativo e indeterminado de los principios constitucionales, característico de los ordenamientos pertenecientes a los Estados constitucionales, que como consecuencia generan decisiones de constitucionalidad valorativas y no meramente descriptivas, las cuales constituyen la causa de inseguridad o ausencia de certeza del derecho.

Asimismo, desde la perspectiva garantista posibilitó confirmar no sólo la problemática que existe en el nuevo escenario constitucional para trazar la frontera entre los derechos fundamentales y los límites que les precisan otros derechos del mismo carácter, en la medida en que no existe solución desde la Constitución para determinar cuándo prevalecen los derechos o cuándo sus límites, sino también la manera como la aludida tendencia minimiza las implicaciones generadas por la utilización de la ponderación en materia de discrecionalidad.

Finalmente, la revisión y sistematización del marco teórico concerniente a la manera en que inciden las actuales tendencias del derecho constitucional en el ámbito de la interpretación de los derechos confirma la necesidad de avanzar en la formulación de

propuestas que contribuyan a la solución de problemas aún no resueltos por la teoría del derecho y por el constitucionalismo contemporáneo.

Capítulo 4

Discrecionalidad de la Corte Constitucional colombiana frente a decisiones relacionadas con los derechos fundamentales

4.1 Doctrinas sobre la discrecionalidad judicial

Previo al examen de las doctrinas que estudian la discrecionalidad judicial y los argumentos esgrimidos en su defensa o, por el contrario, de aquellos en los cuales descansa su objeción, conviene definir su alcance y la manera cómo tal potestad se ha acentuado en los Estados constitucionales.

Al respecto, García Amado, (2006) la define como:

La libertad de que el juez disfruta a la hora de dar contenido a su decisión de casos sin vulnerar el Derecho. Por tanto, cuando afirmamos que tal discrecionalidad existe en algún grado, queremos decir que el propio Derecho le deja al juez márgenes para que éste elija entre distintas soluciones o entre diferentes alcances de una solución del caso. (p. 151).

Consonante con la definición expuesta, Hart (2012) admite un tipo de discreción judicial limitada al referirse a las reglas de textura abierta (caracterizadas por espacios de comportamiento, que deben ser desarrollados por los órganos jurisdiccionales), cuya

naturaleza justifica márgenes de elección al juzgador. No obstante, enfatiza en que tales reglas incorporan un “núcleo de significado”, del cual no podría desviarse. Se trata de una potestad creadora del Derecho ejercida por los tribunales, con la virtud de erigir sus decisiones en precedente y, por ende, en criterio vinculante tanto en relación con el alcance irrefragable de las reglas, como también respecto del contenido sobre aquellos aspectos sujetos a discusión.

Pero, Hart no solo defiende y razona sobre un tipo de potestad judicial discrecional limitada, sino direccionada. Al respecto, sostiene:

Los tribunales consideran a las reglas jurídicas no como predicciones, sino como criterios o pautas a seguir, que son lo suficientemente determinados, a pesar de su textura abierta, como para limitar, aunque no para excluir su discreción. De aquí que, en muchos casos, las predicciones de lo que harán los tribunales son como la predicción que podríamos hacer en el sentido de que los jugadores de ajedrez moverán el alfil en línea oblicua: ellas se basan en última instancia en una apreciación del aspecto no predictivo de las reglas, y del punto de vista interno de estas como pautas o criterios de conducta aceptados por aquellos a los que las predicciones se refieren. (p.183).

De otra parte, Aarnio (2016) explica la facultad discrecional de los jueces, tomando como punto de partida la diferencia que existe entre los “casos rutinarios” y los “casos difíciles”. Define los primeros como aquellos que circunscriben el papel de los jueces a la mera aplicación de la ley, haciendo énfasis en torno a la importancia que tiene para esta actividad el conocimiento acucioso de la norma jurídica y del hecho concreto; y los últimos como

aquellos cuya solución admite la aplicación de dos o más normas o varias interpretaciones frente al precepto jurídico que ha de tenerse en cuenta para el mismo propósito.

El citado autor a fin de hacer más comprensible la naturaleza de los casos difíciles plantea, como ejemplo, la exigencia prevista en la Ley Civil finlandesa para que un heredero pueda hacer efectiva la transferencia de aquella parte del patrimonio del causante que le corresponde debe constar por escrito, destacando en ese sentido que la norma no aclara el significado de la expresión “por escrito”, pudiendo, entonces, interpretarse de diversas maneras. “Existen varias posibilidades: puede ser un documento, un documento firmado, un documento firmado al mismo tiempo por las partes de la transacción, un documento firmado ante testigos, etcétera”. (Aarnio, 2014, p. 27).

Justamente, las especificidades de estos casos determinan espacios de libertad al momento de adoptar decisiones judiciales a las cuales el referido autor también denomina discrecionales:

A fin de distinguirlo de las decisiones rutinarias, este tipo de decisión puede ser llamado decisión discrecional. Un rasgo típico es que más de una norma jurídica puede ser aplicada al mismo conjunto de hechos o la misma norma jurídica permite más de una interpretación. (Aarnio, 2016, p. 27).

De la misma manera, Navarro (1993) como se cita en Hart (1993) considera, entre otras situaciones, que un caso es difícil si los enunciados normativos incorporan términos ambiguos o nociones vagas o de textura abierta.

Así, la potestad discrecional de los jueces deviene por el surgimiento de los casos difíciles y comienza a ser reconocida y aceptada desde el momento en que pudo constatarse que ni la Escuela de la Exégesis ni la Jurisprudencia de Conceptos contaban con las respuestas precisas para todos los conflictos.

Tal como sostiene García Amado (2006):

Las referidas escuelas entraron en crisis “en las últimas décadas del siglo XIX y ya no pudo superar las críticas devastadoras de autores como Ihering de la segunda época o de Gény, primeramente, y luego los embates definitivos de la Escuela de Derecho Libre o de las distintas corrientes de Realismo Jurídico o de Kelsen. (p. 157)

También destaca García Amado (2006) que tales doctrinas coinciden en que no existe sistema jurídico que pueda garantizar “aquellos tres idílicos caracteres de plenitud (ausencia de lagunas), coherencia (ausencia de antinomias) y claridad (ausencia de indeterminación)”. (p. 157).

Igualmente, Cardozo (1928) citado por Ruiz (2016) considera que no existe sistema jurídico escrito con entidad para sustraerse de la discrecionalidad. En ese sentido, plantea el siguiente interrogante:

¿Dónde encuentra el juez el Derecho que expresa en su sentencia? Hay veces en que la fuente es obvia. La norma que se ajusta al caso puede ser proporcionada por la Constitución o por una ley. Si eso es así, el juez no mira más allá. Una vez cerciorada la correspondencia, su deber es obedecer. (p.16)

Asimismo, Cardozo (1928) citado por Ruiz (2016) identifica la dificultad que sobreviene cuando es menester revelar o desentrañar el alcance de las normas jurídicas positivadas, preocupación que aumenta cuando son cubiertas las lagunas propias del Derecho, sean ínfimas o de significación, situaciones concebidas como manifestación de la actividad legisladora.

Sin embargo, tal como sostiene Ruiz (2016) como se cita en Bulygin (2005) se trata de una realidad respecto de la cual no existe convergencia entre los doctrinantes y teóricos del derecho, panorama evidenciado por la presencia de tres corrientes en torno al tema:

- a) La teoría que sostiene que el Derecho, entendido como el conjunto de normas generales, es creado por el legislador y que los jueces se limitan a aplicarlo a casos particulares – esta sería la teoría tradicional-.
- b) La teoría para la cual el Derecho es el conjunto de todas las normas, generales e individuales, y que sostiene que los jueces crean Derecho porque crean normas individuales – cuyo más celebre representante sería Kelsen-.
- c) La teoría que sostiene que los jueces no crean Derecho en situaciones normales, pero si lo hacen cuando crean normas generales en situaciones muy especiales – esta sería la teoría defendida por el propio Bulygin-. (Ruiz, 2016, pp.16-17)

Adicionalmente, Ruiz (2016) analiza el criterio del autor De Asís Roig (1995), en torno al tema de la discrecionalidad y creación del derecho, que toma en cuenta las cuatro realidades descritas por Peces-Barba, las cuales evidencian los escenarios o márgenes de libertad de los jueces en el ámbito de la construcción del derecho: i) la generalidad de los jueces crea derecho al dirimir los conflictos cuando emiten pronunciamientos frente a las reclamaciones realizadas por las personas, actividad que desarrollan conforme a las normas del sistema jurídico; ii) los jueces de lo contencioso administrativo al ejercer control de legalidad sobre los decretos reglamentarios generan normas negativas y de orden general; iii) el tribunal constitucional crea normatividad negativa, resultado del control de constitucionalidad y normatividad positiva, derivada de la actividad interpretativa de la Constitución; iv) los jueces de cierre o que concluyen las instancias y, por ende, emanan las sentencias definitivas, están facultados por el ordenamiento jurídico para crear normas de carácter general.

Ahora bien, el poder discrecional ha venido incrementándose especialmente en los tribunales constitucionales cuando adoptan decisiones relacionadas con los derechos fundamentales, realidad que obedece al proceso de transición del contexto de legalidad al contexto de constitucionalidad, fenómeno que ha dado lugar al surgimiento de los Estados constitucionales, forjando modificaciones de relevancia en el ámbito de la teoría del derecho, destacándose, entre otras, la supremacía y aplicación directa de la Constitución, la consagración y preponderancia de contenidos abiertos y el ejercicio difuso de la función creadora del derecho, que hoy ejerce no solo el legislador, sino los órganos jurisdiccionales de carácter constitucional.

La situación descrita, si bien ha posibilitado el avance en el reconocimiento y materialización de los derechos fundamentales, enfrenta un inconveniente de significación; se

trata de la ausencia de control de las decisiones discrecionales para dar solución a los casos difíciles, dentro de los cuales se ubican las relacionadas con los derechos fundamentales.

4.2 Doctrinas que la objetan

El estudio de las doctrinas que rechazan la discrecionalidad judicial es preciso abordarlo desde el enfoque racional logicista, cuyo origen se encuentra en el examen que sobre los juicios analíticos realizó Aristóteles (1982). Realmente, el filósofo halló la diferencia entre los mencionados y los juicios dialécticos, o expresado, con otro alcance, entre la demostración y la argumentación.

En este sentido, Aristóteles (1982) sostiene: “Hay demostración cuando el razonamiento se origina a través de cosas primordiales y verdaderas; en cambio, es dialéctico el razonamiento construido a partir de cosas plausibles”. (p. 90). La demostración conlleva a la estructuración de silogismos jurídicos, conformados por una premisa mayor (una norma general del sistema jurídico), una premisa menor (un caso específico) y la conclusión o resultado de la subsunción de esta última en el enunciado normativo, caracterizada por su exactitud; se trata, fundamentalmente de la aplicación del método deductivo, idóneo para la solución de casos sencillos o paradigmáticos.

Contrario a lo expuesto anteriormente, la argumentación que descansa en los juicios dialécticos, en lugar de exactitud, implica probabilidad y es acertada para construir decisiones que posibiliten resolver casos difíciles para el derecho, verbigracia aquellos que no encuentren

respuesta en el ordenamiento jurídico o cuyas normas aplicables incorporen términos ambiguos, susceptibles de ser interpretados de diversas maneras.

Ahora bien, el enfoque racional logicista, conforme lo concibe García Amado (2003), acudiendo a un criterio histórico, comprende las Escuelas de la Exégesis y de la Jurisprudencia de Conceptos, cuyo alcance será abordado a continuación.

4.2.1 La Escuela de la Exégesis

La Escuela o movimiento de la Exégesis es de origen francés y se planteó como objetivo la estructuración de un sistema jurídico perfecto. Pretendió positivizar las respuestas o soluciones a todos los asuntos, situaciones fácticas o conflictos a fin de evitar cualquier posibilidad de interpretación del derecho a los jueces.

En ese sentido, Montesquieu (1906), afirmó:

Pero si los tribunales no deben ser fijos, las sentencias deben serlo hasta el punto de no discrepar lo más mínimo del texto expreso de la ley. Si representan una opinión particular del juez, viviríamos en sociedad sin saber con precisión las obligaciones que nos impone. (p. 230)

En torno a las particularidades de esta escuela Halpérin (2003) basado en Bonnecase (1924) sostiene:

Bonnecase afirmó alto y claro – al referirse a los propósitos de Glasson- la existencia de una Escuela de la Exégesis como marca de la historia de la ciencia del derecho civil en Francia en el siglo XIX. Esta Escuela tendrá, según él, su propia “doctrina” que respondía a cinco rasgos característicos: i) el culto al texto de la ley, ii) el predominio de la investigación de la voluntad o intención del legislador, iii) un carácter profundamente estatalista, iv) el recurso ilógico y paradójico a la noción de Derecho y v) la fuerza del argumento de autoridad. (p. 267).

De esta manera, la Escuela de la Exégesis posicionó al parlamento francés frente a los demás poderes del Estado, especialmente respecto del judicial, situación que obedece a la relevancia de la voluntad popular que el cuerpo legislativo detentaba desde los albores del proceso posrevolucionario.

Coherente con la situación descrita, resultaba inviable cualquier objeción o refutación a las leyes, consideradas como actos jurídicos incuestionables por la potísima razón de provenir del parlamento, órgano considerado en palabras de López (2006) como defensor natural de los derechos.

Así, Montesquieu (1906), refiriéndose a la justificación de la voluntad popular representada por el parlamento francés expresó:

Puesto que, en un Estado libre, todo hombre, considerado como poseedor de un alma libre, debe gobernarse por sí mismo, sería preciso que el pueblo en cuerpo desempeñara el poder legislativo. Pero como esto es imposible en los grandes Estados y como está sujeto a mil inconvenientes en los pequeños, el pueblo deberá

realizar por medio de sus representantes lo que no puede hacer por sí mismo. (p. 230).

Ahora bien, el movimiento o Escuela de la Exégesis estuvo sometido a severas críticas desde los actos preparatorios o previos a su implementación. En efecto, en el Discurso Preliminar sobre el Proyecto del Código Civil, Portalis (2014) manifestó:

Hemos evitado, igualmente, la peligrosa ambición de querer regular todo y prever todo. ¿Quién podría creer que los mismos a los que el código les parece demasiado voluminoso son quienes osan ordenar imperiosamente al legislador la terrible tarea de no dejar nada a la decisión del juez? Hágase lo que se haga las leyes positivas no podrían reemplazar jamás la razón natural en las cuestiones de la vida: las necesidades de la sociedad son tan variadas, la comunicación entre los hombres es tan activa, sus intereses tan abundantes y sus relaciones tan amplias que es imposible que el legislador atienda a todo. En las materias que atraen especialmente su atención hay multitud de detalles que se le escapan o que son demasiado conflictivos y variables para convertirse en objeto de un texto legal. (p. 13).

En definitiva, el descomunal propósito de juridificar plenamente las problemáticas provenientes de la realidad social resulta inviable, máxime en consideración a que la dialéctica de la vida en sociedad es sumamente vertiginosa y el Derecho difícilmente puede anticiparse a la pluralidad de sus mutaciones y vicisitudes.

4.2.2 La Jurisprudencia de Conceptos

La jurisprudencia de conceptos es definida por Haferkamp (2011) como un lineamiento jurisprudencial fundamentado en categorías precisas; se trata de una corriente que fomentó la interpretación basada en la lógica y circunscribió el papel de los jueces a la aplicación de la ley. Consideró al Derecho como un sistema pleno, carente de vacíos y estructurado en forma de conceptos jurídicos.

Según Llano (2009) fue Rudolf Ihering el precursor de la noción de “construcción jurídica”, entendida por el pensador como el papel vital de la jurisprudencia, en virtud del cual aplicando la metodología de análisis y síntesis logra transformarse el Derecho en conceptos y erigirlo en una entidad jurídica.

Al respecto, Ihering (1857) citado por Llano (2009) explica el fenómeno como “el paso del Derecho de este estado inferior de agregación a otro estado superior creado por la construcción jurídica y en el que la materia prima se disuelve en conceptos”. (p. 45). En ese sentido, tal como afirma Llano (2009) la expresión construcción se asimila al concepto de dogmática y cita a Bobbio (1965), autor que la define desde una doble dimensión: i) la dinámica, resultado de la creación de los juristas y ii) la estática hace referencia a los “modelos” establecidos para el ejercicio de creación.

Justamente, los avances tan importantes de la dogmática en la producción de conceptos a partir de preceptos consagrados en el Derecho propiciaron el surgimiento de la jurisprudencia de conceptos, concebida como una teoría de naturaleza formalista que, en el ámbito de la interpretación, concedió preeminencia a la lógica y/o al método deductivo utilizado

entonces por los jueces en la resolución de los conflictos, aspectos que esta corriente comparte con la Escuela de la Exégesis.

En efecto, para Lloredo (2013), autor que analiza el pensamiento de Ihering, en sus dos fases, primero como bastión de la jurisprudencia de conceptos y luego como detractor de esta, la misión del Derecho consistiría en develar elementos a partir de preceptos o dogmas, aplicando una especie de decantación y creación jurídica que posibilitara garantizar no solo la exactitud, sino la coherencia del sistema jurídico hasta el punto de contar con respuestas para cada conflicto y precaver las antinomias o lagunas normativas.

De esta manera, sostiene:

La tarea de la ciencia del derecho sería la de descubrir estas nociones implícitas mediante una labor de desbroce y construcción jurídica para así poder dotar de coherencia al ordenamiento y suministrar soluciones jurídicas a cualquier controversia que se presentara. De acuerdo con esta forma de ver el derecho, no existiría en este ningún resquicio posible, ni habría razón para tener una hipotética situación de contradicción entre normas, ni de lagunas o casos irresolubles. (Lloredo, 2013, p. 239).

Norberto Bobbio (1965) citado por Llano (2009) aborda las especificidades de esta teoría utilizando, para el efecto, el método comparativo, desde el cual la contrasta con la jurisprudencia de intereses, teoría jurisprudencial que se inscribe en el contexto de las escuelas sociologistas defensoras del método de interpretación histórico y del papel creador

de los jueces. Al respecto, sostiene: “la jurisprudencia de conceptos en conservadora, en tanto que la jurisprudencia de intereses es progresista”. (p. 47).

La anterior aseveración es desarrollada por Llano (2009) basado en Bobbio (1965):

Dada su natural resistencia a los cambios, el juez conceptualista puede, en efecto, parecernos más conservador que un juez realista como Oliver Wendell Holmes, partidario de realizar una interpretación evolutiva y creadora del Derecho en la que se tengan en cuenta elementos de juicio como la equidad, la eficacia jurídica, la conciencia social o la coyuntura política y económica. (p. 47).

El derecho exacto es criticado por Ihering (1978) en su segunda fase. Al respecto, merecen ser analizados dos planteamientos del autor. En el primero, censura la exigencia convencional impuesta a los jueces atinente al deber de incorporar en las sentencias el contenido de la ley, de la norma legal aplicable al caso, materia de examen, cuyo propósito si bien es cierto persigue evitar la arbitrariedad, también, en criterio del autor, afecta el avance del derecho, propiciando que tal cometido lo asuma en forma privativa el órgano legislativo, situación conveniente en el ámbito de aplicación del derecho penal, mas no del derecho civil, en consideración a que para esta disciplina jurídica los jueces están llamados a motivar objetivamente sus decisiones, pero no a acatar estrictamente el tenor literal de las leyes.

En el segundo, ataca la forma de organización de los sistemas jurídicos por casos, modalidad que conlleva a prever con criterio de plenitud los conflictos jurídicos y las soluciones que corresponden a cada uno a fin de someter a los jueces al imperio de la ley y,

específicamente, a su rigor literalista, evitando los más mínimos márgenes de libertad en la proyección de sus decisiones.

Al respecto, sostiene:

Hay una forma de organización del derecho, que tiende al mismo fin, pero que lo persigue de una manera más imperfecta todavía. Es la forma casuística que, en vez de dar al juez principios generales cuya aplicación adecuada se deja a su propia inteligencia, le da disposiciones de detalle para cada caso particular, fórmulas jurídicas que prevén todas las especies posibles de cuestiones jurídicas, eximiéndole de ulterior investigación. Semejante organización está condenada de antemano. ¿Cómo, en efecto, prever la infinita variedad de los casos particulares que pueden presentarse? Es querer hacer puramente mecánica la aplicación de la ley e inútil el pensamiento del juez. Se recuerda involuntariamente al pato de Vaucanson que digería de un modo automático: se introduce la especie a decidir en la máquina de juzgar y sale bajo forma de sentencia. La experiencia hizo justicia a este sistema. El legislador no puede suplir la inteligencia del juez; por este camino solo consigue adormecerla. (Ihering, 1978, pp. 191-192).

Ahora bien, tanto la Escuela de la Exégesis como la Jurisprudencia de Conceptos hacen parte del denominado "Formalismo jurídico del siglo XIX" (García Amado, 2006), afianzado en la forma del Derecho, persigue alcanzar un componente invariable que le permita oponer resistencia a las transformaciones ineludibles de la realidad. En consecuencia, esta ideología del pensamiento jurídico se propone preservar los valores de estabilidad, orden, seguridad y coherencia de los sistemas jurídicos. (Llano, 2009).

Coherente con lo expuesto, el “Formalismo jurídico del Siglo XIX”, ideología en la cual se inscriben las enunciadas escuelas, presenta las siguientes especificidades: i) concibe sistemas jurídicos perfectos que, por ende, disponen de una sola solución para cada situación problemática; ii) la función del juez se circunscribe a subsumir el caso específico en la regla establecida en el ordenamiento jurídico, por tanto, su ejercicio genera como resultado un juicio bajo la modalidad de silogismo jurídico, es decir, existen dos premisas de las cuales emana la conclusión, no habría presupuestos diferentes que sustenten la decisión; iii) la actividad judicial es de carácter cognoscitivo, habida cuenta de encontrarse limitada a identificar en el sistema jurídico la solución al caso sometido a su conocimiento y en ese sentido desprovista de juicios valorativos de orden político o moral. (García Amado, 2006).

En consecuencia, la ideología del “Formalismo jurídico del Siglo XIX”, en la que se inscriben las Escuelas de la Exégesis y de la Jurisprudencia de Conceptos, negó a los jueces los más mínimos espacios de creación o interpretación del Derecho, en otros términos, proscribió la discrecionalidad judicial.

4.2.3 El formalismo jurídico del siglo XX

Según López Hernández (2001), el término “formalismo jurídico” fue adoptado con posterioridad a la Primera Guerra Mundial, en contraposición a la corriente antiformalista surgida en Norteamérica, integrada por pensadores que promovieron el Derecho desde un enfoque “pragmático, instrumentalista y sociológico”, entre los cuales se destaca Holmes y Pound, tendencia que posibilitó el tránsito al movimiento realista, abanderado por Llewellyn y Frank. Empero, el citado autor enfatiza en que el antecedente más remoto de la corriente

formalista se encuentra en la Primera Guerra Civil, cuyo principal exponente fue Christopher C. Langdell, precursor del Derecho como ciencia en Estados Unidos.

Por su parte, Grey (1983), citado por López Hernández (2001), expresa que este primer modelo formalista es el denominado “sistema ortodoxo clásico”, en razón a que constituye el germen o referente que ha servido de base a las tendencias formalistas ulteriores y se caracteriza, fundamentalmente, por los siguientes aspectos: i) las soluciones deben encontrarse desde la regulación del Derecho, no admite contenidos de orden extrajurídico, razón que demanda una completa y clara previsión, de tal forma que las decisiones emanan de la mera aplicación de los preceptos normativos a los conflictos o situaciones fácticas, sin que sea viable, en absoluto, la discrecionalidad judicial; ii) el Derecho es concebido como un orden coherente, conformado por conceptos y principios genéricos, estructura desde la cual se infieren las normas para dar solución a los problemas jurídicos y iii) el Derecho es erigido como un ordenamiento independiente, por ende tanto las normas como los principios que lo integran son completamente jurídicos y no admiten emanaciones de tipo externo, verbigracia de “la filosofía, la moral o la política económica”, contenidos que ordinariamente están sometidos a diatriba al interior de la sociedad.

Ahora bien, autores como García Amado (2006), conciben el formalismo del Siglo XX como “nada ingenuo” y en él inscribe a la Jurisprudencia de Valores, el pensamiento de Dworkin y el neoconstitucionalismo, cuyo punto de convergencia consiste en negar la discrecionalidad. Así, la Jurisprudencia de Valores, corriente del pensamiento jurídico alemán que emerge finalizada la Segunda Guerra Mundial, parte del presupuesto atinente a que el Derecho no solo está conformado por las normas positivadas, sino también por contenidos axiológicos, esto es,

valores articulados como un sistema que lo cimientan, cuyo alcance es determinante para superar las dificultades en materia de interpretación jurídica.

Gracias a esos valores los graves problemas que para su aplicación presenta el derecho positivo se tornan resolubles cuando se trata de aplicar a los casos el conjunto total del Derecho, incluyendo tales valores. Así, las lagunas no habrán de resolverse desde la discrecionalidad del juez que no encuentra norma positiva, pues podrá hallarla prepositiva, yacente en ese sustrato valorativo; las antinomias se darán sólo en la superficie, al nivel de los enunciados, pues en su fondo valorativo el Derecho brinda solución coherente y única para cada caso, ya que la justicia, en tanto que supervalor, no puede ser contradictoria o equívoca; y, sobre todo, lo que en el plano del lenguaje de las normas positivas puede dar lugar a dudas interpretativas, se vuelve claro cuando se atiende a ese fondo material de valores que alienta bajo cada norma e inspira su lectura desde los casos, por lo que interpretar ya tampoco es elegir, más o menos razonadamente, entre significados posibles de la norma, sino conocer, descubrir, allá en el fondo del Derecho, en su subsuelo de valores, en su cimiento axiológico, la verdadera solución de cada caso. (García Amado, 2006, p. 162).

Por su parte, Dworkin cuestiona la discrecionalidad judicial, porque considera la solución normativa en relación con los conflictos dudosos, como una creación proveniente del juez, muy a pesar de que su actuación está guiada por los límites que demarcan el ámbito de la indeterminación de la norma legal y también en razón a que la norma emanada del juez es utilizada para resolver conflictos anteriores a su creación, situación que afecta el principio de irretroactividad. En este sentido, la propuesta del autor, para evitar tales inconvenientes,

radica, primeramente, en entender que el Derecho está estructurado por dos componentes: i) los preceptos jurídicos positivados y ii) los principios o los valores morales históricamente aceptados por una sociedad determinada - estos últimos constituyen la esencia y explicación de los preceptos o reglas y se sitúan en la cúspide del sistema jurídico – y, segundo, en el hecho atinente a que no solo es posible saber en forma exacta el alcance de esos principios, sino también hallar o desentrañar la única y correcta respuesta para cada conflicto en la referida estructura jurídica, cometido que le corresponde al juez. (García Amado, 2006).

4.3 Doctrinas que la aprueban

En este acápite se abordan distintas corrientes del pensamiento jurídico que admiten y justifican la discrecionalidad judicial, cuyos postulados lograron enervar la posición hegemónica del excesivo formalismo promovido por las Escuelas de la Exégesis y de la Jurisprudencia de Conceptos.

4.3.1 *El Realismo Jurídico*

Punto de partida para abordar las propuestas de este movimiento jurídico, lo constituye el argumento atinente a que los jueces deben cumplir una difícil misión, empero no existe convergencia o claridad acerca de cuál es su verdadera función. En este sentido, varias son las hipótesis que se esgrimen como respuesta al interrogante planteado. Algunas posturas señalan que el papel de los jueces se circunscribe a interpretar y aplicar el derecho legislado, mientras otras consideran que están llamados a impartir justicia; un tercer enfoque, aduce que deben ejecutar simultáneamente tales cometidos y, finalmente, una última corriente alega que

no están obligados al cumplimiento de compromiso alguno; en últimas, la respuesta dependerá de la concepción que se tenga sobre el Derecho. (Belloso Martín & Tarso 2015).

Definir el significado de la acepción “realismo jurídico” reviste cierta complejidad; tal como sostienen Belloso Martín & Tarso (2015), se trata de una expresión ambigua que sobreviene como opción del positivismo jurídico. No obstante, es claro que su utilización tiene el propósito de lograr el acercamiento a la realidad, aunque precisar el alcance de este último término también resulta problemático.

Al respecto, Ara Pinilla (1996), citado por Belloso Martín & Tarso (2015), expresa que “unos la interpretarán como realidad esencial, otros como realidad de la estructura del derecho, otros como realidad de la aplicación judicial del derecho” (p.11). Hervada (1988) citado por Ossa (2012), explica que el realismo como corriente del pensamiento jurídico, recibe ese nombre, “porque ve el derecho en la res justa o cosa justa”. (p. 145).

Ahora bien, resulta pertinente aclarar que el realismo jurídico o también denominado realismo sociológico, es un movimiento en el cual se inscriben varias escuelas. De esta manera, es viable identificar en el ámbito de esta corriente las tendencias del realismo clásico, la del realismo escandinavo, la jurisprudencia sociológica norteamericana y el marxismo jurídico.

En relación con el realismo jurídico clásico, Hervada (1988) aduce:

Se trata de “una teoría de la justicia y del derecho construida desde la perspectiva del jurista, entendido éste según se deduce de la clásica definición de justicia que se encuentra en la primera página del Digesto: dar a cada uno su derecho, dar a cada uno lo suyo. (p. 281).

Igualmente, destaca que el realismo jurídico clásico se diferencia ostensiblemente de las modernas escuelas del realismo, es decir, el escandinavo, el americano y el marxista y a él se adscriben, fundamentalmente, Aristóteles, los jurisconsultos romanos y santo Tomás de Aquino. (Hervada, 1988). En consecuencia, una genuina comprensión de los postulados defendidos por esta corriente implica escudriñar las aportaciones del iusnaturalismo tomista, cuya fundamentación descansa, sobre todo, en los planteamientos Aristotélicos.

En ese sentido, Aristóteles, tomando como referente a Platón, centra su atención en la estructura de las cosas y la finalidad que conforme a su naturaleza están llamadas a cumplir, encontrando que existe una estrecha conexidad entre estos dos aspectos de manera necesaria e inevitablemente. A partir de esta idea analiza la especificidad y el fin del ser humano, para concluir, de una parte, que éste pertenece a la especie animal, pero dotado de una singularidad, que lo hace distinto: “la razón” y, de otra, que su misión fundamental consiste en pensar, pero no de cualquier manera, sino en y para el bien. Para este pensador la esencia del ser humano la conforman dos dimensiones: la racionalidad y la sociabilidad, bases para la emanación del derecho natural, que concibe como un derecho universal, dado que todos los seres humanos estamos diseñados de una misma naturaleza y, por tanto, las normas que lo integran poseen el mismo grado de vinculatoriedad en cualquier lugar, connotación que, en criterio del filósofo, también se predica de la clasificación de las conductas en humanas e

inhumanas. Las humanas, son inherentes al ser humano, persiguen el bien y, en consecuencia, contribuyen a su perfección. Las inhumanas, en cambio, tienen la entidad de causar daño y, por ende, son injustas. Además de la referida característica, considera que las normas del derecho natural son “inmutables” y “suprahistóricas”, es decir, no cambian en el tiempo; por el contrario, se mantienen incólumes en todo momento. (Ossa, 2012).

Respecto a la concepción de justicia, la aborda en su libro “Ética a Nicómaco” y la define como la conjugación de todas las virtudes para alcanzar el bien. Aclara, además, que no requiere estar escrita para su materialización y, adicionalmente, se refiere a la justicia legal como aquella que emana de la justicia natural y se concreta en los códigos. Identifica tres tipos de justicia: la conmutativa, que garantiza la igualdad aritmética, aplicable a los contratos propios del derecho civil, caracterizados por la presencia de las denominadas cláusulas de reciprocidad; la retributiva, que avala la igualdad proporcional, en virtud de la cual el criterio de distribución de bienes, prerrogativas o intereses descansa en las necesidades de las personas a fin de lograr la justicia social; finalmente, la justicia legal, que esencialmente demanda el cumplimiento de la ley por cada persona. Concede especial importancia a la equidad como modalidad de justicia y la define como el arte o la práctica de conjugar esta con otras virtudes, verbigracia con la “solidaridad” o con la “moderación”; plantea que la finalidad de la equidad es despojar a la ley del rigor y adaptarla a los casos concretos, papel que esencialmente corresponde al juez y justifica su aplicación en consideración al carácter general de la ley, incapaz de enfrentar por si sola casos de específicas particularidades. El juez debe armonizar la justicia y la equidad al momento de dar solución a los conflictos, también está llamado a evitar a toda costa los extremos: “legalismo” o “subjetivismo”; al primero, lo define como la aplicación de la ley, sin equidad y, al segundo, como la aplicación de equidad con pretermisión de la ley. (Ossa, 2012).

Respecto del realismo escandinavo Belloso Martín & Tarso (2015) expresan que en el espectro de su denominación:

Se comprenden las teorías de un conjunto de autores que inspirándose en las enseñanzas de Axel Hagerstrom (1868- 1939), desarrollaron su actividad a lo largo del Siglo XX, principalmente, en Suecia y Dinamarca. Su característica principal fue la de mantener una actitud crítica frente a las doctrinas del iusnaturalismo y del positivismo jurídico, acusándoles de elaborar conceptos y nociones que no encontraban ningún significado en la realidad y que, por ello, no podían integrarse en ningún tipo de saber que pudiera considerarse científico. (pp.11-12).

Por su parte la Jurisprudencia Sociológica norteamericana “no solo constituye uno de los más importantes movimientos doctrinales, sino que ha ejercido una influencia decisiva en la práctica judicial” (Recaséns Siches, 2013, p. 236). Oliver Wendell Holmes, Benjamín Cardozo, Louis Brandeis y Roscoe Pound se erigen en sus máximos representantes. Esta escuela si bien admite los procedimientos y estructuras lógicas del Derecho, también lo concibe como una herramienta de la vida en sociedad, por ende, instituido para el cumplimiento de cometidos de carácter humano, esto es, tendientes a satisfacer las necesidades específicas de las colectividades en el contexto histórico, dentro del cual rige.

Al respecto, Recaséns Siches (2013) trae a colación la postura del juez Holmes:

El juez debe conocer y tomar en cuenta las necesidades concretas de la sociedad de su época, las doctrinas políticas que prevalecen en ésta y las convicciones sociales,

explícitas o implícitas, sobre el interés público que en ella imperan. La labor del jurista teórico, la del legislador y la del juez no deben limitarse a un proceso meramente lógico, sino que debe contener, además, indispensablemente un conocimiento sociológico de las realidades actuales, que sirva como base para la formulación de normas generales e individuales inspiradas en los criterios de justicia. (pp. 636-637).

Para la Jurisprudencia Sociológica la base esencial del Derecho descansa en la justicia y la calidad de vida de las personas, pilares que constituyen las finalidades del proceso de interpretación y aplicación de las normas y, por tanto, permiten identificar el método más conveniente para descifrar su alcance, que no será el deductivo, en consideración a que de la dinámica y transformación social derivan nuevos problemas, cuyas soluciones “correctas” escapan de la regulación positiva.

Consonante con lo expuesto Llewellyn (1931) citado por Beloso Martín & Tarso (2015), realiza una síntesis de las propuestas del realismo jurídico norteamericano o Jurisprudencia Sociológica: i) el Derecho es esencialmente dialéctico, ii) el Derecho es un instrumento para el cumplimiento de cometidos sociales, iii) los cambios sociales son más vertiginosos que la dinámica del Derecho, iv) la misión de la teoría del Derecho consiste en analizar los hechos y el comportamiento de los jueces y de las autoridades administrativas en relación con los casos específicos sometidos a su conocimiento y resolución, v) la investigación del Derecho debe partir de la premisa referente a que las normas previstas en el ordenamiento jurídico no constituyen realmente base de las decisiones judiciales y vi) existe la necesidad de recopilar los casos concretos en conceptos más reducidos.

Igualmente, Recaséns Siches (2013), examina los planteamientos de Pound acerca de cómo el derecho positivo alcanza el propósito del orden jurídico:

a) Reconociendo algunos de los intereses que demandan protección; b) definiendo los límites dentro de los cuales esos intereses deben ser reconocidos y protegidos eficazmente mediante preceptos jurídicos, que sean aplicados congruentemente por la autoridad judicial o por la administrativa, en caso necesario, y c) Esforzándose en asegurar de manera efectiva los intereses reconocidos dentro de los límites que se hayan definido para ellos. (pp. 637-638).

4.3.2 *El movimiento Critical Legal Studies*

Kennedy (1992) lo cataloga como una intervención de naturaleza política e intelectual en los programas de Derecho, iniciada aproximadamente en 1977, promovida por docentes y estudiantes con énfasis en una variedad de concepciones de izquierda; destaca como los autores adscritos a este movimiento examinan, desde una perspectiva crítica, las diversas ramas del Derecho y la pluralidad de corrientes del pensamiento jurídico que las fundamentan, verbigracia “el positivismo liberal, el funcionalismo sociológico y la doctrina de la interpretación constitucional” (p. 284).

En ese mismo sentido, Pérez Lledó (1993) define al Critical Legal Studies como un programa político de izquierda promovido en los programas de Derecho de las universidades norteamericanas. Se trata de un movimiento que proscribe el individualismo y descansa en los valores de igualdad y solidaridad, enfocando su atención en los sectores marginados de la

población; su impronta es la heterogeneidad no solo de los autores que lo integran, sino de su fundamentación teórica y metodológica y de los inconvenientes que afrontan, los cuales se inscriben en diversas áreas del conocimiento, cuyas soluciones también resultan carentes de uniformidad. (Pérez Lledó, 1993).

Son varias las iniciativas que fomenta este movimiento en los programas académicos de Derecho, las cuales se traducen en oposiciones sintetizadas por Kennedy:

- (1) Al carácter reaccionario de la pedagogía de sus colegas, (2) a los procedimientos y criterios que limitan el acceso de las mujeres y de las minorías raciales al medio universitario, (3) al reforzamiento por medio de la enseñanza de las jerarquías sociales y en particular profesionales y (4) a la exclusión de las cuestiones de justicia económica, social, racial y sexual de los programas de estudios, exclusión que parece favorecer al statu quo. (p.104)

Como concepción jurídica, su producción comprende el examen de los preceptos e instituciones pertenecientes a las distintas ramas del Derecho. Si bien regularmente enfocan su atención en la teoría del derecho, su especialidad es el abordaje de la dogmática jurídica desde una perspectiva interdisciplinar, que involucra otros campos del conocimiento no jurídicos, destacándose la filosofía, la sociología, la ciencia política, la historia, la antropología y la economía, habida cuenta de erigirse en una corriente detractora del carácter independiente del Derecho. (Pérez Lledó, 1993).

De otra parte, este movimiento “pretende construir una nueva epistemología para rechazar la liberal, pero proponen el subjetivismo radical como criterio epistemológico”

(Calsamiglia, 1992, p. 301). En ese sentido, formula una perspectiva epistemológica con el fin de refutar los principios y métodos que la sustentan; no obstante, el planteamiento del CLS descansa en una teoría restrictiva de la validez del conocimiento, que lo circunscribe a la concepción del sujeto sobre la realidad.

4.4 Justificación de la discrecionalidad judicial

Habiéndose examinado el alcance de las doctrinas defensoras y detractoras de la discrecionalidad judicial, corresponde abordar desde el ámbito de la filosofía del derecho, los planteamientos de diversos autores que dan cuenta de las razones que la justifican y de las que también la limitan.

Así, el profesor Juan B. Etcheverry de la Universidad Austral de Argentina analiza la discrecionalidad judicial, en lo tocante a sus causas y naturaleza. En este sentido, Etcheverry (2015) considera que la discrecionalidad judicial resulta forzosa cuando el ordenamiento jurídico carece de respuesta para solucionar un conflicto. Varias son las razones generadoras de discrecionalidad: de una parte, la indeterminación ocasionada por “las lagunas, las antinomias y la textura abierta” del Derecho y, de otra, la inserción de principios que tienen como finalidad conjurar las falencias de tipo lógico, así como consagrar el alcance de los derechos fundamentales.

Para el autor, la discrecionalidad se traduce en la facultad de optar por una de dos o más alternativas excluyentes, en consideración a que el Derecho no prevé justificación que ofrezca claridad sobre cuál es la más correcta o adecuada, precisando que tal decisión no puede

degenerar en arbitrariedad y, por ende, es menester esgrimir las razones que le sirven de sustento; aclara que el razonamiento práctico tampoco podría garantizar “una única respuesta correcta”, dado el carácter aleatorio de los problemas prácticos y la posibilidad de optar por diversas soluciones racionales. (Etcheverry, 2015).

Igualmente, considera la discrecionalidad judicial como una actividad creadora de reglas en desarrollo de facultades “legislativas delegadas”. Al respecto Hart (1961) citado por Etcheverry, (2015, p. 1405) sostiene:

Cuando la esfera que ha de ser regulada jurídicamente es un campo en el que las características de los casos individuales varían mucho y de forma impredecible y, por lo tanto, no pueden formularse útilmente y por anticipado reglas generales para ser aplicadas de caso en caso sin nuevas directrices oficiales, el Derecho puede buscar regular estos casos con una regla valorativa, simple y variable. Es decir, en estos casos los jueces reciben potestades legislativas delegadas para modificar y desarrollar el Derecho existente siguiendo las líneas establecidas por el propio Derecho.

Ahora bien, en criterio de Etcheverry (2015) es claro que tales facultades no son absolutas; por el contrario, su ejercicio está sujeto a una situación particular y debe considerar: “principios, precedentes, propósitos de las normas, diferentes reglas jurídicas de interpretación, criterios de prelación entre normas, etc.”. (p.1414). No obstante, plantea que las enunciadas limitaciones por su propia naturaleza también implican que el juez genere Derecho; así, por ejemplo, los principios debe aplicarlos por grados, el precedente lo incita a establecer si tiene elementos similares con el caso materia de decisión.

El referido autor también enfatiza en torno a que el ejercicio de la potestad discrecional es la concreción de la justicia, que se traduce en la adopción de una decisión basada en una elección carente de arbitrariedad y debidamente justificada; califica como injusta y arbitraria la decisión que afecta el contenido esencial de los derechos humanos. En este sentido, destaca el punto de convergencia de Hart, Raz y Alexy frente a la actividad judicial: “es aceptada como y pretende ser legítima, correcta o justificada”. (Etcheverry, 2015, p. 1414).

De igual manera, Etcheverry (2015) basado en Raz (2001), sostiene que la consagración de principios y pautas en la ley no solo implica atribuir a los jueces facultades para su interpretación y aplicación, bajo criterios de discrecionalidad, sino que el establecimiento del Derecho, en relación con una causa específica, constituye una decisión resultada de un proceso estructurado en diversas fases. En este sentido, si bien primigeniamente corresponde al legislador determinar el alcance del sistema jurídico, también es preciso señalar que frente a algunas situaciones no le es viable hacerlo en forma plena y serán los jueces, entonces, los encargados de complementarlo con base en los referidos lineamientos generales. Este traslado de atribuciones del legislador a los jueces guarda relación con el poder del Derecho para autorregularse.

Asimismo, Etcheverry (2015) enfatiza en que una de las características del Estado material es la incorporación de los derechos fundamentales en las constituciones bajo la modalidad de principios y en ese sentido sostiene que “la interpretación y aplicación de estos principios, que funcionan como criterio de la validez jurídica del resto de las normas, requiere un tipo de razonamiento práctico que no es meramente formal o valorativo”. (p. 1397). De esta manera, refiriéndose a Dworkin (1996) afirma:

Los contenidos materiales recogidos en los textos constitucionales requieren una lectura moral de la Constitución. Esto es así porque los principios suelen ser generales y abstractos y no tienen una consecuencia jurídica determinada. Además, los principios suelen tener una dimensión de peso o importancia que hace que su aplicación no sea todo o nada, sino que admita diferentes grados de cumplimiento. Justamente por esto puede ser que a un juez se le presenten diferentes alternativas posibles de realización de un principio que tendrá que elegir discrecionalmente. (p.1397).

Por su parte, el profesor Ramón Ruiz aborda el tema de la discrecionalidad judicial en un Estado Constitucional". El autor centra su atención esencialmente en la naturaleza de los principios jurídicos, que adquieren preponderancia en el nuevo contexto constitucional y en los efectos a que conlleva su aplicación. Ruiz (2010), inicialmente, plantea que si bien el ejercicio de la potestad discrecional por parte del juez está justificada y determinada por la proliferación de fuentes jurídicas - consecuencia de la transición del Estado liberal al Estado social, en cuyo contexto se encuentran normas diseminadas, caracterizadas por contenidos imprecisos y variables-, la vaguedad de considerables preceptos y la aplicación de los principios jurídicos, también debe ser controlada en aras de evitar la afectación a los principios de igualdad y seguridad jurídica. Toma como referente a Laporta (2009) quien señala que se acude a los principios por diversos motivos: i) Proliferación de las fuentes del derecho; ii) frecuente modificación de la ley; iii) advenimiento del neoconstitucionalismo, que generó modificaciones en la teoría del derecho, entre las que de manera especial se destaca la primacía de los valores y principios consagrados en las constituciones; iv) consecución de la justicia del caso específico, dadas las dificultades de las reglas y v) solución de los denominados casos difíciles.

De esta manera, los principios constituyen base fundamental y preponderante del quehacer judicial a la hora de resolver los conflictos y son sus características las que generan espacios de discrecionalidad. Justamente, sobre las particularidades de los principios, Ruiz (2010) basado en Atienza y Ruiz Manero, expresa que comparten los atributos de “generalidad, fundamentalidad y vaguedad”. La generalidad hace referencia al amplio alcance de regulación y, por ende, de aplicación de la norma; la fundamentalidad implicará que su reforma tenga la entidad de modificar el sistema jurídico o una parte importante del mismo y la vaguedad constituye un problema atinente a su indeterminación, situación que dificulta subsumir un caso específico en la hipótesis fáctica preceptuada.

En conclusión, de lo expuesto, Ruiz (2010) destaca que el ámbito de discrecionalidad del juez es más amplio cuando emplea los principios, sean explícitos o implícitos. En ese sentido, indica que los explícitos deben tenerse en cuenta en la fundamentación de las decisiones no por su contenido, sino por su emanación de una fuente jurídica concreta y su alcance no es perentorio, dado que no prescinden de las consideraciones del juez en torno al sustento del fallo; ellos establecen razones para solucionar un caso desde determinada perspectiva, pero no en forma definitiva, ya que será necesario ponderarlas con otras distintas que respaldan principios diferentes y posiblemente generen otro enfoque para decidir. Los implícitos comparten con los explícitos la ausencia de perentoriedad; la diferencia radica en que deben servir de fundamento a las decisiones judiciales por la especificidad de su contenido.

Un desarrollo más amplio de los principios implícitos es expuesto por De Asís Roig (1995) citado por Ruiz (2010, p. 124):

Los principios implícitos son los comúnmente conocidos como principios generales del Derecho y son aquellas reglas o criterios considerados como premisas o consecuencias de disposiciones normativas; se obtienen, bien por vía inductiva, bien por vía deductiva y (...) su peso o importancia depende del número y relevancia de las normas de las que se obtienen.”

A partir del examen atinente a la diferenciación entre principios y reglas es viable confirmar que la aplicación de los primeros propicia escenarios más amplios de discrecionalidad; paralelo, abordado por Ruiz (2010), basado en los autores Aulis Aarnio y Robert Alexy.

Así, Aarnio (2000), para establecer la referida distinción, plantea la existencia de dos tesis; una, a la que denomina “tesis fuerte de la separación” en virtud de la cual las reglas difieren de los principios por su contenido y estructura; otra, a la que llama “tesis débil de la separación”, que basa la divergencia de tales categorías en el grado; aclara igualmente que los defensores de ésta última aducen la connotación de mayor generalidad de los principios respecto de las reglas. (Ruiz, 2010).

Por su parte, Alexy (1997) manifiesta que: “la diferencia determinante entre reglas y principios es “cualitativa”; así, la observancia de las reglas admite únicamente dos alternativas: cumplirlas plenamente o no cumplirlas; por el contrario, el acatamiento de los principios implica que su contenido sea ejecutado en el máximo horizonte de viabilidad real y jurídica, estando esta última sujeta a la contraposición de otros principios y reglas; destaca que los principios

limitan su alcance al momento de ser aplicados para resolver los conflictos; es decir, algunos de sus contenidos conservan el carácter abierto hasta que son cerrados como consecuencia de la actividad interpretativa y sostiene que la mejor forma de diferenciar los principios de las reglas se evidencia en los casos de colisión; si esta se presenta entre reglas, existen dos modos de solucionarlas: mediante la inserción de una condición de excepción a su contenido o dejando sin efecto una de ellas, pero si el enfrentamiento es entre principios, será menester aplicar la metodología de la ponderación y optar por el principio sobre el cual recae el mayor peso en el caso específico, el otro debe ceder, más no podrá invalidarse.

Aunado a lo expuesto, la imposibilidad de contar con una regulación plena de los principios que contemple las dinámicas de interacción y de prelación entre ellos, también contribuye a incrementar la autonomía del juez (Prieto Sanchís, 1998), máxime teniendo en cuenta que la solución propuesta con relación a los enfrentamientos entre los principios como derechos fundamentales descansa en las especificidades de cada caso. (De Asís Roig, 1994).

4.5 La discrecionalidad en el ámbito de la aplicación del Derecho

Indiscutiblemente, el tránsito del Estado de derecho al Estado social de derecho produjo cambios relevantes en el ámbito del Derecho referidos a la proliferación y diseminación de las fuentes jurídicas (Ruiz, 2016), situación que según Galiana (2003) citado por Ruiz (2016) ha generado un tipo de legislación fraccionada en variedad de normas desorganizadas, imprecisas, inconstantes y de contenido técnico, carácter que progresivamente ha venido intensificándose. Adicionalmente, en el nuevo escenario constitucional la vaguedad es un rasgo presente en la mayoría de las normas.

Esa metamorfosis cualitativa del Derecho ha incidido en el papel convencional del juez que se circunscribía a aplicar el método deductivo para solucionar los conflictos, partiendo de una premisa normativa general, subsumiendo en ella los hechos demostrados o también denominada premisa menor para obtener entonces la conclusión o asignación de la consecuencia jurídica prevista en aquella. Hoy, conforme lo sostiene Ruiz (2016), más allá de un simple ejercicio de aplicación, el juez está llamado primeramente a identificar e interpretar tales premisas, tema que no solo reviste complejidad en algunas cuestiones, sino que lo conduce a la valoración, especialmente cuando debe resolver casos difíciles, situación que lo erige en creador del Derecho.

Diversas situaciones que presentan las actuales constituciones generan espacios de discrecionalidad en la aplicación del Derecho, destacándose “la ambigüedad y vaguedad, los conceptos esencialmente controvertidos y las colisiones entre disposiciones” (Ferrerres,1996), modalidades que se inscriben en el contexto de la “indeterminación”.

Claramente, un contenido indeterminado es aquel que devela incertidumbres en relación con su interpretación frente a un caso específico (Ferrerres,1996) y las variadas manifestaciones de este fenómeno en la norma de normas, también las presenta la ley; no obstante, tal como sostiene Nino (1992) citado por Ferrerres (1996) son más usuales en la primera de las fuentes enunciadas.

En relación con la ambigüedad, las constituciones manifiestan dos tipos: i) la semántica y ii) la sintáctica. El primer caso acontece cuando de un vocablo se predicen dos o más significados; mientras el segundo ocurre cuando una oración contiene dos o más

proposiciones, dado que los enlaces entre los distintos términos que la integran posibilitan varias interpretaciones. (Ferrerres, 1996).

Respecto de la vaguedad, es preciso sostener que se trata de una situación atinente al lenguaje natural u ordinario utilizado por el constituyente o por el legislador, los términos empleados son imprecisos, de tal forma que se carece de certeza acerca de si es viable aplicarlos a determinadas materias. (Ferrerres, 1996). Así, el autor establece la distinción entre diversos tipos de áreas, cada una integrada por casos que presentan especificidades, y a partir de esta clasificación identifica aquellos calificados como dudosos.

Tabla 4

CASOS ATINENTES AL CONTENIDO NORMATIVO

Zonas	Tipos de casos
“Zona de claridad”	“Casos de clara aplicabilidad”
“Zona de oscuridad”	“Casos de clara inaplicabilidad”
“Zona intermedia”	“Casos dudosos”

Fuente: elaboración propia.

Igualmente, (Ferrerres,1996), establece la diferencia entre vaguedad “gradiente”, vaguedad “combinatoria” y vaguedad por “textura abierta”. El primer caso, se presenta cuando un vocablo se refiere a una característica, cuya ejecución se materializa en diferentes grados; el segundo, parte de la premisa atinente a que la definición de una palabra no demanda la suma total de sus características y, en ese sentido, para que le sea aplicable a un objeto basta

con que este reúna un número significativo y no necesariamente pleno de aquellas (admite que pueda faltar alguna), es decir, resulta suficiente la combinación de varios elementos relevantes, aunque la dificultad radica en establecer cuándo tales elementos son suficientes para aplicar a determinado objeto y cuándo no; finalmente, la tercera modalidad- la de textura abierta- hace referencia a que los vocablos por su propia naturaleza son vagos y desde esta perspectiva pueden sobrevenir objetos impensables o imprevisibles, con elementos tan particulares, que generan dudas acerca de si es conveniente aplicarles tales términos, se trata de situaciones ineludibles, dada la imposibilidad o limitación del constituyente para vaticinar los casos futuros.

Sobre esta última modalidad, Hart (2012) expresa:

La textura abierta del derecho acuerda a los tribunales una potestad de creación jurídica mucho más amplia y más importante que la que tienen los tanteadores, cuyas decisiones no son usadas como precedentes creadores del derecho. Cualquier cosa que decidan los tribunales, tanto respecto de cuestiones que se encuentran en aquella parte de la regla que parece obvia a todos, como respecto de cuestiones que se hallan en sus márgenes discutibles, lo decidido subsiste mientras no sea decidido por la legislación; y en lo que hace a la interpretación de ésta, los tribunales también tienen la última palabra, dotada de autoridad. (p. 180).

En cuanto a los “conceptos esencialmente controvertidos”, con predominio en las actuales constituciones que también generan discrecionalidad en la aplicación del Derecho, sobre todo presentes en los cánones contentivos de derechos y libertades son aquellos respecto de los cuales no existe duda en torno a que enuncian un criterio jurídico, pero si discrepancia sobre su alcance. (Ferrerres,1996).

Se trata de términos valorativos que, en ejercicio de la interpretación y aplicación del Derecho, conllevan a los jueces a emitir juicios de valor, los cuales dada su naturaleza también estarán sometidos a debate.

En lo tocante a la indeterminación referida a las “colisiones entre disposiciones” se evidencia en los eventos de conflicto entre cánones constitucionales, que se presentan habitualmente en el ámbito de los derechos y libertades, en razón al preponderante contenido material de las actuales cartas fundamentales. Tales preceptos materiales irradian la multiplicidad de valores e ideas de justicia aceptadas por la sociedad, verbigracia se establece el derecho al honor y también la libertad de expresión, el derecho de manifestación y además la salvaguarda del orden público, el derecho a la vida y al mismo tiempo la libertad del titular (Gascón y García, 2005).

Prieto Sanchís (2001) llama a ese fenómeno “coexistencia de una constelación plural de valores, a veces tendencialmente contradictorios, en lugar de homogeneidad ideológica en torno a un puñado de principios coherentes entre sí y en torno, sobre todo, a las sucesivas opciones legislativas” (pp. 207-208), destacando que se trata de una caracterización respecto de la cual existe punto de convergencia entre Alexy (1994), Zagrebelsky (1995) y Guastini (1998).

Ahora bien, Gascón y García (2005) sostienen que tales normas cuando colisionan operan como lo hacen los principios y basándose en Alexy (1993) aseveran:

Significa que estos constituyen mandatos de optimización, normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades reales y jurídicas existentes. Ello se refleja en el diferente modo de resolver los conflictos

cuando éstos se producen entre reglas y cuando se producen entre principios. La diferencia puede representarse así: cuando dos reglas entran en conflicto ello significa que, o bien una de ellas no es válida, o bien opera como excepción permanente a la otra (criterio de especialidad). Cuando, por el contrario, la contradicción se entabla entre dos principios, ambos siguen siendo válidos, por más que en el caso concreto y de modo circunstancial pueda triunfar uno sobre otro. (p. 305)

Consonante con lo expuesto, Cappelletti (1990) citado por Tobo (1994, p.103) afirma:

El juez, a través de sus decisiones pone en relación los principios y normas constitucionales con la ley y con los hechos, y en desarrollo de su actividad ejerce una discrecionalidad interpretativa que limita el sentido político de los textos constitucionales, así la legislación y la decisión judicial se constituyen en procesos de creación del derecho.

De esta manera, cuando los jueces descifran el alcance de estas normas de textura abierta y proceden a resolver causas jurídicas en las cuales se encuentran inmersos tales preceptos, corren el riesgo de proyectar los correspondientes fallos incorporando contenidos resultado de sus particulares posturas y convicciones. Para resolver los conflictos entre principios o derechos fundamentales y limitar la discrecionalidad, los tribunales constitucionales recurren a la metodología de ponderación; no obstante, a nivel de la doctrina existen discrepancias en torno a si la aplicación del aludido procedimiento tiene la entidad de cumplir tal cometido. Corresponde, en consecuencia, abordar, en primer lugar, el alcance y estructura de la ponderación y seguidamente los argumentos esgrimidos por las posturas defensora y detractora de esta técnica.

4.6 La ponderación

La ponderación es concebida como un principio que hace parte de otro más amplio: el de proporcionalidad. En efecto, este último se haya estructurado en tres componentes o subprincipios: adecuación, necesidad y proporcionalidad desde una dimensión rigurosa. (Alexy, 2009).

Tales subprincipios, conforme lo expresa Alexy (2009) manifiestan el concepto de maximización; dicho de otra forma, de mejora o de progreso, consideración que descansa en la premisa atinente a la naturaleza de los derechos fundamentales entendidos como “mandatos de optimización”, es decir, en la categoría de principios que preceptos situados imponen la materialización de sus contenidos en el máximo nivel posible acorde con las circunstancias fácticas y jurídicas presentes en un caso determinado.

El primero de los componentes es explicado por Alexy (2009) en los siguientes términos:

El principio de adecuación excluye el empleo de medios que perjudican la realización de al menos un principio, sin promover al menos un principio o meta a cuya realización sirven. Si un medio M que fue establecido para promover la realización de un principio Pa, no fuera idóneo para esto más si perjudicara la realización de Pb, entonces de omitirse M no se originarían costos para Pa ni para Pb aunque si los habría para Pb de emplearse M pueden Pa y Pb ser realizados conjuntamente en la más alta medida, relativamente a las posibilidades materiales de no producirse M. Esto muestra que el principio de idoneidad no es otra cosa que una manifestación del óptimo de Pareto: una posición puede mejorarse sin originar desventajas a otra. (p. 8)

De esta manera, como los componentes que integran el principio de proporcionalidad están concebidos en función del máximo nivel de realización de los derechos fundamentales, se encuentran proscritas medidas inútiles o carentes de efectividad, es decir, aquellas que, si bien se adoptan con el propósito de encauzar la ejecución de un derecho fundamental, resultan inanes para tal efecto y al mismo tiempo menoscaban la materialización del otro con el cual colisiona.

En relación con el segundo componente o principio de necesidad, Alexy (2009) plantea:

Este requiere elegir, de entre dos medios que promueven Pa de prácticamente igual manera, el que intervenga menos intensamente en Pb. Si existiera un medio que interviene intensamente y es igualmente adecuado, entonces podría mejorarse una posición sin originar costo a la otra. La aplicación del principio de necesidad en efecto supone que no hay un principio Pc afectado negativamente por el empleo del medio que interviene menos intensamente en Pb. En esta constelación ya no puede resolverse el caso a base de reflexiones apoyadas sobre la idea del óptimo paretiano; cuando no pueden evitarse los costos o el sacrificio se hace necesaria una ponderación. (p. 8).

Significa, entonces, que el subprincipio de necesidad determina si la medida adoptada siendo eficaz para salvaguardar un derecho fundamental específico es la única que cumple tal propósito o si en su lugar existe otra con el mismo grado de efectividad, pero que lesione en menos proporción el derecho fundamental enfrentado al primero.

Finalmente, Alexy (2009) sostiene que “el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto evalúa cómo opera la medida en un caso concreto de colisión entre derechos fundamentales a fin de establecer de qué manera es viable garantizarlos al máximo en el contexto de las alternativas jurídicas.”

En ese sentido Alexy (2009) afirma que el aludido subprincipio “es idéntico a una regla que podemos denominar “ley de ponderación”, la cual dice: como alto sea el grado de incumplimiento o perjuicio de un principio, tanto tiene que ser la importancia de la realización del otro”. (p. 9). Esta regla, conforme lo expresa el mismo autor, implica el agotamiento de tres fases: i) verificación en torno a qué tanto ha sido mermado un principio, ii) examen sobre la relevancia que detenta la materialización del principio que colisiona con el anterior y iii) indagación respecto de si la trascendencia acerca de la materialización de uno de los principios resulta razonable, pese a que su preponderancia genera el menoscabo de su contrario.

Ahora bien, la ponderación en sentido estricto, además de la ley de ponderación, está conformada “por la fórmula del peso” (Alexy, 2008, p. 539) y “las cargas de argumentación”. (Alexy, 2008).

Tal como quedó expuesto, conforme a la ley de ponderación, mientras más acentuada sea la merma de uno de los derechos fundamentales en conflicto mayor relevancia debe detentar la realización del otro, dado que demanda la precisión en torno a la magnitud del detrimento de uno de los derechos y correlativamente la concreción sobre la importancia de materializar el derecho opuesto. Seguidamente, es necesario establecer si la relevancia en relación con la observancia de este último justifica la irrealización del derecho con el cual colisiona. (Alexy, 2008).

Para el efecto, Alexy (2008) sostiene que el desmedro de los principios o “mandatos de optimización” es viable establecerlo a través de una herramienta a la que denomina “escala triádica”, la cual posibilita dimensionar respecto de un caso específico tal menoscabo, calificándolo como “leve, medio o intenso”.

Al respecto, Bernal (2003) ilustra a partir de una situación fáctica concreta, referida a una niña, cuya vida peligra, hija de padres evangélicos, la manera como puede graduarse la merma de los principios en conflicto:

La afectación de la vida y la salud de la niña, que se originaría al permitir a los padres evangélicos no llevarla al hospital, podría catalogarse como intensa, dado el peligro de muerte. De forma correlativa, la satisfacción de la libertad de cultos de los padres, que se derivaría de dicha permisión, podría graduarse como media o leve. (p. 228)

Asimismo, Alexy (2004) destaca que el nivel del detrimento de los principios no constituye el único aspecto importante para establecer si la materialización de uno de ellos justifica la merma del otro; por el contrario, considera pertinente examinar factores adicionales: i) el peso abstracto de los principios en conflicto y ii) la “convicción de “las apreciaciones empíricas”. En relación con el primero de los factores, explica como muy a pesar de que los principios contrapuestos detentan la misma jerarquía, dado que se encuentran establecidos en la fuente normativa suprema de los Estados (Constitución Política), uno de tales principios desde una perspectiva abstracta tendrá preeminencia sobre el otro, situación que depende de los valores preponderantes en la sociedad; mientras que respecto del segundo aduce como la evaluación atinente a los presupuestos reales del caso concreto incide en la merma de los principios enfrentados según sea el nivel de certeza o convicción que de ellos se tenga.

Refiriéndose al último factor adicional Alexy (2004) sostiene:

Aquí debe introducirse “S”, como símbolo para denotar la seguridad de las apreciaciones empíricas que versan sobre el significado que tiene la medida examinada para la no realización de Pi y para la realización de Pj en el caso concreto (C). (p. 96).

Un ejemplo claro sobre el nivel de certeza de las premisas empíricas es ilustrado por Bernal (2003) valiéndose para el efecto, de la comparación en el contexto de la colisión entre el derecho a la vida y la libertad de cultos:

La afectación del derecho a la salud y a la vida de la hija de los evangélicos deberá considerarse como intensa si existe certeza de que morirá de no ser ingresada en el hospital. Esta afectación, en cambio, será de menor intensidad, si los médicos no pueden identificar el problema que la aqueja o no pueden establecer cuáles serían las consecuencias en caso de que no recibiera un tratamiento médico. (p. 229)

En relación con el segundo componente que hace parte del procedimiento de ponderación, es decir, el de la fórmula del peso, Alexy (2008, p. 539) explica que se encuentra estructurada así:

$$G_{Pi, JC} = \frac{I_{PiC} \cdot G_{PiA} \cdot S_{PiC}}{W_{PjC} \cdot G_{PjA} \cdot S_{PjC}}$$

$$W_{PjC} \cdot G_{PjA} \cdot S_{PjC}$$

Esta fórmula permite determinar el peso de un principio en relación con otro al cual se enfrenta en el contexto de una situación fáctica específica, de tal manera que el peso de uno de los principios en colisión corresponde con el resultado obtenido de dividir dos productos: el primero deriva de multiplicar el desmedro del principio, al cual Alexy denomina “Pi”, con su peso genérico (es el otorgado por la sociedad, conforme a sus predilecciones) y las implicaciones certeras de su merma; el segundo procede de multiplicar la afectación del otro principio en colisión, llamado por Alexy “Pj”, su peso genérico y la real consecuencia de su quebranto. (Alexy, 2008).

Ahora bien, es importante destacar que Alexy (2004) cuantifica la intensidad del desmedro de los derechos fundamentales o principios y su peso genérico, valiéndose, tal como antes se dijo, de la “escala triádica” conformada por tres grados o niveles: “leve, medio e intenso”.

Tabla 5

ESCALA TRIÁDICA, tomada como referente por Alexy.

“Escala”	“Grado”	“Valor numérico”
“Leve”	“2 ⁰ ”	“1”
“Medio”	“2 ¹ ”	“2”
“Intenso”	“2 ² ”	“4”

Elaboración propia.

Igualmente, el autor cuantifica las implicaciones fácticas, resultado de la afectación de los derechos fundamentales, así:

Tabla 6

IMPLICACIONES FÁCTICAS

Concepto del valor	“Valor”	Equivalencia
“Seguro”	“2 ⁰ ”	“1”
“Plausible”	“2 ⁻¹ ”	“1/2”
“No evidentemente falso”	“2 ⁻² ”	“1/4”

Elaboración propia.

Finalmente, en lo tocante a las cargas de argumentación Alexy (2008) plantea que se aplican en los eventos de empate entre los principios o derechos fundamentales en conflicto, es decir, previa aplicación de la fórmula del peso se constata que se encuentran en el mismo nivel de la balanza.

4.6.1 Discusiones en torno a la ponderación

Pese a que la ponderación es la metodología utilizada por los tribunales constitucionales para solucionar los conflictos entre derechos fundamentales, constituye una temática controversial respecto de la cual, a nivel de la doctrina, existen dos claras corrientes que bien podrían denominarse escéptica y defensora. Los autores que se inscriben en la corriente defensora de la ponderación normalmente abogan por el neoconstitucionalismo, parten de la premisa atinente a que el Derecho está conformado por reglas y principios y enfatizan en la importancia que en él detenta la razón práctica; mientras los escépticos u opositores de esta metodología respaldan el positivismo jurídico, conceden primordial importancia a la ley, plantean los riesgos que para ésta genera el principalísimo y descreen de la razón práctica. (Atienza, 2016).

En el caso de Atienza (2016) se propone demostrar la necesidad de utilizar este procedimiento. Plantea que un juez está llamado a ponderar cuando no cuenta con una regla que le permita resolver un conflicto, lo cual acontece en los siguientes eventos: i) carencia de regla, ii) la regla que existe no es apropiada y iii) no existe certeza sobre la existencia de una regla con entidad de orientar al menos medianamente la solución de un caso determinado. También, indaga acerca de si resulta adecuado obviar la ponderación y, por tanto, solucionar los casos utilizando solo reglas, frente a lo cual aduce que tal situación degeneraría en un formalismo nocivo que pretermite las razones implícitas en las reglas y niega la condición del Derecho como una estructura conformada por reglas y principios. En otros términos, esta concepción conduce a dirimir los conflictos sin apelar en ningún caso a los principios. (Atienza, 2016).

Igualmente, Atienza (2016) sostiene que “si bien la aludida metodología conlleva a espacios de discrecionalidad, no por ello degenera en arbitraria. Lo esencial es advertir en relación con la aplicación de este procedimiento que el punto de partida del juicio o del razonamiento justificativo” – como lo denomina el autor- son los principios, no las reglas y que, además, para decidir en torno a su pertinencia, es preciso indagar si efectivamente se justifica su utilización.

Al respecto, asevera:

La ponderación no es un procedimiento arbitrario, pero supone dosis de discrecionalidad, de libertad, mayores que la subsunción y eso justifica que la ponderación de los tribunales tenga que ser mucho más limitada que la del legislador y que las que efectúan los tribunales inferiores tenga también más limitaciones que la de los superiores. (Atienza, 2016, p. 31).

De otra parte, Bernal (2003) también defensor de la ponderación, converge con Atienza cuando sostiene que “si bien la ponderación es un procedimiento orientado por reglas racionales, tal característica no tiene la entidad de disminuir la incidencia subjetiva del juez en las decisiones que emana, manifestada en apreciaciones que hacen parte de su sustento”. Aborda las restricciones que desde la dimensión racional presenta la ley de ponderación y, en tal sentido, hace alusión a la carencia de una pauta de carácter imparcial que posibilite establecer los componentes decisivos del peso que detentan los principios respecto de la ley de ponderación y que integran la “fórmula del peso”, es decir, específicamente el detrimento de los principios en el caso materia de evaluación, el peso que estos detentan desde el punto de vista general y la certeza en torno a los presupuestos reales relacionados con su menoscabo.

Asimismo, Bernal (2003) expresa:

La ponderación no es un procedimiento algorítmico que por sí mismo garantice la obtención de una única respuesta correcta en todos los casos. Por el contrario, tiene diversos límites de racionalidad que deparan al intérprete un irreductible margen de acción, en el que puede hacer valer su propia ideología y sus propias valoraciones (p. 238)

Ahora bien, en el escenario de la oposición a la ponderación, el más emblemático contradictor es García Amado. Este autor sostiene que ponderar es más bien sopesar que pesar; cuando se sopesa no es posible obtener información objetiva, implica expresar un juicio que se acerca a determinado objeto, pero carece de exactitud o certeza. Se trata de un cálculo

en el cual inciden aspectos como las vivencias, destrezas y la percepción de quien realiza el ejercicio. (García Amado, 2016).

Previa calificación o denominación de los valores o principios como entidades intangibles, García Amado (2016) demuestra cómo dos personas que sopesan dos principios en conflicto no logran ponerse de acuerdo en la resolución del caso, en consideración a que cada una utiliza la escala con la que anticipadamente los sopesó en forma abstracta o indeterminada. El cálculo que cada uno realiza descansa en particulares predilecciones de carácter moral y tanto el peso de los principios como el de los hechos es atribuido por quien realiza la operación, “porque y aquí está el dato decisivo, ni los principios pesan en sí ni las circunstancias del caso pesan en sí, el respectivo peso se lo damos nosotros al sopesarlo” (García Amado, 2016, p. 52). En otros términos, la decisión de optar por un determinado principio o conceder mayor peso a uno de los principios en conflicto se traduce en la opinión de quien realiza el ejercicio.

Adicionalmente, el citado autor, además de exponer severas críticas frente a la metodología materia de examen también enfatiza en que menos aún es viable ponderar en tratándose de derechos absolutos, verbigracia el referido a la prohibición de la tortura y aclara que si bien pudiera admitirse la existencia de algunas situaciones de aparente afectación a este derecho, si las mismas no transgreden su núcleo esencial, entonces realmente no se estaría ponderando entre principios, sino esgrimiendo argumentos que propendan por una interpretación amplia o limitada del vocablo tortura.

De otra parte, expresa que con la ponderación “los derechos fundamentales se tornan rigurosamente provisionales” (García Amado, 2016, p. 67). A estas conclusiones arriba luego de analizar el voto que en relación con la decisión del caso Gürtel emitiera un magistrado en

el marco del debate sostenido con Atienza en torno a la ponderación. Se trata de un caso de corrupción del ámbito político español, cuyo conocimiento correspondió al Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el que se imputaron cargos a militantes del Partido Popular por “blanqueo de dinero”. El juez Baltasar Garzón decretó la intervención de las conversaciones sostenidas entre los acusados y sus apoderados; no obstante, el TSJ las dejó sin efecto, con fundamento en el artículo 51.2, inciso 3 de la Ley Orgánica Penitenciaria, el cual es del siguiente tenor:

Las comunicaciones de los internos con el abogado defensor o con el abogado expresamente llamado en relación con asuntos penales y con los procuradores que lo representen, se celebrarán en departamentos apropiados y no podrán ser suspendidas o intervenidas salvo por orden de la autoridad judicial y en los supuestos de terrorismo.

Al respecto, la interpretación adoptada por el TSJ se contrae a entender que la intervención de los diálogos sostenidos entre los abogados y sus poderdantes privados de la libertad es viable jurídicamente siempre que concurren los siguientes presupuestos: que a los internos se les acuse por la conducta delictiva de terrorismo y que tal intromisión se encuentre previamente autorizada por un juez.

Contrario a lo expuesto, el magistrado que salvó el voto, según Atienza (2016) citado por García Amado (2016) consideró que no podía interpretar el aludido artículo con ese mismo alcance, en razón a que, en tal caso, se admitiría una exención imperiosa no prevista en la norma legal. Para el funcionario, el fin del Estado consistente en combatir el delito está por encima del derecho de defensa por los motivos que sintetiza el autor citado:

Los delitos por los que estaban acusados los internos – blanqueo de dinero – son de considerable gravedad; la medida de intervención parece idónea y necesaria, puesto que no es fácil pensar en un medio alternativo de parecida eficacia y menor lesividad; la proporcionalidad de la medida se advierte en que el juez que autorizó las escuchas estableció también medidas (excluir las transcripciones de las conversaciones que se refirieran en exclusiva a estrategias de defensa) para asegurar que se afectara lo menos posible el derecho a la defensa; la motivación sería suficiente (si a los datos de la orden de intervención se agregan los datos objetivos obrantes en la causa antes de dictarse la resolución); dos de los tres abogados defensores habían sido imputados con anterioridad por hechos de los que eran acusados los defendidos.

De esta manera, la interpretación producto de la ponderación, realizada por el magistrado disidente, respaldada por Atienza (2016), derrota en el caso concreto, el derecho fundamental de defensa, piedra angular del derecho fundamental al debido proceso, de ahí que García Amado (2016) asevere, refiriéndose a la aludida metodología, que con su aplicación “los derechos fundamentales se tornan rigurosamente provisionales” (p. 67). En consecuencia, plantea los siguientes cuestionamientos:

“¿Cabe mayor incompatibilidad con cualquier forma de garantismo?, ¿es pensable una postura más alejada de la llamada filosofía de los derechos?, ¿habrá manera más sutil de terminar a la chita callando con la filosofía dworkiniana de los derechos como triunfos, aunque sea a base de usar contra Dworkin las armas que empezó a afilar el propio Dworkin? (p. 67)

Otra de las críticas esbozadas por el autor en relación con la ponderación es la atinente a que este procedimiento genera inestabilidad de las reglas. Para explicitar tal implicación, en

primer lugar, aborda su estructura enfatizando que según Atienza y Alexy la conforman dos fases: en la primera, se transita de los principios a las reglas, situación que traduce la construcción de una regla adicional; en la segunda, el conflicto materia de examen, debe encuadrarse en la regla creada.

Luego, tomando como referente el mismo caso (Gürtel), con base en los planteamientos de los citados autores, destaca como la regla establecida en el artículo 51.2 de la Ley Orgánica Penitenciaria (transcrita) está cimentada en el principio de amparo al derecho de defensa al cual se opone el principio que busca combatir conductas punibles, conflicto que sometido a la ponderación en el contexto de la situación fáctica concreta del caso origina una regla para su resolución a través de la subsunción, esto es, el caso debe encuadrarse en la nueva regla.

Así, el caso cuenta con una regla inicial, es decir, el referido artículo 51,2 y la nueva resultante de la ponderación; ambas de carácter general y, por tanto, aplicables a los conflictos que en ellas logren encuadrarse. No obstante, la nueva regla contempla una situación o hipótesis fáctica más puntual que la prevista en la primera, es decir, incorpora una excepción. (García Amado, 2016).

Justamente a esta altura del procedimiento el autor identifica las que pudieran denominarse las repercusiones base de su cuestionamiento:

Pero si toda regla general y abstracta, más precisa en su supuesto o menos, puede ser excepcionada mediante la creación de otras reglas resultantes de la ponderación en cada caso, R´ también podrá ser excepcionada en un caso bajo ella subsumible pero

que presenta una circunstancia adicional particular: R´ puede ser excepcionada por R´´... (García Amado, 2016, p. 71)

En consecuencia, el peligro radica, según García Amado (2016), en que el funcionario judicial cuando pondera crea a través de reglas generales excepciones a la regla general de base, generándose una concatenación de reglas contentivas de particulares circunstancias que no tiene fin, aunado a que no es viable conocerlas anticipadamente, situación que no acontece cuando es el órgano legislativo el que emite tanto reglas generales como reglas contentivas de sus excepciones, pues en este último caso tales salvedades son de carácter limitado y ambos tipos de normas son conocidas por los integrantes de la sociedad en la cual rigen en forma previa a su aplicación.

Ahora bien, en el marco del debate sobre la ponderación, el mismo Alexy (2008) identifica tres tesis. La primera, en la cual se inscribe Habermas, quien considera que la ponderación no es una metodología racional y, por ende, no es viable obtener mediante su aplicación una solución racional. En torno a esta tesis se sitúan dos tesis más (la radical y la moderada), cuyo alcance explica el autor en los siguientes términos:

La tesis radical señala que la ponderación establece un resultado de forma racional para todos los casos. La teoría de los principios no ha defendido nunca esta tesis y, por el contrario, siempre ha enfatizado que la ponderación no es un procedimiento que en cada caso conduzca necesariamente a un único resultado. Con ello, todo confluye a la tesis moderada. Esta tesis sostiene que, con la ayuda de la ponderación, ciertamente no en todos, pero sí en algunos casos, puede establecerse un resultado de manera racional y que el conjunto que conforman estos casos es suficientemente

interesante, como para que la existencia de la ponderación como método esté justificada. (p. 530)

4.7 Límites a la discrecionalidad de la Corte Constitucional en materia de derechos fundamentales

4.7.1 *El valor de la seguridad jurídica*

Aspecto neurálgico del ejercicio de atribuciones discrecionales en la aplicación del Derecho y en la adopción de decisiones relacionadas con los derechos fundamentales lo constituye la salvaguarda de la seguridad jurídica; se trata de una noción de carácter histórico surgida en la edad moderna, es decir, entre los siglos XV y XVII, aunque, a partir de una dimensión más amplia e independiente del ámbito jurídico, existe desde el medioevo, lo cual se explica por la carencia de desconfianza de las personas, en la medida en que la comunidad o gremio al cual pertenecen les garantiza protección. Sin embargo, desde una perspectiva moderna, el Derecho del aludido período no crea seguridad; en otros términos, no ofrece certeza. Variadas son las realidades que explican esta afirmación: la diversidad de fuentes del Derecho, la ausencia de un poder con entidad para obligar al cumplimiento de prescripciones jurídicas, la función creadora de los jueces para hallar el derecho en los casos específicos. (Peces-Barba, 1990).

Conforme a lo expuesto, la transición de la Edad Media a la Edad Moderna generó un cambio de paradigma respecto del concepto de seguridad jurídica. En este sentido, Peces-Barba (1990) sostiene:

Cuando a partir del tránsito a la modernidad se rompa el monismo ideológico y ese control desde la teología católica con el pluralismo religioso originado por el fenómeno protestante y la proliferación de iglesias y sectas y cuando el individualismo de la burguesía naciente resquebraje el comunitarismo gremialista, la seguridad cambiará de signo y empezará a ser seguridad jurídica con la aparición del derecho moderno. (p. 217).

Varios aspectos determinarán el surgimiento de la idea de seguridad jurídica: i) la mutación del Derecho en estatal, por efecto de la abolición del pluralismo de fuentes imperante en el medioevo, que permitió erigirlo en sistema, ii) la apropiación exclusiva de la fuerza por parte del Estado, iii) el paulatino exterminio de las prerrogativas especiales y el advenimiento de un receptor genérico del ordenamiento jurídico. (Peces-Barba, 1990).

Según Ávila (2012), la seguridad jurídica constituye un componente esencial del Derecho que asimila a la certeza, aspecto sin el cual perdería el carácter jurídico; interpreta lo que diversos autores plantean en relación con el enunciado principio. Por ejemplo, Radbruch (2003) lo concibe no en forma aislada, sino, por el contrario, interrelacionado con la justicia, además, los erige en aspectos que integran la médula del Derecho; Bobbio (1951) expresa que el referido principio tiene la entidad de salvaguardar la convivencia de las personas en forma organizada y al mismo tiempo constituye un factor consustancial al Derecho, cuyo fin consiste en precaver la arbitrariedad y materializar la igualdad, de tal manera que resulta inconcebible un sistema jurídico que no satisfaga mínimos de seguridad jurídica.

El referido autor analiza la seguridad jurídica desde diversas perspectivas: seguridad como hecho que implica la positivación de las implicaciones jurídicas de conductas o situaciones fácticas; seguridad como valor que denota un concepto axiológico esencial, erigido como ideal en el ámbito y dinámica de las relaciones humanas y, por ende, revestido de las propiedades compartidas por los valores: preponderancia, neutralidad, historicidad e inagotabilidad. (Ávila, 2012).

Igualmente, examina la seguridad jurídica desde las dimensiones estática y dinámica. La dimensión estática implica garantizar el conocimiento del Derecho al ciudadano, dado que constituye un medio orientador de su conducta, propósito que exige la consagración de contenidos claros y comprensibles. La dimensión dinámica centra su atención en la eficacia del Derecho, es decir, lo erige en herramienta para la salvaguarda de los derechos de las personas a través de dos elementos: i) confiabilidad y ii) conmensurabilidad. (Ávila, 2012).

La confiabilidad posibilita a las personas la capacidad para discernir qué modificaciones admite o no el Derecho a fin de precaver eventuales fracasos en el reconocimiento de los derechos, implica garantizar la estabilidad jurídica, en el sentido de aplicar a las situaciones del presente las mismas consecuencias jurídicas atribuidas a situaciones anteriores. La materialización de este elemento traduce la inalterabilidad de situaciones pasadas jurídicamente reconocidas, vocación de permanencia del sistema jurídico y aplicación del principio de irretroactividad. (Ávila, 2012). La conmensurabilidad hace referencia a que el Derecho está llamado a garantizar derechos y expectativas o probabilidades. Como lo afirma Rümelin (1924) citado por Ávila (2012): "Mi derecho en el que confié, debe seguir conmigo, la

comunidad debe protegerlo y no se me puede despojar arbitrariamente de él ni se puede restringir". (p. 252).

Asimismo, Ávila (2012) señala la convergencia que en torno a la importancia de la seguridad jurídica manifiestan diversos autores: Fuller (1968), no concibe la existencia del Derecho sin seguridad jurídica e identifica una serie de componentes que integran a la que él llama "moralidad del Derecho", la cual define como el reconocimiento por parte de los integrantes de la sociedad acerca de la presencia de correlativas expectativas, situación que descansa en la comprensión de las prescripciones jurídicas que posibiliten vaticinar el comportamiento de los demás; Coing (1993) plantea la conveniencia de contar con instituciones y vínculos prolongados en el tiempo como garantía del citado valor, requisito indispensable para la existencia del Derecho; Rawls (1971) considera que el Derecho como ordenación tiene la entidad de viabilizar la armonía cuando garantiza la conmutación de perspectivas en el contexto de las relaciones sociales; Recasens Siches (1961) alude que la seguridad jurídica constituye una condición sin la cual no habría Derecho.

También, Aarnio (2016) analiza el valor y principio de seguridad jurídica y, para el efecto, parte del presupuesto atinente a que los jueces no deben adoptar decisiones en forma irreflexiva, guiados por el impulso; por el contrario, se aspira a que sus providencias sean consonantes con la normatividad jurídica y aseguren el máximo de certeza jurídica, exigencia que implica la concreción de varios factores. Desde una dimensión estricta, traduce el deber asignado a la administración de justicia consistente en proveer soluciones a las solicitudes presentadas por las personas. Desde una perspectiva más amplia, comprende aspectos de

carácter sustancial, fundamentalmente, referidos a impedir la arbitrariedad y a garantizar que la sentencia sea correcta.

Coherente con lo expuesto, el autor sostiene:

Los tribunales tienen que comportarse de tal manera que los ciudadanos puedan planificar su propia actividad sobre bases racionales. En muchos casos, las decisiones jurídicas son la única razón propiamente dicha de una planificación de futuro. A su vez, la planificación racional es una condición necesaria para la preservación de la sociedad. Es un requisito de la cohesión social. Cuando impera la imprevisibilidad, la sociedad se disuelve en la anarquía que, a su vez, está reñida con toda fundamentación justa y jurídica. (Aarnio, 2016, p.29).

Especial énfasis realiza el autor en torno a la corrección sustancial de las decisiones, requisito de la certeza jurídica que estriba en la interconexión entre las normas jurídicas, sociales y morales; se trata realmente de una relación de interdependencia. Así, desde esta perspectiva, una fracción del contenido de las normas jurídicas está conformado por normas morales y normas sociales. En este sentido, el alcance de la ley estará determinado por su interpretación, actividad que requiere tomar en cuenta normas distintas de las jurídicas que, igualmente, direccionan la sociedad. Al respecto, ilustra con el ejemplo referido a que en un sector específico la normatividad jurídica demanda igual trato para todas las personas. Sin embargo, el contenido de la ley no define qué debe entenderse por igualdad, interrogante cuya resolución dependerá del resultado de la interpretación, en el que serán determinantes las normas de orden social y moral.

En consecuencia, la posibilidad de certeza jurídica es calificada por Aarnio (2016) como un “fenómeno cultural” no solo porque está anclada en la expulsión de la arbitrariedad, sino en razón a que las decisiones judiciales además de tener que garantizar su congruencia con el Derecho deben encontrarse conforme a normas que pese a carecer de carácter jurídico orientan el comportamiento en sociedad.

Asimismo, Marinon (2001) destaca el carácter esencial del valor de la seguridad jurídica. En ese sentido, afirma que “la seguridad jurídica, vista como estabilidad y continuidad del orden jurídico y previsibilidad de las consecuencias jurídicas de determinada conducta, es indispensable para la conformación de un Estado que pretenda ser "Estado de Derecho". (p. 249). Si bien las cartas políticas y los instrumentos internacionales de Derechos Humanos no hacen referencia a la seguridad jurídica como derecho, el actual constitucionalismo es consecuente con la realidad atinente a que el Estado de derecho está inescindiblemente vinculado a esta garantía.

Refiriéndose a la Constitución Política de Brasil manifiesta que la seguridad jurídica muy a pesar de no encontrarse prevista explícitamente como derecho fundamental, diversas normas consagradas en su texto la amparan; verbigracia los principios de legalidad, de irretroactividad de la ley, de respeto a los derechos adquiridos y de cosa juzgada. (Marinon, 2001).

Ahora bien, la seguridad jurídica, concebida desde una visión amplia, implica garantizar no solo la existencia de un sistema jurídico que salvaguarde la estabilidad y la certeza jurídicas, sino una plataforma de valores, erigida en cimiento de la sociedad, por haberse enquistado en

ella, resultado de un proceso histórico de reivindicación gestado a través de las generaciones. En esta postura se inscriben, entre otros autores, Elías Díaz, Ricardo Dip y Gregorio Peces-Barba.

Para Díaz (1971), la seguridad jurídica “es la exigencia de que la legalidad realice una cierta legitimidad” (pp. 44-45). En este sentido, comporta no solo la existencia de un régimen jurídico y el conocimiento sobre su alcance a fin de poder discernir entre las conductas o acciones autorizadas y las que no, sino también la realización de los constructos axiológicos concebidos indispensables en la dimensión moral, perfilada y estimada por las personas como una meta de carácter invariable alcanzada en el devenir histórico.

Por su parte, Dip (2016) sostiene que la seguridad jurídica limitada a la permanencia y certidumbre del sistema jurídico, pretermite la evaluación del tema objeto de regulación, lo que bien puede conllevar a la aceptación de una estabilidad que ampare contenidos contrarios a derecho o, en otros términos, preservadora de la injusticia; argumento que robustece a partir del planteamiento de Baumann (1981): “una comunidad cuyas normas contradigan la ley moral, no es una comunidad jurídica, sino una cuadrilla de ladrones, de suerte que un orden social y moralmente reprochable no es verdadero orden, es desorden”. (p. 30).

Igualmente, Peces-Barba (1990) previo examen sobre la evolución de la seguridad jurídica devela que constituye el resultado de una metamorfosis, cuyo punto de partida es el Estado absolutista, que experimenta transformaciones en el Estado liberal, desde el cual es concebida con un enfoque positivista, que demanda de la normatividad jurídica la garantía de certeza a

las personas y, finalmente, es complementada en el Estado social con los valores de justicia e igualdad material.

Al respecto, Peces-Barba (1990) sostiene:

La teoría jurídica kelseniana probablemente por sus planteamientos la más genuina representante de esa ideología liberal positivista, de la seguridad jurídica, se completará y se corregirá haciéndola compatible con contenidos materiales de justicia, procedentes de la moralidad democrática, producto de la razón e historia en el mundo moderno. (p. 219)

Consonante con lo expuesto, el referido autor expresa que la seguridad jurídica no se contrapone a la justicia, más bien es una de sus facetas, específicamente es la justicia desde una perspectiva formal. En este sentido, tales conceptos se manifiestan integrados tanto en el ámbito de la consagración del Derecho como en los procesos de su interpretación y aplicación, situación que logra poner fin al antagonismo existente entre iusnaturalismo y positivismo. (Peces -Barba, 1990).

Conforme a lo planteado, el ejercicio de la potestad discrecional por parte de los jueces y, en concreto, de los tribunales constitucionales constituye una realidad inevitable; no obstante, es objeto de serias críticas, destacándose especialmente la referida a la afectación de los principios de seguridad jurídica y de irretroactividad de las normas creadas.

4.7.2 El precedente judicial

En relación con la institución del precedente judicial es viable identificar a nivel de la doctrina dos claras posturas, que bien pueden denominarse defensora y detractora de su vinculatoriedad.

De Asís Roig (1995) refiriéndose a la primera señala que el precedente carece de valor en el sistema jurídico de Europa occidental e identifica los principios que los adeptos a esta corriente consideran afectaría su obligatoriedad: i) independencia judicial, en razón a que no es imperativo solucionar los conflictos de la misma forma en que lo hacen los órganos jurisdiccionales superiores, excepto tratándose de la doctrina frecuente del Tribunal Supremo y en algunos casos de la emanada por los Tribunales Superiores de Justicia; ii) inevitable transformación del Derecho, postulado que peligra si se impone a los jueces seguir los precedentes, generándose una significativa inflexibilidad en el proceso de su interpretación y aplicación; iii) especialización, con fundamento en el cual no existen razones para exigir convergencia en el alcance de las providencias judiciales.

Respecto a la segunda postura De Asís Roig (1995) señala que para Ignacio de Otto (1987) el carácter obligatorio del precedente descansa en tres principios: i) seguridad jurídica, que demanda garantizar la previsibilidad de los fallos judiciales; ii) igualdad, que obliga a solucionar los conflictos iguales en forma equivalente, excepto cuando medien razones que ameriten un tratamiento jurídico distinto; iii) coherencia de Derecho, que implica asegurar la uniformidad en la aplicación del Derecho en las distintas circunscripciones judiciales.

También, Hart (2012) reconoce el valor del precedente cuando afirma:

En cualquier momento dado todos los jueces, incluso los de una Corte Suprema, integran un sistema cuyas reglas son lo suficientemente determinadas en la parte central como para suministrar criterios o pautas de decisión judicial correcta. Los tribunales consideran a esas reglas como algo que ellos no son libres de dejar a un lado al ejercer la autoridad para dictar aquellas decisiones que no pueden ser discutidas dentro del sistema. (pp. 180-181)

Igualmente, la vinculatoriedad del precedente constituye una exigencia de la “Teoría procedimental de la argumentación jurídica de Robert Alexy”. En efecto, la tercera categoría de reglas para la justificación externa, cuyo propósito es defender la admisibilidad de los argumentos esgrimidos en la justificación interna, hace referencia a la utilización de los precedentes.

En este sentido, Alexy (1989) citado por Feteris (2007) expresa que la obligatoriedad de los precedentes radica en los principios de universalidad y de igualdad, cuyo alcance conduce a aplicar las mismas soluciones jurídicas a los casos o conflictos análogos; si el juez decide apartarse de tales tratamientos debe argumentar, evidenciando por qué la causa específica allegada a su conocimiento es distinta de los problemas resueltos con anterioridad.

En el ordenamiento jurídico colombiano el precedente se erige en fuente suprema del Derecho; la exigencia de su aplicación en casos similares constituye la regla general y salvo determinadas situaciones los jueces deben apartarse del mismo. A este respecto, la Corte Constitucional por vía jurisprudencial ha señalado lineamientos que permiten al impartidor de justicia pretermirlo.

En efecto, la Corte Constitucional en la Sentencia C 836 2001 establece las situaciones que admiten la inaplicación o el cambio de precedente: i) no es viable equiparar el caso anterior con el nuevo, en razón a que, si bien entre ambos existen aproximaciones, el último contiene elementos diferenciadores de significación que imposibilitan la necesaria conformidad, circunstancia que demanda del juez el deber de asignar una solución distinta; ii) la jurisprudencia aplicada en un momento histórico determinado no resulta oportuna frente a un caso inmerso en un contexto social transformado, dado que las implicaciones de orden fáctico producidas por la ratio decidendi en el pasado impactarían negativamente en la nueva causa, análisis que debe realizar el juez esgrimiendo en la sentencia sólidos argumentos que justifiquen su decisión de separarse del precedente; iii) la jurisprudencia aplicada al caso anterior infringe los contenidos axiológicos, principios, cometidos y derechos que cimentan el sistema jurídico; iv) modificaciones de las disposiciones constitucionales o legales, fundamento de la ratio decidendi.

En criterio de Bernal (2008), la finalidad de inaplicar o modificar el precedente consiste en “garantizar la justicia del caso concreto y la posibilidad de actualización de la jurisprudencia” (p. 91). Asimismo, la Corte Constitucional en Sentencia SU 047/1999 hace referencia a la relevancia que detenta la vinculatoriedad del precedente en un Estado de derecho, pero al mismo tiempo enfatiza en los posibles riesgos que generaría erigirlo en un fin en sí mismo, destacando, fundamentalmente, los concernientes a la solidificación del sistema jurídico y a la adopción de decisiones injustas en la resolución de los conflictos.

Las eventuales equivocaciones del pasado no tienen por qué ser la justificación de inaceptables equivocaciones en el presente y en el futuro. O, en otros eventos, una doctrina jurídica o una interpretación de ciertas normas puede haber sido útil y adecuada para resolver ciertos conflictos en un determinado momento, pero su

aplicación puede provocar consecuencias inesperadas e inaceptables en casos similares, pero en otro contexto histórico, por lo cual en tal evento resulta irrazonable adherir a la vieja hermenéutica. (Corte Constitucional, Sentencia Unificada 047/1999).

Lo expuesto por la Corte obedece a que la jurisprudencia es en esencia dialéctica, ella no puede perder su función vital consistente en orientar y brindar las soluciones a las realidades que vertiginosamente fluyen por efecto de las transformaciones sociales, guiada por la justicia contenido axiológico del Estados constitucional. Este carácter dinamizador de la jurisprudencia también es reconocido por Fierro (2008) cuando manifiesta que la construcción del Derecho por parte de los jueces debe ser flexible a fin de adaptarse a los cambios emanados de la realidad social. El riesgo de sacrificar la justicia material se generará si el precedente se convierte en un fetiche.

Adicionalmente, es preciso subrayar que varios son los aspectos positivos del precedente como fuente obligatoria del derecho en el escenario jurídico colombiano, destacándose el fomento de la interpretación sistemática y finalista de la Constitución, la preponderancia de los principios y derechos constitucionales por encima de la ley y la uniformidad del Derecho.

Así, el impulso de la interpretación sistemática y finalista constituye un aspecto positivo del precedente como fuente vinculante del Derecho, porque:

Condujo a criterios más amplios para la protección de los derechos fundamentales. El método sistemático y finalista llevó a que i) un mayor número de derechos se hicieran

tutelables ii) con menos trabas procesales y iii) con una primacía más clara del derecho constitucional sobre el derecho común. (López, 2006, p. 39).

De manera que la técnica del precedente se comenzó a promover y a exigir a los jueces como un medio para lograr el uso generalizado de la interpretación sistemática, más garantista de los principios y derechos constitucionales.

En torno al segundo de los aspectos positivos del precedente, es decir, el atinente a la preponderancia de los principios y derechos fundamentales, resultado del proceso de constitucionalización (Guastini, 2003) y pérdida de hegemonía de la ley, es preciso enfatizar que se han erigido en cimiento esencial del quehacer estatal y determinadores del proceso de impartición de justicia.

Finalmente, en relación con el tercer aspecto favorable del precedente, esto es, el de uniformidad del Derecho, la Corte Constitucional destaca importantes objetivos que por su efecto se concretan:

- 1) Asegurar la efectividad de los derechos y colaborar así en la realización de la justicia material -art. 2° CP-.2) Procurar exactitud.3) Conferir confianza y credibilidad de la sociedad civil en el Estado, a partir del principio de la buena fe de los jueces -art- 83 CP-.4) Unificar la interpretación razonable y disminuye la arbitrariedad. 5) Permitir estabilidad.6) Otorgar seguridad jurídica materialmente justa. 7) Llenar el vacío generado por la ausencia de mecanismos tutelares contra providencias judiciales. (Corte Constitucional, Sentencia C 836/2001).

El panorama descrito demanda que la decisión atinente a la aplicación o no del precedente debe ser resultado de un serio análisis por parte del juez a la hora de fallar. Inicialmente, está llamado a subsumir las causas jurídicas semejantes a los casos resueltos con anterioridad en la ratio decidendi base de tales providencias a fin de salvaguardar los principios de seguridad jurídica, igualdad y coherencia del Derecho. Sin embargo, de manera excepcional está obligado a apartarse cuando sobrevengan cambios de orden social, los nuevos casos contengan elementos relevantes diferenciadores en relación con los casos anteriores, sean modificadas las normas constitucionales o legales base del precedente o éste conculque valores, principios o derechos fundamentales.

Lo expuesto obedece, como bien destaca la Corte Constitucional, a que en los ordenamientos jurídicos se presenta un enfrentamiento entre los valores de seguridad jurídica y de concreción de la justicia material en una causa específica; el primero, impone a los jueces la obligación de aplicar los precedentes en casos similares allegados a su conocimiento, mientras el segundo los conduce a renovar las normas jurídicas haciéndolas coherentes con los nuevos contextos o circunstancias. (Corte Constitucional, Sentencia Unificada 047/1999).

Ahora bien, pese a que la vinculatoriedad del precedente judicial, regla general en múltiples ordenamientos jurídicos (incluido el colombiano), encuentra justificación en la salvaguarda de los principios de igualdad, seguridad jurídica y coherencia del Derecho; la realización de tales postulados se torna compleja por dos razones fundamentales: la primera, porque la aplicación del precedente no descarta la discrecionalidad y la segunda, porque no existen compendios que posibiliten un amplio conocimiento del mismo.

En relación con la primera razón invocada, Núñez (2016) expresa que el precedente no excluye la discrecionalidad, sino que la transfigura en amplios espacios de interpretación sobre el alcance de la ratio decidendi y otorga al decisor, previo juicio de valoración, libertad para aplicarla o no.

Consonante con lo expuesto, el citado autor expresa:

En un sistema con regla de precedente, por el contrario, aunque globalmente disminuya, la discrecionalidad tiende a ejercerse en más sedes y de diferente manera: en la interpretación de las sentencias, en la inducción de la ratio decidendi, en la comparación de casos paradigmáticos, etc. (Núñez, 2016, p. 154).

Respecto de la segunda razón, Bernal (2008) la asimila a un tipo de “obstáculo fáctico” que entorpece el impulso del precedente y lo define como “la carencia de compilaciones exhaustivas de la jurisprudencia, que permitan su divulgación, y de una dogmática que la analice, la construya en forma de sistema y la critique”. (p. 94). Tal impedimento sería viable superarlo a través de lo que Dueñas (2011) denomina “hermenéutica de segundo orden”:

Es una observación y una explicación racional y conceptual de lo que explícitamente ya ha sido objeto del primer nivel de interpretación; por consiguiente, el verbo rector es comprender. Viene a ser en el mundo judicial, la historia y análisis de la jurisprudencia, en algunas ocasiones como método pedagógico para entender dicha jurisprudencia, hacerla conocer y, por supuesto, para apuntar hacia la igualdad interpretativa. (p. 66).

En este orden de ideas, si bien las dificultades esbozadas demuestran que la aplicación del precedente no es la panacea para la salvaguarda de la seguridad jurídica también es preciso sostener que constituye un límite razonable al ejercicio de la discrecionalidad, habida cuenta de propender por precaver la arbitrariedad y por garantizar principios esenciales para el Derecho.

Capítulo 5

Criterios de racionalidad en la adopción de decisiones judiciales

5.1 Alcance del término racionalidad

La racionalidad constituye ese criterio compartido en una colectividad determinada que guía las acciones y decisiones de sus integrantes e implica la existencia de una específica perspectiva de la vida, internalizada por sus miembros; por ende, es presupuesto básico para garantizar el mínimo orden de las relaciones sociales, pero su alcance no es el mismo en todas las sociedades. De ahí que Aarnio (2016) sostenga que la racionalidad emerge de la cultura, de la forma de vida asumida por los integrantes de una sociedad, contexto en virtud del cual cada uno espera de los demás determinados comportamientos en el marco de equitativas relaciones, se trata de acciones intersubjetivas.

El término racionalidad concierne a la expresión racional que emana del latín *rationalis* (Rosental & Ludin, 2001). Su alcance traduce consonancia con la razón teórica, es decir, aquello sobre lo cual la razón puede reflexionar, interpretar, valorar y comprender. Por su parte, el vocablo razón hace referencia a la facultad del ser humano consistente en pensar, pero exclusivamente con fundamento en las leyes consustanciales al pensamiento, es decir, este ejercicio excluye otro tipo de leyes. (Comte-Sponville, 2003).

La razón, constituye uno de los fundamentos (logos), que estructuran desde la visión Aristotélica, plasmada en la “Ética a Nicómaco”, la virtud moral del ser humano, igualmente sustentada por la naturaleza y la costumbre; esta postura es abordada por Aristóteles con similar alcance en su obra “Política”.

Al respecto, afirma:

Los demás animales viven principalmente guiados por la naturaleza; algunos, en pequeña medida también por los hábitos; pero el hombre además es guiado por la razón, de modo que es necesario que estos tres factores se armonicen uno con el otro. Muchas veces, efectivamente, los hombres actúan mediante la razón en contra de los hábitos y de la naturaleza, si están convencidos de que es mejor actuar de otra manera. (Aristóteles, 1981, p. 435)

En este sentido, al existir conexidad entre los referidos términos (racionalidad y razón), es viable hacer uso de la expresión racionalidad en remplazo del término razón; en todo caso, lo relevante de la racionalidad o de la razonabilidad es su utilidad o lo que nos permite realizar, es decir, el procedimiento que es viable aplicar para defender una tesis o un enunciado o para rebatirlos. (Ferrater, 1994).

De otra parte, el alcance del término racionalidad presenta diversos significados. Desde el punto de vista teórico, su objeto de estudio recae sobre el conocimiento puro, le interesa comprender la esencia de las cosas que existen y sus causas creadoras, propósito que viabiliza a través de las fases hermenéutica y explicativa y constituye una importante contribución de la filosofía griega, dado que provee los medios para alcanzar el adecuado discernimiento, es decir, transitar de la doxa u opinión a la episteme. Desde la dimensión práctica, es el proyecto que busca determinar a partir de un enfoque crítico cuál es el deber ser del comportamiento humano, lo hace acudiendo a la conciencia en aras de acceder a la categoría de los fines, por tal razón se sitúa en el dominio de la filosofía práctica. Finalmente, desde la perspectiva técnica, la racionalidad constituye un instrumento que proporciona los recursos para alcanzar tales fines. (Agazzi, 2003).

El alcance del término también es abordado por Bernal (2007) a partir de la distinción que establece entre racionalidad teórica y racionalidad práctica. Aclara que mientras la primera hace referencia a las exigencias que debe colmar una teoría para que sea valorada como racional y, en ese sentido, insta no solo a que detente una estricta organización, sino claridad y ausencia de oposición; la segunda, en cambio, aunque persigue el mismo propósito, se enfoca en la conducta humana y los elementos que debe cumplir. Esta última es importante para el Derecho, toda vez que posibilita evaluar las decisiones judiciales.

5.2 La racionalidad en el Derecho

La racionalidad constituye un requerimiento esencial para el Derecho que, fundamentalmente, persigue asegurar la coherencia de los sistemas jurídicos, evitando la arbitrariedad tanto en la producción de las normas que los integran, como en la adopción de las decisiones judiciales.

Un sistema jurídico cumple con tal exigencia cuando sus contenidos normativos salvaguardan la igualdad de las personas, generándoles confianza, regulan previamente la interacción social y detentan vocación de permanencia en el tiempo, presupuestos básicos sin los cuales el Derecho no podría realizar su finalidad primigenia: precaver la anarquía. Tales condiciones develan la estrecha relación que existe entre la racionalidad de los ordenamientos y la seguridad jurídica.

De ahí la importancia de la predecibilidad, elemento fundamental de la racionalidad del Derecho, cuya justificación es abordada por Laporta (2007) a partir del examen de sus concepciones, es decir, desde el análisis de su carácter ontológico. En este sentido, cualquiera sea la teoría, el común denominador consiste en que al Derecho lo integran enunciados o mandatos, cuyo conocimiento anticipado es determinante para propiciar condiciones aceptables de convivencia.

Así, la teoría del derecho natural, trátase de la postura que concibe al Derecho como aquel que emana de una autoridad divina o de aquella que defiende su procedencia de la naturaleza, implica la existencia de preceptos celestiales o naturales, mientras el positivismo jurídico tradicional está conformado por normas emanadas de un soberano con facultades para sancionar a aquellos que las transgredan y, finalmente, el convencionalismo jurídico, manifestación del positivismo que concibe como fundamento básico del Derecho la existencia de una convención, entendida como un conjunto de pautas de conducta seguidas por los integrantes de la sociedad, en cuyo contexto cada uno espera el cumplimiento del otro. (Laporta, 2007).

En consecuencia, la predictibilidad constituye un elemento importante del Derecho, presupuesto primigenio de su existencia, de su esencia, sin el cual no es realizable su función más básica: la convivencia; se trata de un pacto de reciprocidad, en virtud del cual cada persona está llamada a cumplir con las normas de comportamiento requeridas para ese cometido, pero al mismo tiempo cada persona espera que los demás asuman el mismo compromiso.

Sin embargo, la predictibilidad absoluta en el Derecho no es viable, dado que la transformación de la realidad es permanente y, por ende, más vertiginosa que su regulación, por ello, la consagración de los contenidos jurídicos constituye una tarea compleja, dada la necesidad que esta entraña, consistente en alcanzar el balance entre dos cometidos direccionados en líneas antagónicas. “Por una parte, tienen que respetar la estabilidad y, por otra, tienen que procurar la flexibilidad requerida por las circunstancias”. (Aarnio, 2016, p. 37).

En efecto, el punto crucial consiste en lograr el equilibrio en el contexto de la aludida tensión, cometido cuya viabilidad depende fundamentalmente de la actividad creadora del Derecho que realiza el cuerpo legislativo mediante la adopción de normas jurídicas y los jueces y autoridades administrativas a través de su aplicación. Estos últimos asumen la tarea de interpretar los preceptos, adecuándolos a las circunstancias de los casos objeto de resolución y, cuando definitivamente ello no sea posible, el legislador tendrá que construir nuevas normas consonantes con las sobrevinientes realidades. Esta tensión se presenta entre los principios y características que cimentan la ideología del Estado de derecho, verbigracia la permanencia, previsibilidad y certeza de las normas jurídicas, la garantía de protección que de estas deviene sobre las personas respecto de otras y también en relación con el Estado, y el énfasis en la flexibilidad que implica aplicar criterios de equidad en la resolución de cada caso específico. No obstante, hallar el balance además de ser una tarea compleja, entraña riesgos de arbitrariedad, como aquellos eventos en los cuales es pretermitido o deshecho el alcance de la ley, teniendo en cuenta que de esta fuente se predica no solo formalidad, sino generalización en su aplicación. (Aarnio, 2016). A la garantía de ese equilibrio se refirió Aristóteles (2001), cuando definió la equidad como “una rectificación de la ley allí donde resulta defectuosa en razón de su generalidad” (p.178).

No obstante, tal como sostiene Zagrebelsky (2009):

La época actual viene marcada por la pulverización del derecho legislativo, ocasionada por la multiplicación de leyes de carácter sectorial y temporal, es decir, de reducida generalidad o de bajo grado de abstracción, hasta el extremo de las leyes – medida y las meramente retroactivas, en las que no existe una intención regulativa en sentido propio. (p. 37).

Es decir, han venido desapareciendo las propiedades tradicionales de la ley, fundamentalmente, por la existencia de variedad de grupos y estratos al interior de las sociedades, que dada sus especificidades ameritan en el contexto de un Estado social tratamientos diferenciados, los cuales obtienen, además, por la defensa de sus intereses ante el órgano legislativo, produciéndose, de esta forma, una proliferación de legislaciones que ha mermado de manera significativa el característico principio de generalidad de la ley. Asimismo, el impulso de estas colectividades, fuerzas y movimientos sociales causa aceleradas mutaciones que determinan su juridificación en la ley, pero debido a que en forma apresurada pierden su alcance ante el surgimiento de nuevas realidades, las cuales de igual manera ameritan nuevas regulaciones, afectan otro fundamento clásico de la ley: el principio de abstracción. (Zagrebelsky,2009).

En consecuencia, acorde con lo expresado por Zagrebelsky (2009), la regulación legislativa es producto de un itinerario político en el que participan diversidad de sectores sociales y está caracterizada por su efímera duración, en razón a que tales actores persiguen permanentemente la adopción de leyes que consagren nuevas “relaciones de fuerza”.

De acuerdo con Díez-Picazo (1985) citado por Hierro (1996), la realidad descrita es consonante con el fenómeno de mutación de la ley, fuente que ha venido sufriendo cambios por efecto de nuevos escenarios políticos y jurídicos. Tal situación obedece a razones de orden práctico y teórico:

- 1) La diversificación de la ley y la competencia entre los diversos tipos de leyes; 2) la aparición de normas no legales de carácter paralegal en los procesos de integración regional de los estados; 3) la expansión de la fuerza normativa de las constituciones y 4) la expansión de la fuerza normativa de los principios. (Hierro, 1996, p. 291).

La metamorfosis expuesta es de suma y determinante relevancia para comprender el Derecho propio del Estado constitucional y determinar cuál ha de ser su racionalidad. En ese sentido, tal como sostiene Zagrebelsky (2009): "Si, mediante una palabra lo más aproximada posible quisiéramos indicar el sentido de ese carácter esencial del derecho de los Estados constitucionales actuales, quizás podríamos usar la imagen de la ductilidad". (p. 14). La ductilidad hace referencia a que el Derecho debe ser consonante con la realidad del concierto de valores y principios, cimiento de las sociedades pluralistas y, por ende, fundamento de las constituciones; particularidad que proscribe la absolutización y, por el contrario, demanda la realización de múltiples máximas inmersas en la interacción colectiva a fin de garantizar la convivencia pacífica.

Por lo tanto, para el cumplimiento de tan importante propósito, no es admisible que el Derecho organice los principios desde criterios de jerarquización de valores, porque en situaciones de conflicto aquel erigido como de superior categoría despojaría de valor a los

demás, ubicados en un rango inferior, generándose, en consecuencia, una especie de despotismo del valor. (Zagrebelsky, 2009).

Corolario de lo expuesto, la racionalidad del Derecho propia de los Estados constitucionales exige tener claridad en torno a la especificidad de los aludidos principios. Los derechos fundamentales, conforme lo sostiene Bernal (2018), al detentar una raíz y naturaleza moral y encontrarse abiertos a las teorías de la justicia y de la moral política, vinculadas a distintas ideologías (liberal, democrática y de Estado social), una vez institucionalizados se ubican en el escenario de la indeterminación y generan enfrentamientos al interior de los sistemas jurídicos a la hora de ser aplicados; tal indeterminación es resuelta mediante la fijación del contenido de los derechos por parte del órgano legislativo, aunque en algunos Estados, como acontece en Colombia, esa delimitación es afinada por la Corte Constitucional a través de su jurisprudencia, valiéndose para el efecto del modelo de proporcionalidad, temática que es objeto de desarrollo en el último acápite de este capítulo: La racionalidad de la decisión judicial en los Estados constitucionales.

5.3 La racionalidad de la decisión judicial

La racionalidad de la decisión judicial es un tema de suma relevancia para el Derecho que, mediante la formulación de lineamientos, esencialmente, persigue impedir la arbitrariedad y asegurar la credibilidad de las personas en el proceso de impartición de justicia.

Para que el sistema jurídico funcione es inevitable tener, no cualquier mecanismo de solución de conflictos, sino un mecanismo que conecte de algún modo la solución de los problemas con las reglas de la práctica. De lo contrario, los destinatarios de las normas jurídicas no tendrían ninguna razón especial para seguir esas reglas. (Laporta, 2007, p.134).

Es decir, las decisiones se convertirían en acontecimientos aleatorios, con pretermisión de las normas jurídicas. En últimas, cuando el mecanismo de solución de conflictos está divorciado de las “reglas de la práctica” impacta negativamente al Derecho, en la medida en que enerva las motivaciones que asisten a los integrantes del cuerpo social para cumplirlas. La inseguridad constituye un elemento demoledor para la dinámica del Derecho como experiencia social. (Laporta, 2007).

El tema crucial consiste en establecer de qué manera es viable predecir los fallos judiciales, cuestionamiento analizado por Laporta (2007), desde dos perspectivas: la de los conductistas que pretende predecir el alcance de la decisión judicial, con base en las actitudes de los jueces o las denominadas “corazonadas” y la propuesta por Lewellyn, que con el mismo propósito plantea partir de causas jurídicas falladas con anterioridad y a través del método inductivo poder determinar las conductas similares adoptadas por los decisores en relación con problemas análogos.

Asiste razón al citado autor cuando expresa que situar en el centro de las decisiones las actitudes del juez constituye un error e incluso resulta inviable desde el punto de vista conceptual investigar tales conductas, y aun asumiendo la realización de una investigación

empírica íntegra de esos rasgos, lo máximo que podría arrojar el ejercicio es un conjunto de sucesos o circunstancias atinentes a las tendencias psicológicas de los funcionarios encargados de impartir justicia, pero con un enfoque generalizado en torno a determinados asuntos. Asimismo, cuando expresa que inferir las regularidades de algunas sentencias, tomando como base las respuestas asumidas por los jueces en casos similares anteriores constituye una misión con resultados restrictivos o fallida por diversas razones: el modelo del registro en cifras es tan ínfimo que no arroja información garante de credibilidad para vaticinar el proceder del órgano judicial; el surgimiento de casos novedosos, resultado de las transformaciones sociales que por su naturaleza prístina impide contar con elementos o aristas que posibiliten conocer anticipadamente los comportamientos del juez base para deducir el contenido de la futura sentencia. El panorama es ostensiblemente distinto cuando con fundamento en la compilación de jurisprudencia se logra identificar el criterio imperativo y por ende aplicable al caso actual objeto de resolución, en consideración a que el referido resultado no estaría conectado con las actitudes de los jueces, sino con las reglas provenientes del precedente erigido en fuente del Derecho, única modalidad con carácter predecible vinculada al imperio de la ley. (Laporta, 2007).

Sobre este último aspecto, es preciso aclarar que el precedente no solo estaría vinculado a la ley, sino al conjunto de fuentes del Derecho invocadas, analizadas y cohesionadas como sustento de la decisión; afirmación que resulta consonante con el criterio hermenéutico expresado por la Corte Constitucional colombiana, cuando se refiere a la metodología que posibilita desentrañar de un fallo la *ratio decidendi* (precedente en sentido estricto), la cual se traduce en el cumplimiento de diversas etapas o en el acopio de varios componentes, uno de los cuales hace referencia a la variedad de fuentes jurídicas. En efecto, el referido órgano jurisdiccional sostiene que, para determinar los fundamentos orientadores

de decisiones anteriores, referidas a casos análogos, es necesario: a) la identificación del objeto o tema central de la sentencia, b) el establecimiento de la variedad de fuentes utilizadas como base de la decisión y c) la determinación de la regla o principio rigurosamente ligada a lo dispuesto en forma concreta en el fallo. (Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C 039/2003).

Por lo tanto, la racionalidad de la decisión judicial demanda que la resolución de los casos ineludiblemente se realice con fundamento en el ordenamiento jurídico vigente y no fuera de él o, en otros términos, al juez le asiste a la hora de emitir sus pronunciamientos “el deber de atenerse al sistema de fuentes establecido por los criterios de identificación de las normas jurídicas” (Laporta, 2007, p. 194).

Sin embargo, resulta relevante aquí traer a colación dos posturas divergentes abordadas por Alexy (1988), respecto de tal exigencia. De un lado, la del positivismo jurídico defendido por Hart y Kelsen a partir de la concepción de los sistemas jurídicos como estructuras de reglas, caracterizados por ser abiertos, en la medida en que presentan, entre otros problemas, los concernientes a la imprecisión del lenguaje, al antagonismo entre normas y a situaciones de la realidad no contemplados o pretermitidos, propone recurrir a elementos extrajurídicos para dilucidar los conflictos, cuando no halle las respuestas en el derecho positivo; de otra, la de Dworkin defensora de sistemas jurídicos basados no solo en reglas, sino en principios que posibilitan una sola respuesta correcta.

Por otro lado, la racionalidad impone al juez el deber de considerar en sus decisiones los valores arraigados en la sociedad, es decir, aquellos que han sido admitidos por la mayoría

de sus integrantes, cometido cuyo cumplimiento satisface la certeza jurídica. A esta conclusión arriba Aarnio (2016), luego de analizar las ideas de Habermas en torno a la estructura de las sociedades; éste último identifica en ella dos componentes: i) “El sistema” que constituye la realidad, en cuyo contexto se desenvuelve la interacción humana, pero en esta dinámica se recurre a herramientas distintas al lenguaje como el dinero y el poder, y en el caso específico del ámbito jurídico juegan un papel determinante el “poder y el derecho”. 2) “El mundo vital”, erige una realidad diferente, cimentada en relaciones humanas recíprocas y, por ende, acude al lenguaje como medio para alcanzar el mutuo entendimiento entre los miembros del cuerpo social. Por lo tanto, Habermas la denomina “racionalidad comunicativa”.

En este aporte de Aarnio es viable identificar un componente sustantivo y otro que podría denominarse de validez formal. El primero, estaría conformado por los valores arraigados en la sociedad. Tales valores (admitidos racionalmente) yacen en el “mundo vital” y la relevancia que revisten en el proceso de impartición de justicia es de tal magnitud que su pretermisión afecta la confianza de la sociedad en las decisiones, que bien podría conllevar desequilibrios internos. De ahí que los jueces al resolver los conflictos no solo deben aplicar las normas jurídicas formalmente válidas, sino adoptar interpretaciones coherentes con las expectativas del común de las personas, presupuesto fundamental que posibilita alcanzar la “aceptabilidad racional” o máxima aceptabilidad y, por ende, la certeza jurídica; significa, entonces, que este elemento se encuentra articulado al conjunto de intereses dominantes en la sociedad. Por lo tanto, la aceptabilidad de la interpretación demanda la satisfacción de dos exigencias: racionalidad y razonabilidad. (Aarnio, 2016).

Sobre la segunda exigencia de interpretación, el autor destaca la complejidad que reviste. Al respecto asevera:

No hay medios universalmente aplicables que permitan controlar un argumento tal como el de la razonabilidad de la solución. Sin poner en peligro la estabilidad, no es posible tomar una decisión jurídica o explicarla totalmente dejando de lado la ley y aduciendo solo la razonabilidad, la equidad u otros fines considerados como valiosos. La decisión jurídica crea siempre un equilibrio entre la letra de la ley y otros factores que influyen en el asunto. Se trata de la cuestión de saber cómo aplicar la ley de forma tal que cuente con la aceptación general. (Aarnio, 2016, p. 39).

El segundo componente, es decir, el de validez formal descansa en la Teoría de la acción comunicativa de Habermas (1987), cuyo enfoque no indaga acerca de si el resultado de la discusión es o no verdadero, sino si este deriva de un consenso cimentado en el cumplimiento de las reglas de comunicación aprobadas o, expresado en otros términos, compartidas en el escenario o telón de fondo de un “mundo de la vida”, integrado por la sociedad, la identidad de las personas y la cultura y la manera cómo esta última incide en el ámbito de las relaciones sociales, mediante la creación de directrices que a su vez determinan el comportamiento de las personas.

En ese sentido, la Teoría de la acción comunicativa se encuentra vinculada con los aportes realizados por el mismo Habermas a la Teoría sociológica moderna, la cual fundamenta en la democracia deliberativa, influenciado de manera significativa por la Escuela

Alemana de Frankfurt, especialmente, en los aspectos atinentes al examen de la racionalidad, la organización del Estado y el ejercicio del poder, la dialéctica y el mundo moderno; planteamiento que, además, se superpone al individualismo y/o postura filosófica del subjetivismo defensora de criterios de validez enfocados en el sujeto. (Garrido, 2011).

En todo caso, según Feteris (2007), el componente de validez formal abordado por Habermas (1987), hace referencia a los presupuestos del discurso ideal: inteligible sintáctica y semánticamente, basado en la verdad resultado del consenso y en la sinceridad del disertante.

Consonante con lo expuesto, Habermas (1998), basado en la teoría del Derecho planteada por Dworkin trata el problema atinente a la racionalidad de las decisiones judiciales, identificando desde esa dimensión los dos presupuestos de los cuales deben estar revestidas: seguridad jurídica y aceptabilidad racional.

En ese orden de ideas, teniendo en cuenta lo determinante que resultan para garantizar la legitimidad de las decisiones jurídicas los intereses o valores arraigados en una sociedad, es preciso sostener que la racionalidad de tales proveídos está relacionada con su justificación. “El contexto de justificación es el conjunto de premisas y argumentos a partir de los que puede inferirse racionalmente el contenido del fallo o decisión” (Laporta, 2007, pp.194-195). La justificación está relacionada con el deber endilgado al juez consistente en esgrimir las razones que sustentan sus decisiones; por lo tanto, en el siguiente acápite serán abordadas algunas de las teorías de la argumentación originadas por la necesidad de razonarlas a fin de evitar la arbitrariedad.

5.4 Teorías de la argumentación jurídica

Un aspecto ineludible, punto de partida, para comprender la racionalidad del derecho hoy, implica aceptar que su naturaleza es esencialmente argumentativa. En efecto, es claro que hoy el derecho no es viable conocerlo desde una dimensión estrictamente teórica o científica a través de los mismos procedimientos que las ciencias teóricas utilizan para comprender su esencia, no son contextos o materialidades situados extrínsecamente en “normas, conceptos o valores”, tampoco se erige en un sistema axiomático perfecto con respuestas exactas a la hora de dirimir los conflictos. El derecho es fundamentalmente praxis, se construye a partir de la experiencia y cumple una función práctica basada en la argumentación. (García Amado, 2013).

Así, autores como Perelman, basado en la retórica y la dialéctica griegas, propone soluciones a los casos difíciles para el derecho (casos complejos que no encuentran respuesta en el derecho positivo), mediante el empleo de la retórica, la cual concibe como una herramienta, basada en la razón práctica, que conduce a abstracciones de lo probable, admisible o razonable, mas no a la exactitud y a las verdades necesarias, propias de la teoría de la demostración y/o método deductivo, excesivamente formalista, defensora de una concepción axiomática de los sistemas jurídicos que, en todo caso, no descarta, sino que complementa desde sus planteamientos. (Perelman & Olbrechts-Tyteca, 1989).

Con esta teoría, Perelman logra revivir la retórica y la dialéctica aristotélica inescindiblemente ligada a la filosofía, connotación que mantuvo durante la Edad Media y el Renacimiento, mas no en la Edad Moderna, caracterizada por el predominio del racionalismo, corriente que la impactó negativamente y la redujo durante los siglos XVII, XVIII Y XIX a un estilo ornamental. Varias son las causas de la reaparición de la retórica con enfoque filosófico; de una parte, el posicionamiento en el siglo XIX de tendencias y teorías tales como el pragmatismo, el historicismo y la axiología y, de otra, el impulso de sociedades democráticas que interactúan en los ámbitos político, económico, entre otros. (González Bedoya,1989).

En virtud de tal enfoque argumentativo, los “casos difíciles” para el Derecho, es decir, aquellos cuya respuesta o solución no proporciona el sistema jurídico como acontece con las situaciones generadas por vacíos normativos o por deficiencias o exclusión de realidades en las regulaciones o por colisión entre los derechos fundamentales, demandan la construcción de argumentos con entidad para persuadir a un auditorio, conformado por personas sobre las cuales el orador pretende influir. En ese sentido, el orador como fase previa a la argumentación, en aras de alcanzar el aludido propósito, debe conocer el auditorio, cómo piensa, cuáles son sus preferencias o incluso sus prejuicios a fin de estructurar un discurso que se adapte a ese específico escenario, en otros términos, establece un “contacto espiritual” con sus integrantes para lograr adherirlos a la tesis planteada.

Por tanto, el análisis de los auditorios es determinante para esta teoría, hasta el punto de admitir su abordaje desde la sociología, debido a que los criterios o puntos de vista de las personas dependen, fundamentalmente, del contexto social en el que se desenvuelven, de los

individuos con los cuales interactúan y no de la personalidad que los caracteriza. (Perelman & Olbrechts-Tyteca, 1989, p. 56).

De ahí que el conocimiento errado que se tenga del auditorio, el cual en el ámbito del Derecho puede ser la sociedad o la comunidad jurídica, causaría un impacto negativo si los argumentos que respaldan la tesis planteada por el juez o el tribunal constitucional resultan ser contrarios a sus concepciones o valores preferentes. Sin embargo, la diversidad de auditorios es incalculable y, por lo tanto, se plantea la necesidad de contar con un procedimiento argumentativo aplicable a la generalidad de tales contextos o por lo menos a los conformados por personas razonables. (Feteris, 2007).

Por otra parte, Alexy (2015), con el mismo fin, es decir, el de afrontar el problema de la justificación de las decisiones jurídicas, plantea su Teoría procedimental de la argumentación y, para el efecto, parte del reconocimiento de una realidad superada, referida a que en el ámbito de los debates relacionados con la actual metodología jurídica, existe convergencia en torno a que las reglas derivadas de las sentencias no son exclusivamente resultado lógico, en la generalidad de causas, de los enunciados jurídicos y de los empíricos. La aplicación del derecho no se circunscribe al tradicional procedimiento de subsunción; situación que obedece a inconvenientes relativos a la imprecisión del lenguaje, a las discrepancias entre preceptos jurídicos, a casos no juridificados y a la viabilidad de adoptar decisiones contrarias a la literalidad de los preceptos en tratándose de conflictos especiales, entre otros. Asimismo, parte de la premisa atinente a que los procedimientos de interpretación formulados, hasta el momento, para resolver las enunciadas dificultades no posibilitan justificaciones concluyentes

de las decisiones jurídicas y, en consecuencia, el juez debe escoger, entre distintas soluciones, aquella que considere mejor, acción que lo conduce a emitir apreciaciones o valoraciones.

Alexy (2015), arriba a la conclusión anterior, previo escrutinio de los aportes que desde la teoría y la filosofía del derecho se han generado como soluciones posibles de objetivación de las valoraciones, a fin de descartar ámbitos de libertad para fundamentar las decisiones judiciales en opiniones o ideas de la autoridad judicial que las emite. En este sentido, primeramente, aborda los planteamientos de Perelman (1967) y Engisch (1971), que demandan del juez el deber de fundamentar las sentencias en los valores de la sociedad o de específicos sectores de la misma; postura que presenta dificultades referidas a que no siempre es viable establecerlos con precisión, incluso con frecuencia pueden sobrevenir de concepciones de diferente alcance y, en estos o en aquellos eventos en los que el decisor opte por los criterios de grupos específicos, está llamado a esgrimir razones sobre porqué deben prevalecer justamente esos puntos de vista. En segundo lugar, revisa la propuesta de Wieacker (1973), que remite al régimen de valoración previsto al interior del ordenamiento jurídico, como medio para garantizar la ecuanimidad de las decisiones jurídicas, empero, tal planteamiento para Alexy (2015) es insuficiente, habida cuenta de no derivar un resultado estable que condicione al juez a una valoración específica, teniendo en cuenta que las normas no solo contienen diversidad de perspectivas valorativas, sino que con mucha frecuencia son antagónicas; es más, ninguna máxima puede ejecutarse de manera omnímoda y, normalmente, no se tiene certeza de las que se encuentran incorporadas en los preceptos.

En consecuencia, de lo expuesto, el fundamento para decidir es el peso que se asigna a las distintas dimensiones de apreciación u opinión y, en ese sentido, las sentencias no

pueden basarse en el orden interno de valores del sistema jurídico, eso sí, sin desconocer que los enfoques valorativos expresados en la Constitución, en normas jurídicas y en decisiones son de trascendental significación. Finalmente, la tercera solución examinada por Alexy (2015) y que, igualmente, propugna por la ecuanimidad de las decisiones jurídicas, liberadas de opiniones subjetivas, descansa en un sistema de valores objetivo - desligado del derecho o insertado en la Constitución o en el orden jurídico – o en formulaciones de Derecho natural; sin embargo, en criterio del autor, esta modalidad comporta convicciones filosóficas supremamente controversiales.

Sobre la base del diagnóstico expuesto, en cuyo abordaje, Alexy (2015) escruta y objeta las posibles vías de solución a los espacios de subjetividad del decisor, formula la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica, cimentada en tres aspectos relevantes: i) “la pretensión de corrección”, que traduce el cometido esencial e ineludible de realización de justicia, exigido tanto al Derecho, como a las decisiones jurídicas; ii) “la tesis del caso especial”, desde la cual el autor concibe la fundamentación de la decisión jurídica como un discurso que por estar relacionado estrechamente con la ley, el precedente y la dogmática, constituye una especie de su género, es decir, del discurso práctico general. Esta tesis permite comprender la naturaleza institucional y crítica del derecho, que enlazadas generan la unión del Derecho y la moral; iii) la viabilidad de una teoría del discurso basada en la argumentación práctica racional, conformada por reglas y procedimientos que posibilitan garantizar el equilibrio entre el objetivismo y el subjetivismo.

El aludido planteamiento está vinculado con el eje central del trabajo de Alexy en filosofía del Derecho, el cual radica en las dificultades que comporta la relación entre derecho y razón, en cuyo contexto se hallan inmersos cuestionamientos acerca del alcance de tales

categorías y de la dependencia que entre ellas existe. Sobre el primer cuestionamiento, concerniente a qué se debe entender por derecho, aclara que la respuesta es compleja, dado que involucra tres aspectos: “(1) la legalidad en conformidad con el ordenamiento, (2) la eficacia social y (3) la corrección en cuanto al contenido”. (p. 515).

Así, la legalidad encarna la institucionalidad del derecho, es decir, tanto el establecimiento, como la aplicación de sus normas es realizada por instituciones y éstas, tal como sostiene Kelsen (1960), citado por Moreso y Vilajosana (2004, p. 24), a su vez son creadas por el derecho, en otros términos, el derecho se encarga de su propia elaboración; la eficacia social, hace referencia a la capacidad del derecho para afrontar desde su regulación los conflictos derivados de la dialéctica social; mientras la corrección respecto de su contenido, concierne al mandato de justicia que debe establecer como base determinante de su orientación, valiéndose para el efecto de la razón práctica, herramienta útil para esclarecer qué es lo justo o razonable.

La razón práctica se traduce en un procedimiento conformado por reglas, cuya aplicación persigue garantizar la racionalidad del discurso que fundamenta una decisión jurídica, las cuales clasifica en cuatro grupos: i) reglas básicas, ii) reglas de racionalidad, iii) reglas para asignar la carga de la prueba, iv) reglas relacionadas con formas de argumentación y v) reglas de justificación.

Tabla 7*CLASIFICACIÓN DE LAS REGLAS DEL DISCURSO RACIONAL SEGÚN ALEXY.*

Reglas	Alcance
Básicas	Satisfacción de condiciones que garanticen la comunicación, en cuanto a la corrección de las decisiones. Hacen parte de este grupo, las reglas que buscan precaver la contradicción del hablante, la ambigüedad en la utilización de los términos y la diferencia de trato a situaciones similares.
Reglas de racionalidad	Implica justificar las aseveraciones atinentes a formulaciones descriptivas o valorativas y que todos los participantes puedan controvertirlas.
Reglas para asignar la carga de la prueba	Hace referencia al deber de justificar los tratos diferenciados a quien los aduzca y a presentar argumentos adicionales, cuando haya contraargumentación.
Reglas relacionadas con formas de argumentación	Formas de argumentación que posibilitan razonar sobre los juicios de valor.
Reglas de justificación	Comportan la aplicación de los principios de prescriptividad y universalidad.

Fuente: elaboración propia con fundamento en Feteris (2007).

Sin embargo, tales reglas que hacen parte de la teoría general del discurso, en criterio del autor, no logran satisfacer un consenso y por ello considera necesario adecuarlas a las especificidades del discurso jurídico. La sola implementación de las reglas enunciadas no garantiza la infalibilidad en la solución de los conflictos, pero sí tiene la connotación de precaver significativamente la arbitrariedad. De esta manera, afirma: “La aplicación de las reglas del discurso no llevaría ciertamente a la seguridad en toda cuestión práctica, pero sí a una considerable reducción de la existencia de irracionalidad”. (Alexy, 2015, p. 435).

Es decir, como lo sostiene Feteris (2007) “las convicciones normativas de los participantes pueden ser incompatibles a pesar de que se siga un procedimiento racional” (p. 163). En este sentido, Alexy (2008) considera pertinente para garantizar un discurso jurídico racional que las proposiciones normativas “en el marco del ordenamiento jurídico vigente puedan ser racionalmente fundamentadas” (p. 305).

En ese orden de ideas, Alexy (2008) propone lo que denomina “rasgos fundamentales de la argumentación jurídica”:

En los discursos jurídicos se trata de la justificación de un caso especial de proposiciones normativas, las decisiones jurídicas. Pueden distinguirse dos aspectos de la justificación: la justificación interna (internal justification) y la justificación externa (external justification). En la justificación interna se trata de ver si la decisión se sigue lógicamente de las premisas que se aducen como fundamentación; el objeto de la justificación externa es la corrección de estas premisas. (p. 306).

La exigencia de justificación interna o de fundamentación de la decisión jurídica puede variar. Así, si se trata de casos sencillos o fáciles con claras respuestas para el derecho, la decisión será el resultado de aplicar el método deductivo o la subsunción. En este caso, la estructura de la justificación interna es la de un silogismo jurídico: premisa mayor (norma general o universal), premisa menor (caso específico) y conclusión. Alexy (2008) destaca que para este tipo de casos la decisión jurídica debe fundarse en una norma universal y otras premisas.

Sin embargo, la referida estructura de fundamentación es limitada para dar solución a los casos complejos, verbigracia cuando la norma contiene un supuesto de hecho que incorpora variedad de hipótesis fácticas, inserta diferentes consecuencias jurídicas, utiliza vocablos ambiguos o requiere para su aplicación del auxilio de otras normas; en tales eventos, la fundamentación de la decisión requiere de premisas no contempladas en la ley, y, bajo ese entendido, es menester crearlas, cometido que implica la aplicación de las reglas o procedimientos, antes expuestos, que delinear el contexto de una discusión práctica.

Al respecto, Alexy (2008) sostiene:

El objeto de la justificación externa es la fundamentación de las premisas usadas en la justificación interna. Dichas premisas pueden ser de tipos bastante distintos. Se pueden distinguir: 1) reglas de derecho positivo 2) enunciados empíricos y 3) premisas que no son ni enunciados empíricos ni reglas de derecho positivo. (p. 318).

Así, dependiendo del tipo de premisa será el proceso de fundamentación. En palabras de Feteris (2007) “en la justificación externa la pregunta esencial es la de si los argumentos que se usaron en la justificación interna son aceptables de acuerdo con las normas jurídicas”. (p. 164).

Igualmente, Aulis Aarnio, autor de la obra “Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica”, realiza aportes al problema de la fundamentación de las decisiones jurídicas. Para el efecto, parte esencialmente del enfoque retórico de Chaim Perelman, la filosofía lingüística de Wittgenstein y la orientación racionalista Habermas.

De La Nueva Retórica de Perelman, toma el elemento de la aceptabilidad, como fundamento de legitimidad de la decisión judicial, el cual se traduce en la misión del juez consistente en construir y optar por la interpretación jurídica que logre adherir al mayor número de integrantes de la comunidad jurídica racional, teniendo como base los valores que para esa colectividad resultan preponderantes para solucionar el conflicto jurídico; por lo tanto, la interpretación es razonable solo si es consonante con el orden de valores de una comunidad jurídica.

En otros términos, en palabras de Aarnio (2016):

La responsabilidad del juez se ha convertido cada vez más en la responsabilidad de justificar sus decisiones. La base para el uso del poder por parte del juez reside en la

aceptabilidad de sus decisiones y no en la posición formal de poder que pueda tener. En este sentido, la responsabilidad de ofrecer justificación es, específicamente, una responsabilidad de maximizar el control público de la decisión. Así, pues, la presentación de la justificación es siempre también un medio para asegurar sobre una base racional la existencia de la certeza jurídica en la sociedad. (p. 32).

Con fundamento en la última parte del párrafo transcrito, es preciso destacar la importancia que el referido autor concede a la certeza jurídica, como componente determinante de la racionalidad y del discurso racional, fundamento de la decisión jurídica. La concibe como el resultado de conjugar y asegurar varios aspectos: garantía de acceso a la justicia, previsibilidad o consonancia de la decisión con el derecho válido e interrelación de las normas jurídicas con las normas morales y sociales.

Es decir, la certeza jurídica persigue como propósito evitar la arbitrariedad y generar confianza legítima en las personas respecto del sistema normativo y de las decisiones jurídicas, pero, en todo caso, posibilitando una armonía entre la seguridad jurídica o vocación de permanencia del derecho y los cambios derivados de la dinamización inherente a las relaciones sociales.

Al respecto, Aarnio (2016) sostiene:

Un juez, un funcionario administrativo, un abogado o un jurista se ve confrontado permanentemente con el problema de la incertidumbre de los contenidos del sistema jurídico. A fin de que la vida social no caiga en el caos, es necesario disipar la

incertidumbre, las regulaciones tienen que lograr un equilibrio entre dos objetivos que apuntan en direcciones opuestas. Por una parte, tienen que respetar la estabilidad y, por otra, tienen que procurar la flexibilidad requerida por las circunstancias. (pp.36-37).

Coherente con lo expuesto, Aarnio (2016), afirma: “si se razona así, la creación del derecho es, dicho con otras palabras, un trabajo en equipo del cuerpo que formula reglas (el parlamento o alguna otra instancia reconocida y el que administra justicia (los tribunales y la maquinaria administrativa)” (p. 37).

De esta manera, si bien Aarnio admite la necesidad de creación del Derecho por parte del juez y que, igualmente, éste recurra a otras fuentes distintas al ámbito jurídico, cuando no cuenta con respuestas o soluciones a los problemas, también es cierto su renuencia a la disgregación absoluta de la ley para dar solución a los conflictos que llegan a su conocimiento.

Al respecto, manifiesta:

Si el derecho no puede solucionar todo, hay que buscar apoyo en alguna otra parte. Pero, también aquí existe el peligro de la exageración. Si el significado de las leyes como base de solución es diluido o totalmente negado, se abren las puertas a la arbitrariedad. Cuando la conducta es guiada en un nivel general, la legislación es – no obstante, sus defectos- el único medio que ha demostrado ser útil. Otros argumentos jurídicos no tienen la misma formalidad y carecen de aplicabilidad universal (Aarnio, 2016, p. 39).

Justamente, por la situación planteada, Aarnio (2016) destaca el papel que está llamada a cumplir la dogmática jurídica consistente en obtener interpretaciones jurídicas auspiciadas por la generalidad de la colectividad jurídica que “razona racionalmente”.

Asimismo, aclara que la Teoría de la aceptabilidad racional, no es viable entenderla desde el bifurcado enfoque verdadero falso, en consideración a que al interior de la sociedad pueden coexistir variedad de criterios normativos, que dependen de puntos de partida (principios generales o precedentes) admitidos. Este es el argumento que sustenta la crítica a la tesis de la única respuesta correcta y en el que, además, descansa la corriente filosófica que niega verdades absolutas en torno a los valores. (Aarnio, 2016).

Ahora bien, de “la filosofía lingüística de Wittgenstein”, Aarnio (2016), toma el concepto de “forma de vida”, entendida como la interacción de los integrantes de una sociedad, basada en criterios axiológicos y reglas comunes, como fundamento para lograr la aquiescencia presupuesto de la comunidad social que es el fundamento del lenguaje. El lenguaje cumple un papel determinante en la construcción del argumento.

Por último, Aarnio (2016) toma del enfoque racionalista de Habermas el concepto de racionalidad comunicativa, que bifurca en dos elementos: la lógica deductiva y la metodología de la discusión. El primero, está íntimamente ligado a la justificación interna e implica que el argumento, base de la decisión jurídica, cumpla con la estructura formal, es decir, que la conclusión sea necesaria inferencia de las premisas. El segundo, guarda relación con la justificación externa y comporta el cumplimiento de determinadas reglas en el contexto de una discusión práctica.

En tal sentido, conforme al planteamiento expuesto, resulta relevante como garantía de racionalidad de la decisión jurídica, no solo la estructura formal del argumento o fundamentación interna, cuya satisfacción dependerá de que la conclusión sea una inferencia lógica de las premisas, sino la metodología de deliberación desde la cual se esgrimen las razones que las sustentan.

5.4.1 Teoría de la Argumentación Jurídica planteada por Manuel Atienza

Atienza aborda la argumentación desde tres perspectivas o enfoques: formal, material y pragmático. El enfoque formal es un criterio de racionalidad, en virtud del cual un argumento será válido si la conclusión de este es una necesaria inferencia de sus premisas, independientemente de si éstas son o no verdaderas.

Con respecto al enfoque formal Feteris (2007), expresa:

De acuerdo con diversos autores, el requisito de validez lógica, como norma de racionalidad legal se deriva del requisito de que la decisión jurídica se debe basar en una regla general. Si se demuestra que una decisión jurídica se basa en una regla general, entonces se sigue que una conclusión similar se aplica a casos similares” (p. 61).

De distinto alcance, como lo plantea Atienza (2001) es el criterio material, de naturaleza cualitativa; este exige sustentar con razones una determinada tesis. Es decir, el aspecto relevante y determinante de esta concepción son los argumentos que respaldan las posibles interpretaciones.

Finalmente, en relación con la estructura materia de examen, la perspectiva pragmática de la argumentación es explicada por Atienza desde dos enfoques: el retórico y el dialéctico. Con el retórico, sustenta la necesidad de persuadir al auditorio a fin de lograr el consenso en torno a la solución de un problema; con el dialéctico, plantea y evidencia el carácter proactivo de la argumentación que propicia la diatriba entre los participantes.

Por otra parte, Atienza reconoce la existencia de los denominados casos fáciles y casos difíciles, destacando que frente a los primeros la fundamentación de la decisión judicial es simplemente de carácter deductivo o lógico (justificación interna), con la connotación atinente a que las premisas que le sirven de punto de partida no son controvertidas. Mientras, con relación a los segundos, caracterizados por no tener claridad en torno a la norma aplicable al conflicto o sobre el significado de los vocablos que contiene, o por no existir certeza respecto a la ocurrencia de un hecho o de su encuadramiento o subsunción en la norma, resulta imperioso complementar el sustento de la decisión con la "justificación externa".

Coherente con lo anterior, Atienza (2001), al igual que los autores examinados, plantea lineamientos que persiguen garantizar la suficiencia y solvencia de los argumentos en los que descansa la decisión. En ese sentido, expresa:

Lo que ocurre es que aquí no basta con la justificación interna, sino que a ella hay que añadirle la justificación externa, esto es, se necesita ofrecer razones a favor de la premisa normativa o de la premisa fáctica, y razones que no pueden tener un carácter puramente formal, lógico. Lo que en último término presta apoyo a una premisa es una determinada teoría sobre las fuentes del Derecho, sobre la interpretación, sobre la valoración de la prueba y, en términos más generales, una determinada concepción de la racionalidad práctica que hará uso de criterios como la universalidad, la coherencia, la adecuación de las consecuencias o el consenso. (p. 266).

Así, la universalidad comporta que frente a idénticas situaciones fácticas deba adoptarse la misma decisión; en tanto, la coherencia exige no solo que la interpretación de una norma sea la que de mejor manera se ajuste a los principios y valores del sistema jurídico, sino que la valoración de los hechos se realice de conformidad con las leyes científicas y las máximas de la experiencia, es decir, con fundamento en conclusiones de carácter empírico obtenidas mediante la observación de lo que ordinariamente sucede, por ende, aptas para alcanzar validez general.

Por último, el consenso, conforme lo plantea Atienza (2001), implica que la decisión sea resultado del diálogo, realizado en condiciones ideales, tal como lo concibe Habermas. En ese sentido, una decisión jurídica se entenderá justificada y, por tanto, será admitida siempre que a esa misma decisión se hubiere arribado producto del acuerdo precedido de deliberaciones en el marco de un contexto perfecto, caracterizado por la garantía o presencia de una pluralidad de condiciones que, básicamente, persiguen superar aquellas dificultades

que imposibilitan a los participantes intervenir en el debate. De esta manera, una decisión es legítima, siempre que resulte de un acuerdo sólidamente argumentado.

Dicho consenso nunca es final o inexpugnable. En principio, un enunciado puede ser siempre tema de discusión si no hay más bases para el consenso. La base empírica del consenso puede cambiar, y entonces puede ser necesaria una nueva discusión basada en el intercambio de opiniones. Es posible que se deba reajustar la decisión debido a sus efectos laterales negativos. (Feteris, 2007, p. 112).

Por otra parte, Atienza (2001) enfatiza en que existe una relación entre el Derecho y la moral, vínculo que considera aún más estrecho en los Estados Constitucionales por la presencia de los principios constitucionales, y aclara, en ese sentido, que no es viable siempre una solución para cada situación o conflicto, por el contrario, frente a un caso es posible fundamentar variedad de respuestas adversas.

Lo expuesto, hasta aquí, es congruente con la concepción del Derecho, defendida por Atienza (2001). Su punto de partida consiste en entenderlo como una “práctica social compleja”, cuyo propósito se contrae a la obtención de determinados fines y valores; razón que impone a la filosofía del Derecho el cometido de erigir conceptos y teorías que posibiliten adecuarse a la diversidad de situaciones presentes y sobrevinientes de la realidad. Este reto cobra relevancia en el contexto del Estado constitucional, dada la presencia de contenidos valorativos, que reducen cada vez más los confines entre el derecho y otros fenómenos sociales.

Igualmente, lo expuesto, guarda consonancia con la negativa por parte de Atienza (2001), referida a la separación entre derecho y moral, tesis defendida tradicionalmente por el Positivismo Jurídico, que hace nugatoria toda posibilidad de evolución de los derechos. El constitucionalismo o pospositivismo al concebir el derecho como un fenómeno complejo, entiende que no resulta suficiente el componente autoritativo, defendido por la corriente positivista, para afrontar los conflictos derivados de las nuevas realidades jurídicas; en cambio, teniendo en cuenta tal propósito, debe ser complementado, reforzado por el componente axiológico, determinante en el ámbito neoconstitucional. Solo así es viable solucionar los inconvenientes filosóficos que devienen de la experiencia o de la praxis del Derecho; criterio compartido por Dworkin (1988), Alexy (2015), Nino (1993) y MacCormick (1978).

5.5 La racionalidad de la decisión judicial en los Estados constitucionales

Antes de abordar en estricto sentido el tema, conviene enfatizar que no solo se inscribe en el ámbito de la teoría jurídica, sino en el de la interpretación constitucional. Este último escenario presenta dificultades consustanciales a toda actividad hermenéutica y también complicaciones que se relacionan con las especificidades del objeto materia de interpretación: la Constitución; particularidades que descansan en la textura abierta de sus normas, de naturaleza general y ambigua.

En efecto, después de mediados del siglo XX, dada la importancia que cobró la justicia constitucional, la comunidad jurídica enfocó su atención en un tipo de norma jurídica, cuya

estructura es distinta a la de las reglas conformadas por hipótesis fácticas y consecuencias. Se trata de los principios, cuyo contenido es de carácter vago e indeterminado y no cuenta con un supuesto que se vincule a una consecuencia jurídica.

Corolario de lo expuesto, los principios se distinguen de las reglas, no solo porque poseen un grado de generalidad más alto que las últimas, sino también por el aspecto cualitativo; criterio de distinción que sustenta “la tesis fuerte de la separación” (Alexy, 1988). Adicionalmente, Dworkin (1977) para diferenciar estos dos tipos de normas jurídicas, plantea, de una parte, que las reglas se aplican en la forma de todo o nada, son o no válidas, mientras los principios proveen o ellos mismos son razones que sustentan una u otra decisión, pero no las determinan y, de otra, que los principios detentan un elemento del cual carecen las reglas: el peso, componente que se evidencia en caso de colisión. Así, cuando dos principios se enfrentan se le otorga prevalencia a aquel que detente mayor peso en un caso concreto; no obstante, ambos continúan siendo válidos.

De esta manera, conforme lo plantea Alexy (1998), dada su especificidad, los principios demandan optimización, cometido que desde el punto de vista de la forma es jurídico y desde el fondo es moral, en razón a que el contenido de tales estructuras normativas es justamente moral.

Tales características de los principios resultan forzosamente necesarias, es decir, no se podría predicar de ellos una naturaleza distinta, en consideración a que los estatutos superiores incorporan la recopilación de acuerdos políticos, pero bajo la forma de lineamientos muy generales a fin de posibilitar relaciones sociales orientadas por el valor de la civilidad.

Por lo tanto, es inconcebible que las constituciones consagren contenidos pormenorizados (Guastini, 2010), dada la especificidad del Derecho propio de los Estados constitucionales que, acertadamente, Zagrebelsky (2009) denomina: “Ductilidad constitucional”. Particularidad, cuyo fundamento descansa en la confluencia de valores y principios que sustentan una Constitución, necesaria para lograr la unidad e integración, y evitar cualquier oposición con su raíz sustancialmente pluralista, descartándose, en consecuencia, cualquier concepción absoluta en relación con las referidas categorías.

Bajo ese entendido, la racionalidad de las decisiones emanadas de los tribunales constitucionales, cuyo objeto consiste en resolver casos difíciles para el Derecho, concretamente los relacionados con los derechos fundamentales, es argumentativa y parte de la premisa atinente a que el Derecho es esencialmente praxis. Además, está orientada por la metodología de la ponderación, respecto de la cual existen tanto tesis detractoras como tesis defensoras.

Abordarlas, implica, en otros términos, examinar tanto las objeciones esgrimidas contra la referida metodología, como aquellas posturas que la consideran plausible, propiciando, de esta manera, un diálogo que viabilice establecer si es pertinente e idónea para dilucidar conflictos entre derechos y, por ende, se justifica su preservación o, por el contrario, si no es garantía de racionalidad; incluso, si resulta necesario o conveniente continuar aplicándola, pero optimizando el procedimiento sobre el cual se estructura, es decir, si es pertinente formular criterios que contribuyan a precaver riesgos de arbitrariedad y, al mismo tiempo, garantizar un equilibrio entre la justicia material y la seguridad y estabilidad jurídicas.

Así, un primer cuestionamiento es examinado por Habermas (1998). Refiriéndose a la legitimidad de los pronunciamientos emanados de los tribunales constitucionales, enfatiza que se trata de un tema polémico. En el caso del tribunal constitucional alemán la objeción a la jurisprudencia radica en que la resolución de los casos se fundamenta en una “teoría de los valores”, dado que este órgano judicial concibe la Constitución más que como un ordenamiento integrado por principios, como un conjunto ordenado de valores o constructos éticos.

El tema crucial, según Habermas (1998) es que al entender los principios como normas que profesan un valor llamado a ser materializado gradualmente, el nivel de cumplimiento no es viable alcanzarlo desde ellas mismas, porque no lo consagran; por lo tanto, la aplicación de esos principios en contextos de la realidad crea la necesidad de acudir a una ponderación encaminada a la consecución de fines. Sin embargo, en consideración a que no es admisible la prevalencia absoluta de un valor sobre los otros, la ponderación genera el efecto de convertir la interpretación jurídica en una transacción de valores, realizándolos en el caso específico.

De esta manera, sostiene:

Pero la justificada crítica de esa jurisprudencia de valores (Wertejudikatur) se endereza a menudo demasiado directamente contra las consecuencias que suscitan preocupación desde la perspectiva de la salvaguarda del Estado de derecho, mas sin dejar claro que de pronto esas consecuencias son solo secuelas de una falsa auto interpretación. Y con ello se pierde de vista la alternativa que representa esa

comprensión correcta que es la interpretación constructiva, conforme a la cual los derechos no pueden asimilarse a valores. (Habermas, 1998, pp. 326-327).

Por su parte, Tsakyrakis (2009), citado por Aldao (2011), plantea que el referido método conduce al debilitamiento de los derechos humanos. Al respecto, afirma cómo “se ha destacado el origen utilitarista y economicista del concepto de ponderación y balanceo, y los problemas implicados por el ideal de optimización cuando éste opera como criterio de determinación del alcance y la vigencia de los derechos humanos” (p. 469). En ese sentido, concebir los derechos humanos como “mandatos de optimización”, dado que restringe algunos de tales derechos en favor de otros o de la prevalencia del interés general, conlleva a adoptar providencias de carácter moral y político que conculcan derechos.

Sin embargo, en criterio de Aldao (2011), esta aseveración parte de suposiciones equívocas. La primera presume una percepción neutral de lo justo, cuyo fundamento permite inferir la obligación de salvaguardar un compendio de derechos con un alcance o núcleo mínimo definido, situación problemática, dado que no sería viable determinar con un moderado grado de certeza un colectivo de valores morales justos y aceptados en forma generalizada.

Todos los intentos realizados en ese sentido, desde la antigüedad griega hasta nuestros días, no solo no han conducido a la justificación de aquello que los sectores dominantes de una sociedad identifican como lo bueno, sino que además producen numerosas aporías en sociedades cultural, social y económicamente heterogéneas como las nuestras, en las cuales el respeto por las autonomías individuales y colectivas

intenta reemplazar el ímpetu homogeneizador característico de la modernidad occidental. (Aldao, 2011, p. 470)

El segundo supuesto equívoco que plantea Aldao (2011) respecto a la crítica que de la ponderación realiza Tsakyrakis (2009) se refiere a una concepción absoluta de los derechos humanos. A juicio del autor no debe confundirse la esfera formal de los derechos con su materialización; en otros términos, enfatiza en la amplia distancia que existe entre las aspiraciones éticas del conglomerado social y su concreción, situación que evidencia la ponderación y es presupuesto básico para poder iniciar su examen, de ahí la naturaleza formal que detenta esta metodología en el proceso de aplicación.

También Möller (2011) presenta objeciones al aludido procedimiento. En efecto, sostiene: “Alexy falla en demostrar que el análisis de proporcionalidad y la ponderación tienen un lugar legítimo en el discurso de los derechos constitucionales” (p. 81). Para llegar a esta conclusión, entre otros aspectos, analiza la manera como operan en la teoría de Alexy los principios asimilados a “mandatos de optimización”. Partiendo de esta naturaleza, los principios deben cumplirse en el mayor grado viable o posible, situación que conduce a dos contextos: uno, referido a la carencia de un principio antagónico, verbigracia si el principio de amparo a la información no tiene rival – podría ser el de la seguridad pública – debe ser materializado plenamente, sin límites; otro, en el que sí existe un principio contrario, caso en el cual será menester establecer en qué medida se cumple cada uno de los principios enfrentados, buscando el mayor grado posible de realización, propósito que en la citada teoría solo es realizable a través de la ponderación que coteja los pesos de cada uno y de esta manera determina qué principio debe prevalecer en un conflicto específico.

En otros términos, Möller (2011), cuestiona la concepción de Alexy atinente a que existe un vínculo inevitable entre los principios y la ponderación. Para él, Alexy pretermite una fase relevante cuando transita de la máxima ampliación viable a la ponderación, dado que desde la perspectiva de una interpretación razonable el mayor grado posible se traduce en el correcto nivel; es decir, atinar en la correcta medida, implica escoger la opción moral acertada, solo así es posible garantizar que ambos principios sean realizados en su máximo horizonte, por ello en lugar de ponderar los principios enfrentados, es necesario esgrimir argumentos de orden moral que posibiliten establecer cuál de ellos es el prevalente. En otros términos, la orientación concerniente a lo posible es determinada por la argumentación moral; si el procedimiento moral o jurídico implementado para dirimir el conflicto es errado, los principios serán ejecutados de manera independiente o conjunta en un grado menor al posible, verbigracia si se otorga prevalencia al amparo de la información y análogamente se desprotege la seguridad, ésta no alcanzaría su mayor nivel.

Lo expuesto, en criterio del autor, se erige en la “optimización correcta” y, por ende, la falencia del argumento moral enerva la teoría planteada por Alexy; es inconcebible que recurra a tal metodología para explicar el alcance de los derechos, teniendo en cuenta que la prosperidad de éstos en el ámbito de la reflexión moral ha venido fundamentándose como antagónica a la desmedida ponderación. (Möller, 2011).

Igualmente, Beade (2011) defiende la argumentación moral como forma de solución a los conflictos entre derechos fundamentales, caso en el cual “la decisión siempre puede ser una, es decir, solo hay una respuesta correcta. El argumento moral se construye siguiendo los

lineamientos del deontologismo clásico en donde hay ciertos ideales que se mantienen y ciertas reglas que nunca se rompen". (p. 255).

Sin embargo, en relación con este último planteamiento, se hace necesario precisar que frente a tales casos puede existir más de una interpretación, justamente en consideración a que los principios incorporan significados vagos e indeterminados, generando al juez un dilema que debe zanjar, creando soluciones a partir de desarrollos iusfilosóficos y en algunos casos morales; se trata de valoraciones que no es viable desentrañar del sistema jurídico. (López, 2011). En el mismo sentido, Hart (2012), uno de los máximos representantes del positivismo jurídico, ha manifestado que el Derecho no puede limitarse a las normas creadas por el legislador, sino que también es viable hallarlo en los conceptos construidos por los jueces.

Por su parte Bernal (2007) indica que el procedimiento, objeto de examen, muy a pesar de conferir al juez espacios de discrecionalidad es racional. En este sentido, sostiene que la ponderación no se traduce en una metodología algorítmica, enderezada, en consecuencia, a una exclusiva respuesta correcta en todos los asuntos de que conocen los jueces o tribunales constitucionales; más bien, presenta limitaciones de carácter racional que se traducen en espacios de libertad en los que pueden esgrimir sus criterios ideológicos y valoraciones. Sin embargo, la referida técnica, muy a pesar de no viabilizar restricciones al impartidor de justicia en relación con el margen de autonomía del cual dispone, si tiene la entidad de precisar cuál es el contexto donde se halla el componente de subjetividad que, además, integra la argumentación de la decisión.

En ese sentido, señala:

La graduación de la afectación de los principios, la determinación de su peso abstracto y de las certezas de las premisas empíricas y la elección de la carga de la argumentación apropiada para el caso, conforman el campo en el que se mueve dicha subjetividad. (Bernal, 2007, p. 238).

En efecto, el tema, como plantea Pietro Sanchís (2000), radica en la naturaleza de la ponderación que no establece graduaciones genéricas entre principios, ni concibe que la enunciación de unos excluya en forma perenne a otros; en cambio, esta metodología conduce a una especie de escalafón dialéctico de valores que en el marco de contextos concretos otorga más peso a uno de ellos, situación que devela la transición o punto intermedio entre la importancia de dos principios en colisión a fin de solucionar un determinado caso y la creación de una regla que en forma concluyente pueda remediarlo.

Con todo, si bien los Estados constitucionales conciben el Derecho como un instrumento que inserta valores morales y políticos, realidad determinante en el proceso de justificación de la decisión judicial, no es admisible, tal como sostiene Laporta (2007), que el razonamiento moral sea resultado de las predilecciones o caprichos del juez o, en otros términos, es inconcebible que la resolución de los conflictos esté subordinada a lo que cada juez considere pertinente desde sus particulares criterios.

El contenido moral como componente inevitable de las decisiones judiciales descansa en aquellos valores aceptados por la comunidad racional; tal exigencia devela que “el

razonamiento moral no es arbitrario ni particularista; se circunscribe mediante controles de racionalidad y se sustenta en enunciados generales” (Laporta, 2007, p.199).

En ese mismo sentido, Pérez Luño (1991), afirma: “La superación del formalismo legalista no desemboca en un decisionismo arbitrario del juez. La falta de sumisión estricta del juez a la literalidad de la ley no implica su desvinculación de determinados parámetros de orientación y control”. (p. 102) y, en forma concordante, Alexy (1988) sostiene: “La racionalidad de la argumentación jurídica depende por ello esencialmente de sí, y con qué alcance, estas valoraciones, son susceptibles de un control racional”. (p.149).

Así las cosas, en consideración a que a la ponderación le es consustancial la variabilidad y, por ende, genera márgenes de discrecionalidad, determinados porque esta técnica conduce a enunciar la elección de una específica perspectiva ética y política, la racionalidad de tales decisiones dependerá de la calidad de su justificación que es viable satisfacer siempre y cuando, como lo sostiene Bernal (2007), cumpla una serie de lineamientos: i) Expresada en forma clara y consistente. La consistencia como bien expresa MacCormick (1978) conduce a que “no se deben controvertir las normas jurídicas establecidas y obligatorias”; ii) integrada por premisas completas; iii) respetuosa de la lógica y de los imperativos que demanda la argumentación.

Corolario de lo expuesto en este capítulo, es preciso sostener que la racionalidad constituye un presupuesto esencial del derecho y de su aplicación, sin el cual no es viable garantizar el moderado orden o armonía que demanda la sociedad para el logro de mínimas relaciones en civilidad; fundamentalmente, persigue precaver la arbitrariedad en la adopción

de las disposiciones jurídicas y en la actividad impartidora de justicia. El logro de este cometido reviste cierta complejidad en el contexto del actual Estado Constitucional, en consideración a sus especificidades, resultado de las transformaciones que ha experimentado el derecho, concebido como una “práctica social” y que mantiene un vínculo con la moral, necesario en el proceso evolutivo de los derechos, impulsado por el advenimiento vertiginoso de nuevas realidades, derivadas de la génesis y desarrollos científicos y de las reivindicaciones sociales, que reflejan un pluralismo o coexistencia de valores.

Ante la nueva realidad, la racionalidad del Derecho y de la actividad judicial, especialmente, la realizada por los tribunales constitucionales, implica partir de concretas estipulaciones: i) no es aceptable una percepción neutral de lo justo, habida cuenta de la condición plural de la sociedad y, por ende, de la necesaria concurrencia de valores, ii) la variedad de contenidos valorativos inmersos en los principios constitucionales y la necesaria colisión que entre los mismos se genera, conduce al ineludible escenario de subjetividad, iii) precisamente, el contenido moral de los derechos fundamentales y los inevitables enfrentamientos que provocan, conduce a que la resolución de los conflictos esté orientada por constructos filosóficos creados por el impartidor de justicia a la hora de optar, en el marco de la ponderación, por una postura de carácter ético y política, iv) la legitimidad de este tipo de decisiones judiciales, depende de la calidad de su justificación, que es viable satisfacer mediante el cumplimiento de las reglas previstas desde la teoría de la argumentación para la estructuración del discurso racional, v) la legitimidad de las referidas decisiones implica asumir el reto de lograr el equilibrio entre la estabilidad y seguridad jurídica y la flexibilidad determinada por la ductilidad constitucional y la especificidad de las circunstancias a la hora de resolver los conflictos.

Capítulo 6

Condiciones esenciales de racionalidad respecto de decisiones atinentes a los derechos fundamentales

El problema base de esta investigación examina la necesidad de plantear criterios de racionalidad a la inevitable discrecionalidad que detentan los tribunales constitucionales, herramienta que ha sido determinante para avanzar en la justiciabilidad de los derechos fundamentales y en la adaptación de soluciones a las vertiginosas transformaciones sociales; sin embargo, en la medida en que su utilización no sea la adecuada surgen inconvenientes relacionados con la seguridad y estabilidad jurídicas y con la aceptabilidad de la sociedad respecto de las decisiones proferidas por estos órganos jurisdiccionales, afectando el orden o armonía que demanda la sociedad para el logro de mínimas relaciones en civilidad.

Asumir el desafío de contribuir a su solución implicó estudiar las tendencias contemporáneas del Derecho Constitucional, el alcance de la discrecionalidad judicial y concretamente la ejercida por los tribunales constitucionales, así como la variedad de criterios de racionalidad delineados por teóricos y filósofos del derecho para precaver la arbitrariedad en la adopción de las decisiones judiciales, en general, y en las referidas específicamente a los derechos fundamentales.

El abordaje de los referidos contenidos posibilitó identificar exigencias de racionalidad, cuyo cumplimiento resulta determinante considerar en la justificación de las decisiones judiciales relacionadas con los derechos fundamentales a fin de garantizar su aceptación por

parte de la sociedad, presupuesto esencial para asegurar su legitimidad y eficacia; requerimientos que, además, resultan consonantes con las transformaciones del derecho, producto de nuevas realidades emanadas de los avances científicos y de las luchas lideradas por los movimientos y grupos sociales.

Concretamente, las exigencias de racionalidad congruentes con una motivación cualificada, en cuanto elemento esencial del derecho a la tutela judicial efectiva, respecto de las decisiones concernientes a derechos fundamentales proferidas por los tribunales constitucionales, estarían referidas a categorías de orden sustancial, identificadas al final del capítulo anterior y que serán desarrolladas a continuación.

6.1 No es aceptable una percepción neutral de lo justo

Los tribunales constitucionales en calidad de garantes de la supremacía e integridad de las cartas políticas detentan la delicada misión de impartir justicia, cimentando sus decisiones en el respeto al contexto de la diversidad de valores que las fundamentan; tal exigencia es de carácter irrenunciable, puesto que su pretermisión afectaría la esencia misma de los estatutos superiores, esto es, la realización de relaciones armónicas al interior de las sociedades que posibiliten la cohesión en el marco de la heterogeneidad.

Por lo tanto, a las más altas corporaciones judiciales se les endilga el deber de abstenerse de dimensionar como absoluto en sus proveídos alguno de los valores que confluyen en el ámbito de la interacción social, en consideración a que tal como sostiene Zagrebelsky (1995):

“Las sociedades dotadas en su conjunto de un cierto grado de relativismo, asignan a la constitución no la tarea de establecer directamente un proyecto predeterminado de vida en común, sino la de realizar las condiciones de posibilidades de la misma”. (p.13).

En otros términos, el imperativo orientador de las decisiones que emanan los TC es el consenso fundante, consustancial a toda sociedad democrática; en tal sentido, el razonamiento que las sustente debe ser aquel que guarde consonancia con los criterios que detentan mayor aceptación, presupuesto fundamental para garantizar la efectividad, puesta en práctica o materialización de estas.

La exigencia de preservación y garantía del consenso que se predica de los TC en el ejercicio de la misión impartidora de justicia comporta una labor pedagógica, cuyo propósito debe consistir en forjar al interior de la sociedad una especie de conciencia colectiva fundada en el respeto entre sus integrantes, dada la naturaleza racional que detentan por su condición de personas (Aristóteles, 2001) y de ser concebidos en su esencia como fines. (Kant, 1797).

Para el efecto, se precisa que la justificación o razones esgrimidas por los TC en sus decisiones atinentes a derechos, se orienten a maximizar los valores de igualdad y libertad, en el marco de relaciones recíprocas. Se trata, como sostiene De Asís Roig (2005), de un escenario de contenido moral, estructurado en cinco componentes: “capacidad de elección, autonomía individual, independencia, satisfacción de necesidades básicas y consecución de planes de vida”. (p. 143).

6.2 La ineludible subjetividad no es arbitrariedad

La variedad de contenidos valorativos inmersos en los principios constitucionales y la necesaria colisión que entre los mismos se genera, conduce al ineludible escenario de subjetividad. Existe convergencia en el ámbito de la filosofía y la teoría del derecho en torno a la complejidad que comporta la interpretación constitucional en los Estados contemporáneos. Esta realidad se encuentra determinada, como se ha explicado, por el contenido especialísimo de las cartas políticas (propias de tales Estados), caracterizado por la presencia de normas abs

tractas, indeterminadas, ambiguas, en otros términos, de “textura abierta” (los derechos fundamentales), connotación inevitable, debido a que insertan los acuerdos políticos y los lineamientos más relevantes que trazan el derrotero de la vida en sociedad.

De esta manera, tal como afirma Pozzolo (1998): “aquellos estándares normativos son valores morales positivizados, los cuales para ser comprendidos requieren consideraciones morales” (p. 347). Es decir, en los Estados contemporáneos la interpretación es de carácter moral (en contraposición a la tradicional o literalista, cuya aplicación condujo a la negación de múltiples derechos), además revestida de condiciones tendientes a privilegiar el valor de la justicia material.

Al respecto, la citada autora sostiene:

La tutela de los derechos no es confiada a la palabra del derecho, sino a la interpretación moral del juez. Este modo de pensar surge del postulado según el cual, dada la preocupación por la tutela de los derechos y su histórica precariedad, el terreno más seguro para su tutela sea colocarlos a nivel del discurso moral, no al nivel del discurso jurídico. (Pozzolo, 1998, p. 350).

Justamente, la especificidad del contenido constitucional propicia ámbitos de subjetividad al juez constitucional. Así, el primer caso, lo devela la escogencia de una entre varias alternativas de interpretación que por la naturaleza amplia de su alcance generan los derechos fundamentales; el segundo, la proyección de soluciones fundamentadas en constructos ideológicos, dados los vacíos que presentan las cartas políticas respecto de determinadas causas jurídicas y, el tercero, la creación de soluciones particulares a los cánones generales. (López, 2011).

6.3 Consonancia del razonamiento moral con los valores admitidos por la comunidad racional

Precisamente, el contenido moral de los derechos fundamentales y los inevitables enfrentamientos que provocan conduce a que la resolución de los conflictos esté orientada por constructos filosóficos creados por el impartidor de justicia a la hora de optar, en el marco de la ponderación, por una postura de carácter ético y política. En efecto, el contenido moral de los derechos fundamentales, su particular forma de develarse, a través de principios, conduce a utilizar la ponderación como metodología para su aplicación, en aras de dilucidar los conflictos que entre los mismos se generan; procedimiento en virtud del cual el impartidor de

justicia emite valoración, otorgando mayor peso al que considere pertinente en el contexto de un caso específico.

En ese sentido, Guastini (2010) sostiene que optar por uno de los principios en conflicto es conceder “una importancia ético-política mayor respecto del otro”. (p. 88). Esta situación obedece “a que no establecen soluciones unívocas (Mocoroa, 2017), esto es, no siempre se deriva de sus contenidos la misma interpretación; por el contrario, las respuestas pueden incluso ser opuestas, dada la naturaleza pluralista de las cartas políticas propias de los Estados constitucionales.

6.4 Prioridad del enfoque dialógico de la argumentación

La legitimidad de este tipo de decisiones judiciales depende de la calidad de su justificación, que es viable satisfacer mediante el cumplimiento de las reglas previstas desde la teoría de la argumentación para la estructuración del discurso racional. El contenido indeterminado de los derechos fundamentales y su apertura a las teorías de la justicia y de la moral política, vinculadas a distintas ideologías (liberal, democrática y de Estado social); la complejidad que requiere deslindarlos de sus límites (establecidos por otros derechos); la mutación que experimentan derivada de procesos de forzosa actualización por efecto de los cambios sociales; los niveles de cumplimiento que posibilitan en su aplicación, generando escenarios para escoger entre distintas alternativas de interpretación o solución de los conflictos, ameritan, en cada caso, justificar adecuadamente las decisiones jurídicas.

El aludido cometido en el contexto de un Estado constitucional demanda el agotamiento de calificados procedimientos que viabilicen estructurar discursos racionales, orientar

discusiones o diálogos, en consideración a que en este nuevo orden la perspectiva dialógica se erige en la modalidad más adecuada de argumentación jurídica, se trata según Feteris (2007) de “una forma de comunicación racional para llegar a un consenso racional”. (p.48). De ahí que resulten relevantes los aportes teóricos de Alexy, Aarnio y Atienza, examinados en el capítulo anterior.

Así, Alexy (2015) plantea que una decisión jurídica se entenderá justificada y, por tanto, será admitida siempre que a esa misma decisión se hubiere arribado producto del acuerdo precedido de deliberaciones en el marco de un contexto apropiado, caracterizado por la garantía o presencia de una pluralidad de condiciones que, básicamente, persiguen superar aquellas dificultades que imposibilitan a los participantes intervenir en el debate, es decir, una decisión es legítima, siempre que resulte de un acuerdo sólidamente argumentado.

Por su parte, Aarnio (2016) conjuga el enfoque retórico de Chaim Perelman, la filosofía lingüística de Wittgenstein y la orientación racionalista de Habermas. De La Nueva Retórica de Perelman, toma el elemento de la aceptabilidad, como fundamento de legitimidad de la decisión judicial, el cual se traduce en la misión del juez consistente en construir y optar por la interpretación jurídica que logre adherir al mayor número de integrantes de la comunidad jurídica racional, teniendo como base los valores que para esa colectividad resultan preponderantes para solucionar el conflicto jurídico; por lo tanto, la interpretación es razonable solo si es consonante con el orden de valores de una comunidad jurídica. De “la filosofía lingüística de Wittgenstein” toma el concepto de “forma de vida”, entendida como la interacción de los integrantes de una sociedad, basada en criterios axiológicos y reglas comunes, fundamento esencial para lograr la aquiescencia de la comunidad social, propósito cuya

consecución requiere del lenguaje (herramienta primordial) en la construcción del argumento y del enfoque racionalista de Habermas toma el concepto de racionalidad comunicativa, que bifurca en dos elementos: la lógica deductiva y la metodología de la discusión. El primero, está íntimamente ligado a la justificación interna e implica que el argumento, base de la decisión jurídica, cumpla con la estructura formal, es decir, que la conclusión sea necesaria inferencia de las premisas. El segundo, guarda relación con la justificación externa y comporta el cumplimiento de determinadas reglas en el contexto de una discusión práctica.

También, Atienza (además de la dimensión formal y material) defiende la perspectiva pragmática de la argumentación desde los enfoques retórico y dialéctico, otorgando importancia a la necesidad de persuadir al auditorio a fin de lograr el consenso en torno a la solución de un problema y a la diatriba entre los participantes.

Corolario de lo expuesto, en el marco del Estado constitucional, la metodología deliberativa resulta ser la más adecuada para resolver los conflictos y justificar las decisiones atinentes a los derechos fundamentales, en razón a las complejas situaciones que experimentan.

6.5 Equilibrio entre estabilidad y flexibilidad

La legitimidad de las referidas decisiones implica asumir el reto de lograr el equilibrio entre la estabilidad y seguridad jurídica y la flexibilidad determinada por la ductilidad constitucional y la especificidad de las circunstancias a la hora de resolver los conflictos. El abordaje de esta

puntual categoría parte de la premisa atinente a que los tribunales constitucionales, en el marco del constitucionalismo contemporáneo, enfrentan conflictos jurídicos que develan tensiones entre los valores de seguridad jurídica y de justicia material y dirimirlos depende del análisis concreto de los casos.

Igualmente, implica entender, por una parte, la relevancia del valor de la seguridad jurídica, cuyo alcance fue examinado en el tercer capítulo de esta investigación, el cual constituye una garantía esencialísima para la existencia de los sistemas jurídicos, habida cuenta de detentar el poder de prever la orientación del comportamiento humano en sociedad, posibilitando a sus integrantes confianza en la construcción de sus planes de vida. Dada su naturaleza, este valor se encuentra inescindiblemente vinculado a la certeza y estabilidad del derecho; no obstante, circunscribirlo a estos factores, deja de lado el examen de los conflictos desde sus especificidades, con la grave implicación de adoptar decisiones contrarias a los constructos axiológicos que cimientan la sociedad, y que son el resultado de transformaciones impulsadas en el devenir histórico por las colectividades que la integran, erigiéndose, por tanto, en auténticas conquistas, orientadoras de las relaciones humanas.

Ahora bien, garantizar el aludido equilibrio impone a los tribunales constitucionales supeditar sus decisiones sobre derechos fundamentales a la historia constitutiva de los mismos, esto es, a su génesis y evolución jurisprudencial, al devenir interpretativo que trazan tales corporaciones judiciales; de ahí la relevancia del respeto al precedente. No obstante, el deber de preservación o preeminencia de esta fuente del derecho no es absoluto, habida cuenta del fenómeno dialéctico transformador consustancial a las sociedades, especialmente las modernas, que ha de ser objeto de ineludible valoración a la hora de solucionar los

conflictos. De hecho, de manera acertada, Atienza (2010), sostiene que el vínculo existente entre el derecho y las metamorfosis sociales se presenta en doble vía; así, las modificaciones jurídicas se generan por el surgimiento de transformaciones sociales, y estas a su vez son resultado de innovaciones gestadas desde los sistemas jurídicos.

De esta manera, dos son las causas generadoras de modificaciones jurisprudenciales. Por un lado, los cambios de la realidad social, que se erigen en determinadores forzosos de innovaciones hermenéuticas, por otro, la adopción de juicios de parte del tribunal constitucional que considera más adecuados para garantizar la materialización de los derechos respecto de situaciones fácticas concretas, en comparación con los que han servido de base a decisiones anteriores, es decir, se trata de criterios que salvaguardan los derechos con mayor eficiencia. (López Cadena, 2007). En últimas, las aludidas creaciones jurisprudenciales traducen modalidades de nuevas lecturas de la constitución a fin de adecuarla a las transformaciones sobrevinientes de la sociedad. (Tomas y Valiente, 1994).

Al respecto, resulta consonante con lo manifestado, el razonamiento que hace López Medina (2006):

En estos casos las instituciones permanecen, los contratos o la separación de los poderes, pero los propósitos y finalidades van cambiando según los nuevos consensos sociales, políticos, culturales y morales. En consecuencia, la búsqueda por el fin o propósito no se encuentra en la intención, sino en una reconstrucción plausible de los fines permisibles y legítimos que las normas deben cumplir en las nuevas circunstancias. (p. 38).

En últimas, el cumplimiento de las exigencias de racionalidad por parte de los tribunales constitucionales, en la función impartidora de justicia, no solo contribuye a que emane decisiones congruentes con el consenso fundante base de las cartas políticas, sino a garantizar su aceptabilidad, habida cuenta de coincidir “con los criterios de moralidad de los ciudadanos” (De Asís Roig, 1995).

Gráfica 1. Condiciones esenciales de racionalidad respecto de decisiones atinentes a los derechos fundamentales.



Fuente: Elaboración propia.

Conclusiones

El problema, punto de partida y fundamento de esta investigación consistió en examinar la necesidad de plantear criterios de racionalidad a la inevitable discrecionalidad que detentan los tribunales constitucionales, llegándose a las siguientes conclusiones:

1. Se confirmaron las especificidades del Estado constitucional: i) relevancia de los principios en el escenario jurídico; ii) concepción de las normas, trátense de reglas o principios, desde un enfoque predominantemente funcional, concretamente relacionado con el fin que están llamados a cumplir en el ámbito del razonamiento práctico; iii) modificación en torno a la naturaleza del derecho, el cual es visto no únicamente como un conjunto de preceptos, sino como “una práctica social compleja”; iv) trascendencia de la interpretación como un proceso constitutivo y racional del Derecho; v) la exigencia en torno a la naturaleza práctica del derecho; vi) idea en torno a la validez del Derecho desde una perspectiva predominantemente sustantiva; vii) sujeción de los jueces a los principios constitucionales; viii) relación entre el derecho y la moral; ix) inclinación a fusionar los componentes que hacen parte de la razón práctica: “el derecho, la moral y la política”; x) el papel preponderante de la argumentación jurídica, en la adopción de las decisiones; xi) fundamentación de las decisiones bajo la orientación de los principios de coherencia y universalización, descartando la existencia de una solución correcta para cada conflicto; xii) concepción del derecho no solo como un medio para el cumplimiento de cometidos sociales, sino como una herramienta que inserta valores morales. (Atienza, 2000).

2. El tránsito del Estado legislativo al Estado constitucional, el advenimiento de la fase de convencionalidad en los sistemas jurídicos y la especificidad de las cartas políticas propias de los Estados constitucionales produjo una amplísima variedad de tendencias con injerencia en la forma de entender el derecho y cambios de paradigma en el ámbito de su interpretación, especialmente en la utilización de metodologías innovadoras que se adaptan a su actual carácter ontológico. En efecto, la “internacionalización del derecho constitucional, la constitucionalización del derecho internacional”, la discrecionalidad de los tribunales constitucionales, la presencia de los modelos neoconstitucionalista y garantista, el control de convencionalidad en el ámbito regional y las modificaciones de las constituciones latinoamericanas en sus componentes de orden dogmático, constituyen claras tendencias determinadoras de significativas metamorfosis que han proscrito la concepción del derecho como un sistema frío, lógico y perfecto, convirtiéndolo en una práctica argumentativa y constitutiva, cuya validez, dada la preponderancia de los derechos fundamentales, es sustantiva.
3. La discrecionalidad es una realidad ineludible; se trata de una herramienta útil para diversos fines, entre otros, la protección de derechos fundamentales implícitos, la resolución en justicia de los conflictos y la flexibilización del excesivo formalismo del derecho frente al carácter cambiante de la sociedad. (Iglesias Vila, 1999). Claras razones justifican la utilización de esta herramienta por parte de los tribunales constitucionales en la adopción de decisiones: El contenido indeterminado de los derechos fundamentales y su apertura a las teorías de la justicia y de la moral política, vinculadas a distintas ideologías (liberal, democrática y de Estado social), complejidad que demanda deslindarlos de sus límites (establecidos por otros

derechos); la mutación que experimentan derivada de procesos de forzosa actualización por efecto de los cambios sociales; los niveles de cumplimiento que posibilitan en su aplicación, generando escenarios para escoger entre distintas alternativas de interpretación o solución de los conflictos. Sin embargo, ha causado inconvenientes relacionados con la seguridad y estabilidad jurídicas e incluso extralimitaciones en la construcción de criterios hermenéuticos invocados como fundamento de decisiones jurídicas.

4. El ejercicio de la potestad discrecional por parte de los tribunales constitucionales en la resolución de los conflictos atinentes a los derechos los sitúa en la disyuntiva que existe entre los valores de seguridad jurídica y de justicia material, entre la salvaguarda de estabilidad o de flexibilidad que demandan las circunstancias del caso. En este escenario, es la racionalidad el presupuesto del Derecho pertinente para orientar la justificación de las decisiones en el marco de la función impartidora de justicia y, por ende, zanjar la aludida tensión, en consideración a que esta condición constituye ese criterio compartido en una colectividad determinada que guía las acciones y decisiones de sus integrantes e implica la existencia de una específica perspectiva de la vida, internalizada por sus miembros (por ende, su alcance no es el mismo en todas las sociedades, porque emerge de la cultura, de la forma de vida asumida por los integrantes de una sociedad), contexto en virtud del cual cada uno espera de los demás determinados comportamientos en el marco de equitativas relaciones, se trata de acciones intersubjetivas. Así, en virtud de su alcance, persigue asegurar la coherencia de los sistemas jurídicos, evitando la arbitrariedad y garantizar la igualdad entre las personas y relaciones basadas en la confianza. (Aarnio, 2016).

5. La investigación posibilitó plantear condiciones de racionalidad del Derecho y de la actividad judicial, especialmente, la realizada por los tribunales constitucionales: i) no es aceptable una percepción neutral de lo justo, habida cuenta de la condición plural de la sociedad y, por ende, de la necesaria concurrencia de valores; ii) la variedad de contenidos valorativos inmersos en los principios constitucionales y la necesaria colisión que entre los mismos se genera, conduce al ineludible escenario de subjetividad; iii) precisamente, el contenido moral de los derechos fundamentales y los inevitables enfrentamientos que provocan, conduce a que la resolución de los conflictos esté orientada por constructos filosóficos creados por el impartidor de justicia a la hora de optar, en el marco de la ponderación, por una postura de carácter ético y política; iv) la legitimidad de este tipo de decisiones judiciales, depende de la calidad de su justificación, que es viable satisfacer mediante el cumplimiento de las reglas previstas desde la teoría de la argumentación para la estructuración del discurso racional; v) la legitimidad de las referidas decisiones implica asumir el reto de lograr el equilibrio entre la estabilidad y seguridad jurídica y la flexibilidad determinada por la ductilidad constitucional y la especificidad de las circunstancias a la hora de resolver los conflictos.

6. Los enunciados presupuestos de racionalidad si bien parten de la realidad atinente a que los Estados constitucionales conciben el Derecho como un instrumento que inserta valores morales y políticos, realidad determinante en el proceso de justificación de la decisión judicial, no es admisible, conforme lo plantea Laporta (2007), que el razonamiento moral sea resultado de las predilecciones o caprichos del juez. En otros términos, es inconcebible que la resolución de los conflictos esté subordinada a lo que cada juez considere pertinente desde sus particulares

criterios; el contenido moral como componente inevitable de las decisiones judiciales descansa en aquellos valores aceptados por la comunidad racional.

7. En definitiva, las aludidas condiciones de racionalidad constituyen criterios determinantes en la justificación de las decisiones judiciales, relacionadas con los derechos fundamentales, que buscan garantizar su aceptación por parte de la sociedad, presupuesto esencial para asegurar su legitimidad y eficacia; requerimientos que, además, resultan consonantes con las transformaciones del Derecho, producto de nuevas realidades emanadas de los avances científicos y de las luchas lideradas por los movimientos y grupos sociales. El cumplimiento de estos parámetros resulta consonante con la exigencia de preservación y garantía del consenso fundante (cimiento de las cartas constitucionales), que atañe a los tribunales constitucionales en el ejercicio de la misión impartidora de justicia y también comporta una labor pedagógica, cuyo propósito consiste en forjar al interior de la sociedad conciencia por el respeto entre sus integrantes, dada la naturaleza racional que detentan por su condición de personas (Aristóteles, 2001) y de ser concebidos en su esencia como fines. (Kant, 1797).
8. Finalmente, es preciso enfatizar en la necesidad de continuar planteando propuestas que contribuyan a optimizar la justificación de las decisiones judiciales, emanadas de los tribunales constitucionales, garantizando la consonancia del razonamiento moral con los valores admitidos por la comunidad racional, el equilibrio entre los principios de seguridad y estabilidad jurídicas y la flexibilidad determinada por las transformaciones sociales.

Referencias Bibliográficas

- Aarnio, A. (2016). *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*. Lima: Palestra Editores.
- Aguilar Caballo, G. (2007). Internacionalización del derecho constitucional. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* 1, pp. 223-281.
- Aguiló, J. (2004). *La Constitución del Estado Constitucional*. Bogotá: Editorial Temis.
- Aguirre, J., García, P. y Pabón, A. (2009). ¿Argumentación o demostración en la decisión judicial? Una mirada en el Estado constitucional. *Revista de Derecho*, 32, pp. (1-29).
- Aldao, M. (2011). La ponderación en el contexto del Estado democrático de derecho: del conflicto de intereses a la verificación de la vigencia de los derechos fundamentales. En: *Desafíos a la ponderación*. Bogotá: Edición: Universidad Externado de Colombia, pp. 467-484.
- Alexy, R. (1988). *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica* [Traducción de Manuel Atienza]. *Doxa* 5, pp.139-151. Doi: <https://doi.org/10.14198/DOXA1988.5.07>
- Alexy, R. (2007). *Teoría de los derechos fundamentales*. [Traducido al español de Carlos Bernal Pulido]. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Alexy, R. (2008). *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Alexy, R. (2008). *Teoría de los derechos fundamentales*. [Traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido]. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

- Alexy, R. (2009). Derechos humanos, ponderación y racionalidad. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal* (11), pp. 3-14.
- Alexy, R. (2010). Dos construcciones de los derechos fundamentales" en el canon neoconstitucional. Editado por Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo, 97-109. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Alexy, R. (2007). *Teoría del discurso y derechos constitucionales*. México D. F.: Distribuciones Fontamara.
- Alexy, R. (2015). *Teoría de la Argumentación Jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. [Traducción al español de Manuel Atienza e Isabel Espejo]. Lima: Palestra Editores.
- Aristóteles (1988). *Política*. [Traducción al español de Manuela García Valdés]. Madrid: Biblioteca Clásica Gredos.
- Aristóteles (2001). *Ética a Nicómaco*. Clásicos de Grecia y Roma. [Traducción al español de José Luis Calvo Martínez]. Madrid: Alianza Editorial, S.A.
- Atienza, M. & García Amado, J. (2016). *Un debate sobre la ponderación*. Bogotá: Temis.
- Atienza, M. (2001). *El sentido del derecho*. Barcelona: Editorial Ariel.
- Atienza, M. (2010). *Argumentación y Constitución*. En: *Interpretación constitucional*. Bogotá: Universidad Libre, pp. 65-122.
- Atienza, M. (2010). *El sentido del Derecho*. Barcelona: Editorial Planeta S.A.
- Atienza, M. (2010). *Estado de Derecho, Argumentación e Interpretación*. En: *Interpretación constitucional*. Bogotá: Universidad Libre, pp. 15-43.

- Atienza, M. (2013). El derecho como argumentación. Curso de argumentación jurídica. Madrid: Editorial Trotta S.A.
- Ávila, H. (2012). Teoría de la seguridad jurídica. [Traducido al español de Laura Criado Sánchez]. Madrid: Marcial Pons.
- Barranco Avilés, M. (2004). Derechos y decisiones interpretativas. Madrid: marcial Pons.
- Barrios Ortigoza, J. (2015). El control jurisdiccional de la constitucionalidad y la política en Venezuela. Estudio sobre la sala constitucional (2000-2010). (Tesis doctoral, Universidad Nacional de Educación a Distancia, España)
- Bayón, J. (Julio,1996). Principios y reglas: legislación y jurisdicción en el Estado constitucional. Trabajo presentado en el Seminario Política y Derecho: una tensión necesaria, organizado por Jueces para la Democracia, Universidad Complutense, Madrid, España.
- Beade, G. (2011). El carácter deontológico de la ponderación. Un análisis de las posiciones de Alexy y Dworkin en relación con el caso de la Ley de Seguridad Aérea alemana. En: Desafíos a la ponderación. Bogotá: Edición: Universidad Externado de Colombia, pp. 79-113.
- Bechara Llanos, A. Z. (2017). Jurisprudencia de principios e interpretación de la Constitución: el escenario de la Corte Constitucional colombiana. *Justicia*, (32), 15-37.
- Bechara Llanos, A. Z., & Vides Argel, M. E. (2019). Tres modelos y un mismo objeto de interpretación de los derechos fundamentales: Dworkin, Alexy y Sieckmann. *Justicia*, 24(36), 193-210.

- Belloso Martín, N. & Tarso, S. (2015). El fundamento del Derecho en el realismo jurídico americano. *Revista Videre*, 7 (14), pp. 10-24.
- Bernal Pulido, Carlos. (2005). *El Derecho de los derechos*. Bogotá: Universidad Externado,
- Bernal, C. (2006). *El neoconstitucionalismo a debate*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Bernal, C. (2003). Estructura y límites de la ponderación. *Revistas Doxa* (26), p.p. 225-238. Doi: <https://doi.org/10.14198/DOXA2003.26.12>
- Borowski, M. (2003). *La estructura de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Bernal, C. (2007). La racionalidad de la ponderación. En: *El principio de proporcionalidad en el Estado Constitucional*. Bogotá: Edición Universidad Externado de Colombia, pp.37-57.
- Bernal, C. (2007). La racionalidad de la ponderación. En: *El principio de proporcionalidad en el Estado Constitucional*. Bogotá: Edición Universidad Externado de Colombia, pp.37-57
- Bernal, C. (2008). El precedente en Colombia. *Revista Derecho del Estado*, 21, pp. 81-94
- Bernal, C. (2018). Derechos humanos sin metafísica. En *Derecho, cambio constitucional y teoría jurídica*. Escritos de derecho constitucional y teoría del derecho. Centro de Investigaciones en Filosofía y Derecho. Universidad Externado de Colombia.
- Bobbio, N. (1993). *El positivismo jurídico*. [Traducido al español de Rafael de Asís y A. Greppy]. Madrid: Editorial Debate.

- Botero, A. (2015). El positivismo jurídico en la historia: las escuelas del positivismo jurídico en el siglo XIX y primera mitad del siglo XX". En: FABRA, Jorge Luis (Editor general). Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho: México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, pp. 63-170.
- Bourdieu, P. & Teubner, G. (2005). La fuerza del derecho. Edición Universidad de los Andes. Bogotá: Editorial Siglo del Hombre
- Bulygin, E. (2011). Mi visión de la filosofía del Derecho. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes.
- Bustamante, R. (2010). Entre la moral, la política y el Derecho: el pensamiento filosófico y jurídico de Gregorio Peces – Barba. Madrid: Editorial DYKINSON.
- Calsamiglia, A. (1992). La retórica del Critical Legal Studies. Impresiones de un lector español. Revistas Doxa (11), p.p. 295-310. Doi: 10.14198/DOXA 1992-11.13.
- Carbonell, Miguel (Ed.). (2009). Neoconstitucionalismo (s). Madrid: Editorial Trotta
- Cea Egaña, J. (2011). Rasgos sobre el derecho público contemporáneo. En nuevas tendencias del derecho constitucional y el derecho procesal constitucional. Instituto de Estudio e Investigación Jurídica, pp. 17-40.
- Cervantes, L. (s.f.). Los tribunales constitucionales en el derecho comparado. Un estudio introductorio sobre sus antecedentes y situación jurídica actual. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Serie Estudios Básicos de Derechos Humanos, Tomo VI, pp. 356-389.

- Cianciardo, J. (Coord.). (2012). Constitución, neoconstitucionalismo y derechos. Teoría y aplicaciones en la interpretación de los derechos constitucionales. México: Editorial Porrúa.
- Clérico, M. L. (2009). El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional. Eudeba.
- Comte Sponville, A. (2001). *Diccionario filosófico*. Traducido al español por Jordi Terré. Ediciones Paidós Ibérica
- Córdoba, J. (2007). Aplicación de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al Derecho Constitucional Colombiano. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, pp. 667-684.
- De Asís Roig, R. (2010). Democracia, Constitución y Derechos. En: Estado constitucional y derechos fundamentales. México: Universidad Autónoma de Querétaro. Editorial Porrúa, pp. 23-33.
- De Asís Roig, R. (1995). Jueces y normas. La decisión judicial desde el Ordenamiento. Madrid: Marcial Pons.
- De Lombaerde, P., Kingah, S. y Rettberg, A. (2014). Presentación: Procesos de integración, política, social y económica. Colombia Internacional, 81, p.p.19-24. Doi: <http://dx.doi.org/10.7440/colombiaint81.2014.01>
- Del Real Alcalá, J. (2011). Interpretación jurídica y neoconstitucionalismo. Cuadernos de Filosofía del Derecho Contemporáneo. Cali: Universidad Autónoma de Occidente.
- Díaz, E (s.f). Estado de Derecho y democracia. Fundación Dialnet, Universidad Autónoma de Madrid, 201 - 217. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es>
- Díaz, E. (1971). Sociología y Filosofía del Derecho. Madrid: Taurus.

- Díaz, E. (1998). *Estado de Derecho y sociedad democrática*. Madrid: Editorial Taurus.
- Díaz Quiñonez, Juan. (2015). *Entre la legalidad y el ejercicio de potestades discrecionales en las decisiones de la alta policía administrativa: una visión a partir de la distinción entre reglas y principios*. (Tesis de Maestría, Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales).
- Dip, R. (2016). *Seguridad jurídica y crisis del mundo posmoderno*. Madrid: Marcial Pons.
- Dueñas, O. (2011). *Lecciones de hermenéutica jurídica*. 6ª ed. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Dworkin, R. (1988). *Los derechos en serio*. [Traducción de Marta Guastavino]. Barcelona: Editorial Ariel S.A.
- Dworkin, Ronald. (2004). *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel
- Dworkin, R. (2002). *Los derechos en serio*. [Traducido al español de Marta Gustavino]. Barcelona. Editorial Ariel.
- Echeverry, C. (2008). El imperio de la discrecionalidad judicial. *Revista Criterio Jurídico*, 8 (1), pp. 195 -216.
- Etcheverry, J. (2015). Discrecionalidad judicial. En Fabra Zamora, J.L. (Ed.). *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho* (pp. 1389-1418). México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Fariñas Dulce, María José. *Los derechos humanos: desde la perspectiva sociológico-jurídica a la "actitud postmoderna"*. Madrid: Dykinson, 2006.
- Favoreu, L. (1994). *Los tribunales constitucionales*. Barcelona: Ariel.

Fernández Segado, F. (2004). La dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico español y como fuente de todos los derechos. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, 18, pp.1-34

Fernández, A. y Ortiz, E. (2017). Introducción al Derecho Comunitario Andino. El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina: La interpretación prejudicial y la acción de incumplimiento (2008-2012). Centro de Estudios Latinoamericanos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Autónoma de Bucaramanga, pp. 1 - 61. Recuperado de <https://www.unab.edu.co> › pagina › introducción-al-derecho-comunitario

Ferrajoli, L. (2005). Derechos fundamentales. En *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, editado por Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, 19-56. Madrid: Trotta.

Ferrajoli, L. (2008). Democracia constitucional y derechos fundamentales. La rigidez de la Constitución y sus garantías. En Garzón, E., Pardo, C., Pau, A. y Vásquez, R. (Coords.), Luigi Ferrajoli, Juan José Moreso, Manuel Atienza. *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*

Ferrajoli, L. (2009). Democracia constitucional y derechos fundamentales. La rigidez de la Constitución y sus garantías" en *La teoría del Derecho en el paradigma constitucional*, Luigi Ferrajoli, Josep Joan Moreso y Manuel Atienza Rodríguez, 71-116. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.

Ferrajoli, L. (2010). *Democracia y Garantismo*. Madrid: Editorial Trotta.

- Ferrajoli, L. (2012). Derechos sociales y esfera pública mundial. En Los derechos sociales en el Estado constitucional, coordinado por Javier Espinoza de los Monteros y Jorge Ordóñez
- Ferrajoli, L. (2016). Derechos fundamentales, democracia fundamental y garantismo. Bogotá: Universidad Libre.
- Ferreres, V. (2007). Justicia constitucional y democracia. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Feteris, E. (2007). Fundamentos de la argumentación jurídica. Revisión de las teorías sobre la justificación de las decisiones judiciales. [Traducido al español de Alberto Supelano]. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Gamarra Antes, D. (2017). Los jueces entre la constitución y la ley: interpretación jurisdiccional de disposiciones constitucionales y legales concurrentes. (Tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid). Recuperado de <http://eprints.es/40942/>
- García Pelayo, M. (1996). Las transformaciones del Estado Contemporáneo. Madrid: Alianza Universidad.
- García, J. (2006). ¿Existe discrecionalidad en la decisión judicial? Revista Isegoría, 35 pp.151-172
- García Barzelatto, A. (1984). Tendencias constitucionales contemporáneas. Revista Chilena de Derecho, 11, pp. 269-276. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2649495.pdf>

- García Salgado, M. (2011). La jurisprudencia de intereses de Philipp Heck. Colección filosofía, derecho y sociedad. Granada: Editorial Comares.
- García, Figueroa. (2017). ¿Normas precisas o normas preciosas? Un falso dilema. Algunas consideraciones críticas sobre el “Imperio de la ley. Una visión actual” Revista Doxa. Editor Universidad de Alicante: Departamento de Filosofía del Derecho.
- Garrido, L. (2011). Razón y Palabra. Reseña de la Teoría de la acción comunicativa de J. Habermas, 1 (75), 1-20. Recuperado de <https://www.redalyc.org/pdf/1995/199518706036.pdf>
- Garrido Gómez, M. (2009). La igualdad en el contenido y en la aplicación de la ley. Madrid: Dykinson.
- Gascón, M. y García, A.(2005). La argumentación en el Derecho. Lima: Palestra Editores.
- González Bedoya, J. (1988). Tratado histórico de retórica filosófica. Madrid: Editorial Nájera.
- Guastini, R. (2003). La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. En: Neoconstitucionalismo (s). Madrid: Editorial Trotta, pp. 49 -74.
- Guastini, R. (2010). Teoría e ideología de la interpretación constitucional. Madrid: Editorial Trotta.
- Guastini, R. (2016). La sintaxis del Derecho. [Traducido al español de Álvaro Núñez Vaquero]. Madrid: Marcial Pons.
- Habermas, J. (1929). Teoría de la acción comunicativa. [Traducción de Manuel Jiménez Redondo]. Madrid: Editorial Taurus.

- Habermas, J. (1998). Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. [Traducción de Manuel Jiménez Redondo]. Madrid: Editorial Trotta.
- Habermas, J. (2010). El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos.
- Halperín, J. (2003). Exégesis (escuela). [Traducción de Andrés Botero Bernal]. Revista de Derecho (48), Universidad del Norte.
- Haro, R. (2000). Tendencias Contemporáneas en el Derecho Constitucional. Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, pp. 1-43. Recuperado de https://www.ancmyp.org.ar/user/files/Tendencias_contenporaneas-Ricardo_Haro-2000.pdf
- Hart, H. (2012). El Concepto de Derecho. [Traducido al español de Genaro R. Carrió]. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Hassan, V. M., & Llanos, A. Z. B. (2017). Entre la interpretación y la norma: la tasa razonable de justificación constitucional. *Revista de derecho: División de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Norte*, (48), 163-188.
- Hervada, J. (1988). Apuntes para una exposición del realismo jurídico clásico. En: *Dikaion*. Revista Universidad de La Sabana (2), pp.281-300
- Hierro (1996). El imperio de la ley y la crisis de la ley. *Revista Doxa*,19, pp.287-308. DOI: <https://doi.org/10.14198/DOXA1996.19.15>
- Hitters, J. (2009). Control de Constitucionalidad y Control de Convencionalidad (Comparación, criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos).

En Estudios constitucionales Año 7, núm. 2., Talca: Universidad de Talca. (pp.109-128).

Iglesias Vila, M. (1999). El problema de la discreción judicial (una aproximación al conocimiento jurídico). Editores Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Ihering, R. (1978). El fin en el Derecho. Buenos Aires: Editorial Heliasta.

Kant (1797). La metafísica de las costumbres. [Traducido al español de Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho]. Madrid: Tecnos.

Kant, I. (1784). Contestación a la pregunta: ¿Qué es la ilustración? [Traducido al español de Baltasar Espinosa, Roberto Rodríguez y Concha Roldán]. México: Prisa Ediciones.

Kelsen, H. (2009). Teoría pura del Derecho. [Traducido al español de Roberto J. Vernengo]. México: Editorial Porrúa.

Kennedy, D. (1992). Nota sobre la historia del Critical Legal Studies en los Estados Unidos. *Revistas Doxa* (11), p.p. 283-293. <http://dx.doi.org/10.14198/DOXA1992.11.12>

Laporta, F. (1999). Materiales para la reflexión sobre racionalidad y crisis de la ley. *Revista Doxa*, 22, pp.320-330.

Laporta, F. (2007). El imperio de la ley. Una visión actual. Madrid: Editorial Trotta S.A.

Laporta, F.J., Ruiz Manero, J. y Rodilla, M.J. (2009). Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas. Madrid: Editorial Fundación Coloquio Jurídico Europeo.

- Llano Alonso, F. (2009). El formalismo jurídico y la teoría experiencial del Derecho. Un estudio iusfilosófico en clave comparativa. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
- Llano Franco, Jairo Vladimir (2012). Estado constitucional: la protección de derechos y dificultades en su concreción. Criterio libre jurídico 9, núm. 1, pp. 45-58.
- Lloredo Alix (2013). Rudolf Von Jhering: Nuestra tarea (1857). En torno a la jurisprudencia de conceptos: surgimiento, auge y declive. Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad No. 4, Universidad Carlos III de Madrid. (pp. 234-275).
- Londoño Restrepo, A. (2015). La discrecionalidad judicial y el imperio de la ley en Colombia. (Trabajo de grado, Universidad de Manizales, Facultad de Ciencias Jurídicas).
- López Cadena, C. (2007). Mutación de los derechos fundamentales por la interpretación de la Corte Constitucional colombiana: concepto, justificación y límites. (Tesis doctoral, Universidad Carlos III Madrid, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas).
- López Hernández, J. (2001). El formalismo en la teoría jurídica estadounidense. Anuario de Filosofía del Derecho, 267-299. Recuperado de https://scholar.google.es/scholar?hl=es&as_sdt=0%2C5&q=El+formalismo+en+la+teor%C3%ADa+jur%C3%ADdica+estadounidense+&btnG=
- López Medina, D. (Coord.). (2006). Interpretación constitucional. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.
- López, D. (2011). El derecho de los jueces. Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial. Bogotá: Universidad de los Andes. Legis S.A.

- López, G. (2011). El juez constitucional colombiano como legislador positivo: ¿un gobierno de los jueces? *Revista Cuestiones Constitucionales*, 24.
- López, D. (2006). *Interpretación constitucional*. 2ª ed. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura.
- MacCormick (1978). *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford University Press.
- Marinon, L. (2012). El precedente en la dimensión de la seguridad jurídica. *Revista Ius et Praxis* 18 (1), 249-266. Doi: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122012000100008>
- Marroquín, O. (2004). El magistrado constitucional. *Revista de Derecho*, 8, pp. 101-112.
- Martínez Dalmau, R. (2016). Problemas actuales sobre la interpretación constitucional de los derechos. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, México*, 37, pp. 129-154.
- Mocoroa, J. (2017). La racionalidad de la ponderación en la argumentación constitucional. *Revista Prolegómenos Derechos y Valores*, pp.73-85
- Molinares Hassan, V. (2014). Justicia constitucional: casos de protección a la libertad y seguridad personal en Colombia. *Estudios Socio-Jurídicos*, 16(2), 89-126.
- Möller, K. (2011). Ponderación y estructura de los derechos constitucionales. En: *Desafíos a la ponderación*. Bogotá: Edición: Universidad Externado de Colombia, pp. 79-113.
- Montesquieu (1906). *El Espíritu de las Leyes*. [Traducido al español de Siro García del Mazo]. Librería General de Victoriano Suárez.
- Moreso, J., Navarro, P. y Redondo, M. (1992). Argumentación jurídica, lógica y decisión judicial. *Revista Doxa*, 11, pp. 247-262

- Morris, P. e Isaza, J. (2022). Criterios de racionalidad en la aplicación del derecho. *Revista de Derecho*, 58. <https://dx.doi.org/10.14482/dere.58.321.897>
- Navarro, P. (1993). Sistema Jurídico, casos difíciles y conocimiento del derecho. *Revista Doxa*, 14, pp. 243-268
- Navas Castillo, A. & Navas Castillo, F. (2009). *El Estado constitucional*. Madrid: Editorial Dykinson.
- Nettel, A. (1996). La distinción entre el contexto de descubrimiento y de justificación y la racionalidad de la decisión judicial. *Revista Isonomía*, 5, pp.107-117.
- Nino, C. S. (1993). *Derecho, moral y política*. Barcelona: Editorial Ariel.
- Nino, C.S. (2001). *Introducción al análisis del Derecho*. Barcelona: Editorial Ariel Derecho.
- Nogueira, H. (2003). Tópicos sobre jurisdicción y tribunales constitucionales. *Revista de Derecho*, 14, pp. 43-66.
- Núñez Leiva, J. (2013). *Neoconstitucionalismo y control de constitucionalidad de la ley. ¿El constitucionalismo del derecho libre?* México: Editorial Porrúa.
- Núñez, A. (2016). Sin precedentes: una mirada escéptica a la regla del stare decisis. *Doxa*, 39, 127-156. Doi: <https://doi.org/10.14198/DOXA2016.39.08>
- Oeling De Los Reyes, A. (2003). Rubén Correa Freitas *Derecho Constitucional Contemporáneo*. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 9, pp.557-614.
- Ordóñez, 47-59. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.
- Ferrajoli, L. (2013). *Garantismo. Una discusión sobre Derecho y democracia*. Madrid: Trotta.

- Orduña, H. (2010). Interpretación constitucional. Una aproximación a las tendencias actuales. México: Editorial Porrúa.
- Orunesu, C. (2012). Positivism jurídico y sistemas constitucionales. Madrid: Marcial Ponds.
- Ossa Henao, M. (2012). El derecho natural. En Botero Bernal, A. (Coord.), Filosofía del Derecho (pp.85-160). Medellín: Universidad de Medellín.
- Ossa, M. (2012). El derecho natural. En Botero, A., Filosofía del derecho, (pp.85-160). Medellín: Universidad de Medellín.
- Peces-Barba, G. (1990). La seguridad jurídica desde la filosofía del Derecho. Anuario de Derechos Humanos No. 6. Editorial Universidad Complutense de Madrid, pp. 215-229.
- Perelman, Ch. & Olbrechts, L. (1989). Tratado de la argumentación. La nueva retórica. [Traducción de Julia Sevilla Muñoz]. Madrid: Editorial Gredos.
- Pérez Lledó, J. (1993). El movimiento Critical Legal Studies. (Tesis doctoral). Universidad de Alicante, España.
- Pérez Luño, A. (1991). La seguridad jurídica. Barcelona: Editorial Ariel.
- Pisarello, G. y Manrique, R. (2008). Ferrajoli y las tareas del garantismo: claves duna pasión razonada. En Garzón, E., Pardo, C., Pau, A. y Vásquez, R. (Coords.), Luigi Ferrajoli, Juan José Moreso, Manuel Atienza. La teoría del derecho en el paradigma constitucional (pp.9-24). Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- Portalís, J. (2014). Discurso preliminar sobre el proyecto del Código Civil. [Traducido al español de Adela Mora]. Universidad Carlos III de Madrid.

- Pozzolo, S. (2011). Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico. [Traducido al español de Renzo E. Saavedra Velazco, Mar Fernández Pérez y Félix Morales Luna]. Lima: Palestra Editores S.A.C.
- Prieto Sanchís, L. (2000). Tribunal Constitucional y positivismo jurídico. *Revista Doxa*, 23, pp. 161-195.
- Prieto Sanchís (2001). Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* No. 5, pp. 201-228.
- Prieto Sanchís, L. (2007). Constitucionalismo y globalización. En De Julios, A. *Dimensiones jurídicas de la globalización*. España: Editores Dykinson.
- Prieto Sanchís, L. (2009). Diez argumentos sobre neoconstitucionalismo. Juicio de ponderación y derechos fundamentales. En Ortega Álvarez, L.I. y De La Sierra Morón, S. (Coords.), *Ponderación y derecho administrativo* (pp. 51-71). España: Universidad de la Rioja.
- Prieto Sanchís, L. (2009). La teoría del derecho de Principia Iuris. *Revista Jueces para la democracia* 64, (pp. 49-60).
- Prieto Sanchís, L. (2013). Supremacía, rigidez y garantía de la Constitución. En
- Prieto Sanchís, L. (2014). *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta.
- Prieto Sanchís, L. (2017). *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*: Madrid: Editorial Trotta.
- Prieto Sanchís, L. (Coord.), *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*. (pp. 155-174). Madrid: Editorial Trotta.

- Quinche, M. (2013). El presidencialismo, el control de convencionalidad y la democracia en los países andinos. *Revista Co- herencia*, 10 (19).
- Recaséns Siches, L. (2013). *Tratado General de Filosofía del Derecho*. México: Editorial Porrúa.
- Rodotá, S. (2014). *El derecho a tener derechos*. [Traducido al español de José Manuel Revuelta]. Madrid: Editorial Trotta.
- Rodríguez, F., y Díaz, S. (2011). La racionalidad de las decisiones judiciales. *Revista Justicia*, No. 19 - pp.166-178.
- Rodríguez, J. (2012). *Creación judicial y derechos fundamentales*. Colección Tendencias Contemporáneas del Derecho. Bogotá: Universidad Libre de Colombia.
- Ruiz Ruiz, R. (2016). *Discrecionalidad judicial, justicia constitucional y objeción contramayoritaria*. Pamplona (España): Editorial Arazandi Navarra.
- Ruiz, R. (2010). Sobre la discrecionalidad judicial en un Estado Constitucional. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, (20), pp. 119-132. Doi: <https://doi.org/10.7203/CEFD.20.193>.
- Sáchica, L. (1990). *Derecho Comunitario Andino*. Bogotá: TEMIS.
- Sagües, N. (2011). La Corte Constitucional como legislador suplente y precario. En nuevas tendencias del derecho constitucional y el derecho procesal constitucional. Instituto de Estudio e Investigación Jurídica, pp. 95-106.
- Scheller D' Angello, A. (2014). *El alcance de la discrecionalidad judicial en el Derecho Penal Contemporáneo*. (Tesis doctoral, Universidad de Salamanca). Recuperado de <https://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/127878/5/DDPG>

Tobo, J. (1997). Estado social de derecho e impartición de justicia en Colombia. Revista Derecho del Estado, p.103.

Tomás y Valiente, F. (1994). La resistencia constitucional y los valores. Revista Doxa, 15-16, pp. 635-650.

Uprimny, R. (2011). Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: Tendencias y desafíos. Revista Pensamiento penal, pp. 1-22.

Vanegas, H. (2014). Legitimidad de los tribunales constitucionales en el ejercicio del control de constitucionalidad, estudio de jurisprudencia en Colombia. (Trabajo de grado). Universidad Católica de Colombia, Bogotá, Colombia.

Zagreblesky, G. (1995). El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia. [Traducido al español de Marina Gascón]. Madrid: Editorial Trotta.

Zambrano, M. (2009). La inevitable creatividad en la interpretación jurídica. Una aproximación iusfilosófica a la tesis de la discrecionalidad. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Jurisprudencia

Corte Constitucional, Sala Octava de Revisión. (27 de febrero de 2017). Sentencia T – 121. [M.P. Luis Vargas Silva].

Corte Constitucional, Sala Plena. (19 de marzo de 2002). Sentencia C - 200/2002. [M.P. Álvaro Tafur Galvis].

Corte Constitucional, Sala Plena. (1º de febrero de 2017). Sentencia C – 041. [M.P. Gabriel Mendoza Martelo y Jorge Palacio Palacio]

Corte Constitucional, Sala Plena. (28 de enero de 2003). Sentencia C -039. [M.P. Manuel Cepeda Espinosa].

Corte Constitucional, Sala Plena. (31 de mayo de 2018). Sentencia SU 056. [M.P. Carlos Bernal Pulido].

Corte Constitucional, Sala Plena. (7 de febrero de 2018). Auto 031. [M.P. Carlos Bernal Pulido].

Corte Constitucional, Sala Plena. (9 de agosto de 2001). Sentencia C-836-2001. [M.P. Rodrigo Escobar Gil].

Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión. (10 de noviembre de 2016) Sentencia T 622-2016. [M.P. Jorge Iván Palacio Palacio].

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Almonacid Arellano contra Chile. Sentencia (26 de septiembre de 2006). Serie C No. 154, párrafo 124.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Voto disidente del Juez Antônio Augusto Cançado Trindade, Caso Trabajadores cesados del Congreso contra Perú. Sentencia (30 de noviembre de 2007). Serie C No. 174, párrafo 6.

Tribunal Constitucional Español. Pleno. (25 de junio de 2015). Sentencia 145.

Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. Sala Plena. (28 de noviembre de 2017). Sentencia 0084. [M.P. Macario Cortez Chávez].