

**Tensiones Entre Derecho y Democracia En El Control Judicial
Neoconstitucionalista**

Diego Alejandro Bonilla Peña

Trabajo de grado dirigido por
Delfín Ignacio Grueso

Tesis Presentada Para Optar por El Título De
Magister En Filosofía

Universidad Del Valle
Facultad De Humanidades

2019

CONTENIDO

Introducción	1
El Neoconstitucionalismo Y La Garantía Judicial Fuerte	6
Ronald Dworkin: Propuesta Deontológica	10
Robert Alexy: Propuesta Axiologica	16
La Ponderación: Robert Alexy	19
Habermas: Soberanía Popular Y Estado De Derecho	26
El Papel De La Filosofía Y Sociología Del Derecho	29
Relación Entre Democracia Y Estado De Derecho	33
El Papel De Los Tribunales Constitucionales En La Democracia Deliberativa ..	36
Justificación Del Control Judicial Constitucional	39
El Caso Colombiano: ¿Hacia Un Control Constitucional Dialogico?.....	43
Constitucionalismo En Colombia: De La Tradición Legalista A La Implementación Del Sistema De Precedentes.	45
Línea Jurisprudencial De La Democracia Deliberativa	50
Conclusión	54
Bibliografía	56

INTRODUCCIÓN

Desde la segunda post guerra mundial, se iniciaron cambios estructurales al movimiento de constitucionalización de los Estados, la idea era crear Constituciones políticas donde se garantizara una justicia material mientras se hacían esfuerzos por abandonar el excesivo formalismo positivista imperante como teoría del derecho durante el auge del Estado Liberal Burgués.

Impulsada por la necesidad de no repetir las causas que llevaron al mundo a la barbarie de la guerra, la humanidad recurrió una vez más al Derecho para reformular un nuevo orden. Adquirió gran ventaja el discurso de los derechos humanos y se crearon instituciones internacionales con el ánimo de coordinar esfuerzos en pro de la protección de garantías fundamentales para los ciudadanos. Se empezó a incorporar en las Constituciones Políticas de cada país, un fuerte compendio de derechos fundamentales como garantías mínimas de los ciudadanos frente al ejercicio del poder. El compendio normativo de las nuevas constituciones ya no se limitaba a describir los límites del Estado y la vida privada, sino que también plasmaba un proyecto político con miras hacia el futuro. Tales transformaciones institucionales trajeron consigo importantes cambios tanto en las estructuras de las normas jurídicas como en las condiciones de validez de las leyes y el entendimiento de nuestras democracias

Cada Estado Constitucional generalmente dispone, dentro de su misma Constitución, un tribunal encargado de la materialización de sus postulados, así como de su interpretación. Los principios y derechos fundamentales positivizados de manera abstracta quedan entonces bajo la guarda de tribunales supremos encargados de garantizar que el sistema jurídico tenga una coherencia constitucional, defendiendo sus postulados incluso en contra de las decisiones de un legislativo que no puede expedir leyes que vayan en contra del bloque de constitucionalidad. La forma abstracta en que las normas constitucionales operan, y su materialización producto de razones jurídicas tramitadas ante jueces ajenos a las problemáticas políticas inherentes a la sociedad, han permitido a diversos grupos

sociales con diversas comprensiones del mundo poder integrarse de mejor forma a un nuevo concepto de Estado, donde ven reflejado en sus principios constitucionales la posibilidad de reconocimiento de sus propias concepciones de vida.

Esto trajo consigo una forma de interpretar el derecho muy novedosa, ya que la actividad judicial cambió en su hermenéutica jurídica por una especie de activismo judicial. Ya no se trataba de un juez que se limitara a identificar el sentido de una ley, subordinado y dependiente de la voluntad de un legislador infalible, cuyo ámbito de discrecionalidad judicial dependiera de eventuales lagunas normativas, sino que ahora, el juez podía apelar a pretensiones de corrección de injusticias a través de principios constitucionales que hacían de su voz algo incluso más obligante que una ley. De esta forma se fue gestando el Control Judicial Constitucional como garantía del cumplimiento de la promesa de materialización del derecho, limitando las facultades del legislador ordinario que es visto como un ser sometido en sus decisiones por pasiones transitorias.

Este fenómeno fue creando una nueva forma de explicar las relaciones de poder que se pueden gestar dentro de un Estado Constitucional de Derecho, la vinculación entre Derecho y Moral y las implicaciones democráticas de esta nueva forma de entender nuestras sociedades. Un amplio sector académico le ha dado la denominación de Neo Constitucionalismo a este fenómeno, autores como Ronald Dworkin y Robert Alexy generalmente son considerados adscritos a esta nueva teoría del derecho, defendiendo la superioridad de los jueces constitucionales sobre las decisiones políticas que puedan poner en riesgo los derechos básicos y fundamentales que pretende proteger la carta constitucional. El Neo Constitucionalismo ha generado una fuerte tensión entre Democracia y Derecho producto de esta superioridad judicial, en lo que algunos autores consideran un desplazamiento de la soberanía popular.

Las críticas a esta forma de Constitucionalismo se presentan en torno a la legitimidad democrática de los tribunales constitucionales. Al no tener responsabilidad ni origen democrático, los jueces no están sujetos a condiciones políticas de formación del juicio, los temas sobre los que tiene que decidir vienen dados por el conocimiento de hechos particulares, pero los efectos pueden extenderse más allá del caso examinado afectando a ciudadanos no involucrados directamente. Por esta razón, se considera con

mejor posición epistémica a las instituciones que están ligadas al proceso democrático, ya que tal proceso puede ofrecer una mayor cobertura de todos los implicados en la búsqueda de soluciones a los problemas que se puedan generar en torno a la interpretación y alcance de los derechos fundamentales constitucionales. Esta objeción sobre el control judicial constitucional del Neo Constitucionalismo es compartida por Habermas, quien considera que el papel de renovación y actualización del sistema jurídico en una sociedad, no debe ser representado por la interpretación directa y monológica de los Jueces sobre los principios que alberga la carta magna, sino que debe ser la soberanía popular la que logre integrar a todos los ciudadanos mediante procedimientos discursivos democráticos y dialógicos en la actividad autolegislativa.

Aunque Habermas tiene fuertes reparos al control judicial del Neo Constitucionalismo defendido teóricamente por Dworkin y Alexy, no considera que dicha actividad deba ser desechada, sino que debe guardar completa compatibilidad con su concepción discursiva de la democracia. Habermas opta por un entendimiento del constitucionalismo a partir del jurista norteamericano John Ely quien también considera que el talón de Aquiles del control judicial constitucional es la objeción democrática. Sostiene que, si bien en el proceso democrático se pueden ver sometidas las minorías a las decisiones mayoritarias, es también muy peligroso proteger a las minorías a través de interpretaciones constitucionales de los jueces. Si dicha participación de los jueces debe darse, ésta sería mediante estrategias que no riñan con el principio democrático, por lo que Ely propone que el control judicial de constitucionalidad se presente solo sobre leyes que recorten o impidan el acceso a la participación en el debate político, que dificulten la representatividad o que impongan prejuicios en contra de las minorías.

En Habermas el trasfondo filosófico que justifica este papel de los tribunales constitucionales se puede encontrar en la tesis de la identidad de origen entre Estado de derecho y soberanía popular, ya que la misma permite la viabilidad conceptual de pretender articular el derecho con la democracia. La tesis habermasiana de la identidad de origen entre Estado de derecho y soberanía popular afirma que, si bien ambas concepciones pueden entrar en conflicto, al mismo tiempo se presuponen mutuamente y se relacionan en términos de una implicación de tipo material. En efecto, ambos principios se presentan

como igualmente originarios, pues ninguno se deriva del otro, y por lo tanto tampoco hay necesidad de suponer que uno tenga prioridad conceptual sobre otro; esto significa que la autonomía privada y la autonomía pública se exigen la una de la otra siendo igualmente originarias e interdependientes. Los ciudadanos entonces, solo pueden hacer uso de su autonomía pública, la cual les permite ejercer derechos políticos, si privadamente son lo suficientemente independientes y están en condiciones de organizar y garantizar su forma de vida privada con el mismo grado de autonomía. Esto volvería factible que las libertades subjetivas de acción puedan ser susceptibles de protección judicial como garantía y condición del proceso discursivo democrático, por lo que se podría conectar el constitucionalismo (Estado de derecho, autonomía privada) con la democracia (soberanía popular, autonomía pública).

Parte del sector académico considera que esta teoría supera la objeción democrática planteada al Neo Constitucionalismo, por lo que no solo se podría justificar el control judicial constitucional como protector de las condiciones del proceso discursivo democrático, sino también la interpretación abierta de algunos derechos sustantivos que pretendan otorgar el igual goce de libertades subjetivas de acción, por lo que nos lleva a la pregunta problema de este ensayo: ¿es la tesis de la identidad de origen entre Estado de derecho y soberanía popular suficiente para justificar democráticamente el control judicial del Neo Constitucionalismo?

Aquí sostengo, que el norte hermenéutico que se debe usar en la interpretación de la constitución por parte de los tribunales constitucionales, se encuentra en la ética comunicativa que plantea Habermas y en la concepción de constitución política como marco de garantías del proceso discursivo, por lo que no es suficiente la tesis de la identidad de origen para justificar la interpretación constitucional del control judicial del Neo Constitucionalismo, sino que también, se deben abrir canales de participación ciudadana que permitan poner en discusión las decisiones judiciales constitucionales, con esto se buscaría complementar las visiones sustantivas de la democracia que garantizarían los presupuestos políticos en términos de igualdad decisoria en la ciudadana con la visión procedimental que protege la labor del principio democrático de soberanía popular para tener la última palabra sobre decisiones políticas.

Empezaré por mostrar a nivel general qué implica el Neo Constitucionalismo y cuál es la importancia de los razonamientos prácticos que realizan los jueces, para lo que expondré la idea de los derechos como victorias y la importancia de la protección de estos derechos por parte de los jueces en Dworkin. Luego; presentaré cómo este autor trata de resolver el problema de la objeción democrática al papel protagonista del juez, con su teoría de la democracia sustantiva. Posteriormente expondré las críticas a esta concepción de Dworkin, para pasar a la teoría de la ponderación de derechos de Robert Alexy y su conexión democrática con la representación argumentativa, con el fin de mostrar el reduccionismo al que puede ser llevado el constitucionalismo y sus principios como presupuestos axiológicos. Después, a partir de Habermas, mostraré la crítica a la visión de Dworkin sobre los derechos como victorias, donde busco demostrar que la pretensión de materialización del derecho por vía monológica judicial no satisface las exigencias de la teoría discursiva dialogica, sin embargo, se rescata la visión deontologica de los derechos fundamentales. Luego, me centraré en la crítica de Habermas a la teoría de la ponderación de Alexy, la cual reduce los principios constitucionales a valores optimizables. Finalmente, acudiré al caso colombiano para exponer una línea jurisprudencial que bien podría conducir a un control judicial constitucional dialógico como posible mejoramiento al control monológico presentado tanto en Dworkin como Alexy.

EL NEOCONSTITUCIONALISMO Y LA GARANTÍA JUDICIAL FUERTE

Para Alfonso Santiago (2008), el neoconstitucionalismo inicia a partir de la transformación en los ordenamientos de Europa con la sanción de las constituciones luego de la Segunda Guerra Mundial. Esta visión es ampliamente compartida por la mayoría de tratadistas. Ejemplos como la constitución de Alemania, Italia, Francia y más tardíamente España, muestran al Neoconstitucionalismo como una nueva fase del proceso histórico del constitucionalismo a finales del siglo XVIII.

Paolo Comanducci (2003), afirma que el Constitucionalismo nace fundamentalmente como una ideología dirigida a la limitación del poder y a la defensa de una esfera de libertades naturales. Por esta razón, el constitucionalismo suele tener como trasfondo el *Iusnaturalismo* que sostiene la conexión identificativa entre derecho y moral, por una parte. Por otra, en sus orígenes, es deudor del impulso del movimiento codificador, expresión del positivismo jurídico. Todo lo cual evidencia, en sus inicios, una convergencia entre teorías Iusnaturalistas y Positivistas.

El neoconstitucionalismo se diferencia del constitucionalismo en que éste no se muestra únicamente como ideología, sino también como una teoría que rivaliza con el positivismo. Para Susanna Pozzolo (1998), el neoconstitucionalismo no se presenta como uno de los dos géneros entre los cuales se suele dividir el pensamiento jurídico moderno —positivismo/iusnaturalismo— sino como un tercer género que no apunta siquiera a recomendar modificaciones o adecuaciones a alguna de las otras dos perspectivas. En este sentido, puede concebirse como postura Iusfilosofica intermedia que reúne las virtudes de ambas y elimina sus defectos. En otras palabras, es una teoría que, mediante la concepción de la Constitución como un cuerpo de principios abstractos de normas morales supremas, elimina el excesivo legalismo del positivismo al mismo tiempo que —al estar positivizadas dichas normas morales, evita caer en la metafísica Iusnaturalista.

Para Zagrebelsky (2009), el Estado de Derecho ha representado históricamente uno de los elementos básicos de las concepciones constitucionales liberales. Sin embargo, esto

no fue óbice para relacionarse con otras orientaciones político constitucionales. Por el contrario, gracias a su definición exclusivamente formal en las sociedades liberales, en donde la autoridad estatal era completamente indiferente a los contenidos de las finalidades y acción del estado y se limitaba únicamente a establecer los límites de su injerencia en la autonomía privada y comercial de los ciudadanos, pudo incluso relacionar a los totalitarismos de entreguerras como Estados de derecho. A través de esta figura, fue posible que, incluso Estados abiertamente antidemocráticos y antiliberales, legitimaran sus acciones por vía de la legalidad mediante el establecimiento del Estado de derecho.

Por supuesto, esto implicó para la humanidad un aprendizaje sangriento. El derecho por su mera forma, antes que organizar y orientar la pacificación de los pueblos, se instrumentalizó. Esto brindó una apariencia de legitimidad a intereses reprochables desde los mismos valores que la Revolución Liberal había establecido en el nacimiento del Estado de Derecho. El principio de legalidad defendido por el Positivismo Jurídico dentro del Estado Liberal de Derecho degeneró en un excesivo formalismo que situó a la ley como acto normativo supremo e irresistible bajo el cual se permitían actos injustos. Ya sea dentro de campos de concentración Nazi o gulags soviéticos, el constitucionalismo liberal demostró su insuficiencia para detener vejámenes del poder. De hecho, es precisamente por esta razón que fue posible el nuevo orden mundial en la Segunda post guerra, todavía bajo la constitución política como contrato fundacional. Pero, esta vez, con una inmensa capacidad de penetración en el ordenamiento jurídico a través de normas morales abstractas que dotan de contenido y fines al Estado. Esta constitucionalización de los estados forjó el camino para que se pudiera hablar de un nuevo constitucionalismo.

El jurista italiano Guastini (2001), señala siete (7) condiciones que permitieron hablar de la constitucionalización de un determinado sistema jurídico:

- 1) La incorporación de una Constitución rígida, que incluye los derechos fundamentales de los estados;
- 2) La garantía judicial de la supremacía constitucional;
- 3) La fuerza vinculante de la norma constitucional en los Estados;

- 4) La “sobre interpretación” de la Constitución por parte de los Tribunales Constitucionales, ya que se la interpreta extensivamente y se deducen de ella sus principios implícitos;
- 5) La aplicación directa de las normas constitucionales, que también se aplican a las relaciones entre particulares;
- 6) La interpretación conforme a la constitución de las leyes y normas inferiores;
- 7) Influencia de la Constitución en el debate político.

Los derechos fundamentales consagrados en la carta magna, corresponden en gran medida, a los incluidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos. Son precisamente estos derechos “universales” los que terminan convirtiéndose en una garantía básica para los ciudadanos frente a cualquier utilización despótica del poder. La inclusión de derechos fundamentales tuvo gran importancia en el neoconstitucionalismo como ideología, ya que, a diferencia del constitucionalismo liberal, éste no solo pretendía establecer los límites entre el derecho público y el derecho privado, sino que más importante aún, era la protección de estos derechos fundamentales por vía judicial. Lo cual hace posible, no solo su cumplimiento sino también la ampliación de sus significados y su radio de aplicación, logrando que todas las cosmovisiones se pudieran ver representadas en estos principios constitucionales abstractos necesitados de sentido concreto por parte de los ciudadanos y del Estado, más exactamente de la interpretación judicial o de su “sobreinterpretación”.

El hecho de que la constitución adoptara un modelo de rigidez fue de vital importancia para la intención del Neoconstitucionalismo de permear todo el ordenamiento jurídico a través de los principios constitucionales. Guastini (2001) presenta esta noción de rigidez condicionado a la existencia de una Constitución escrita, “positivada” en un texto que ocupa el nivel jerárquico más alto del ordenamiento jurídico. Esta rigidez implica que las formas en que se podrá modificar el texto fundante del Estado, será mediante la concurrencia de todas las fuerzas políticas de una nación. Teóricamente ni siquiera es admisible una mayoría calificada.

No son pocas las constituciones del Neoconstitucionalismo que cierran filas en torno a unos derechos fundamentales básicos que no serán susceptibles de modificación

alguna. Esto garantiza que el proceso de constitucionalización en la sociedad cuente con el tiempo necesario para su realización. Ésta es una diferencia con las constituciones liberales, ya que la laxitud en sus formas de modificación trajo consigo fuertes desequilibrios políticos que se pueden ver reflejados en el nacimiento de más de cuatro (4) constituciones en Francia en la década de 1790.

Si se concibe la Constitución como un documento cerrado, el legislador tiene la condición, primero, de respetar dichos postulados constitucionales y, segundo, tratar de concretizar los principios abstractos que ella incluye. El legislador puede a veces crear leyes que no vayan en el mismo sentido de los principios constitucionales, razón por la cual las constituciones del Neoconstitucionalismo crearon cuerpos colegiados de jueces especializados encargados de defender la constitución de leyes que estén en contra de sus principios (control constitucional), y, mediante la sobre interpretación de la misma, otorgar sentido concreto a sus postulados abstractos. Esto es posible gracias a la fuerza vinculante directa de las nuevas constituciones que no necesitan que la ley reglamente su sentido.

El punto más problemático ha sido, sin lugar a dudas, la “sobreinterpretación” de los tribunales constitucionales que se ejerce dentro del Neoconstitucionalismo mediante el control judicial como aplicación directa de la constitución sin necesidad de ley que se encargue de reglamentar los preceptos constitucionales por vía legislativa. Interpretación que se debe a la diferenciación entre reglas y principios. Esta concepción es parte central de la teoría de Dworkin sobre los principios jurídicos, y se explica a partir de su crítica a la concepción del derecho en el positivismo jurídico. Además, Robert Alexy amplió el sistema de principios con su teoría de la ponderación judicial en los que se ha presentado como una propuesta axiológica que difiere de la deontológica de Dworkin.

A continuación, presentaré ambas propuestas unidas a su concepción de legitimidad democrática en las decisiones judiciales de los tribunales constitucionales.

Ronald Dworkin: Propuesta Deontológica

En su famoso artículo “El modelo de las normas (I)” Dworkin (2010) enumera las proposiciones centrales en torno a las cuales se “organiza” el positivismo jurídico. Así, identifica tres principios claves en esa doctrina: primero, que el derecho de una comunidad es un conjunto de normas que pueden ser identificadas según su origen o *pedigree*, mediante criterios específicos que están establecidos en una regla de reconocimiento. Derivado del anterior, el segundo principio se refiere a la doctrina de la discreción judicial para los casos que no están cubiertos por dichas normas y sin embargo necesitan una decisión y, por último, el tercer principio tiene que ver con la definición de “obligación jurídica” propia del positivismo.

Este “armazón” del positivismo reduce el derecho a un conjunto de *reglas*. El punto de partida de la crítica de Dworkin es afirmar que existen estándares que no funcionan como reglas y que son determinantes al momento de razonar sobre derechos y obligaciones jurídicas. Dichos estándares son, genéricamente, “principios” y se subdividen en: *principios propiamente dichos*, aquellos que deben ser observados porque son una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad y *directrices políticas*, que proponen en cambio un objetivo que ha de ser alcanzado, generalmente, una mejora en algún rasgo económico, político o social de la comunidad (Dworkin, 2010a).

Para explicar esto, el autor menciona el famoso caso de Riggs vs Palmer en 1889. En este caso, el asunto se trataba de dilucidar si un heredero podía recibir una propiedad asignada en el testamento de su abuelo a pesar de que lo había asesinado. La Corte de Apelaciones de Nueva York decidió que aunque habían normas que regulaban los asuntos civiles de herencia y su interpretación literal obligaba a reconocer el derecho del heredero. Pues bien, estas normas no podían ir en contravía de un principio jurídico del derecho consuetudinario que estipulaba que ninguna persona podía obtener provecho de su propio ilícito, por lo que fue denegado tal derecho de herencia.

Como se puede apreciar, a pesar de la existencia de normas que regulen situaciones concretas, estas a veces se pueden tornar injustas en la aplicación de ciertos casos especiales. Razón por la cual los tribunales pueden apelar a principios no expresos en el

ordenamiento jurídico. La diferencia entre reglas y principios jurídicos se da, entonces, en la medida en que las reglas se aplican a manera de disyuntivas de todo o nada, es decir, si se cumplen los hechos estipulados en una regla, es válida, sino, no tiene ningún uso para la decisión. En cambio, los principios no establecen consecuencias jurídicas que se sigan automáticamente cuando se satisfacen las condiciones previstas, más bien enuncian una razón que discurre en una sola dirección, pero no exige una decisión particular.

Ahora bien, también es posible que existan varios principios que apunten en direcciones opuestas, pero sean igualmente aplicables. Por lo cual deben ser interpretados y decidir sobre cual principio inclinarse, sin que esto signifique que el otro principio no tenga validez. Dworkin denomina esto como “la dimensión de peso o importancia”: cuando los principios se interfieren, el conflicto se resuelve según el peso relativo de cada uno. Con las reglas sucede algo diferente: al cruzarse dos reglas, una no puede ser válida. Robert Alexy ha desarrollado ampliamente este punto explicando que los conflictos entre reglas se llevan a cabo en la dimensión de la validez, mientras que la colisión de principios –como sólo puede ser entre principios válidos— tiene lugar en la dimensión del peso. En otras palabras, según las circunstancias del caso se establece entre los principios una *relación de precedencia condicionada*, concreta o relativa (Alexy, 1985).

Dworkin (2010a) considera que los principios jurídicos desempeñan un papel esencial en los casos difíciles, sobre todo en los argumentos que fundamentan juicios referentes a determinados derechos y obligaciones jurídicas, con lo cual se puede apreciar con nitidez su ataque al positivismo jurídico y a la doctrina de la discreción judicial. Para él, el positivismo jurídico, al circunscribir el derecho a las reglas, deja sin respuesta jurídica justificada a los litigios que no se pueden subsumir claramente en una regla jurídica. Según la teoría por él criticada, para poder decidir los casos difíciles, el juez tiene “discreción”; lo que quiere decir que el juez introduce nuevos derechos u obligaciones jurídicas y los aplica retroactivamente según unos estándares extra jurídicos que lo guían en la preparación de una norma nueva o en la ampliación de una existente. Lo cual resulta ‘inadmisible’ porque se acepta que una obligación jurídica pueda ser creada por el juez y aplicada posterior al hecho. En otras palabras, al permitir la “creación” judicial de derechos y obligaciones, compromete la proposición según la cual una comunidad debe ser gobernada por personas

elegidas por la mayoría y responsables ante ella (argumento democrático). Además, viola el principio liberal según el cual nadie puede ser castigado por una norma creada después del hecho en cuestión.

Sin embargo, continúa el iusfilósofo norteamericano, el positivismo podría intentar salvar estos problemas tratando a los principios como trata a las reglas jurídicas y decir que son obligatorios y que han de ser tenidos en cuenta por los jueces y juristas que toman decisiones. En ese caso, tendría que abandonar la doctrina de la discreción judicial pero también la noción de regla de reconocimiento concebida por Hart (2000). Esto, porque los principios no pueden identificarse según una institución competente que los haya promulgado, sino que su origen se basa en “un sentido de conveniencia u oportunidad que, tanto en el foro como en la sociedad, se desarrolla con el tiempo” (pág. 97).

Consecuencia de lo anterior, es que la distinción *hartiana* entre aceptación y validez no se sostenga por ser la validez un concepto sin matices apropiado sólo para las reglas, pero incongruente con la dimensión de peso de un principio. Los principios, en suma, no pueden quedar enmarcados en los criterios especificados por una regla final de reconocimiento. Si eso es así, el ámbito del derecho sobre el cual ejerce algún dominio dicha regla, se reduce drásticamente. Si en cambio, dice Dworkin (2010a), quisiéramos incluir en la regla de reconocimiento “el conjunto completo de principios en vigor” (pág.99) fracasaríamos, puesto que los principios son innumerables, discutibles, varían y cambian con rapidez. Por lo tanto, incluso aceptando los principios como pertenecientes al derecho, tendríamos que abandonar la regla de reconocimiento como criterio.

Para Dworkin, lo que ocurre es que en los sistemas legales complejos no es posible establecer una distinción final entre los estándares legales y morales como afirma el positivismo. De hecho, se opone a la idea de que el derecho sea un conjunto fijo de estándares. Así lo afirma en *La justicia con toga*: “la noción del derecho como un conjunto de estándares concretos que en principio podemos individualizar y contar me parece una ficción escolástica” (Dworkin, 2007, pág. 15).

Cabe entonces preguntarse *¿qué es el derecho para Dworkin?* Pues bien, éste emplea varios conceptos —distintos pero interrelacionados— y adopta el que denomina

concepto *doctrinal*, que intenta establecer cuál es el “derecho” de cierto lugar o cierta entidad sobre una cuestión particular. Como él mismo define, éste es un concepto interpretativo, puesto que “una proposición jurídica es verdadera, si se extrae de principios de moral personal y política que proporcionan la mejor interpretación de otras proposiciones jurídicas generalmente consideradas verdaderas en la práctica jurídica contemporánea” (pág. 23). En otras palabras, el derecho se conoce luego de interpretado el material que otorga la práctica jurídica, a la luz de unos valores que son los que mejor la justifican. Así que, sostiene Dworkin (2007), la moral está implicada en la identificación del derecho, no sólo en el nivel de los valores (al que llama nivel iusfilosófico), sino también en el doctrinal.

Desde la perspectiva de Dworkin, sólo es posible saber cuál es el derecho aplicable a un caso luego de la interpretación de todo el material disponible y será el juez quien pueda identificarlo. Ahora bien, para que el juez pueda realizar una correcta identificación “debe aportar a su decisión una teoría general que explique por qué, en el caso de su institución, las reglas y normas crean o anulan de alguna manera derechos, y debe demostrar qué decisión exige esa teoría general en el caso difícil” (Dworkin, 2010a, págs. 175-177), es decir que para Dworkin lo que aquí se plantea es una cuestión de teoría política. Claro que la posibilidad de presentar una teoría política cabal sólo está al alcance de un juez dotado de habilidad, erudición, paciencia y perspicacia sobrehumanas al que llama Hércules. Este juez debe construir un esquema de principios abstractos y concretos que ofrezca una justificación coherente para todos los precedentes de derecho consuetudinario y también para las estipulaciones constitucionales y legislativas.

Ese nivel de análisis jurídico, es denominado “el nivel judicial” y su criterio sirve para comprender los casos excepcionales en que los jueces tienen la obligación moral de prescindir del derecho si éste es muy injusto o si es muy inadecuado. En estas situaciones, según Dworkin, el juez debe usar su poder político para evitar la injusticia o ineficiencia del derecho. Esto transforma la aplicación del derecho en una cuestión moral, pues es la moral la que requiere actuar con independencia o incluso en contradicción con el derecho, en pro del valor de integridad.

La distinción entre reglas y principios que señaló Dworkin influyó tan fuertemente en toda la teoría del derecho que fue señalada como el origen de un nuevo modelo constitucional. Y es que el neoconstitucionalismo realiza la aludida conexión *necesaria* entre derecho y moral por esta vía, a través de diferentes *tesis*. Para el caso de Dworkin, la “tesis de los derechos” se usa para explicar la acción recíproca que se da entre moralidad personal e institucional cuando el juez decide casos complejos. Esta tesis asevera que las decisiones judiciales se generan en principios que niegan o confirman derechos concretos, institucionales y jurídicos. En definitiva, la tesis de los derechos sostiene que las decisiones judiciales imponen derechos políticos existentes. Por supuesto, esta tesis genera una fuerte duda respecto de su legitimidad democrática. Si se asume que los jueces son quienes identifican los derechos políticos que circulan en una determinada sociedad, producto de su privilegiado razonamiento y profundo proceso argumentativo y lógico, el papel de la ciudadanía como principal factor de legitimidad de una democracia resultaría irrelevante.

En sus últimos esfuerzos académicos, Dworkin (2007) intentó dar un sustento democrático a su juez Hércules. Así, engendró la Teoría Asociativa de la Democracia. Para éste, la estructura institucional que mejor garantiza los principios democráticos se da con la consagración de ciertos derechos individuales en una constitución interpretada por los jueces antes que por representantes electos, con la condición de que la constitución solo podrá reformarse por súper-mayorías. Esta estructura tiene como trasfondo una teoría de la democracia que Dworkin denominó “Democracia Asociativa”.

Dworkin (2007) se da a la tarea de probar que en Estados Unidos se pueden hallar principios compartidos lo suficientemente sustanciales como para posibilitar un debate político provechoso y enuncia dos principios abstractos que definen las dimensiones de la dignidad humana: El “principio del valor intrínseco” que sostiene que toda vida humana tiene un valor especial objetivo y el “principio de la responsabilidad personal” donde cada persona tiene una responsabilidad especial en la consecución de sus fines bajo la consideración de vida buena. Estos principios están relacionados con los ideales de igualdad y libertad. Así, todo gobierno tiene la obligación de respetar la dignidad humana que opera como fuente de los derechos fundamentales básicos, estableciendo estos preceptos como límite a las acciones gubernamentales.

En el cumplimiento de sus obligaciones, los gobiernos requieren acciones colectivas de las que Dworkin menciona dos tipos: la “estadística” y la “comunal”. En las acciones de tipo “estadística” lo que hace el grupo es solo una función de lo que hacen sus miembros individualmente. Mientras que en las acciones “comunales” no pueden deducirse de acciones individuales, se requiere que los miembros vean al grupo como algo diferente de ellos. Dworkin ilustra esto con el ejemplo de una orquesta donde cada miembro no toca una nota diferente, sino que hace su aporte para el éxito como conjunto.

Las acciones colectivas comunales se dividen en “integradas” y “monolíticas”. Las primeras son las que crean una unidad colectiva de responsabilidad, pero no de juicio pues este permanece en la esfera individual. La segunda, niega la importancia del individuo y crea una unidad colectiva de responsabilidad y juicio (Dworkin, 2010b). Dworkin señala que la mejor explicación para la democracia es aquella que refleje una concepción de unidad colectiva comunal integrada. Esta concepción, considera, es más atractiva en términos de moralidad política y describe mejor la comunidad política norteamericana que concibe tanto la democracia como las restricciones constitucionales a la voluntad mayoritaria.

Desde este punto de partida, Dworkin entiende que hay dos formas en pugna para concebir la democracia: una concepción mayoritaria que adopta decisiones colectivas de tipo estadístico y una concepción asociativa que requiere acciones colectivas comunales integradas. La concepción asociativa de la democracia no la considera independiente del resto de la moralidad política. Por esta razón las decisiones tomadas dentro de una sociedad solo son democráticas si cumplen ciertas condiciones que protegen los intereses de cada individuo como asociado. La democracia, entonces, no es solo procedimental sino también sustancial y aunque en principio tome la forma o estructura de la mayoría, no impide que se pueda apelar a procedimientos minoritarios como los de los jueces. Más aún, si se tiene en cuenta que su razón jurídica articular enriquece dichos estándares básicos democráticos.

Se aprecia, en este punto, que Dworkin expone su tesis teniendo en cuenta el sistema jurídico norteamericano. Este sistema proviene de la tradición del derecho anglosajón donde predomina una visión del derecho más jurisprudencial que legal, por lo que las interpretaciones judiciales provienen de la constitución originaria de Estados

Unidos sin renovaciones o constituciones posteriores y más modernas. En las tradiciones legalistas, características del derecho continental europeo, las constituciones tienen la tendencia a ser más actualizadas, dejando menos espacio para la deducción de principios constitucionales por parte del juez teniendo positivizados más principios. Por esta razón, es que Alexy profundiza en algunos conceptos elaborados por Dworkin y se empeña en explicar cómo la moral ingresaría al derecho mediante la argumentación y serviría para calificarlo —de justo o injusto— más no para identificarlo.

Robert Alexy: Propuesta Axiologica

Alexy (2004) sustenta la vinculación entre derecho y moral por medio de tres argumentos: El argumento de la corrección, el argumento de la injusticia y el argumento de los principios.

Según el argumento de la corrección, las normas jurídicas, las decisiones judiciales, y los sistemas jurídicos formulan, en tanto que actos de habla regulativos, una pretensión de corrección. Esta no es, en lo esencial, distinta de aquellas pretensiones de verdad asociadas a los actos de habla asertivos e implica, igualmente, una pretensión u oferta de fundamentación y una expectativa de aceptación. La pretensión de corrección formaría parte del núcleo de significado de los actos de habla regulativos propios del discurso práctico y del que el razonamiento jurídico es un caso especial. Alexy (2004) pretende demostrar el carácter necesario de la pretensión de corrección de los actos de habla regulativos con el siguiente ejemplo: “X es una república soberana, federal e injusta” (Alexy, 2004, pág. 42).

Para Alexy, este artículo es defectuoso no sólo por razones técnicas (funcionales), convencionales o morales sino, y sobre todo, por razones conceptuales. Es conceptualmente defectuoso porque contiene una contradicción performativa. Esto es, lo que está explícitamente manifestado en el acto de habla contradice lo que está implícitamente presupuesto en el mismo. En el ejemplo, el legislador constitucional niega la pretensión de

corrección (justicia) que necesariamente está vinculada y presupuesta en el acto de sanción de una Constitución.

El ejemplo pretende poner de manifiesto que los participantes en la práctica social en que consiste el Derecho, plantean necesariamente y en distintos niveles (legislativo, judicial, etc.) pretensiones de corrección que, en la medida en que contienen implicaciones morales, expresan una conexión conceptual entre Derecho y Moral. Sin embargo, esta conexión tiene un sentido distinto según se trate de normas o decisiones jurídicas consideradas de un modo individual, por un lado, o sistemas jurídicos, por otro. Las normas y decisiones jurídicas que no formulan o satisfacen la pretensión de corrección son, en cualquier caso, sólo jurídicamente deficientes. En cambio, el sistema normativo que ni siquiera formula una pretensión de corrección no es un sistema jurídico y el que simplemente no la satisface, es un sistema jurídicamente defectuoso.

La aceptación del argumento de corrección no implica necesariamente la aceptación de la vinculación derecho-moral. Por ello, entra en juego también el argumento de la justicia según el cual, cuando las normas traspasan un determinado umbral de injusticia pierden su carácter jurídico. Esta “tesis débil de la vinculación”, como el propio Alexy (2004) la denomina, no exige una correlativa moral para toda norma jurídica, sino un marco de inmoralidad tolerable: el derecho no es definido sino limitado por la moral. Esto es, se trataría de una vinculación parcial entre derecho y moral.

La postura antipositivista que conduce el argumento de la injusticia puede tener una enorme trascendencia práctica como se ha puesto de manifiesto en algunos fallos de los tribunales alemanes en relación con hechos acaecidos durante el período del régimen Nazi. Pone de manifiesto un fallo del Tribunal Constitucional Federal del año 1968 al decidir sobre el problema de la injusticia legal que introducía la ordenanza sobre ley de ciudadanía del Reich del 25 de noviembre de 1941 en la cual se le retiraba la ciudadanía por razones racistas, a los judíos emigrados. El fallo declara *nula ab initio* la ordenanza, su fundamento reza:

El derecho y la justicia no se encuentran a disposición del legislador. La concepción según la cual “un legislador constitucional puede ordenar todo lo que quiera” significa una recaída en la actitud intelectual de un positivismo legal valorativamente neutro,

superado desde hace tiempo en la ciencia y en la praxis jurídica. Justamente la época del régimen nacionalista en Alemania ha enseñado que también el legislador puede imponer lo injusto. Por ello el Tribunal Constitucional Federal ha afirmado que hay que negar a las disposiciones “jurídicas” nacionalsocialistas la validez como derecho porque contradicen tan evidentemente principios fundamentales de la justicia que el juez que quisiera aplicarlas o aceptar las consecuencias jurídicas dictaría no-derecho en vez de derecho.

Queda claro que la posición del Tribunal Constitucional Alemán tiene dos visiones definidas. En la primera, el derecho por su sola aplicación y fuerza coercitiva no se convierte derecho en términos de legitimidad a la luz de los principios de justicia que la constitución alemana proclama. En la segunda, el legislativo no tiene facultades omnipotenciales para crear normas. Dicho de otra forma, el legislador ordinario no es el dueño de la justicia.

Con este ejemplo es posible clarificar en qué términos el Neoconstitucionalismo relaciona el derecho con el poder político: la coacción externa es institucionalizada, como rasgo característico de lo jurídico, e implica que sin la existencia de una instancia que organiza y monopoliza el uso de la fuerza, es decir, sin el Estado, no es posible entender el Derecho (Atienza, 2000). De esta forma, el Derecho tiene su eficacia respaldada en el orden político que hace posible su aplicación. Recíprocamente, el orden político se legitima a través del derecho que limita su poder, convirtiéndose en poder jurídico. Esta es, tal vez, la explicación por la cual la derogación por inconstitucionalidad de las leyes nazis que se empezó a presentar muchos años después de que el régimen cayera, es decir, se produjo producto del cambio de orden político.

Por último, está el argumento de los principios. Este argumento viene dado en la aplicación de los otros dos dentro de la aplicación del derecho por los jueces. Su presupuesto fundamental es la distinción entre reglas y principios dentro de los ordenamientos jurídicos, fundamental para explicar su famosa teoría de la *ponderación judicial*, que es la técnica racional y argumentativa propia de las sentencias en los juzgados de los sistemas neoconstitucionalistas que más adelante explicaré.

La importancia de este argumento antipositivista radica en que dentro de la *ponderación judicial* se relaciona las leyes como reglas y ciertos postulados constitucionales como principios. Dado que los principios tienen supremacía sobre las

reglas, una decisión judicial puede ser contraria a ley pero no ilegal si está apegada a una correcta hermenéutica jurídica de la constitución política. Dicho de otra forma, la legalidad no solo puede emanar de una ley positiva creada por el legislador, sino que también se puede encontrar directamente entre la constitución y el acto judicial sin que medie el legislativo.

La Ponderación: Robert Alexy

En la teoría jurídico-alemana, el juicio de la ponderación y la teoría de la proporcionalidad en la toma de decisiones judiciales han sido temas de gran interés gracias a los aportes del Alexy (2003) y su *teoría de los principios*. El uso del principio de proporcionalidad inicia en Alemania hacia la segunda mitad del siglo XIX alrededor de la discusión sobre los límites del ejercicio de las actividades policiales de acuerdo con el control que realizaban los jueces administrativos denominado “prohibición de excesos”. Este control determinaba si las medidas que tomaban los policías se ceñían estrictamente a la norma. Así, en la jurisprudencia, se empezó a estructurar un examen de proporcionalidad que verifica de las medidas estatales cuatro condiciones: persecución de un fin legítimo, idoneidad de la medida, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

La primera condición examina la persecución de un fin legítimo que debe estar reglamentado a nivel legal o constitucional¹. Sobre este aspecto, la doctrina constitucional del Alexy recomienda que el operador jurídico no solo mencione el objetivo perseguido, sino que explique por qué la medida se legitima en determinados preceptos legales o constitucionales. La segunda y tercera condición exigen que las medidas tomadas para la consecución de un fin sean eficaces y aptas. En este punto el juez examina una determinada apreciación de la realidad y de sus relaciones causales, pues dichas medidas deben ser también necesarias. El juez debe argumentar por qué no existía ninguna otra alternativa con la cual se pudiese conseguir el fin deseado y demostrar que no contaba con otros medios, o bien, que otros medios no solventaban la urgencia y la emergencia del objetivo. Sobre este aspecto también se debe verificar que no se afecten derechos de terceros. La cuarta

¹ Aquí es importante tener en cuenta las mismas restricciones que explícitamente la constitución consagra. Por ejemplo, en Colombia es un derecho fundamental la información, solo restringida por la dignidad e intimidad de las personas.

condición es la proporcionalidad en sentido estricto. Con este último examen se busca establecer si el fin de una medida es lo suficientemente importante en relación con el valor que el orden constitucional otorga al derecho que esta medida afecta. Dicho de otro modo, se determina si la pretendida satisfacción de cierto interés impone restricciones excesivas en el ejercicio de un derecho que tiene un determinado peso y valor en el ordenamiento jurídico.

Para Alexy el hecho de que puede hacerse una formulación lógica de la decisión judicial no significa que este tipo de razonamiento deje de ser un caso especial de razonamiento moral (García Figueroa, 2000). Ésta es su forma de llevar a cabo dos dimensiones en su teoría: la primera, de Corte pasivo, se limita a reconocer la existencia de los principios y del razonamiento jurídico como un caso especial de razonamiento moral que requiere de criterios morales. La segunda, que es activa, se refiere a la formulación de una serie de argumentos que convierten el sistema jurídico en un sistema de argumentos y procedimientos y que ha sido considerado un giro neorrealista de su teoría.

Lo importante, según Alexy, no es la aplicación de la norma o el principio sino su aplicabilidad, es decir, una aplicación justificada del derecho, dependiente de un sistema justificatorio que hace necesaria la existencia de un procedimiento lógico que permita la justificación moral a través del razonamiento jurídico dando razones fundamentadas en enunciados normativos y descriptivos como en enunciados normativos a partir de sistemas justificatorios concretos, no generales. Esta dimensión de la teoría de Alexy pretende superar los vacíos relacionados con la aplicación de principios dentro de la argumentación jurídica y lo separa tanto de una concepción positivista como de una iusnaturalista. Para Alexy (2007), la formulación lógica permitirá una aplicabilidad eficaz del derecho, aspecto fundamental dentro de su teoría.

Lo más interesante es lo que Alexy (2000) denomina la pretensión de corrección. Es aquí donde se da la validez del derecho no como una cualidad de la aplicabilidad judicial del mismo, sino como una cualidad propia de la ley. La pretensión de corrección es una característica que compete al legislador y al juez, es decir, los actos de quienes crean, interpretan, aplican y ejecutan el derecho deben afirmarse correctos, ser fundamentables y tener “expectativa de reconocimiento de la corrección” (pág. 218). De esta manera, una

constitución posee una pretensión de corrección que no es otra cosa que una pretensión de justicia. Por lo tanto, las leyes que se creen a partir de ella también están dotadas o deben estarlo de esa misma pretensión de corrección. En el caso de los jueces, la pretensión de corrección implica que la sentencia sea correcta y, en general, que posea una pretensión de fundamentabilidad. En esta misma línea, Diana Galindo (2010) afirma:

A partir de esta idea de la pretensión de fundamentabilidad, Alexy plantea la necesidad de una teoría del discurso, de origen kantiano, como procedimiento de corrección. El procedimiento del discurso es un procedimiento argumentativo que implica un sistema de reglas que expresan las condiciones de la argumentación práctica racional. Entre éstas se encuentran la ausencia de contradicción, la universalizabilidad (referida al uso coherente de los predicados), claridad lingüístico-conceptual, verdad empírica, consideración de las consecuencias, ponderación, intercambio de roles y génesis de las convicciones morales. Estas reglas deben acompañarse de libertad e igualdad en la argumentación para lograr la imparcialidad del discurso. Sin embargo, esta teoría tiene unos límites que Alexy resume esencialmente en tres: problema del estatus (existencia de relación necesaria entre los discursos y la corrección práctica), problema de la fundamentación (si las reglas se presuponen) y el problema de la aplicación (pág. 37).

Esta fundamentabilidad externa de la aplicación del derecho cimentada sobre la pretensión de corrección que imponen los principios constitucionales, ha labrado el camino para que las altas cortes protectoras de la constitución, dotadas de la urgencia que exige la aplicación pronta del derecho, emitan fallos que, aunque carezcan de ley debidamente creada por el legislador o incluso habiéndola, procuren materializar las pretensiones de justicia. Esto es gracias a la relación que establece Alexy (2007) entre derechos fundamentales y teoría del discurso.

Para Alexy (2013), los derechos fundamentales tienen su fundamento en los derechos humanos que a su vez se evidencian como caso especial de la justificación de las normas morales. Por lo que, de la posibilidad de justificar las normas morales, deriva la posibilidad de aportar razones a favor de los derechos humanos con pretensiones de objetividad, corrección o verdad. El autor explica que “si hay algo que pueda establecer la universalidad de los derechos humanos es el razonamiento que los sustenta” (Alexy, 2007, pág. 57) y prosigue, “como es sabido, la teoría del discurso se centra en la noción de razonamiento; y ello constituye la razón más general para sostener la idea de que la teoría del discurso puede contribuir a la fundamentación de los derechos humanos” (Alexy, 2007,

pág. 57). Así se adentra en la aproximación “teórico-discursiva” que es “explicativa” porque trata de fundamentar los derechos humanos haciendo explícito lo que está necesariamente implícito en la práctica humana.

Muy sintéticamente -según Alexy- el argumento se mueve en tres niveles: Primero, trata de mostrar que la práctica de afirmar, preguntar o argumentar presupone reglas del discurso que expresan ideas de libertad e igualdad necesariamente conectadas con el razonamiento. El segundo paso concierne a la necesidad de las prácticas discursivas como forma más general de la vida humana². Y es que, según Alexy, los seres humanos son “criaturas discursivas” por lo que no pueden evitar participar en algún discurso. Por último, el tercer nivel concierne a la transición del discurso a la acción que requiere de premisas adicionales, a saber: 1) el argumento de la autonomía, según el cual cualquier participante en el discurso presupone la autonomía de los copartícipes; 2) el argumento del consenso, que sostiene que la igualdad entre los seres humanos es un resultado necesario de un discurso ideal; y 3) la conexión entre discurso, democracia y derechos humanos que pone de manifiesto el hecho de que la justificación teórico-discursiva tiene un carácter holista, es decir, consiste en construir un sistema que expresa en su conjunto la naturaleza discursiva de los seres humanos. Así, esta aproximación explicativa conecta, según el autor, con otra aproximación “existencial” y que concierne a la necesaria naturaleza discursiva de los seres humanos.

Una vez establecido el fundamento de los derechos fundamentales en la teoría del discurso, Alexy (2005) pasa a analizar la dimensión política de los mismos explicando que los derechos humanos se institucionalizan mediante su transformación en derecho positivo. Si esa institucionalización tiene lugar en un nivel constitucional, los transforma en derechos constitucionales. A su criterio, la incorporación de un catálogo de derechos humanos en el nivel más alto posible del sistema jurídico es una exigencia de la teoría del discurso respecto de la constitución, como así también la organización de cierta forma de

² Un discurso práctico es racional si cumple las reglas del procedimiento del discurso: (reglas no nomológicas) 1. Todo el que pueda hablar puede tomar parte en el discurso. 2.1. Todos pueden cuestionar cualquier afirmación. 2.2. Todos pueden introducir cualquier afirmación en el discurso. 2.3. Todos pueden exteriorizar sus criterios, deseos y necesidades. 3. Ningún hablante puede ser impedido de ejercer la salvaguardia de sus derechos fijados en (1) y (2), cuando dentro o fuera del discurso predomina la fuerza (Alexy, 2004, págs. 137-138).

democracia que exprese en la realidad el ideal del discurso. Esa forma de democracia es la democracia deliberativa.

Ahora bien, este modo de institucionalización no es suficiente pues no habría forma de evitar la violación de los derechos por parte del legislador. Por lo que según el autor, debe añadirse a los derechos constitucionales y a la democracia discursiva, la institucionalización del control de constitucionalidad. En efecto, siguiendo con la senda neoconstitucional, Alexy (2005) sostiene que “los derechos constitucionales son una manifestación de la desconfianza en el proceso democrático”, pues son “tan importantes que la decisión de protegerlos no puede dejarse al arbitrio de las mayorías parlamentarias” (Alexy, 2005, pág. 51).

Pero la incorporación del control de constitucionalidad genera algunos problemas que el propio Alexy (2005) identifica: “Para ser compatible con la teoría del discurso en el marco de una democracia discursiva, el control de constitucionalidad debe tener también un carácter discursivo” y lo tendrá

si la interpretación de la constitución –y en especial de los derechos en ella contenidos– puede ser concebida como un discurso relacionado con el discurso democrático general de manera tal que permita que los ideales discursivos se realicen en una mayor medida de lo que sería el caso mediante la operación del discurso democrático por sí sólo (Alexy, 2005, pág. 61).

De allí que pase a analizar la tercera dimensión de la relación: la dimensión jurídica o de *interpretación*. Sobre la que ya se indicaron las particularidades que imprime Alexy a través de la ponderación que supone tratar a los derechos constitucionales como principios y al discurso jurídico como caso especial del discurso práctico general. Baste agregar aquí algunas ideas a su respecto.

Según Alexy (2006), la naturaleza de la ponderación puede ser caracterizada por algo como la “proposicionalidad”. Esto quiere decir que los elementos básicos de su estructura son juicios o proposiciones. Estos juicios tendrían una estructura racional que establece la corrección de los mismos dentro del discurso (a través de la argumentación). Por lo que la ponderación estaría conectada con el discurso y sería tan racional como él. Asimismo, la ponderación está relacionada con los derechos fundamentales “de allí se sigue que los derechos fundamentales están necesariamente relacionados con el discurso” (Alexy,

2006, págs. 10-11). Ahora bien, ¿cuáles son las consecuencias de ello para el control judicial de constitucionalidad? Alexy comienza afirmando que:

el control de constitucionalidad es la expresión de la superioridad o prioridad de los derechos fundamentales frente a –o en contra de– la legislación parlamentaria. Su base lógica es el concepto de contradicción. La declaración de inconstitucionalidad de una ley implica que ésta contradice, al menos, una norma de la constitución. Esta contradicción a nivel normativo viene acompañada por una contradicción en el nivel de los juicios acerca de las normas (Alexy, 2006, pág. 11).

Este concepto marca una primera particularidad en la defensa de Alexy del control judicial según la cual pareciera que éste se restringe y se justifica en razón de la protección de los derechos fundamentales. En otras palabras, no hay un argumento directo de supremacía constitucional ni soberanía popular reflejada en la constitución jerarquizada, sino un argumento valorativo que prioriza los derechos fundamentales (en tanto derechos humanos y morales) sobre cualquier otro contenido decidible. Esto se reafirma si se lee el *argumento sustantivo* que Alexy (2013) da al control de constitucionalidad,

la justificación del control judicial de constitucionalidad no está limitada a una apelación a la estructura jerárquica del derecho positivo. Más allá de esto, la justificación del control judicial de constitucionalidad se puede basar en razones morales (Alexy, 2013, pág. 59).

El control de constitucionalidad se presenta como esencialmente proposicional, es decir, su naturaleza es argumentativa o discursiva. Esto no significa que se quede en la mera “afirmación” sino que también “hace algo”. Por lo general, invalida actos del parlamento. De allí que también tiene un carácter institucional o autoritativo.

Pero ¿cómo se justifica el poder jurídico de un tribunal constitucional para invalidar actos del parlamento? La tesis de Alexy (2013) es que “el control judicial de constitucionalidad se justifica, de una parte, sobre la base de la teoría de los principios y, de otra, sobre la base de la teoría de la representación argumentativa” (pág. 50). Esta representación sostiene que basta con que los valores compartidos por la sociedad sean encarnados por los jueces para que éstos, mediante unos argumentos que reflejen correctamente aquellos valores, tengan legitimidad democrática deliberativa. Esta forma de entender la democracia deliberativa da prevalencia a los resultados que se pueden obtener mediante el uso adecuado de las reglas argumentativas en un discurso, es decir, no se protege el procedimiento discursivo *per se*, sino que se le mide respecto de las conclusiones

acertadas que se tomen. Por supuesto, no necesita de la participación ciudadana como legitimadora del procedimiento dado que los jueces pueden emplear de mejor manera las reglas argumentativas para asegurar que las conclusiones se correspondan a los valores democráticos compartidos.

Habermas (1998) ve problemático este trato de los principios como valores optimizables. Para él, las normas o principios constitucionales deben tener una coherencia dentro del Sistema Constitucional. Por lo tanto, no puede afirmarse que un principio este por encima de otro o que alguno deba suspenderse para dar aplicación a otro. Hacer esto, implicaría reducir los principios a valores que solo establecen preferencias, con lo cual se desconoce que los principios tienen un sentido deontológico y los valores un sentido ontológico. Los tribunales constitucionales, entonces, deberían limitarse a la aplicación del derecho pues la interpretación y sentido del derecho debe ser una preocupación del poder legislativo. Cualquier intento de interpretar los principios constitucionales y reducirlos a una jerarquía de valor en el cual unos deben ser aplicados sobre otros y, además, exigir que en nuevos casos se falle de acuerdo con precedentes judiciales, representa una comprensión del sistema constitucional que le es dada al aparato legislativo según la clásica división de poderes. En sus palabras,

Al Tribunal Constitucional las razones legitimadoras que tiene que tomar de la constitución le vienen dadas desde la perspectiva de la aplicación del derecho, y no desde la perspectiva de un legislador que ha de interpretar, desarrollar y dar forma al sistema de los derechos al perseguir sus propias políticas. El tribunal desata y vuelve a atar la gavilla de razones con las que el legislador legitima sus resoluciones, con el fin movilizarlas en favor de una decisión coherente del caso particular, que concuerde con los principios jurídicos vigentes; pero no puede disponer de esas razones de suerte que sirvan a una interpretación, desarrollo y configuración del sistema de los derechos dependiente directamente del tribunal y, por tanto, a una actividad legislativa implícita (Habermas, 1998, pág. 335).

Para Habermas (1998), los principios constitucionales deben orientar y guiar los procedimientos democráticos de comunicación política en aras de mantener actualizada la Constitución Política. Entendiendo que ésta es un texto inacabado y continuamente nutrido por la previa participación ciudadana y deliberativa. Por lo tanto, estos principios jamás deben ser reducidos a valores que pueden ser negociables dependiendo de los intereses de cada grupo, y deben correlacionarse con la Soberanía Popular. A continuación, presentare

esta correlación en Habermas, primero ubicando al autor entre varias teorías jurídico-políticas al respecto.

HABERMAS: SOBERANÍA POPULAR Y ESTADO DE DERECHO

El aspecto jurídico, profundizado en *Facticidad y Validez*, resalta la importancia que ha adquirido el derecho en la filosofía política contemporánea. De hecho, este título puede reputarse como la plasmación emblemática de una evolución que ha conducido Habermas desde sus intentos de reconstrucción del materialismo histórico del capitalismo avanzado, en la década del 50, al esbozo de una teoría de la racionalidad comunicativa y, a partir de ahí, a una refundación comunicacional del derecho y de la democracia.

A pesar de ser considerado como la segunda generación de la escuela de Fráncfort, Habermas se aleja del pesimismo radical de Horkheimer y Adorno para asumir el desafío de realizar las metas emancipatorias de la modernidad ilustrada en un mundo caracterizado por lo que Weber (1973) denomina “el politeísmo de los valores” (pág. 222). Para ellos, Habermas insiste en una perspectiva reformista debido principalmente a la necesidad de recuperar el papel de la razón, ya que al no haber nada más alto ni más profundo a lo que apelar, la crítica de la razón solo puede venir de la razón misma (Habermas, 1998). Es el concepto de una acción comunicativa, precisamente, el que permitirá restablecer el sentido de una razón anclada en estructuras lingüísticas básicas y capaz de hacerle frente a los propios abusos de la razón erigidos en principios de exclusión. Una razón orientada a criticar las distorsiones patológicas de la realidad a partir de bases no patológicas cuyas exigencias vienen inscritas en las prácticas comunicativas cotidianas. Estas premisas explican por qué el empeño teórico de Habermas se centra en las tensiones que existirían en los supuestos comunicativos generados de forma más o menos espontánea en el mundo de la vida y los imperativos funcionales y sistémicos que operarían, a través del capital y del poder, tanto en los mercados como en los aparatos burocráticos estatales.

De esta forma, su punto de partida, a diferencia del marxismo o del liberalismo clásico, está situado no en categorías como las de trabajo, explotación o contrato, sino en la

reconstrucción dialógica del concepto kantiano de razón práctica y del imperativo categórico, convertidos ahora en razón comunicativa. Es la fuerza del entendimiento intersubjetivo, que no viene atribuido a un sujeto aislado ni a un macro sujeto estatal o social privilegiado, la única alternativa a la violencia entre individuos que aun identificándose como diferentes tienen necesidad de dicha comunicación para entenderse como iguales y respetarse mutuamente asegurando una sociabilidad pacífica. Así, Habermas (1998) busca desentrañar los elementos de articulación y conflicto entre la dinámica comunicativa generada en la sociedad civil y la dinámica sistémica propia de la sociedad mercantil, en las burocracias administrativas y de manera más específica la función que el derecho y las instituciones democráticas desempeñan en dicho contexto.

Desde *Teoría de la Acción Comunicativa* (1981), Habermas atribuía al derecho un papel crucial en las sociedades avanzadas, entendiendo el derecho como medio para la integración social al mismo nivel que los poderes económicos y estatales de acuerdo a imperativos sistémicos. Tanto así, que presentaba la juridificación de las sociedades modernas como parte de un peligroso proceso de colonización del mundo de la vida, pudiendo poner en riesgo todo su potencial deliberativo. De aquí que una crítica moral externa al derecho incluso de una justificación moral del mismo como institución, ocupara un destacado lugar en su teoría. Hasta las conferencias *Tanner* (1986), el planteamiento era la subordinación del derecho con respecto a la moral, o a lo sumo, una relación de complementariedad en la que en última instancia la moral tenía prioridad normativa. Con *Facticidad y Validez*, esta concepción varía considerablemente, tanto por motivaciones realistas como valorativas. Habermas (1998) quiere evitar la objeción de que su teoría es ciega frente a la realidad de las instituciones. Así abandona una fundamentación moral del derecho y se decanta por una aplicación funcional del mismo.

El derecho como medio de estabilización de expectativas de comportamiento pasa a considerarse un elemento inevitable de las sociedades complejas sin que exista, por lo menos en apariencia, un equivalente funcional capaz de reemplazarlo. Esta consideración, según Habermas, le quita sentido al intento de justificar su existencia y se enfoca más en los presupuestos que hacen legítimo un orden jurídico. En este sentido, a pesar de las críticas respecto a los valores morales implícitos en la supuesta visión neutral del derecho

en Weber, se aceptaría la idea de que el derecho constituye un elemento clave de integración social por medio de la dominación legal, aunque teniendo en cuenta la presión que impone la democracia en las instituciones legales modernas. De esta forma el derecho comporta un mecanismo coercitivo pero redimible en términos discursivos a través de mecanismos formales e informales de deliberación ciudadana.

Esta función del derecho, que lo sitúa como mecanismo de mediación entre los ordenamientos fácticos y sus pretensiones de validez, rechazaría la subordinación del principio democrático al principio moral. En la acción comunicativa, contrariamente a lo que sucede con Kant, no se deriva de la moral, sino que adquiere un fundamento independiente. Solo serían válidas aquellas normas a las que todos los que puedan verse afectados por ellas, pudiesen prestar su asentimiento como participantes en los discursos racionales de su reproducción (Habermas, 1998). Así, la moral racional moderna, es concebida en términos intersubjetivos y el derecho democráticamente reproducido. Estos no se confunden ni se encuentran separados del todo sino que se interrelacionan y, aunque no se puede desligar al derecho de sus presupuestos morales, tampoco se podría subordinar a una moral que no aceptase la confrontación con otras razones.

Esta comprensión del derecho moderno como coerción al mismo tiempo que libertad, representa una de las tensiones centrales entre facticidad y validez que está presente en la obra de Habermas. El derecho solo podría operar como un elemento de integración y estabilidad social en la medida en que fuese capaz de transformar el poder comunicativo —generado en la sociedad civil— en un poder administrativo capaz de mantener a raya la tendencia a la autonomización del poder político y de los mercados, posibilitando que los destinatarios del derecho puedan concebirse, al mismo tiempo, como creadores del mismo, obteniendo así la legitimación a través de la legalidad. Esto implica una especial subordinación del derecho y la moral a la política. En palabras de Federico Gallego (2005),

La teoría discursiva del derecho y la democracia se pueden entender, como dice Hoyos, como un intento de invertir la relación que establece Kant entre derecho, moral y política, es decir, un intento de mostrar que la fuente de legitimidad del derecho-y, con ellos, del ejercicio del poder político jurídicamente regulado- no es la moral, sino, para decirlo nuevamente en los términos de Hoyos, “el uso de la razón práctica en la política” (Pág. 11).

El papel de la Filosofía y Sociología del Derecho

Con la intención de abordar correctamente las tensiones del derecho moderno, Habermas emplea la filosofía y la sociología del derecho con dos intenciones. Una, mostrar como el derecho incide con criterios normativos, prescriptivos, sin tener que subsumirse en la moral. Y dos, dar cuenta cómo el derecho consigue la integración social sin por ello reducirlo a una estrategia de dominación. De no ser así, los planteamientos normativistas correrían el riesgo de resultar vacíos y de perder contacto con la realidad social. A la vez una mirada empecinadamente objetivante podría acabar por resultar ciega al tornarse insensible al valor de la dimensión simbólica presente en los ordenamientos jurídicos contemporáneos. Habermas (1998) recurre a Luhman y a Rawls como ejemplos paradigmáticos de estos tipos de unilateralidad.

Desde su punto de vista, Luhmann (1998) postula que la evolución social ha alcanzado tal nivel de diferenciación en las sociedades modernas que el derecho constituiría un sistema autónomo, autopoietico, sin necesidad de justificación desde un punto de vista normativo. Otros sistemas sociales, incluida la moralidad, serían igualmente cerrados y aunque el intercambio de información entre sistemas resultaría posible, la imposibilidad de traspasos entre unos y otros impediría la interferencia de un sistema en el funcionamiento autónomo de otro. Al caracterizar al derecho de esta manera, Luhmann concluiría, erradamente para Habermas, en que su validez solo puede deducirse de manera positivista, a partir del derecho vigente.

Para Habermas (1998), la teoría de los sistemas asume una actitud positiva ante el problema del derecho moderno y supera el realismo marxista, aun cuando pierde su capacidad crítica. La teoría social se asienta así en un objetivismo radical que se deslinda de las implicaciones normativas derivadas de las categorías propias del holismo articuladas en términos de filosofía de la historia, enfatizando los caracteres de variación, contingencia, pluralidad y diversidad propios de las sociedades súper complejas. Habermas (1998) señala que si bien la sociología del derecho luhmanniana supera en realismo al tipo de modelación marxista, tiene dos puntos débiles que cuestionan fuertemente su solidez teórica. En primer lugar, continúa negando la plausibilidad de los planteamientos normativistas propios del derecho natural racional. En segundo lugar, si bien retoma la categoría “derecho” como

importante en la explicación social, de facto termina por devaluarla al atribuirle un carácter exclusivamente periférico en el esquema de sociedad integralmente descentrada desarrollado por la teoría de los sistemas.

Las consecuencias de la sociología jurídica sistémica son desastrosas para los propósitos de una Teoría Discursiva del Derecho. Las críticas habermasianas pueden ser expuestas, de manera sucinta, en dos: 1) al quedar reducido a sistema autopoietico, el derecho queda despojado de sus connotaciones normativas y, en última instancia, de las connotaciones referidas a la auto organización de una comunidad jurídica. En este sentido, la sociología funcionalista del derecho no posee las herramientas teórico-conceptuales necesarias para entender el complicado modo en que se desenvuelve la validez jurídica y, por consiguiente, no puede dar una solución adecuada al problema de la integración social en las sociedades contemporáneas. Se asume la premisa errónea de que la validez (Geltung) sólo puede derivarse positivamente del derecho vigente. La recíproca indiferencia entre el derecho y el resto de los sistemas sociales no concuerda con las interdependencias empíricamente observables. 2) Cuando se le considera desde la perspectiva de la Teoría de la acción comunicativa, la función que cumple el derecho como bisagra entre “sistema” y “mundo de la vida” resulta incompatible con la idea de un encapsulamiento autopoietico del sistema jurídico (Habermas, 1998).

Así, aunque la teoría de sistemas sería útil para describir, desde el punto de vista funcional, el papel del derecho como mecanismo de estabilización de expectativas de comportamiento; sería incapaz de dar sentido a los elementos normativos presentes en los Estados constitucionales realmente existentes. Ahora bien, si Luhmann es rechazado por eliminar la cuestión de la normatividad, el problema de Rawls residiría en su intento de legitimar su concepto de justicia a través de instituciones justas. Este tipo de argumentación, presentaría el problema de que solo es válida en la medida en que dichas instituciones existan en realidad. Por eso, aunque con Rawls la filosofía del derecho habría experimentado un giro que devuelve a la tradición del derecho natural un renovado prestigio, fallaría al intentar derivar la fuerza estabilizadora de las instituciones sociales de instituciones justas, no siempre existentes, antes que de la fuerza coercitiva del derecho. A

juicio de Habermas, esto hace que la teoría de Rawls pierda relación con las realidades que condicionan su posibilidad.

Según Habermas, Rawls adopta el modelo paradigmático del derecho natural racional: el del contractualismo, aunque sin afirmar ni negar la corrección de los fundamentos iusnaturalistas modernos. La metodología contractualista, al explicitar el punto de vista de un enjuiciamiento parcial de las cuestiones básicas de la justicia política, permite establecer el modelo de una sociedad “bien ordenada”. La autoestabilización de dicha sociedad descansaría no en las coerciones jurídicas, sino en la fuerza socializadora de una vida bajo instituciones justas (Habermas, 1992). Es una teoría que se desarrolla en dos niveles. El primero, constituido por la “posición original” y el “equilibrio reflexivo”, refiere al problema de la fundamentación filosófica: los principios de la justicia son elegidos en una situación construida hipotéticamente en la que personas libres, iguales y racionales deciden tras un velo de ignorancia. El «*reflective equilibrium*» constituye la estrategia teórica que hace plausible la idea de que los principios escogidos son de facto idénticos a aquellos que corresponden a nuestros juicios madurados y que, por tanto, describen nuestro sentido de la justicia. En este sentido, asume el procedimiento típico de las teorías reconstructivas (Habermas, 1992).

El segundo nivel, constituido por la categoría de “consenso entrecruzado o traslapado”, refiere a las consideraciones relativas a la aceptación y es introducido por el Rawls de *Liberalismo Político* en el contexto de un debilitamiento de la fuerte pretensión universalista de la *Teoría de la Justicia* derivado, sobre todo, del desafío del pluralismo de las sociedades contemporáneas, el cual hace aparecer a la idea original de “sociedad bien ordenada” como poco realista. El concepto de “consenso entrecruzado” de doctrinas comprensivas razonables se da en el marco de una búsqueda de un pluralismo razonable que gire en torno a una concepción política, y no metafísica, de la justicia.

La lectura de Habermas es la siguiente: en una sociedad de índole pluralista, una teoría de la justicia sólo podrá ser aceptada si se limita a una concepción “postmetafísica” de manera estricta, si no toma partido en la disputa entre formas de vida y cosmovisiones que compiten unas con otras. En esta dirección, el “el consenso traslapado” constituye un conjunto intersección en el que se solapan dichas concepciones en torno a un mínimo de

cuestiones político-morales básicas de principios que encarnan intereses susceptibles de universalización (Habermas, 1998).

El problema que Habermas observa con las concepciones exclusivamente filosóficas de la justicia es que no toman nota de los cambios de perspectiva históricamente representados por la economía política, por el modelo marxista y por la teoría de la sociedad, en particular la teoría de los sistemas. La readopción de los tipos de argumentación del derecho natural racional rompe los puentes entre ambos universos del discurso: el objetivista y el normativista. En el paradigma rawlsiano este problema se manifiesta por su carácter ciego ante los problemas de la institucionalización jurídica. La principal debilidad de la tentativa de Rawls radica en su incapacidad de superar la tensión entre las exigencias ideales de la teoría y la facticidad social. Dicha tensión no puede ser enfrentada desde el plano puramente filosófico en el que Rawls se ubica. La realidad con la que las argumentaciones normativas tienen que conciliarse se conforma en un primer momento por instituciones y sistemas de acción. Esto tiene como consecuencia la falta de tematización de la tensión externa entre facticidad y validez (Habermas, 1998). Aun cuando Rawls se ocupa de la institucionalización de los principios de justicia en términos de Estado de derecho, no se aclara la relación entre derecho positivo y justicia política. En particular, Rawls se concentra en los problemas de la legitimidad del derecho y deja de lado la dimensión institucional del derecho, de la forma jurídica como tal. Esto lleva a no percatarse de la especificidad de la “validez jurídica”, de la tensión inmanente al derecho entre facticidad y validez.

Para evitar estas visiones parciales, la teoría social debería, en opinión de Habermas, proceder en términos reconstructivos, es decir, identificar los elementos ideales y normativos encarnados en los ordenamientos reales como fragmentos de una razón ya existente, para luego remitirse a ellos actuando sobre esa misma realidad, trascendiéndola. Varios críticos han mostrado que esto comporta el problema de sustituir esa realidad por esa idealidad, es decir, presentar como real la idealización de la realidad construida a partir de los Estados de derecho existentes (Jiménez Redondo, 1998). Aunque en *Facticidad y Validez* abundan las cautelas sobre este aspecto, no son suficientes para eliminar la impresión de que por momentos se está realizando una lectura de la realidad muy benigna y

no se tienen en cuenta un sinnúmero de patologías y antagonismos no siempre explicables mediante el cúmulo de análisis de la teoría habermasiana.

Hasta aquí, he tratado de ubicar los planteamientos de Habermas con varias mediaciones, labrando el camino para la presentación de su teoría de la identidad de origen entre Soberanía Popular y Estado de Derecho en la reconstrucción del Estado Constitucional.

Relación entre Democracia y Estado de Derecho

Aceptado que la validez del derecho consiste en la legitimidad atribuible por los destinatarios del mismo y esta a su vez garantiza la característica coercitiva del derecho, el paso siguiente consistiría en determinar qué derechos deben acordar los ciudadanos si quieren regular legítimamente su convivencia a través del derecho. Para dilucidar esta cuestión, tendríamos que acudir a la relación entre autonomía pública y autonomía privada, entre libertad de los “modernos” y libertad de los “antiguos”, entre derechos y soberanía popular o, si se prefiere, entre Estado de derecho y democracia. Para exponer su posición, Habermas (1998) polemiza entre las respuestas que ofrecen al tema la tradición liberal y la republicana.

La tradición liberal, relacionada desde el pensamiento de Locke, se centraría en la necesidad de conjurar el peligro de las mayorías tiránicas y postularía, por consiguiente, la prioridad de los derechos individuales. La tradición republicana, que hunde sus raíces en Aristóteles y el humanismo renacentista, concedería en cambio la primacía de la autonomía pública de los ciudadanos sobre las libertades privadas prepolíticas³. Frente a estos enfoques, Habermas defiende la co-originalidad o mutua implicación entre autonomía privada y autonomía pública, como único punto de vista adecuado desde un paradigma procedimental del derecho.

Un paradigma que para Habermas (1998) representa una reacción contra los fracasos e insuficiencias de los paradigmas del Estado liberal burgués y Estado social causantes, a su juicio, del desconocimiento de la conexión interna entre Estado de derecho

³ Cuando me refiero a pre políticas, entiéndase como los requisitos de la ética discursiva.

y democracia. Así, el principio básico del paradigma liberal sería el de la libertad legal negativa. Es decir, la necesidad de asegurar la competencia entre personas privadas a través de garantizar libertades subjetivas de no interferencia. Su punto débil, sobradamente citado, es que esa libertad formal conduce a la desigualdad fáctica y, por consiguiente, incumple, o al menos cumple de manera restringida, la promesa de autonomía que el Estado constitucional democrático realiza a todos. El estado social, por su parte, surgiría con el objeto de corregir este déficit y su principio central sería el de la justicia distributiva. Conforme con ello, la igualdad de hecho solo podría conseguirse mediante una igual distribución de la libertad de hecho. Los mecanismos principales para garantizar ese objetivo serían los derechos sociales y las intervenciones legales selectivas dirigidas a remover ciertas desigualdades fácticas. Sin embargo, tampoco estas intervenciones asegurarían por si solas la realización de la autonomía. Por el contrario, a menudo entrañan intromisiones paternalistas que desplazan a los ciudadanos a la posición marginal de “clientes” de las administraciones públicas sin que puedan participar por si mismos de la configuración de derechos.

El problema de ambos paradigmas para Habermas (1998) consiste, en suma, en su exagerada concentración de la autonomía privada. La autonomía privada, precisamente, sería tanto lo que el Estado liberal pretende proteger mediante libertades negativas como lo que el Estado social procura hacer realidad mediante los derechos sociales. Una estrategia que, en todo caso, se revela incapaz de asegurar la autoorganización democrática de una comunidad de asociados libres e iguales en el derecho y que, por consiguiente, exige, no tanto el abandono de las ideas básicas que afirman los paradigmas del Estado liberal y, sobre todo, del Estado social como su profundización democrática a la luz de la teoría del discurso y de una comprensión complementaria del vínculo entre autonomía privada y autonomía pública.

A pesar de la insistencia de Habermas en reconciliar estos dos paradigmas en un tercer paradigma procedimental del derecho, el resultado final y la propuesta de complementariedad de la autonomía pública y privada no quedan muy claras. La desconfianza por los paradigmas mencionados, los reduce a quedar supeditados ante la prevalencia de la soberanía popular y los derechos de participación política. Esta prioridad

se hace nítida, por ejemplo, si se observa el sistema de derechos que, según Habermas, resulta de la inserción del principio del discurso en el medio que representa el derecho. Conforme al mismo, vienen distinguidos cinco grupos o categorías de derechos: Los clásicos derechos de libertad; los derechos que protegen el estado de miembro de una comunidad jurídica; los derechos fundamentales a la tutela judicial de los derechos; los derechos a la autonomía política; y, por último, los derechos sociales fundamentales, los ecológicos y los que protegen de los avances de la ciencia.

Como puede verse, los derechos enunciados no distan muchos de los positivizados en las constituciones modernas. Sin embargo, si se observa con detenimiento salta a la vista la prioridad de los derechos de participación y, por consiguiente, en la autonomía política. Así, tanto las libertades subjetivas individuales, como los derechos vinculados al estatuto de ciudadano y los derechos a la tutela judicial aparecen condicionados a su “configuración políticamente autónoma” por parte de sus destinatarios (Habermas, 1998). La misma exigencia se aplica, de forma reflexiva, a los mismos derechos políticos. Y sobre todo a los derechos sociales, que en el esquema habermasiano no gozan de una fundamentación absoluta sino solo relativa en la medida en que sirvan para hacer efectivos los aludidos derechos de libertad y de participación. Se trataría, en definitiva, de una apuesta que se entiende a sí misma más en términos procedimentales que sustantivos, es decir, que hace descansar la justificación de los derechos fundamentales, no en argumentos religiosos, metafísicos o tradicionales, sino en su virtualidad para asegurar las precondiciones que hacen posible el funcionamiento del procedimiento democrático. De este modo, el principio discursivo conseguiría realizarse, a través de la constitucionalización de los derechos fundamentales, como principio democrático. De modo tal que la tensión entre democracia y derechos acabaría por desvanecerse en una relación de mutuo soporte.

A pesar de lo contundente de la propuesta, la disolución de la tensión entre democracia y derechos solo operaría en condiciones de racionalidad ideal y, como el mismo Habermas (1998) lo admite, esto no siempre ocurre en la facticidad de un mundo organizado de manera diversa en la que el idealismo del derecho constitucional suele contrastar con la realidad del orden legal. Y es que ciertamente, en la teoría de Habermas, no se deja muy claro cuan cercanos a la autonomía plena deberían estar las personas más

desaventajadas, para poder desarrollar sus derechos políticos de manera libre en un mundo desigual y competitivo. Razón por la cual, la opción de un observador externo que identifique los derechos pre políticos necesarios para garantizar al mismo tiempo la autonomía privada y la pública podría resultar beneficiosa para los dos autores neoconstitucionalistas que he tratado, como para el mismo Habermas. Pero, eso nos llevaría a la pregunta por el papel que deben desempeñar los tribunales constitucionales en las sociedades democráticas y la relación que se da con el legislador.

El papel de los Tribunales Constitucionales en la Democracia Deliberativa

Habermas ha reconocido a la hermenéutica jurídica el haber hecho valer de nuevo, contra el modelo convencional positivista de la decisión jurídica como una subsunción del caso bajo la correspondiente regla, la idea aristotélica de que ninguna regla puede regular su propia aplicación. Así, la interpretación comenzaría con una pre comprensión del juez que ya viene determinada por la cultura jurídico-política que forma una ética determinada. El problema está en considerar lo relacionado a esa ética como históricamente cerrado o valioso en sí mismo, por lo que debería abrirse a la posibilidad de su revisión en los términos de una moral crítica y discursiva.

Habermas (1998) afirma que Dworkin lleva adelante una “hermenéutica crítica” que no opera sobre la base de comprensión acabada del contexto normativo, sino que admitiría su cuestionamiento moral y, por tanto, el de la propia historia institucional del derecho al distinguir en los ordenamientos modernos entre “reglas” y “principios” y al señalar como estos últimos integran el ordenamiento jurídico para justificar las primeras. Se admite que las decisiones legales pueden tener preferencia a un cierto contenido moral y, ese contenido moral tiene como trasfondo un contexto particular, pero va más allá de él. En virtud de ellos, la relación entre certeza y corrección normativa del derecho se plantearía en términos que obligarían a problematizar el concepto de seguridad jurídica el cual, en el marco de la tensión entre facticidad y validez, es inherente también a la tarea de interpretación, no podría tomarse ya como un punto de partida dado y para siempre.

Aunque Habermas se inclina hacia la visión deontológica del derecho y la jerarquización de principios proveniente de Rawls, la debilidad de la teoría de Dworkin residiría en que esa reconstrucción del derecho y del hallazgo de soluciones únicas correctas en casos difíciles de colisión de principios, vendría supeditada a los conocimientos y habilidades profesionales del juez “Hércules” que actúa solitariamente echando mano a sus destrezas de experto. Por el contrario, la teoría discursiva exigiría liberar a “Hércules” de la soledad de su construcción monológica para anclar su actuación en el contexto dialógico de una comunidad abierta de intérpretes de la Constitución. Dicha exigencia obligaría al juez a entender su interpretación constructiva como un engranaje más del sistema abierto y democrático de interpretación constitucional, sin abandonar los presupuestos técnicos de argumentación jurisdiccional, solo que redirigidos a las señales provenientes de los espacios ciudadanos de comunicación pública.

Habermas también asume la espinosa cuestión de la relación entre el legislador y la justicia constitucional. Comienza por recordar que la idea de Estado de derecho no comporta necesariamente la idea de justicia constitucional. Más aun, el crecimiento de la indeterminación del derecho en general y de la Constitución en particular como producto de la “materialización” de los postulados constitucionales con el paso del Estado liberal al Estado social, abre una puerta peligrosa a la utilización, por parte de los jueces constitucionales, de “criterios de fondo” y, por consiguiente, de una implícita creación de derecho de inspiración política que, conforme a una concepción democrática de la separación de poderes, tendría que ser de labor exclusiva del legislador.

De esta forma Habermas (1998) se enfrenta a una disyuntiva, criticar la constitucionalización empezada por el estado social y optar por la idea de restaurar el constitucionalismo liberal clásico, o bien, mantiene la defensa de la constitucionalización que amenazaría con convertir a la justicia constitucional en “una institución autoritaria, al haber de dejarse guiar por la idea de realización de unos valores materiales que vendrían previamente dados en términos de derecho constitucional” (pág. 332). La primera reacción de Habermas ante lo que describe como un avance del papel de los tribunales constitucionales posiblemente imparables, es subsumirlos dentro del legislativo, en algo así

como un autocontrol constitucional del parlamento, o también, la posibilidad, con algo de ingenio institucional, de la discusión pública de las sentencias constitucionales.

Más adelante, Habermas (1998) moldea un poco más su posición al adoptar una visión del constitucionalismo en la forma en que lo ve el jurista norteamericano John Ely, que permitiría darle “a la desconfianza liberal contra las mayorías un giro procedimental sorprendente” (pág. 338). Una visión procedimental de la constitución y una interpretación de sus principios en pro de resguardar el procedimiento político y democrático. Desde esta perspectiva, la comprensión paternalista del Tribunal Constitucional que le atribuye la tarea de custodiar un orden de valores sustantivos, se trastocaría en una concepción procedimental, que lo convertiría en el protector e impulsor del sistema de derechos que posibilita la realización del sistema democrático y el Estado de derecho a través de la promoción de la autonomía privada y pública de los ciudadanos. Esto traería consigo, que la justicia constitucional, incluso en las Constituciones que recogen los principios del Estado social, podrían salvar su déficit de legitimidad democrática en la medida en que asumieran su tarea de una manera más adjetiva que sustantiva, dirigida a activar y desbloquear, pero no a suplantar, el funcionamiento de las instituciones representativas. Esto podría justificar que se mantenga en los Estados Constitucionales Democráticos la supremacía de los Tribunales Constitucionales. Sin embargo, al igual que con la tesis del mutuo acoplamiento de autonomía pública y autonomía privada, no resulta claro en la realidad como se podría presentar dicha actividad. Así, mediante la justificación del control judicial constitucional trataré de acoplar dichas ideas.

JUSTIFICACIÓN DEL CONTROL JUDICIAL CONSTITUCIONAL

Hasta aquí se ha mostrado la relación entre autonomía privada y autonomía pública. Si bien en una primera instancia se muestran bajo tensión, en realidad esta disyuntiva desaparece cuando se adopta un punto de vista que supone, no una preferencia por alguna, sino la superación de tal relación conflictiva a partir de asumir una tercera posición teórica que, más allá de la oposición liberalismo-republicanismo y de los caracteres distintivos de cada una de estas doctrinas filosófico-políticas que se conectan con el principio del estado de derecho y de la soberanía popular, encuentra su punto de apoyo en una teoría de la democracia deliberativa como la que sostiene Habermas. Dicha tesis, presupone una comprensión intersubjetiva pero fundamentalmente discursiva del derecho y la política, de acuerdo con la cual establece una vinculación no excluyente entre estas disciplinas de la razón práctica y permite comprender con mayor profundidad conceptual el trasfondo filosófico de la concepción habermasiana sobre el control judicial.

Pero no se trata de señalar simplemente que el papel de los Tribunales Constitucionales se legitima siempre y cuando ellos operen en protección de los derechos que garantizan el procedimiento democrático discursivo, también tendría que aclararse concretamente qué se está protegiendo con dicha clase de control judicial, qué clase de principios deberán tener en cuenta los jueces, más allá de los mencionados en *Facticidad y Validez*. Estos principios se pueden extraer de la ética del discurso que pregonaba Habermas.

Esta teoría ética comporta un carácter procedimental e intersubjetivo que estriba en la confrontación crítica de argumentos orientada a la obtención de consensos racionalmente motivados como condición de validez de la justificación de las normas morales que incorpora, desde sus propios presupuestos filosóficos, parte de las implicancias conceptuales del giro lingüístico, pragmático y hermenéutico de la filosofía contemporánea. Dicha confrontación crítica, debe entenderse en el sentido de un análisis crítico-argumentativo de las pretensiones de validez presupuestas en una argumentación determinada. Tal análisis crítico es necesariamente dialógico y presupone, ante todo, la simetría y la igualdad de derechos entre quienes asumen el rol de interlocutores discursivos

involucrados en la resolución argumentativa de un problema filosófico como el de la fundamentación racional de las normas morales (Maliandi, 2006). En este sentido, Habermas afirma que cada vez que nos involucramos en procesos discursivos para encontrar solución a algún problema mediante el consenso, lo hacemos con la intuición de que por esa vía podremos encontrar una respuesta al tema problemático. Pero, además, los hacemos aceptando la corresponsabilidad y la igualdad de derechos de nuestros interlocutores así que, de entrada, ya tenemos unas presuposiciones morales relevantes.

En este sentido el aporte a la justificación del control judicial constitucional, estribaría en que los presupuestos del procedimiento democrático que el control judicial debe resguardar, pueden interpretarse como aquellos que la ética del discurso permite explicitar mediante su procedimiento de fundamentación. En efecto, y este es el punto que aquí pretendo subrayar, este tipo de reflexión que efectúa esta teoría ética sobre las presuposiciones (morales) del discurso, y con base en el cual explicita su principio procedimental de fundamentación discursiva, permite dar cuenta de los requisitos inherentes a los procedimientos democráticos que el control judicial debería resguardar, por ejemplo, para la toma de decisiones en el Parlamento. De este modo, la ética del discurso puede adoptar una importancia fundamental para el tema del control judicial pues, como señalé, este procedimiento reflexivo-reconstructivo de la práctica intersubjetiva del discurso argumentativo permite explicitar las condiciones con base en las cuales se estructuran los derechos en los que se expresa el valor del procedimiento democrático, y que el control de constitucionalidad debería asegurar cuando se orienta a proteger los presupuestos que lo posibilitan.

Esas condiciones pueden señalarse en términos de principios sustantivos de carácter moral como el principio de autonomía, de dignidad e inviolabilidad de la persona, y expresar derechos (de carácter liberal, pero no sólo negativos, sino también positivos, derechos sociales, o constitucionales, además de políticos, civiles, humanos, etc.) fundamentales para el sistema democrático debido a que, implícita o explícitamente, son aquellos en los que este se basa. Por cierto, estos derechos no derivan de la misma práctica democrática, y por supuesto tampoco de presupuestos metafísicos, dogmáticos, religiosos, etc., sino que surgen de reflexiones efectuadas sobre la práctica argumentativa que la ética

del discurso explícita en el marco de su procedimiento de fundamentación. En este sentido, cabe señalar que tal clase de condiciones normativas implican la amplitud de participación en la discusión de los potencialmente afectados por una decisión, la libertad de expresión en una deliberación, la igualdad de condiciones bajo las cuales la participación se lleva a cabo, la satisfacción de que las propuestas sean apropiadamente justificadas, la exclusión de intereses no generalizables, o la reversibilidad de la decisión, entre otras.

El señalamiento de aquello que los jueces pretenden resguardar del procedimiento democrático cuando intervienen anulando decisiones de otros poderes del Estado, permite responder a la pregunta central acerca de por qué estos órganos contra mayoritarios pueden prevalecer sobre los órganos representativos de la soberanía popular en una serie de cuestiones que tienen que ver con temas que afectan a los propios involucrados. En otros términos ¿por qué en ciertas circunstancias debería primar la decisión de órganos sin un origen de tipo democrático directo? Y esto, independientemente de la distinción que a este respecto quiera plantearse entre derechos individuales, que es la competencia de los jueces, y derechos sociales colectivos, sobre los que legislan y deciden los políticos (Dworkin, 2010a).

Se evidencia que, en última instancia, el sistema de control de constitucionalidad que se quiera elegir y que se pueda adoptar no depende de una cuestión jurídica ni de una puramente política, sino de otro tipo de consideraciones que comportan un carácter fundamentalmente moral, susceptible de explicitación mediante reflexión pragmática sobre la racionalidad argumentativa. Sobre esta base es posible justificar con un mayor respaldo teórico el control judicial, alegando que éste debería orientarse a garantizar la discusión democrática, por ejemplo, impidiendo la discriminación de grupos (cuando no se permite la participación de ciertos partidos políticos en el proceso electoral), favoreciendo la creación de una opinión pública informada (al impedir que ciertas opiniones sean censuradas, o la formación de monopolios en los medios de comunicación masiva), o impidiendo la privación de la libertad de alguien sin justa causa, etc. Establecer la conexión adecuada entre el valor de la democracia y el control judicial de constitucionalidad estriba en que el primero comporta ciertas precondiciones.

Cuando los jueces interpretan la Constitución y esta prevalece por sobre la legislación ordinaria están, en realidad, protegiendo estas precondiciones que son las que la ética del discurso explicita. Sobre esta base, se puede comprender por qué “la superioridad epistémica no es algo que surge del proceso democrático sólo a partir del mero hecho de llamarse ‘democrático’” sino que “éste depende de ciertas condiciones positivas y negativas que el proceso debe cumplir” (Nino, 2009, pág. 252). De lo que se trata, entonces, es de resguardar estas condiciones básicas del procedimiento democrático que no se encuentran determinadas por este procedimiento, sino que las presupone como su condición de posibilidad.

La mejor manera de legitimar la superioridad judicial dentro de las sociedades democráticas depende de los niveles en que actué ese control judicial, es decir que, si se habla de las condiciones pre políticas del procedimiento democrático, hay unos valores morales sustantivos que justificarían la especial protección jurisdiccional. Pero, si se habla del procedimiento democrático institucionalizado en la práctica, el control judicial no podrá alegar “razones de fondo” para sopesar o ponderar los resultados obtenidos porque implicaría una clara usurpación de funciones al legislativo.

EL CASO COLOMBIANO: ¿HACIA UN CONTROL CONSTITUCIONAL DIALOGICO?

Inspirado en las teorías sobre democracia deliberativa como la de Habermas, ha venido teniendo desarrollo una construcción teórica que propugna por un control judicial dialógico de la constitución, propone que el papel que deberían jugar los tribunales constitucionales es el de la protección procedimental de estos discursos políticos, para garantizar que estos si representen en la ley, los anhelos de los grupos sociales.

Habermas considera que una gran herramienta para evaluar el ejercicio de las competencias del Tribunal, es la diferenciación entre los discursos de fundamentación de las normas y los discursos de aplicación de normas. Para el autor Alemán, los tribunales constitucionales tienen razones legitimadoras de su acción provenientes de la aplicación del derecho pero no desde la óptica de un legislador que se encargara de dar forma al sistema de derechos persiguiendo sus propias políticas.

En este discurso de aplicación de la Constitución será fundamental la concepción que se tenga acerca de lo que debe entenderse por Constitución. Y en este tema Habermas adopta, junto a Ely (1997), una idea procedimentalista de la Carta Fundamental. Lo que debe hacer la Constitución, sostiene, es fijar "los procedimientos políticos conforme a los que los ciudadanos, ejercitando su derecho de autodeterminación, pueden perseguir cooperativamente y con perspectivas de éxito el proyecto de establecer formas justas de vida" (Habermas, 1998, pág. 336).

En el fondo de la discusión se encuentran, nuevamente, dos formas de entender la Constitución, y con ellas, dos maneras de comprender el proceso político: la liberal y la republicana. mientras la forma liberal entiende el proceso político como una contienda de preferencias que luchan por obtener el poder, la forma republicana lo entiende principalmente como un proceso de comunicación, razón y persuasión por el cual se deciden cosas de valor, encaminadas a la búsqueda de un acuerdo acerca de una forma buena y justa de vivir. Así, en medio del creciente pluralismo de valores e intereses, es precisamente la existencia de aquel proceso de razón, comunicación y persuasión el que

legitima las decisiones institucionales. El desarrollo de este proceso, o lo que es lo mismo, el cumplimiento de las condiciones procedimentales que este proceso requiere para existir, son la clave para atribuir a las decisiones un carácter democrático obteniendo así su legitimación. Hay aquí entonces una especie de "confianza republicana en la fuerza de los discursos políticos" (Habermas, 1998, pág. 336). Sólo respetando estas condiciones los ciudadanos ponen en práctica su derecho de autodeterminación política.

De estas consideraciones aparece el verdadero campo de acción que debe tener el Tribunal Constitucional y la forma en que éste debe comprender su propia existencia. El tribunal debe operar como custodio de que el proceso de producción de normas se efectúe en las condiciones de una política deliberativa.

Una opción sería entender que deben protegerse los canales institucionalizados de discusión política, esto es, principalmente las regulaciones de los procedimientos legislativos. Sin embargo, el problema también radica en la apropiación que debe hacer el legislativo de los principios constitucionales para poder utilizar una racionalidad en la producción de normas que se ciña a un marco constitucional. Pero como ya habíamos mencionado en el capítulo segundo, la actividad de la Corte Constitucional no solo debe quedarse en la vigilancia de los procedimientos institucionalizados de formación de la voluntad, sino ampliarse a los ámbitos y canales de participación política informal, evitando, por ejemplo, la discriminación a grupos minoritarios permitiendo "tanto el espacio de la opinión pública política como el contexto cultural de este y su base social" (Habermas, 1998, pág. 348), lo que a mi juicio implica también una protección material, y no solo procedimental, de algunas condiciones mínimas de existencia vinculadas a derechos fundamentales constitucionales. Estas características de cierto modo se han hecho posibles en el constitucionalismo o Neoconstitucionalismo Colombiano, donde de una u otra forma, su posición periférica y colonial han construido un sistema en el que múltiples escuelas jurídicas han encontrado confluencia

Colombia especialmente, pero también otros países latinoamericanos, provienen de la cultura jurídica del derecho continental europeo. Con grandes influencias francesas y españolas, de un gran desarrollo positivista, han construido sus ordenamientos jurídicos alrededor del principio de legalidad o de obediencia a la ley, pero también como producto

de la alta influencia estadounidense (*common law*) se ha dado gran importancia al papel del juez en la construcción del derecho. Esto ha producido un notable sistema mixto, donde confluyen tanto el positivismo jurídico como la intención de conexión derecho y moral iusnaturalista, pero como si fuera poco, también se ha visto una línea de interpretación constitucional de la Corte inspirada en el concepto de democracia deliberativa. Por esta razón presentare en que ha consistido dicha línea de interpretación o sentido jurisprudencial y por qué a pesar de esto, el resto del ordenamiento jurídico-político no ha interiorizado el sistema de principios constitucionales, haciendo suponer que ha fracasado.

Constitucionalismo en Colombia: de la tradición legalista a la implementación del sistema de precedentes.

Como se dijo, Colombia es tal vez un ejemplo paradigmático del reflejo del desarrollo del constitucionalismo. Como bien lo muestra López Medina en su libro *El Derecho de los Jueces* (López Medina, 2001), El movimiento de la Regeneración y la Constitución de 1886 fueron la reacción contra el sistema federalista de la Constitución de 1863. Rafael Núñez tenía claro que para superar la violencia y el desorden era necesaria una reforma al sistema en pro de un estado más vigoroso y centralista, la capacidad de expedir leyes se centralizo en el Congreso de la Republica, El Consejo Nacional de Delegatarios (1885 y 1886) y las legislaturas ordinarias de 1886 y 1887 se constituyeron en verdaderos intentos de refundar la patria desde un punto de vista jurídico. Para coadyuvar tal empresa, se configuro una judicatura a nivel nacional que interpretara el derecho también nacional, se adoptó como código civil el código civil chileno elaborado por Andrés Bello en 1855 y este a su vez está inspirado en el código napoleónico de 1804. Como producto del parentesco ideológico, estos códigos compartían como principio fundamental del derecho y sus fuentes la prohibición que los jueces, por medio de sus sentencias pudieran pronunciarse por vía de disposición general y reglamentaria sobre las causas que se le sometiese” (art 5. Código Civil Francés). En el Código Chileno incluso se puede apreciar más claramente el sentido político de la prohibición francesa a la discrecionalidad de los jueces en sus sentencias:

“Art. 1- La ley es una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la constitución, manda, prohíbe o permite.

Art. 2- La costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la ley se remite a ella.

Art. 3- Solo toca al legislador explicar o interpretar la ley de un modo obligatorio” (López Medina, 2001, pág. 7)

En palabras del mismo Lopez Medina “...sus tres primeros artículos es un ejemplo señero de la ideología liberal y legalista de la cultura jurídica francesa de la post-revolución” (López Medina, 2001, pág. 8). La costumbre y la Jurisprudencia son claramente apartadas de un sistema de fuentes netamente legalista.

Desde mediados del siglo XIX en Europa, la interpretación radical del principio de legalidad que propugnaba por la resolución de todos los casos que fuesen sometidos a conocimiento del juez bajo la aplicación estricta de una disposición legal, fue perdiendo credibilidad ante la práctica jurídica que hizo visible la imposibilidad de aplicar tal principio. Los códigos tenían muchos más vacíos que los que preveía el ideal ilustrado y revolucionario de la codificación. De esta manera los franceses comenzaron a agrupar las sentencias que producían sus órganos judiciales en lo que llamaron “*jurisprudence constante*” mismo acto al que los españoles denominaron “doctrina legal”. El crecimiento técnico del derecho se veía igualado con su continuo desarrollo, problemáticas en sus casos que el legislador no habría podido percibir, por lo que contrario al espíritu revolucionario, crecía la aceptación hacia permitir que la jurisprudencia estableciera criterios para casos que no estaban explícitamente regulados.

Colombia adopto el concepto de “doctrina legal” español a través de la ley 105 de 1890 que en su artículo 371 rezaba:

“Es doctrina legal la interpretación que la Corte Suprema de a unas mismas leyes en dos decisiones uniformes. También constituyen doctrina legal las declaraciones que la misma Corte haga en dos decisiones uniformes para llenar los vacíos que ocurran, es decir,

en fuerza de la necesidad de que una cuestión dada no quede sin resolver por no existir ley apropiada al caso”

Esta misma ley obligaba a la Corte a anunciar cada sentencia en forma de regla de derecho explicita en términos claros, precisos y generales. Esta doctrina legal era vinculante y con el mismo peso que una ley. Cualquier operador judicial estaba obligado a cumplir los lineamientos precedentes, incluso la misma Corte Suprema. Por esta razón, la Corte critico el sistema de doctrina legal como excesivamente rígido al no permitir que con el avance de la ciencia jurídica y mejores estudios se pudiese variar los lineamientos ya creado en otras sentencias, aun cuando se pudiese percatar de errores que en su momento fueron pasados por alto y que debido a la obligatoriedad del sistema, estos errores se repitiera en casos nuevos.

La respuesta del legislativo se materializo a través de la Ley 169 de 1896 que en su artículo 4 le otorgaba valor a la jurisprudencia de la siguiente forma:

“Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema como tribunal de casación sobre un mismo punto de derecho constituyen doctrina probable, y los jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores”

Nace así en Colombia el concepto de “doctrina probable”, en el que la Corte pretendía entregar a los jueces la posibilidad de que se sustentaran sus fallos con base en las decisiones de la Corte, pero al mismo tiempo poder modificar esta doctrina en cualquier momento cuando la considerara errónea. Sin embargo, en la práctica lo que realmente sucedió, fue que se le dio desarrollo a un sistema jurisprudencial “libre” en el que los jueces pudiesen o no usar la “doctrina probable”. Esta situación no volvió a ser discutida ni desarrollada legalmente hasta la entrada en vigencia de la constitución de 1991.

Una vez instaurada la primera Corte Constitucional de Colombia a raíz de la implementación de la Constitución del 91, las discusiones sobre el papel que debería jugar en la sociedad estuvo en controversia durante sus primeros años, hasta que en 1995 se logró llegar a un consenso en dos momentos claves representados en dos fallos históricos, la

sentencia C-083/95 y la sentencia T-123/95, aquí entre otras cosas, se dejó claro un nuevo concepto, “doctrina constitucional”, veamos rápidamente en que consistieron estos dos momentos históricos.

Con la sentencia C-083 del magistrado ponente Carlos Gaviria, se analizó el papel que jugaba la jurisprudencia constitucional a la luz del artículo 230 de la nueva Constitución del 91 donde se le otorgaba el papel de fuente auxiliar del derecho, o dicho de otra forma, no tenía obligatoriedad. En la sentencia, la corte inicia diferenciando entre doctrina constitucional y jurisprudencia, la doctrina constitucional sería la hermenéutica jurídica aplicada por la corte a casos donde hayan vacíos legales, siempre y cuando la aplicación analógica de otra ley no satisficiera la solución para el caso concreto, esta sería de obligatorio cumplimiento, en cambio la jurisprudencia seguiría siendo la interpretación aplicada de las normas a casos concretos, y esta seguiría siendo una mera fuente auxiliar del derecho. De esta forma, la corte instauro un sistema de precedente fuerte, sin menoscabar el artículo 230 de la C.P. que pone a la jurisprudencia como un mero criterio auxiliar de la función de justicia y a la ley como la única capaz de generar sometimiento de parte del funcionario judicial

Hasta aquí se podría decir que la obligatoriedad se veía reducida solo a las sentencias que pretendían llenar vacíos legales, sin embargo, en la sentencia T-123/95 con magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz, amplía el rango de obligatoriedad de la doctrina constitucional incluso más allá de ley aplicable, como se puede constatar en este apartado “la constitución debe, en todo momento, con ley o sin ella, inspirar la actividad judicial. Incluso, si existe ley que regule específicamente la materia, ella debe interpretarse conforme a la constitución”. En la misma sentencia, Cifuentes agrega que desconocer las decisiones de la Corte Constitucional sin reunir el suficiente acervo argumentativo para separarse de ellas, es una violación al principio de igualdad y redundar en un error de hecho que puede generar sanciones disciplinarias para el funcionario judicial transgresor.

Este es el momento clave en que la cultura jurídica en Colombia adopta un paradigma Neoconstitucional, que tiene como eje central lo que podríamos denominar una Razón Jurídica Constitucionalista. En ambas sentencias se deja de presente que la Constitución del 91 otorga su cuidado exclusivamente al tribunal constitucional, lo que

equivaldría a que lo decidido en las sentencias de la Corte es la voz de la Constitución, una especie de derivación jurídica de la máxima política “el estado soy yo” de Luis XIV. Sin embargo, aún faltaba otra sentencia que terminaría de cerrar la discusión centenaria con la “doctrina probable” y terminaría de afianzar a la razón jurídica constitucional (Doctrina Constitucional) como eje central de las decisiones judiciales, en lo que significaría terminar de cerrar el modelo legalista.

En el 2001 la Corte Constitucional tendría que decidir sobre la constitucionalidad de la ley 169 de 1896, tratando de cerrar así una discusión centenaria sobre el papel de la jurisprudencia dentro del sistema de fuentes del derecho; aunque se podría pensar que con el desarrollo que se le habría dado al concepto de “doctrina Constitucional” desde 1995 el resultado lógico sería declarar inconstitucional el concepto de “doctrina probable” que incluía la ley 169 en su artículo 4, sorprendentemente la Corte declaró exequible condicionada a dicha ley. Precisamente la ley que originó un sistema libre de jurisprudencia recibió una interpretación moderna que se acoplara al nuevo sistema de precedente fuerte, por lo que los verbos “podrán” y “varíe” que estaban contenidos en el artículo analizado, seguirán siendo una opción de los jueces que consideraran oportuno apartarse del precedente judicial, siempre y cuando reúna una justificación razonable valedera, que por supuesto también está inspirada en los principios contenidos en la Constitución. De esta forma la Corte en una movida audaz logra acoplar la obligatoriedad del concepto de “doctrina legal” en un sistema de precedente fuerte, con la posibilidad de apartarse del mismo a través del concepto de “doctrina probable” con una reinterpretación y unas condiciones modernas. La condición por supuesto, es una especie de juicio razonable, no en una especie de concepción de la justicia iusnaturalista o un respeto legal propio del Iuspositivismo, sino una razón emanada de los conceptos de justicia contenidos en los principios constitucionales y una obligatoriedad del precedente judicial en un claro sistema jurídico Neoconstitucionalista.

Una vez claro el papel de la jurisprudencia constitucional en Colombia, se expidieron sentencias muy conocidas, como por ejemplo la que dejó en firme la ley “Rosa Elvira Cely” y además amplió el delito de feminicidio más allá de las fronteras del género (Sentencia C-297/16), el que aprueba y condiciona los espectáculos con animales, ya sea

corrida de toros o pelea de gallos (Sentencia C 041-2017) e incluso la sentencia que anulo las zonas de reserva minera en el país (Sentencia T 52 de 2017), entre otras. Dichas sentencias revelan un lado de la Corte Constitucional que comparte la visión sustantiva de la democracia como en Dworkin y Alexy, sin embargo, gracias a la influencia que viene adquiriendo la democracia en un sentido procedimentalista y garantista para la participación política de los ciudadanos, hay otro lado de la Corte que ha venido desarrollando un sentido jurisprudencial que busca proteger los procedimientos democráticos de toma de decisiones.

Línea Jurisprudencial de la Democracia Deliberativa

Podemos decir que en el intento de construir un control judicial constitucional dialógico, en el sentido que Habermas considera importante para una democracia deliberativa, la primera sentencia que menciona la palabra “deliberación” es la C-013 de 1993, sin embargo, como se dijo, todavía estaba en desarrollo la posición que desempeñaría la Corte Constitucional, por lo que lo referido a dicha palabra estaba más relacionado con “controversia”. Tan poco claro se veía en ese momento el predominio judicial, que la Corte se abstuvo de decidir indicando que el art 129 del reglamento del congreso permitía la votación de leyes con la mera votación, es decir, sin mediar debate. El mensaje enviado al legislador fue contundente, bastaba con solo la negociación entre partidos para expedir leyes mediante voto a “pupitrazo”, se desconocía la deliberación entendida como intercambio de razones para decidir informada y públicamente los fundamentos de una normatividad legal.

La posición de la Corte fue asumiendo una posición más protagonista y menos respetuosa de los formalismos positivistas con la sentencia C-336 de 1994 donde expone la importancia de la democracia participativa en el control de constitucionalidad a la producción normativa del legislativo y la sentencia C-376 de 1995, en la que se precisa que al momento de producción de normas en el congreso exista quorum deliberatorio. Estas sentencias vinieron acompañadas de otra que en el mismo sentido, conducen a la protección por vía judicial de los derechos constitucionales de participación política de los ciudadanos, no solo por medio de los mecanismos constitucionales como la tutela, sino también activamente en la construcción de decisiones normativas en las que se pueda tener en

cuenta las percepciones racionales de los afectados. Todo este abordaje de una especie de control constitucional dialógico o con la finalidad de construir y fomentar un constitucionalismo dialógico, llevo a la Corte Constitucional a labrar el camino que condujo a la expedición de la sentencia C-252 de 2012, donde argumento lo siguiente:

La labor del Congreso se convierte, al menos teóricamente, en el último reducto legitimador del ejercicio del poder democrático bajo el principio de autonomía, en donde se podría llegar a cumplir con el ideal de que el ejercicio y conformación de la ley se explica a través del uso de la razón pública bajo unas reglas presupuestas que permitan el libre juego democrático

Vale agregar que respecto a la idea de “razón publica” se alude directamente a Habermas, “esta idea ha sido expuesta por autores como Jürgen Habermas con su teoría de la democracia procedimental o discursiva en su obra “Facticidad y Validez” (C-252 /12), Mas allá de la apelación a filósofos como argumentos de autoridad o de la idea de “razón publica” mejor presentada por Jhon Rawls, queda claro que dentro del desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional ha venido teniendo lugar una línea que aboga por la protección de la democracia más formal que sustancial, en el entendido que la legitimidad del derecho recae de mejor forma, mediante el uso del principio de soberanía popular, entendida como el conjunto de perspectivas y voluntades particulares de los diferentes sujetos colectivos que componen la sociedad, cuyas opiniones y posiciones convergen en lo que se denomina “poder comunicativo” del mundo de la vida.

A pesar de este sistema de principios que se ha visto desarrollado a través de la “doctrina constitucional” de la Corte, hay un sector académico que concuerda en afirmar que al priorizarse excesivamente una interpretación de carácter axiológico con decisiones “buenas para algunos” y no una deontológica con decisiones “buenas para todos”, o dicho de otra forma, interpretaciones bajo concepciones de la constitución más de carácter sustantivo que procedimental (mas no formal), se ha iniciado una especie de colonización sistémica del mundo de la vida a través de la juridización de la política.

La Constitución del 91 no solo pretende trasladar las demandas de justicia a un órgano colegiado superior que las tramite vía judicial, sino que también pretende que este sistema de principios sea aplicado por la ciudadanía en general como una especie de

lenguaje post convencional, homogenizante e integrador. En lugar de esto, el legislativo en Colombia se encuentra suspendido en un formalismo tradicional y no ha sido capaz de apropiarse del sistema de principios constitucionales como fin orientador dentro del Estado Social de Derecho, sus decisiones no se encuentran cimentadas en la deliberación en términos de democracia deliberativa sino en las voluntades mayoritarias, dejando vacíos que La Corte Constitucional ha tenido que tratar de llenar realizando una interpretación constitucional de los casos presentados ante su jurisdicción. Esto ha generado un desacoplamiento entre la esfera política y jurídica aumentando la complejidad social. Además, la actividad legislativa, con una alta influencia del positivismo jurídico, ha pretendido dar solución a las problemáticas sociales y al cumplimiento de los deberes constitucionales con una hiperinflación legislativa, situación que por ejemplo a Habermas le preocuparía, debido a que esto también podría generar una colonización del mundo de la vida.

Tampoco el sistema de principios ha visto éxito en la acción judicial constitucional, como bien lo manifiesta Diana Galindo (2010, pág. 75):

Frente a la responsabilidad de la Corte en el fracaso del modelo, debo hacer dos consideraciones principales. Primero, si bien la Corte tuvo la capacidad de aceptar la existencia de los principios dentro del texto constitucional, no ha logrado que éstos permeen efectivamente el resto del ordenamiento jurídico, entendido este como conjunto y no solo referido a las decisiones de otros jueces de menor jerarquía. En segundo lugar, el hecho de haber optado por un modelo de decisión axiológico no contribuyó a que los principios pudieran cumplir su función de reducción de la complejidad del sistema y de unidad del sistema jurídico en particular.

Y continua reafirmando la crítica de Habermas a la forma en que las cortes interpretan los principios constitucionales como bienes jurídicos optimizables en lugar de principios jurídicos deontológicos, lo que finalmente sobrecarga de expectativas sociales al derecho sin poder realizar una justicia material a la sociedad, que es precisamente la finalidad que poseen los principios constitucionales.

La prueba mayor de que el sistema de principios constitucionales está fracasando, es la misma importancia que ha cobrado la Corte Constitucional en nuestro ordenamiento jurídico, una importancia que no parece disminuir, sino por el contrario, aumentar en su protagonismo dentro una sociedad que sin ella no habría podido superar décadas de

violencia. Pareciera entonces, que las demás concepciones del Neoconstitucionalismo como un sistema de garantías democráticas constitucionales para la ciudadanía se redujera a un sistema Corteconstitucionalista cuya deformación democrática jamás podría ser algo deseable.

Habermas no ignora que mientras esta condición del legislativo no se cumpla, dada la condición de dependencia de la política discursiva de las virtudes de ciudadanos orientados al bien común, no será posible filtrar a través del derecho, intereses estratégicos particulares. Así entonces, Habermas de cierta forma reconoce que el papel de los tribunales constitucionales del Neo Constitucionalismo se justificaría en la medida que la protección de la constitución garantizaría una estabilidad social dada por la facticidad de la situación, así que propone, aumentar un poco la legitimidad de los tribunales en términos democráticos, adscribiéndolos al legislativo y “obligando institucionalmente a la Justicia a dar justificaciones ante un foro ampliado de críticos de ella. Para ello sería menester la institucionalización de un espacio público-jurídico que vaya más allá de la actual cultura de expertos y sea lo suficientemente sensible como para convertir en foco de controversias las decisiones de principio que resulten problemáticas.” (Habermas, 1998, pág. 525 y 526) Habermas además agrega, que dicha migración de los tribunales constitucionales al poder legislativo y a las esferas públicas de discusión política traería una retroalimentación en ambas vías, por un lado los tribunales ganarían en legitimidad respecto de sus interpretaciones vinculando el derecho con una moral proveniente de deliberaciones democráticas, y por otro lado, el poder legislativo tendría una mayor apropiación de los principios constitucionales como fines de estado para la producción legislativa con la ayuda del sistema argumentativo Neo Constitucional. Finaliza Habermas diciendo que esta clase de innovaciones, como ocurre siempre, solo puede hallar respuesta mediante una combinación de “Fantasía institucional y un cauteloso procedimiento de *stop and go*”

CONCLUSION

Los tres autores aquí tratados tienen varias afinidades, por un lado, comparten la crítica a la máxima positivista de separar derecho y moral, por otro lado, consideran al derecho como herramienta esencial para garantizar la integración social. Sin embargo, queda claro que las diferencias saltan a la vista a la hora de fundamentar las relaciones moral-derecho y derecho-política dentro del marco del constitucionalismo contemporáneo y la garantía del control judicial constitucional para la materialización de los postulados plasmados en la carta magna. Mientras Dworkin asigna un papel fundamental a su juez Hércules de identificar los principios incluidos en el derecho consuetudinario para justificar el ordenamiento legal, Habermas prefiere que una comunidad abierta de intérpretes de la Constitución haga esa labor. Sin embargo, los dos coinciden en que en el derecho se puede buscar una respuesta única y verdadera a los conflictos sociales, asumiendo los principios desde un punto de vista deontológico, diferenciándose así, de la posición axiológica de Alexy y su justificación del control judicial con la representación argumentativa de los ciudadanos por intermedio de los jueces.

Habermas de todas formas se aparta de estos dos autores considerados Neoconstitucionalistas en la percepción cerrada de la Constitución, al no identificar en ella presupuestos tan valiosos que no pueden quedar sometidos a la opinión de los espacios discursivos públicos, ya que para él, cualquier normatividad, por fundamental que ésta sea, debe cumplir con la condición de que sus destinatarios se puedan considerar también creadores de esas normas. En este sentido, Habermas considera que el predominio de los Tribunales Constitucionales en las sociedades contemporáneas obedece más a circunstancias fácticas que a fundamentaciones normativas, por lo que considera que la única forma de moldear dicho avance puede ser crear institucionalmente un espacio público que discuta las decisiones tomadas en estas cortes. Sin embargo, el mismo Habermas permite realizar la fundamentación normativa del predominio de los altos tribunales constitucionales con la teoría de mutua reciprocidad entre Estado de Derecho y Soberanía Popular, asumiendo una relación simbiótica encaminada a defender las condiciones de autonomía pública y privada para participar en procesos discursivos democráticos, justificando así un control judicial constitucional fuerte.

La ética del discurso tiene ínsita en su fundamentación unos presupuestos morales relevantes para que el proceso discursivo democrático sea una realidad, en la que además de no cumplirse se podría decir que la autonomía privada no estaría garantizada y la autonomía pública al depender de ésta, tampoco podría convertirse en realidad, así que ciertos derechos sociales estarían justificados en la defensa de los Tribunales Constitucionales, por lo que parecería que la parte sustantiva de la ética discursiva podría tener cierta relación con la idea de ciertos derechos sustantivos en Alexy y de democracia sustantiva en Dworkin.

Tenemos entonces que la hermenéutica jurídica Constitucional tendría la obligación de dirigir la tutela de los derechos hacia la realización de la democracia radical, lo que podría además ser beneficioso teniendo en cuenta el poder de la fuerza coercitiva del derecho que además tiene que provenir del sistema político en el que se vean incluido, este favorecimiento por las condiciones de posibilidad del discurso democrático podría seguir sosteniendo dicho predominio del control judicial constitucional sin que por eso sea tachado de relegar a los ciudadanos a una condición de “clientes” de la administración.

BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, R. (1985). *Teoría de los derechos fundamentales* (2007 ed.). (C. Bernal Pulido, Trad.) Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Alexy, R. (2000). La institucionalización de la razón. *Persona y derecho. Revisa de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, 43.
- Alexy, R. (2004). *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa.
- Alexy, R. (2005). *Teoría del discurso y derechos constitucionales*. México.
- Alexy, R. (2006). Ponderación, control de constitucionalismo y representación. En A. Ibañez, & R. Alexy, *Jueves y ponderación argumentativa*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Alexy, R. (2007). *Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Alexy, R. (2013). Control judicial de constitucionalidad como representación argumentativa. En J. C. Henao, *Diálogos constitucionales con el mundo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Atienza, M. (2000). *Introducción al derecho*. México: Fontamara.
- Bobbio, N. (1980). *Contribución a la teoría del derecho*. (F. Torres, Ed., & A. Ruiz, Trad.) Valencia: Torres Editor.
- Carbonell, M. (2003). *Neoconstitucionalismo (s)*. Madrid: Editorial Trotta.
- Comanducci, P. (2003). Las conexiones entre el derecho y la moral. *Derechos y Libertades Revista del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas*, 8(12), 15-26.
- Comanducci, P. (2007). Modelos e interpretación de la Constitución. En M. Carbonell, *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Editorial Trotta S.A.

- Duque Sandoval, Ó. (2014). *Neoconstitucionalismo y estabilidad Institucional. Una reformulación crítica de la tridimensionalidad del derecho*. (Tesis de Maestría): Universidad Autónoma de Occidente, Universidad Carlos III de Madrid, Santiago de Cali.
- Dworkin, R. (1980). *La Filosofía del Derecho*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Dworkin, R. (2007). *La democracia posible (principios para un nuevo debate político)*. Barcelona: Ediciones Paidós.
- Dworkin, R. (2007). *La justicia con toga*. Madrid: Marcial Pons.
- Dworkin, R. (2010a). *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel.
- Dworkin, R. (2010b). Igualdad, democracia y Constitución: nosotros, el pueblo, en los estrados. En M. Carbonell Sánchez, & L. García Jaramillo, *El canon neoconstitucional* (págs. 117-152). Madrid: Trotta.
- Ely, J. H. (1997). *Democracia y Desconfianza. Una teoría del Control Constitucional*. Bogota: Siglo del Hombre/Universidad de los Andes.
- Ferrajoli, L., & Carbonell, M. (2010). *Democracia y Garantismo*. Madrid: Editorial Trotta S. A. .
- Galindo Poblador, D. C. (2010). Las tensiones entre las perspectivas axiológica y deontológica del derecho y el modelo de principios en Colombia . *tesis de maestría*. Universidad Nacional de Colombia.
- García Figueroa, A. (2000). Teoría de la argumentación y Teoría del Derecho. *Revista de Ciencias Sociales*(45).
- Guastini, R. (2001). La constitucionalización del ordenamiento: el caso italiano. En M. Carbonell Sánchez, *Neoconstitucionalismo(s)* (págs. 49-74). Madrid: Trotta.
- Habermas, J. (1998). *Facticidad y Validez* (2010 ed.). (M. Jiménez Redondo, Trad.) Madrid: Trotta.
- Hart, H. (2000). *Post Scríptum al concepto de derecho*. México: Instituto de investigaciones jurídicas.

- Jiménez Redondo, M. (1998). Introducción a Facticidad y Validez. En J. Habermas, *Facticidad y Validez* (págs. 9-55). Madrid: Trotta.
- Kelsen, H. (1979). *Teoría general del Derecho y el Estado*. México: Editorial Nacional.
- López Medina, D. E. (2001). *El Derecho de los Jueces: obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial* (2006 ed.). Bogotá: Legis Editores S. A.
- Maliandi, R. (2006). *Ética, dilemas y convergencias: cuestiones de la identidad, la globalización y la tecnología*. Buenos Aires: Biblios UNLa.
- Mejía Quintana, Ó. (Abril de 1997). La Teoría del Derecho y La Democracia en Jürgen Habermas: En torno a Faktizität und Geltung. *Ideas y Valores*(103), 32-52. Obtenido de <http://www.bdigital.unal.edu.co/24638/1/21832-74782-1-PB.pdf>
- Mejía Quintana, Ó. (enero-junio de 2010). Modelos alternativos de Democracia Deliberativa. Una aproximación al estado del arte. *Revista Coherencia*, 7(12), 43-79.
- Nino, C. S. (2009). *La constitución de la democracia deliberativa*. España: Gedisa.
- Pozzolo, S. (1998). Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional. *Doxa*, II(21).
- Rawls, J. (1995). *Teoría de la Justicia*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Rawls, J. (1996). *Liberalismo Político*. Barcelona.
- Santiago, A. (2008). Neoconstitucionalismo. En *Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Política*. . Buenos Aires: Instituto de Política Nacional, Universidad de Buenos Aires.
- Weber, M. (1973). *Ensayos sobre metodología sociológica*. Buenos Aires: Amortorrú.
- Zagrebelsky, G. (2008). *Principios y votos: El Tribunal constitucional y la política*. Madrid: Editorial Trotta S.A.
- Zagrebelsky, G. (2009). *El Derecho Dúctil: Ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta.

