

RELACIÓN TENSIONAL ENTRE EL JUEZ Y EL LEGISLADOR: UNA APROXIMACIÓN DESDE LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL *

por Gerardo Antonio Durango Álvarez **

“La tensión inmanente al derecho entre facticidad y validez se manifiesta dentro de la administración de justicia como tensión entre el principio de seguridad jurídica y la pretensión de estar dictando decisiones correctas” (J. Habermas)

Con el fin de integrar dentro de su modelo los derechos fundamentales provenientes de la tradición liberal y social, plantea Habermas el principio de fundamentación y aplicación imparcial de normas. Pretende por medio de éste, explicar la necesidad que tienen los ciudadanos, en sociedades complejas, de poder reconocerse y ejercer activamente sus derechos. La justificación de normas jurídicas interpretadas desde la perspectiva del derecho moderno debe buscar la equiparación jurídica de los individuos caso por caso, con el fin de proporcionar igualdades “fácticas” y libertades reales. La propuesta de Habermas sobre la aveniencia imparcial de las normas, radica en la necesidad de integrar la igualdad jurídica y la igualdad fáctica, la autonomía privada y la autonomía pública, analizando todos los casos donde ha de dirimirse la disputa política y jurídica, si es que esta regulación se quiere efectuar en términos de Estado democrático de derecho. Los procedimientos de producción democrática de derecho y la aplicación imparcial de esas normas protegen, por medio de éste, las dos autonomías a las que se ha hecho referencia. Por consiguiente, afirma Habermas, “en la administración de justicia la tensión entre la legitimidad y la positividad del derecho se aborda y se resuelve, en lo que a contenido se refiere, como el problema de una decisión correcta (legitimidad) a la vez que consistente (positividad). Pero la misma tensión vuelve a producirse, no ya en el nivel de los contenidos, sino en el nivel pragmático de la práctica de las decisiones judiciales, porque las exigencias ideales, a que está sujeto el procedimiento argumentativo, han de ser puestas en consonancia con las restricciones impuestas por la necesidad fáctica de regulación”¹.

La praxis legislativa debe prestar de esta forma, atención a la fundamentación imparcial de normas jurídicas derivadas de procedimientos democráticos, sin descuidar la institucionalización de los discursos de aplicación, manifiesta en una administración de justicia independiente. De esta forma, acude Habermas a la diferenciación entre los discursos de aplicación de normas y los discursos de fundamentación; busca adecuar las normas de aplicación a situaciones concretas que tomen en cuenta todas las circunstancias

* Publicado el 23 de febrero de 2003.

** Profesor de la Universidad Autónoma Latinoamericana de Medellín (Colombia) Gerardodurango@yahoo.es

¹ Habermas, J, *Facticidad y validez*, Trotta, 1998, pág. 306.

descritas relevantes, con el fin de que la decisión tomada por los jueces – según el modelo de control de constitucionalidad – cuente con todas las garantías necesarias. Los argumentos que se presentan para la “adecuación” de las normas a cada caso, toman su validez de las normas vigentes en el sistema jurídico, previamente desarrolladas por el legislador. En el discurso de fundamentación, la administración y el parlamento han de recibir competencia para la producción normativa, por medio del procedimiento democrático que les faculta para actuar conforme a la manifestación derivada del poder comunicativo de los ciudadanos. Se busca, con las normas de fundamentación y aplicación, una justicia independiente que interprete el derecho vigente, garantizar la seguridad jurídica y la aceptabilidad racional de las decisiones judiciales².

Con el aporte de la diferenciación entre normas de aplicación y normas de fundamentación – que toma Habermas de K. Günther – explica la forma de aplicación de las normas en un determinado modelo de Estado – Estado democrático de derecho – y la manera de manifestarse éstas en la protección de los derechos fundamentales, a la vez que garantiza seguridad jurídica. Esto le lleva a esbozar el procedimentalismo democrático, por un lado, y la acción coercitiva que el derecho legítimo ejerce, por otro, en el momento de aplicar las normas provenientes de la actividad legislativa. Se presenta, de esta forma, una doble relación, tanto de complementariedad como “tensional” a la vez, entre el juez, que aplica las normas, y el legislador, que las produce. En tanto que el primero busca la protección de los derechos por medio del sistema jurídico, partiendo de la pretensión de corrección entre las normas y principios en virtud del ejercicio de su ponderación y aplicación a un determinado caso mediante decisiones racionales; se pretende, por consiguiente, que en cada caso concreto opere la mejor interpretación judicial posible. El segundo se orienta hacia la justificación y protección de los derechos, desde los procedimientos democráticos plenamente establecidos, a través de la teoría discursiva del derecho, ya que la participación, como forma de comunicación, sustenta las bases para el consenso y para la toma de decisiones razonables.

Habermas se sitúa en la segunda propuesta por ser un defensor de la democracia deliberativa. Pero, ante la imperiosa necesidad de proteger los derechos, vislumbra la relevancia que tienen los Tribunales Constitucionales y los jueces en general, cuando éstos, al decidir casos

² Ibid, pág. 241. En este sentido se expresa Francisco Laporta cuando expresa; “ Así pues, tanto por lo que se refiere a la calificación de los hechos, es decir, a la subsunción del supuesto de hecho en la condición de aplicación de la norma, por lo que se refiere a la interpretación de la solución normativa, la actividad de aplicar normas ha de estar constreñida por unas exigencias de racionalidad interna que son las únicas que pueden avalar que la premisa normativa así construida esté justificada o sea válida”. Laporta, Francisco, “Imperio de la Ley y seguridad jurídica” en Elías Díaz y José Luis Colomer *Estado, justicia, derechos*, Alianza, 2002, pág. 120.

concretos, se remiten a los principios consagrados en la Constitución e interpretan, por medio de ellos, la soberanía popular. Procura con esto, por ejemplo, que las revisiones que realiza el Tribunal Constitucional se adecuen a las normas en perspectiva constitucional y a la vez protejan derechos provistos y provenientes de y desde el procedimiento democrático. “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 de la perspectiva de un legislador que ha de interpretar, desarrollar y dar forma al sistema de los derechos al perseguir sus propias políticas”³. Afirma. El Tribunal Constitucional, desde parámetros racionales somete a examen las normas creadas por el legislador, con el fin de servirse de una decisión coherente que le lleve al análisis del caso particular, y, que a la vez, concuerde con los principios jurídicos vigentes. Esta doble relación será la que permita comparar la propuesta del “principio de fundamentación” y “aplicación” habermasiano con otras teorías(I), que si bien persiguen el mismo objetivo, ofrecen un recorrido teórico diferente. Abordamos con ello el planteamiento de de B. Ackerman, R. Dworkin y R. Alexy. La comparación entre los modelos liberal norteamericano y alemán, ha de orientar el análisis de la propuesta de los derechos en clave habermasiana en términos de fortaleza o su debilidad frente a aquellos, referido a los discursos de aplicación, fundamentación de normas y la polémica que éstos presentan con la “tesis de la única respuesta correcta”(II).

Tribunal Constitucional y deliberación pública. Una mirada desde el “dualismo” constitucional de B. Ackerman

Últimamente, se viene debatiendo hasta dónde puede llegar y cuál es el alcance de la competencia de los Tribunales Constitucionales y si es posible que éstos interfieran en la actividad del legislador, a quien le compete la función de crear normas de carácter general, impersonal y abstracto. R. Alexy, L. Ferrajoli y R. Dworkin se acercan a este problema desde una perspectiva garantista que proteja ante todo los derechos fundamentales⁴. Para Alexy los derechos fundamentales, en la medida en que tienen el carácter de límites a los poderes públicos, son disposiciones subjetivas que establecen obligaciones y deberes al legislador y, por lo tanto, limitan su competencia. Así, cuando el Tribunal Constitucional establece que el legislador no ha cumplido con su deber constitucional de proteger y garantizar derechos fundamentales, o se ha extralimitado en sus competencias, lo hace por expresa autorización de la misma Constitución y no estará por ende, - en el caso de revisar ex post la inconstitucionalidad de una ley que viola derechos - afectando las competencias del legislador sino, por

³ Ibid, Habermas, *Facticidad y validez* pág. 335

⁴ Alexy, R. *Teoría de los Derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, 1993. Ferrajoli, *Derecho y Razón* Trotta, 1998 y *Derechos Y Garantías, la Ley del más débil*. Trotta, 1999.

el contrario, estará cumpliendo lo que ordena la Constitución construida por medio de procedimientos democráticos.

Estos procedimientos democráticos necesitan de un constitucionalismo dinámico que salvaguarde las reglas de participación y deliberación en los espacios democráticos, así como los derechos fundamentales. Desde esta perspectiva, los Tribunales Constitucionales deben hacer viable las diferentes formas en que se manifiesta la Democracia deliberativa, sin necesidad de apartarse del texto constitucional y posibilitar jurídicamente las condiciones de una verdadera participación pública. Los Tribunales Constitucionales y los jueces en general, tienen presente el principio discursivo cuando protegen desde mecanismos constitucionales los inputs provenientes de la cultura política deliberativa cuyo telos es contribuir a legitimar las estructuras de la democracia constitucional. La función de los jueces y los Tribunales Constitucionales, desde esta perspectiva, consiste en hacer efectiva la mayor gama posible de garantías en pro de los derechos fundamentales y en abrir los canales de la participación ciudadana cuando por omisión o negligencia son ignorados por parte del legislador, como sucede con frecuencia con los denominados derechos sociales, económicos y culturales.

El republicanismo es un modelo, que desde los tópicos anteriores se orienta más por la participación de los ciudadanos en la construcción de normas que han de regirles. Hace esto, que Habermas preste gran atención a éste, en especial en lo referente a autonomía privada, autonomía pública, deliberación y discusión activa en los asuntos comunes, protección y garantía de los derechos los cuales no se manifiestan sólo como libertades negativas, sino como derechos de participación política. Ésta última, tiene como objetivo transmitir desde y hacia el Estado los diferentes significados sociales de bienes. Es de recordar que no hay un compromiso absoluto de Habermas por los valores densos de una determinada comunidad, como tuvimos oportunidad de mencionar anteriormente, sino una especie de “nostalgia” por una determinada manera de deliberación que coadyuve a construir espacios políticos de autogobierno en los destinos de su comunidad, con el fin de que la política varíe sus pautas de sólo distribución. En esta perspectiva, la libertad como participación es una construcción colectiva estructurada políticamente que requiere, por parte del estado, de mecanismos de protección y espacios de poder “hacer”, posibilitando un mayor acercamiento hacia intereses comunes que aseguren la necesidad de una más amplia democracia deliberativa y poder así satisfacer lo que Zapata-Barrero ha denominado la tesis de la congruencia⁵. Los ciudadanos se reúnen y argumentan cuáles han de ser los derechos que se han de reconocer y para quienes. La justificación de la existencia de un Estado no radica en que éste proteja

⁵ Zapata-Barrero, R, *Ciudadanía, democracia y pluralismo cultural: hacia un nuevo contrato social*. Anthropos, 2001, 210.

sólo los derechos subjetivos, sino en la eficacia que ofrece un proceso inclusivo de la formación de la opinión y la voluntad, en el que los sujetos tratan, al máximo, de entenderse acerca de qué objetivos y normas son de interés común de todos.

Para Habermas las condiciones de formación de la voluntad, la opinión política y por ende una participación en la esfera pública ha sido, sobre todo, desarrolladas por el republicanismo. “La comprensión republicana de la política pone en primer plano la conexión interna del sistema de los derechos con la autonomía política de los ciudadanos”⁶.

Este modelo posibilita a los ciudadanos una mayor participación en el procedimiento de creación de normas y principios, al mismo tiempo que brinda una mayor garantía a los derechos desde las instancias judiciales, porque es a los jueces en general y a los Tribunales Constitucionales en particular, a quienes les compete garantizar y proteger los derechos que se han juridificado por medio de procedimientos deliberativos, en donde han participado los ciudadanos activamente en la producción de normas provenientes en su doble vertiente – de input y output - hacia y desde el Estado democrático de derecho. Un modelo democrático constitucional ha de poder contar con un poder judicial independiente del legislativo, pues ofrece mayores garantías a los ciudadanos en cuanto interpreta y aplica las normas y principios construidos democráticamente, que pasan a regir esa determinada comunidad jurídica. Como afirma Habermas, al referirse al Tribunal Constitucional, este debe someter a examen los contenidos de las normas controvertidas en conexión, sobre todo, con los presupuestos comunicativos y las condiciones procedimentales del proceso democrático de producción de normas, ya que la falta de una Democracia deliberativa afecta los espacios de participación. Afirma: “Tal comprensión procedimentalista de la constitución da al problema de la legitimidad de la jurisdicción constitucional un giro en términos de teoría de la democracia”⁷. De acuerdo con todo lo anterior, se puede deducir que el modelo republicano se acerca más a la democracia deliberativa, por darse en éste más afinidades solidarias e intereses comunes, pues la democracia deliberativa toma como relevantes la formación de la voluntad y la acción política como posibilidad de deliberar públicamente.

Siguiendo con el anterior planteamiento, se especifica que los jueces deben estar en contacto permanente con los procesos de deliberación pública y no ser ajenos a las deliberaciones que parten de los espacios públicos informales como de las deliberaciones desarrolladas en el parlamento. Entre los autores que encontramos en esta línea, se encuentra B. Ackerman⁸, para quien el control constitucional es una de las más genuinas prácticas democráticas.

⁶ Ibid, Habermas, *Facticidad y validez*, pág. 348

⁷ Ibid, pág. 337

⁸ Ackerman Bruce, *La política del Diálogo Liberal*, Gedisa, 1999.

Considera que la Corte Constitucional debe preservar la voluntad del pueblo, frente a las usurpaciones del gobierno. Los flujos de comunicación que viajan a doble “carril” complementan la relación que debe existir entre las deliberaciones públicas provenientes de la soberanía popular con sus representantes y el equilibrio que deben dar a éstas los órganos judiciales. La Corte Constitucional puede fortalecer, desde mecanismos jurídicos, las acciones dialógicas que los ciudadanos ejercitan continuamente en la esfera pública, de modo que tengan mayores posibilidades de ser tenidas en cuenta por los diversos estamentos del Estado y por los sistemas económicos que se han convertido autárquicos en sus decisiones. Es permitir que los individuos puedan ejercer sus derechos sin demasiadas interferencias. Ésta es, a mi modo de ver, una aproximación a la Democracia Constitucional deliberativa.

B. Ackerman distingue lo que ha denominado como el “dualismo democrático” de la siguiente manera: “El dualismo hace un intento por diferenciar dos clases distintas de decisiones políticas a las que, a su vez, le adjudica distinta legitimidad. Primero, las decisiones tomadas por el pueblo mismo; y segundo, las decisiones tomadas por el gobierno. A las primeras las denomina “momentos constitucionales fuertes”⁹. Son, según su parecer, muy independientes de las decisiones políticas habituales. Es un instante muy serio en la vida de los ciudadanos, por cuanto en ese momento deciden sobre algo verdaderamente importante, pues se han organizado para discutir las nuevas normas constitucionales que han de guiarlos .

Visto desde este punto de vista la constitución adquiere una nueva legitimidad política constitucional. Por otro lado, las decisiones del gobierno ocurren diariamente y las denomina “decisiones políticas corrientes”. En ellas no existe el debate y el pueblo no se ha movilizado. Le compete a la Corte Constitucional nivelar por medio del control de constitucionalidad que las decisiones tomadas, en ese primer momento constitucional, no se vean erosionadas por las decisiones de intereses privados. Propone este autor, que se debe realizar en lo posible un mayor análisis de la función democrática que cumplen los Tribunales Constitucionales, ya que estos están en una situación “privilegiada” de abrir canales de participación ciudadana a partir de los mismos textos constitucionales. La concepción dualista propone una

⁹ B. Ackerman, “Tres concepciones de la democracia constitucional”, *Cuadernos y Debates*, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pág. 16. J. Rawls siguiendo a Ackerman, le confiere la salvaguarda de la *Razón Pública* a la Suprema Corte, afirmando que es una entidad institucional ejemplar, por lo que se deduce que la razón pública es la única razón ejercida por ésta. “ Los ciudadanos y los legisladores pueden votar por sus más amplios puntos de vista cuando no estén en juego los elementos constitucionales esenciales y la justicia básica.” Ibid, Rawls, J, *Liberalismo político*, FCE, México, 1996, pág. 224. Lo que es discutible es esta afirmación rawlsiana, es por qué, cuando entran en juego elementos constitucionales básicos, ha de dejarse de lado los derechos sociales y económicos.

sociedad movilizada ante el inminente riesgo de violación de derechos. Ve en el control de constitucionalidad una garantía de los derechos consagrados en ese momento de activismo constitucional.

Para el dualismo ackermaniano, la Corte Constitucional avanza en la génesis de la democracia cuando preserva decisiones populares, adoptadas en momentos constitucionales contra la erosión de decisiones políticas que no han ganado la máxima legitimidad democrática. Al fomentarse la participación política, los derechos adquieren mayor protección desde lo que el autor denomina “activismo judicial”. Lo que se puede deducir de la propuesta de Ackerman, es que no sólo en los momentos de “activismo político” – primera opción de su propuesta dualista - deben los ciudadanos participar en la esfera pública; es más, los asuntos políticos no deben dejarse para determinados momentos de “excitación” política. Antes bien, estos espacios se han de fortalecer diariamente, y la participación de la sociedad civil no se vea signada a momentos excepcionales. El momento de participación no debe estar sólo remitido al acto constitucional del momento primigenio como parece sugerir el autor norteamericano, sino que la participación ciudadana en cuestiones políticas y constitucionales relevantes, ha de darse en todo momento. Los derechos garantizados por la constitución y legitimados por medio del “paradigma discursivo de derecho” pueden por medio de la defensa que realiza el Tribunal Constitucional - el cual ayudado por los procedimientos democráticos -, “disciplinar” los sistemas económicos, administrativos y también al legislador, sobre todo cuando se dispongan leyes injustas que atenten contra los derechos de los sujetos. De allí la insistencia de colocar como indisponibles, derechos que no pueden ser tocados por cualquier poder de forma arbitraria.

De lo anterior se deduce que la función de los tribunales constitucionales, además de despejar los canales para una auténtica participación política, es velar porque la deliberación pública, - donde se forma la opinión pública y de donde se justifican los derechos fundamentales - permanezca libre de interferencias que obstruyan esa interacción. La discriminación de los grupos o los individuos se propicia desde el mismo momento en que no están claros los procedimientos democráticos. El mismo Habermas sustenta esta idea cuando dice: “El tribunal Constitucional habrá de proteger precisamente ese sistema de derechos que posibilita la autonomía privada y pública de los ciudadanos (...)”. Y continúa: “El tribunal constitucional ha de cuidar de que los «canales» por los que discurre ese proceso inclusivo de formación de la opinión y de la voluntad, mediante el que se organiza a sí misma la comunidad jurídica democrática, permanezcan inmunes”¹⁰. Esto es, velar por que los procedimientos democráticos hayan contado con todos los mecanismos procedimentales apropiados. De esta manera, Habermas hace una lectura de los derechos fundamentales

¹⁰ Ibid, Habermas, *Facticidad y Validez*, pág, 337.

desde el principio discursivo, donde la perspectiva dialógica y la racionalidad reflexiva del principio, permita a los individuos, desde el ejercicio de su autonomía, entenderse como coautores del derecho. En la deliberación pública se establecen los criterios para establecer cuáles serán las condiciones fácticas que les van a permitir la igualdad jurídica.

Estas demandas de derechos que se hagan por parte de los ciudadanos, bien sea ante la Corte Constitucional o ante el legislador, deben estar basadas, afirma Habermas, en el lenguaje de derecho positivo proveniente de la esfera de opinión pública y de la esfera de la vida privada, es decir, de las comunicaciones provenientes del mundo de la vida. Sin este “transformador” el lenguaje ordinario no podría circular a lo largo y ancho de toda la sociedad¹¹. Los códigos especiales a los que se refiere el autor, serían todos aquellos movimientos provenientes de la sociedad civil, que es una “instancia especializada” en proponer temas y en ejercer - crear - “opinión pública”. De esta forma los canales de comunicación, provenientes de la deliberación pública, pueden guiarse, orientarse por las “esclusas” hasta las decisiones administrativas, legislativas o judiciales, como un mecanismo de legitimación más. “La presión de las opiniones públicas obliga entonces a un modo extraordinario de elaboración de los problemas que redundan en beneficio de la regulación del poder efectuada en términos de Estado de derecho, es decir, actualiza sensibilidades para responsabilidades políticas reguladas por el derecho constitucional”¹². Se puede entender, de esta forma, cómo los principios democráticos influyen constructivamente en la elaboración de los principios y normas jurídicas. Los principios constitucionales deben funcionar en la práctica legislativa y jurídica como opciones relevantes racionalmente fundamentados. En caso de ser cambiados por el legislador o por cualquier órgano del estado, han de ser justificados ampliamente y dar razones de el por qué son mejores. El introducir la legitimidad, por vía de la legalidad, dota al derecho de un contenido racional que hace que los sujetos de derechos jurídicos obedezcan a éste, tanto por su validez como por su eficacia e imparcialidad. El ser sujetos jurídicos los desliga de pertenencias y lealtades jerarquizadas y, de otro lado, los hace merecedores de garantías por parte de ese Estado de derecho.

Discurso de fundamentación y aplicación de normas como mecanismo de protección de derechos: K. Günther , R. Dworkin y R. Alexy.

El discurso de aplicación en el planteamiento de K. Günther. Tanto para Günther como para Habermas, los discursos de aplicación entran en juego una vez resueltos los problemas de fundamentación, de donde

¹¹ Ibid, pág. 434

¹² Ibid, pág. 438. El subrayado es nuestro.

se sigue que es aquí donde se debe dar la descripción más completa posible de todos los rasgos relevantes del contexto que se trate¹³. En los discursos de aplicación, la responsabilidad de ponderar de forma imparcial las normas por parte del juez, como sujeto público, conduce a dar razones justificatorias para poder ser tenidas como garantía, poder ser aceptadas como imparciales y ser aceptadas por todos los implicados por provenir de reglas fundamentadas discursivamente, a la vez que amparadas en los principios y normas constitucionales.

Günther plantea que la decisión de corrección de una decisión normativa, si bien debe superar el criterio de validez – fundamentación – universal, ha de encontrar también en el caso particular las normas *prima facie* que mejor se “adecuen” a las circunstancias concretas. Partiendo de una clara racionalización argumentativa, se ha de distinguir entre los discursos de fundamentación – que pretenden validez universal – y los discursos de aplicación, – que pretenden la adecuación imparcial de una norma a un caso determinado¹⁴. En su artículo “Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica”¹⁵, plantea lo siguiente: “En el discurso de aplicación, las normas válidas tienen tan sólo el status de razones *prima facie* para la justificación de enunciados normativos particulares tipo “debes hacer p”. Los participantes saben qué razones son las definitivas tan sólo después que hayan aducido todas las razones, *prima facie*, relevantes con base en una descripción completa de la situación. Ésta, permite determinar cuáles intereses resultan afectados o favorecidos con la decisión. Un enunciado normativo puede pretender ser correcto si se apoya en una norma válida y en su adecuada aplicación”¹⁶. Busca Günther, por tanto, que las normas en el momento de aplicación estén sujetas a una decisión racional deliberada, que no conduzcan a equívocos y ser aceptadas en condiciones generalizables por los afectados de la misma. De allí que afirme que el discurso de aplicación es la forma reflexiva de esta aplicación *prima facie*. En un discurso práctico de aplicación no juega tanto qué es lo que debe ser aceptado por todos los afectados, cuanto lo que concierne a cada uno de los sujetos implicados, por lo que surge la apremiante necesidad de institucionalizar, tanto los discursos de fundamentación como los de aplicación, desde un legítimo procedimiento democrático.

Para K. Günther, “la corrección de las normas” se origina en una fuerza justificadora, basada en principios de interpretación “coherente” fundamentado en el sistema jurídico. Los argumentos basados en la

¹³ Juan Carlos Velasco A, *La teoría discursiva del derecho*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, BOE, Madrid, 2000, pág. 116.

¹⁴ Günther, K. *The sense of appropriateness, Application Discourses in Morality and Law*, University of New York Press, Albany, 1993.

¹⁵ K, Günther, “Un concepto de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica”, traducido por Juan Carlos Velasco A, en *Doxa* Nro. 17, 1995.

¹⁶ *Ibid*, pág. 283 y ss.

coherencia son esenciales sobre todo para la aplicación imparcial de normas. De cara a una situación de acción las normas válidas sólo son aplicables *prima facie*¹⁷. Es posible pensar que lo que Günther quiere decir con esta afirmación, es que ante una situación de colisión entre normas jurídicas, compete al operador jurídico realizar una descripción general de la situación que presenta la colisión entre normas y/o principios y establecer, de esta forma, la garantía de los derechos. Se busca que la justificación de la decisión tomada contenga una carga argumentativa lo suficientemente amplia, eficaz y válida que pueda contar con el asentimiento de los posibles implicados en la pretensión de corrección de la norma.

Los participantes en un discurso de aplicación se respetan mutuamente como personas que comparten unos con otros principios y normas válidas. Una norma es válida si sus consecuencias y efectos paralelos que produce a los intereses de cada individuo como resultado del cumplimiento general de una norma bajo circunstancias inmutables pueden ser aceptadas por todos¹⁸. Confirma, con esto, que lo que se busca con un sistema coherente ideal es que exista una única respuesta correcta, pues la razón práctica no puede contradecirse. - Lo que no dice Günther es cómo llegar a una única solución correcta en ese sistema ideal coherente -. Una posible respuesta es que cuando analizamos todas las circunstancias del caso, estamos resolviendo las antinomias propias del caso y optamos por la norma válida que más se adecue a la defensa de un derecho; éste es el *leit motiv* que facilita “una única respuesta adecuada”. Por tanto, concluye que dos normas independientemente aplicadas - a la misma situación - pueden alcanzar resultados incompatibles entre ellas, es decir, lograr dos juicios morales contradictorios¹⁹. Por consiguiente, en caso de colisión entre dos normas válidas, la “solución” será la adecuación de una de ellas a la completa situación descrita.

El planteamiento de R. Dworkin. En su texto “El imperio de la Justicia”, retoma R. Dworkin sus planteamientos sobre la única respuesta correcta²⁰; en él expone su tesis de la siguiente manera:

¹⁷ Ibid, pág. 277. Günther entiende como “coherente” aquellos principios que sirven para justificar en los discursos de aplicación la pretensión de aplicación de una norma válida.

¹⁸ Ibid, pág. 292. Cuando Günther afirma que en los casos de adecuación no se necesita de la validez de las normas por venir de antemano justificadas, da la impresión de que el juez no necesita cuestionar la validez de las normas y por tanto sólo necesita interpretarlas en el momento de la aplicación. No veo conveniente hacer esta escisión, pues esto llevaría a que una se supedite a la otra. “Para la fundamentación sólo es relevante la norma misma, con independencia de su aplicación en una situación particular”, Ibid, *The sense of appropriateness, Application Discourses in Morality and Law*, pág. 55.

¹⁹ Ibid, pág. 207.

²⁰ ¿Existen varias respuestas igualmente correctas para un mismo caso? De ser afirmativo, deberíamos argüir que, entonces, debería existir un conjunto de sistemas de justificación de igual modo correcto, lo que llevaría a desestabilizar la coherencia

“Según el derecho como integridad, las propuestas de la ley son verdaderas si figuran o surgen como consecuencias de principios de justicia, equidad y debido proceso que proporcionan la mejor interpretación constructiva de la práctica legal de la comunidad”²¹. También se entiende como una teoría que es construida desde la filosofía política y en la cual los derechos son triunfos políticos en manos de los individuos y han de merecer una igual consideración y respeto, lo que viene así a configurar los denominados derechos fundamentales. La búsqueda de la coherencia para el sistema jurídico, de un lado, y la protección de los derechos, por otra, le lleva a plantear que la aplicación de las normas deben ser justificadas mediante argumentos racionales por parte del juez. Esta exigencia se la asigna Dworkin a su famoso Juez Hércules, quien debe justificar sus decisiones desde los principios abstractos consignados en el proceso constitucional y aplicarlos coherentemente a las diferentes situaciones que se le presenten.

Dworkin toma, como punto de partida, su crítica al modelo positivista, por presentar éste una separación entre Derecho y moral²². Introduce, por oposición, su teoría sobre los principios, que le llevan a basarse en una concepción interpretativa del Derecho. Le confiere al juez, una importancia decisiva en el desarrollo de la responsabilidad de las decisiones judiciales. Contrapone al sistema de reglas, postulado por el positivismo, un modelo que tenga presentes los principios. Para este autor, el sistema jurídico está compuesto, además de reglas, por

del sistema jurídico y, por ende, las decisiones que afectan los derechos fundamentales. En caso contrario, nos encontramos ante la tesis de la *única respuesta correcta*, en la cual se inscribe Habermas, quien apoyado en Dworkin y Günther lo confirma. Lo anterior, en oposición al planteamiento de R. Alexy, quien, *contrario sensu*, sostiene que existen múltiples respuestas para un mismo caso. Como lo anota K. Günther “El juez que resolviera de modo divergente y sin justificación adecuada casos idénticos estaría obrando arbitrariamente, irracionalmente, mostrando que sus razones no se pretendían universalizables. En éste mismo contexto, para A. Aarnio la teoría de la única respuesta correcta tiene tres significados con variada fuerza: 1. Si decimos que existe una única respuesta correcta y que ésta será encontrada siempre, la doctrina es tomada en su *sentido fuerte*. 2. Si se da la concepción de que siempre existe una respuesta correcta, a pesar de que en la práctica no siempre se tenga éxito, estamos hablando en *sentido débil*. 3. Si admitimos la existencia de una respuesta correcta y, al mismo tiempo, negamos, en principio la posibilidad de encontrarla, estamos hablando de su sentido débil. (A. Aarnio, 1991). En esta última clasificación, se ubica Habermas, para quien la tesis de la única respuesta correcta funciona como un ideal regulativo de aplicación de normas.

²¹ Dworkin, R. *El Imperio de la Justicia*, Barcelona, Gedisa, 1998. Pág. 164. La propuesta de Dworkin sobre la única decisión correcta, ha recibido varias críticas entre ellas la de A. Aarnio el cual afirma: “ Dworkin propone algo que, en la práctica, quizás no se alcanza nunca. La <mejor teoría posible> es un ideal postulado que nos autoriza a decir que cierta decisión es la correcta en la medida con el ideal, es un postulado filosófico injustificable” Ibid, *Lo Racional como razonable*, pág. 217.

²² Para superar la dicotomía entre Derecho y moral, muestra la estrecha correspondencia entre ellos y la necesidad de establecer nexos entre los mismos, pero manteniendo la autonomía de sus respectivas esferas. El puente que permite hacerlo es el juez y su instrumento, la interpretación.

principios. Estos, deben permitir que también exista una única respuesta correcta en los casos en que las reglas no la determinan. La única respuesta correcta, o verdadera, sería aquella que mejor pueda justificarse a través de una teoría sustantiva que contenga aquellos principios y que permita ponderarlos ante una situación concreta, a la vez que se correspondan con la constitución, las reglas de derecho y los precedentes²³.

Dworkin opone, ante la tesis de la discrecionalidad propia del positivismo, su tesis de que las decisiones judiciales han de basarse en argumentos de principio. "Un argumento de principio puede servir de justificación a una decisión determinada, sólo si puede demostrar que el principio es coherente con las decisiones del pasado y con las decisiones que está dispuesto a tomarse en el futuro"²⁴. Esto le lleva a proponer su teoría de la interpretación, como procedimiento de justificación coherente que le permite al juez, amparado en la deliberación judicial, mayor responsabilidad en sus decisiones, de la mejor manera posible – racionalidad del discurso normativo en sentido habermasiano, equilibrio reflexivo en sentido rawlsiano - ,ya que de no hacerlo se afectarían notablemente derechos fundamentales , pues para Dworkin la teoría del derecho tiene, como función, la interpretación de las prácticas sociales.

Todo orden jurídico, que se guíe en su interpretación por principios, ha de ir más allá del simple análisis del texto y estar dispuesto a argumentar a favor de preservar los derechos fundamentales. De allí que las normas y los principios sean esenciales para intentar llegar a "soluciones correctas" racionalmente motivadas. De esta forma, Dworkin propone que, ante casos difíciles, los jueces han de acudir irremediabilmente a los principios. Plantea la necesidad en primer lugar, el intentar integrar las decisiones judiciales desde el derecho válido, con las decisiones tomadas por los sistemas políticos en segundo lugar. Para ello, se basa en la teoría de los derechos individuales, los cuales tienen un sentido deontológico²⁵ que permite una justificación sustentada en los principios, con el fin de pretender buscar decisiones correctas. Para este autor, los principios poseen un reconocible contenido deontológico que los sustrae a la contingencia, esto es, a la posibilidad de ser establecidos o derogados a voluntad. Tales principios suministran argumentos para reconstruir normativamente y mediante justificaciones, el derecho vigente. Una teoría del derecho visto desde esta perspectiva, debe pretender encontrar principios y objetivos válidos desde los cuales, un orden jurídico concreto pueda quedar reconocido en sus elementos esenciales; de tal manera que todas las decisiones judiciales sean razonables y

²³ Dworkin, R. *Los Derechos en serio*, Ariel, 4ta reimpresión, 1999. Cap. 13 y réplica a sus críticos en este mismo texto.

²⁴ *Ibid*, pág. 155.

²⁵ Para Dworkin los derechos fundamentales son entendidos como principios jurídicos deontológicos y para Alexy, bienes jurídicos optimizables.

coherentes, y ésto sólo lo puede hacer un juez que tiene a Hércules como modelo²⁶. Para Dworkin las decisiones judiciales deben estar justificadas por argumentos de principio y por argumentos de oportunidad. Afirma: “En los casos difíciles, los principios desempeñan un papel esencial en los argumentos que fundamentan juicios referentes a determinados derechos y obligaciones jurídicas”²⁷. Pretende con esto, unir las decisiones judiciales desde el derecho válido con las decisiones tomadas por los sistemas políticos. - Habermas por su parte, da mayor preferencia a la democracia deliberativa y al legislador como representante de ésta. El caso de Dworkin va a ser diferente, en cuanto confía más en la prevalencia que los jueces tienen al proteger derechos fundamentales -.

Si bien un proceso constitucional concluye con la adopción de un catálogo de derechos fundamentales, éstos tienen que ser interpretados e implementados, lo que lleva a Dworkin a manifestar que a las normas es necesario interpretarlas antes que se las pueda aplicar a casos concretos²⁸ por parte del juez, quien debe seguir las directrices del legislador. Para ello introduce la distinción entre argumentos de principio - protege derechos individuales - y argumentos políticos - que protegen derechos colectivos. El legislador obra desde argumentos políticos y si los tribunales son delegados por parte del legislador, entonces deben tener competencia para basar sus decisiones desde argumentos de principio, esto es, que la justificación de una decisión política respeta o asegura el derecho del grupo o los individuos. Un juez que se encuentre al margen de los vaivenes políticos tendrá una mejor oportunidad para percibir de una manera diferente, los hechos que se quieren juzgar racional e imparcialmente. Ante una “única decisión correcta”, el juez ha de justificar por medio de razones, por qué ha optado por esa decisión, basado, claro está, fundamentalmente en proteger los derechos de los individuos y grupos antes que cualquier otra opción. Esto podría llevar a que, cuando los jueces deciden han de hacerlo pensando que sus juicios al ser interpretados por la comunidad jurídica y por los implicados en el caso lo están haciendo de forma deliberativa pues, ante una “pésima” y poco justificada decisión, los afectados podrían demandar ante una instancia superior la revisión o revocación de la decisión.

Para Dworkin el razonamiento jurídico es un ejercicio que se construye interpretativamente, de ahí que toda su teoría del derecho tenga como sustento la interpretación²⁹. El derecho tiene como

²⁶ Ibid, Dworkin, R. *El imperio de la justicia*, pág. 267-268.

²⁷ Ibid, Dworkin, *Los derechos en serio*, pág. 80

²⁸ Ibid, pág. 147.

²⁹ Lifante Vidal, Isabel. *La interpretación jurídica en la teoría del Derecho contemporáneo*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999. Para Isabel Linfante, la *interpretación* se predica de cualquier entidad capaz de ser portadora de sentido, de lo que se refiere a entidades lingüísticas, ha de ser entendida como una “actividad dianoética”. Ver de igual forma, R. Dworkin, *El imperio de la Justicia*,

función la interpretación de las prácticas sociales desde un plano “constructivista” basado en principios y valores – los principios ofrecen la mejor justificación posible de la justicia, que puede ser brindada por medio del derecho - ;es una teoría normativa de la interpretación³⁰ que como lo explica, debe entenderse desde la opción por “el mejor ejemplo posible” a seguir desde valores morales. La respuesta correcta surge de la adecuada búsqueda para solucionar ese determinado caso. En este orden de ideas sostiene que las personas pueden ganar o perder más por el asentimiento de un juez que por cualquier acto general del Congreso Parlamentario. La actividad judicial tiende a proteger y garantizar derechos concretos de los individuos y grupos, lo que lleva a cuestionarse sobre el riesgo que corren los ciudadanos ante una decisión injusta, manifiesta en la aplicación de una determinada norma, lo que podría causar grandes daños morales y jurídicos a quien se le impongan.

Habermas, en su crítica a la propuesta de Dworkin, afirma que cuando el juez busca alcanzar la integridad del sistema jurídico, y al tratar de reconstruir racionalmente el derecho vigente, lo hace desde una interpretación monológica. Al respecto menciona que “de este núcleo procedimental del principio de integridad jurídicamente asegurada se percata el mismo Dworkin cuando ve fundado el igual derecho a libertades subjetivas de acción en el derecho a iguales libertades comunicativas. (...) El juez individual ha de entender básicamente su interpretación constructiva como una empresa común, que viene sostenida por la comunicación pública de todos los ciudadanos”³¹. Se apoya pues Habermas, nuevamente, para darle salida a este problema – el solipsismo del juez Hércules - en su teoría del discurso, haciendo depender la aceptabilidad de las sentencias judiciales no sólo de la calidad de los argumentos sino también de la estructura del proceso de argumentación.

La pretensión de corrección en la obra de R. Alexy. R. Alexy plantea la tesis del caso especial³², que se puede entender de la siguiente manera: la argumentación jurídica constituye un caso especial del razonamiento práctico general, -éste ha de fundamentarse desde un procedimiento discursivo similar al propuesto por Habermas y Apel-. Argumenta que todo acto de habla encierra una pretensión de corrección, esto es, fundamentado en un nivel pragmático universal del lenguaje. La pretensión de corrección, si bien busca el consenso, también demanda que los sujetos sigan las reglas que han decidido aceptar en común. De esta manera, argumentamos, que las decisiones judiciales han de ser interactivas y basadas en el diálogo . “Las

Gedisa, 1988. Pág. 28. También, Riccardo Guastini *Distinguiendo, Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Gedisa, 1999

³⁰ Ibid, Dworkin, *Los derechos en serio*, pág. 403-404.

³¹ Ibid, Habermas, *Facticidad y Validez* pág. 295.

³² Alexy, R, *Teoría de la Argumentación Jurídica*, trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.

decisiones judiciales no sólo pretenden ser correctas en el esquema del orden jurídico válidamente establecido, sino también pretenden ser correctas en cuanto decisión jurídica³³.

La tesis del caso especial es desarrollada por medio de la argumentación iusfundamental³⁴, - *Teoría de la argumentación jurídica* - indica que de lo que se trata, entre otras, es de lo que está ordenado, prohibido y permitido, es decir, relativa a cuestiones prácticas. Resulta obvio que la argumentación jurídica, para su realización, ha de estar abierta a una serie de condiciones restrictivas (como la sujeción a la ley, al precedente y a la dogmática). Pero se ha visto que la sujeción a tales reglas, no conduce en todos los casos a un único resultado, ya que se requiere ser completada con reglas y valoraciones por parte de quien ejerce la competencia en términos de racionalidad argumentativa jurídicamente. El profesor alemán afirma que no existe ningún motivo para este tipo de actitud de todo o nada ya que “la discusión ética actual, influenciada metodológicamente por la lógica moderna, la filosofía del lenguaje, la teoría de la argumentación, de la decisión y del conocimiento, y por lo que respecta a su contenido, orientada fuertemente por las ideas de Kant, ha mostrado que no son posibles teorías morales materiales que den una única respuesta, con certeza intersubjetivamente concluyente a cada cuestión moral pero, que sí son posibles teorías morales procedimentales que formulan reglas o condiciones de la argumentación o de la decisión práctica racional”³⁵.

Los argumentos mayormente aducidos, tienen que ver con la seguridad jurídica³⁶, la igualdad, la protección de los derechos y la

³³ Ibid, pág. 178 y ss.

³⁴ Las bases principales de la argumentación iusfundamental son: primero debe estar sujeta al *texto* de las disposiciones iusfundamentales (la Constitución) y a la *voluntad* del constituyente y el Tribunal deberá dar razones a favor de soluciones contrarias al texto así como presentar razones justificantes para apartarse de la génesis constitucional. Los *precedentes judiciales* son el segundo elemento básico de la argumentación iusfundamental. Como tales, contribuyen a la seguridad de ésta. De otro lado, la fuerza jurídica de las decisiones jurisprudenciales de los máximos tribunales constitucionales pueden enmarcarse en dos reglas que enuncia Alexy de la siguiente manera: 1) si puede aducirse un precedente a favor o en contra de una decisión, hay que aducirlo y 2) quien quiera apartarse de un precedente, corre con la carga de la argumentación.

³⁵ Ibid, pág. 530.

³⁶ Los magistrados de la Corte Constitucional colombiana Eduardo Cifuentes Muñoz, Alejandro Martínez Caballero y Vladimiro Naranjo Mesa en aclaración de voto en la Sentencia de Constitucionalidad C-194/95, consideraron que “si bien en Colombia no existe una rígida regla de *stare decisis*, tal y como opera en los países de Common Law, debemos aceptar, que en principio, todo tribunal, y en especial la Corte Constitucional, tiene la obligación de ser consistente con sus precedentes. Ello deriva no sólo de elementales consideraciones de seguridad jurídica -pues las decisiones de los jueces deben ser razonablemente previsibles- sino también del respeto al principio de igualdad, puesto que no es justo que casos iguales sean resueltos de manera distinta por un mismo juez. En el caso de la Corte Constitucional, este principio de respeto al precedente opera con mayor vigor, por la particular fuerza normativa de las decisiones de este tribunal en materia de control abstracto, puesto que ellas obligan a

garantía de los mismos. La fuerza como precedentes de las reglas de decisión “se manifiesta no sólo en los casos en los cuales el Tribunal aplica reiteradamente una regla ya formulada sino también justamente en los casos en los que la extiende a casos con nuevas características, como así también en los casos en los cuales, debido a la existencia de una nueva característica, no lleva a cabo esta extensión”³⁷.

En Alexy, la teoría de la única solución correcta se supedita al ámbito de la posibilidad jurídica, esto es, depende de los procesos judiciales. Tiene, por tanto, esta tesis la función de servir de ideal regulativo para las deliberaciones en el “discurso ideal de habla”, que él denomina una “versión débil de la tesis de la única respuesta correcta”³⁸. Le compete al juez acercarse a ese ideal cuando necesita realizar la “mejor” interpretación posible, por lo que debe acudir a los principios³⁹ que, como se ha planteado, tienen como función acentuar la imparcialidad en las decisiones por parte de los ordenamientos jurídicos, pues cuando se decide, tomando a éstos por referente, se realiza un mayor grado justificatorio. De allí que, como lo plantea Alexy, estos funcionan como mandatos de optimización, lo que conduce a su teoría de la corrección y a la vinculación del juez a los casos difíciles por medio de la ponderación, - que es lo que interesa en este trabajo, por cuanto le acerca a la teoría de Günther y Habermas -. La pretensión de corrección, propuesta por Alexy, se fundamenta en la moral universal de corte habermasiano, que adquiere relevancia al

todos los poderes, pues sus fallos hacen tránsito a cosa juzgada constitucional. Además, como las normas constitucionales tienen mayor trascendencia - por ser la base de todo el ordenamiento - y vocación de permanencia, la exigencia de seguridad jurídica en las interpretaciones constitucionales es aún mayor”... Igualmente consideran que “para justificar un cambio jurisprudencial (overruling) no basta que el tribunal considere que la interpretación actual es un poco mejor que la anterior, puesto que el precedente, por el solo hecho de serlo, goza ya de un plus, pues ha orientado el sistema jurídico de determinada manera. Los operadores jurídicos confían en que el tribunal responderá de la misma manera y fundamentan sus conductas en tal previsión. Por ello, para que un cambio jurisprudencial no sea arbitrario es necesario que el tribunal aporte razones que sean de un peso y una fuerza tales que, en el caso concreto, ellas primen no sólo sobre los criterios que sirvieron de base a la decisión en el pasado sino, además, sobre las consideraciones de seguridad jurídica e igualdad que fundamentan el principio esencial del respeto del precedente en un Estado de derecho”. *Gaceta Constitucional*, Colombia, 1995.

³⁷ Ibid, Alexy, *teoría de la argumentación jurídica*, pág. 538.

³⁸ Alexy, “ *Sistema Jurídico, principios jurídicos y razón práctica* ”, trad. de Manuel Atienza, en *Revista Doxa*, Nro. 5, 1988, pág. 140.

³⁹ Para Alexy, los *Principios* son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. *Son mandatos de optimización* que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados y porque la medida ordenada de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas. Las *Reglas* son normas que exigen un cumplimiento pleno, por lo tanto solo pueden ser cumplidas o incumplidas. Si una regla es válida, entonces es obligatorio hacer precisamente lo que ordena, ni más ni menos. Las reglas por tanto contienen determinaciones en el campo de lo posible fáctica y jurídicamente. Ibid, Alexy, R, *Teoría de la Argumentación Jurídica*, pág. 36.

aplicar derecho al caso concreto y que se explica, por referencia, a la pretensión que alguien eleva frente a los demás cuando afirma un enunciado. La corrección de una interpretación – en palabras de Alexy – sólo puede demostrarse cuando se aducen razones en su favor y en su contra.

Afirma que la teoría de la moral y la teoría del derecho deben vincularse bajo un marco de modelo procedimental de cuatro gradas.

En la primera grada está situado el procedimiento del discurso práctico general en el cual “su sistema de reglas formula algo así como un código general de la razón práctica pero no lleva en cada caso a un solo resultado”. Es aquí donde se hace necesario una nueva grada, pues la solución de los conflictos sociales exige la determinación de un único resultado. Por lo tanto, en esta segunda grada está el procedimiento legislativo - procedimiento institucionalizado de creación del derecho en el que no sólo se argumenta sino que también se decide - del Estado constitucional y democrático de derecho, definido por un sistema de reglas “que garantiza una medida considerable de racionalidad práctica”. Pero, como los procedimientos legislativos no incorporan, por sí mismos, una única solución para cada caso, se hace necesario un tercer procedimiento. En esta tercera grada se encuentra el procedimiento del discurso jurídico el cual está sujeto como se afirmó más arriba, a la ley, los precedentes judiciales y la dogmática, con el fin de reducir la inseguridad del resultado. Pero como esta inseguridad no se elimina del todo, se hace necesario un cuarto procedimiento el cual sí está institucionalizado en sentido estricto, este es el procedimiento judicial en el que no sólo se argumenta sino que se decide - como en el procedimiento legislativo - y tal decisión debe ser lo más racional aún sabiendo que no hay una única decisión correcta.

El hecho que un Tribunal Constitucional no sólo argumente sino que también decida, no tiene nada de irrazonable. “es razonable la institucionalización de una justicia constitucional cuyas decisiones pueden y requieren ser justificadas y criticadas en un discurso iusfundamental racional”⁴⁰. Coincide por consiguiente, Alexy con Habermas en cuanto que la decisión judicial debe ser la más razonable posible. Pero difiere en cuanto a que en las reglas del discurso, no es posible encontrar siempre un resultado correcto.

⁴⁰ Ibid, Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, pág. 554.