

Some questions on the judicial decision in the Legal Theory

Algunas cuestiones sobre la decisión judicial en la Teoría del Derecho*

Fecha de recepción: 16 de octubre de 2012
 Fecha de revisión: 29 de noviembre de 2012
 Fecha de aceptación: 06 de diciembre de 2012

*Raúl González Romero ***
*Andrés Samper Fajardo ****
*Fairo Zapata Montoya *****

ABSTRACT

From the perspective of legal theory, the problem of judicial decision has been taken as one of the preconditions for revitalization of legal systems. However, this type of decision, which is coated with a specific characteristic, given it exceeds the scope of the essentially legal, and it is necessarily linked to the effectiveness of the standard. From this perspective, some of the problems that have been the focus of legal theory are now in the background, because of the crucial role played by the study of the judicial decision seen as measure of effectiveness. However such decision has not been understood in a univocal sense in legal theory, but every one of the legal theoreticians has attributed effects in one way or another, depending on factors intrinsic and extrinsic to the law. The purpose of this paper is to present some of the relevant positions within the legal theory that revolve around the effectiveness of the legal standard and its relationship with the judicial decision.

RESUMEN

Desde la perspectiva de la Teoría del Derecho se ha asumido el problema de la decisión judicial como uno de los factores que permite la dinamización de los ordenamientos jurídicos. Sin embargo, este tipo de decisión, que está revestida de una particularidad específica, ya que excede el ámbito de lo eminentemente jurídico; está ligada necesariamente a la eficacia de la norma. Desde esta perspectiva, algunos de los problemas que han sido el eje de la Teoría del Derecho pasan a un segundo plano, ello en razón de la función trascendental que cumple el estudio de la decisión como eficacia. Pero la decisión judicial no ha sido entendida en un sentido unívoco dentro de la teoría jurídica, sino que cada uno de los teóricos del Derecho le ha atribuido efectos en un sentido u otro, ello dependiendo de factores intrínsecos y extrínsecos al Derecho. El propósito del presente escrito es presentar algunas de las posiciones relevantes dentro de la Teoría del Derecho que giran en torno a la eficacia de la norma jurídica y su relación con la decisión judicial.

* Artículo de investigación vinculado al proyecto: *Algunas cuestiones sobre la decisión judicial en la Teoría del Derecho*. Vinculado al Grupo de Investigación en Derecho y Política de la Fundación Universitaria Los Libertadores. Periodo (2012). Bogotá (Colombia).

** Abogado egresado de la Universidad Católica de Colombia. Candidato a magister de la Universidad Nacional de Colombia. Docente de la Facultad de Derecho de la Fundación Universitaria Los Libertadores. Bogotá (Colombia). Correo electrónico de contacto: raugonzalezrom@unal.edu.co / rgonzalezr2@libertadores.edu.co

*** Abogado egresado de la Universidad Católica de Colombia. Estudiante de maestría de la Universidad Externado de Colombia. Docente Universitario de la Universidad Católica. Vinculado a la Facultad de Derecho de la Fundación Universitaria Los Libertadores. Bogotá (Colombia). Correo electrónico de contacto: arsamperf@libertadores.edu.co

**** Abogado egresado de la Corporación Universitaria Republicana. Bogotá (Colombia). Correo electrónico de contacto: ebamer@hotmail.com

Palabras clave

Eficacia, validez, legitimidad, norma jurídica, decisión judicial, justicia.

Key words

Effectiveness, validity, legitimacy, legal standard, judicial decision, justice.



INTRODUCCIÓN

Sostener que la decisión judicial está fundada en los enunciados prescriptivos contenidos en las normas positivas es un argumento falaz. Ya en la discusión Hart-Dworkin, se observa el conflicto presente en la filosofía del Derecho, especialmente, en lo que respecta a la inclusión de elementos ajenos a las reglas jurídicas como razones que motivan la decisión judicial entendida como instancia de corrección jurídica. El debate referente a estas razones se encuentra enmarcado en la tensión presente entre la legitimidad, validez y eficacia del sistema. Como bien lo afirma Oscar Mejía: “El problema de la legitimidad visto desde la filosofía política, la validez vista desde la teoría jurídica y la eficacia vista desde la sociología jurídica han conducido a la trifurcación de la filosofía práctica contemporánea y, simultáneamente, al desdibujamiento del perfil epistemológico de la filosofía del Derecho” (Mejía Quintana, 2006, p. 1). Solamente en la medida en que pueda resolverse esta tensión podrá afirmarse que la orientación de la filosofía del Derecho contiene un carácter unívoco racional.

Sin embargo los elementos que permiten esta corrección no están determinados con precisión. Por ejemplo, Alexy propone un triádico concepto de validez del Derecho:

Un concepto sociológico que define que una norma vale socialmente si es obedecida o, en caso de desobediencia, que se aplica una sanción gradual. Un concepto ético que define que una norma vale moralmente cuando está moralmente justificada y se basa exclusivamente en su corrección, es decir, en su justificación moral. Finalmente, un concepto jurídico que incluye las anteriores pero supone también que la norma sea dictada por órgano competente y según el procedimiento previsto (Alexy, 1994, p. 95).

Considera Alexy (1994) que los principios tienen una estructura teleológica, constituyéndose en bienes ponderables como mandatos de optimización, por lo cual, la pretensión de corrección es inalcanzable.

A su vez Dworkin (1992) concibe al Derecho como una integridad que exige al Juez la reconstrucción de la moralidad política de la comunidad; para ello debe di-

recionar su interpretación en busca de la mejor decisión posible. Navarro (1990) sostiene que es en la predicación donde reside la razón de ser de la existencia del Sistema Jurídico, ya que allí se contiene su deber de eficacia. “Dicha eficacia se entiende que deriva de la proposición contenida en el precepto normativo, en tanto la norma prescribe un Estado de cosas” (Navarro, 1990, p. 16), por ende, “la eficacia hace referencia a un resultado específico, cual es alcanzar el Estado de cosas deseado” (Wright, 1979, p. 87), lo cual excede el ámbito propio de la ciencia del Derecho.

Si se considera la pretensión de consolidación de un ordenamiento jurídico imparcial, los operadores judiciales como garantes de la eficacia del sistema deben tender a encontrar respuestas correctas que permitan soluciones justas para todos. La relación trilemica: legitimidad, validez y eficacia, que de por sí presupone una complejidad ya presente en la Filosofía del Derecho, aspectos que “tienen que poder ser articulados horizontal y verticalmente, estructural y sistémicamente desde una sola reflexión epistemológica” (Mejía Quintana, 2006, p. 4), se complejiza al ser ampliado el ordenamiento institucional, conllevando a una redefinición de los términos de discusión que debe partir del replanteamiento de los mecanismos de decisión proyectando la función judicial como único garante de toda pretensión de consenso social.

Teniendo en cuenta el marco aludido como referente, en el presente ensayo se aborda: (i) la noción de eficacia en la decisión judicial como pretensión de garantía en la búsqueda de soluciones justas para todos; para ello expone brevemente la teoría de Hans Kelsen, Joseph Raz y Niklas Luhmann. (ii) Se presenta la noción de consenso propuesta por Rawls pretendiendo resaltar los parámetros dentro de los cuales debe estar enmarcada la decisión judicial. (iii) Se aborda la postura de Dworkin, para responder por qué esta constituye un modelo deontológico, y se exponen los conceptos principales de Alexy, para resaltar como este modelo de decisión no permite resolver los problemas que se plantean. (iv) Se introduce la noción de Habermas, la cual permite cuestionar las tesis anteriores y a su vez, abordar las correcciones que a las mismas este plantea; acto seguido se enfatiza la tensión en la división de poderes que Habermas acertadamente muestra. Por último, se analizan criterios alternos que permiten resaltar la necesidad de reformular el aparato público.

METODOLOGÍA

El presente escrito se ha estructurado conforme a los criterios propios de un estudio teórico. En desarrollo del propósito planteado se ha llevado a cabo una reconstrucción analítica respecto de tesis que han sido propuestas por diversos tratadistas, escuelas y corrientes teóricas, las cuales convergen en cuestionar la presunción de objetividad que predicamos del operador judicial al momento de la toma de decisión. Para efectos de aclarar el panorama teórico propuesto se recurre a un análisis hermenéutico de tipo explicativo e interpretativo mediante el empleo de la metodología dialéctica, por cuanto la pretensión última del escrito consiste en abrir un punto de discusión estrictamente académica.

REFLEXIÓN

La Eficacia en la Decisión Judicial

La Teoría del Derecho considera que en la predicación de la existencia del Sistema Jurídico se contiene su deber de eficacia. Dicha eficacia según Navarro (1990), se entiende que deriva de la proposición contenida en el precepto normativo, en tanto la norma prescribe un Estado de cosas. Este Estado corresponde a uno de los siguientes tipos:

1. Correspondencia: Una norma (N) prescribe el Estado de cosas o la acción p y los sujetos normativos producen p .
2. Acatamiento: Una norma (N) prescribe el Estado de cosas o la acción p , los sujetos normativos conocen la existencia de (N) y producen p .
3. Cumplimiento: Una norma (N) prescribe el Estado de cosas o la acción, los sujetos normativos conocen la existencia de (N) y producen p en virtud de (N) (Navarro, 1990, p. 16).

Esta distinción permite diferenciar que cada uno de los tipos anotados responde a una función desigual y específica, que si bien se enmarcan en el término eficacia, obedecen a criterios disímiles. Empero, estos criterios no reflejan el problema del fundamento y la existencia de la norma, por el cual el objetivo de la expedición de la norma es la obtención de un comportamiento por parte del conglomerado social. Por tanto, como lo indica Wright (1979) la eficacia hace referencia a un resultado específico, cual es alcanzar el Estado de cosas deseado.

Al exceder este último aspecto el ámbito propio de la ciencia del Derecho siendo asumido su análisis por la sociología del Derecho, Navarro (1990) dice que el estudio de la norma jurídica se realizó sin referencia a la conducta humana y sin analizar el objeto propio del Derecho. De esta forma, el Derecho como ciencia se entendió como un conjunto de normas ajeno a realidades sociales, carente de sentido para sí. La función del operador se limita a la aplicación del precepto como silogismo según Navarro (1990).

Ello lleva a Navarro a distinguir “la eficacia como cuestión fáctica y la eficacia como cuestión conceptual” (Navarro, 1990, p. 21). Como cuestión fáctica la eficacia es objeto de estudio de la sociología del Derecho, en tanto que, como cuestión conceptual, es “definir las condiciones de verdad de los enunciados de eficacia” (Navarro, 1990, p. 21); lo anterior, es un asunto que corresponde a la Teoría del Derecho.

Como cuestión fáctica, son irrelevantes para el Derecho las actitudes psicológicas que los individuos manifiesten hacia el sistema, de tal suerte que, a pesar de ser este una técnica de control social, no explica la forma como funciona realmente esta técnica ni cómo afecta, positiva o negativamente, las relaciones al interior de la sociedad. Indica Navarro (1990) que los individuos y la sociedad se reducen a un *campo de operación de preceptos*.

Y como cuestión conceptual Navarro (1990) explica: “el Derecho se limita a definir el campo de expresiones admisibles como ciencia jurídica. De tal suerte, el teórico del Derecho está facultado para admitir y limitar las proposiciones que harán parte del lenguaje jurídico”. Esta cuestión no refleja el problema de la variedad de proposiciones que derivan de un enunciado normativo, ya que por no tener el Derecho un lenguaje científico exclusivo que lo diferencie tanto del lenguaje común de una comunidad como del lenguaje propio de otras ciencias, debe recurrir al sentido dado por los usos sociales y otras ciencias.

Una tercera distinción complejiza el problema, a saber: “la eficacia de las normas es una cuestión dependiente de lo suscripto respecto del concepto norma, sistema jurídico y acción humana” (Navarro, 1990, p. 21). Una vez escogidos los criterios para la individualización de normas y acciones, “resta tan solo el análisis de la coincidencia o disidencia entre el resultado de las acciones y los contenidos normati-

vos" (Navarro, 1990, p. 21), por lo cual, la eficacia no plantea problemas teóricos o filosóficos de interés, deviniendo el concepto de eficacia irrelevante para la Teoría. Si bien el concepto de eficacia "puede no generar problemas al momento de proporcionar una definición" (Navarro, 1990 p. 21), este no puede ser tomado como criterio que otorga sentido a la existencia y funcionamiento del Derecho.

La ciencia del Derecho en la Teoría Pura: Kelsen

La pretensión Kelseniana reside en "liberar a la ciencia del Derecho de todos sus elementos extraños" (Kelsen, 1991, p. 15) toda vez que esta ciencia debe comprender su objeto desde el punto de vista interno. Comprender la ciencia del Derecho no es otra cosa que "comprenderlo como Derecho, esto es: como norma jurídica" (Kelsen, 1991, p. 83). Para ello, adopta un criterio metodológico monista; que elimina todos aquellos elementos que se encuentran entrelazados con el Derecho, pero que no hacen parte de este, v.g. políticos, económicos, psicológicos, éticos, etc. Esto lleva a Fariñas Dulce a sostener "la ciencia jurídica es para Kelsen una ciencia cuyos conceptos son categorías formales y apriorísticas, y cuyo objeto es el conocimiento de la forma de las normas jurídicas, y no su contenido material" (Fariñas Dulce, 1991, p. 41). Por tanto, el conjunto de normas que integran un ordenamiento jurídico son la expresión de un deber ser de tipo formal. Lo empírico, el Ser, no es asunto relevante para la ciencia jurídica. Los hechos sociales deben ser verificados desde perspectivas no jurídicas. En consecuencia, el Derecho como ciencia se mantiene neutral y objetivo, ajeno a las otras ciencias sociales.

En Kelsen el problema de la eficacia se encuentra atado al problema de la validez. Afirmar que una norma es válida equivale a afirmar su existencia, esto es, que posee carácter vinculante y fuerza obligatoria (Kelsen, 1991). Los hombres deben conducirse como estas lo prescriben y deben obedecer y aplicar las mismas normas (Kelsen, 1991). Al no diferenciar la prescripción de la coacción, la validez de la norma está dada por su eficacia: "Decir que una norma vale, que tiene validez, equivale a afirmar que es obligatoria" (Kelsen, 1991, p. 15); por tanto, los individuos deben observar las normas jurídicas y someterse al comportamiento por estas dispuesto. Las normas validas son obligatorias y tienen fuerza vinculante (Fariñas Dulce, 1991).

Kelsen distingue dos principios referentes a los sistemas de normas, a saber:

1. *Principio estático*: Estas normas se justifican tanto por su validez como por su contenido, en el entendido que la norma inferior vale en cuanto se encuentra subsumida a una norma superior conforme a las reglas de la lógica simple. Por ello, la norma suprema extiende y otorga el fundamento de validez a la norma inferior, no solo en la forma de ser producida, sino también delimitando el ámbito de su contenido, regulándolo. Es la situación propia de los preceptos de tipo moral.
2. *Principio dinámico*: La norma básica presta el fundamento de validez, pero no valida los contenidos normativos. La norma fundante que presupone no contiene otra cosa que el establecimiento de un hecho productor de normas. Es decir, la norma fundante contiene preceptos que indican la forma como deben ser producidas las normas generales, pero no delimita los contenidos de estas (Kelsen, 1991, p. 48).

Pero si bien estos dos tipos de sistemas se encuentran claramente delimitados, pueden coexistir en la norma fundante básica. Ello sucede cuando el precepto primero indica la forma en la cual han de ser producidas las demás normas y la autoridad primera crea normas en las cuales se imponen conductas. Las normas derivadas serán producidas válidamente pero con contenido restringido.

Para que la norma sea válida requiere que sus estipulaciones se refieran a relaciones espacio - temporales definidas; ya que esta es aplicable solamente ante acontecimientos, y los acontecimientos necesariamente deben suceder en un espacio y en un tiempo específico. Si las normas carecen de relaciones definidas, esto es, su validez se extiende a todo tiempo y lugar, se considera que esta validez refiere a que la norma no es válida para un espacio y un tiempo determinado¹. Las normas pueden estar determinadas por sí mismas o por normas superiores, que son su parámetro y complemento, por lo que es necesario este enlace para que la norma válida adquiera eficacia en su aplicación.

¹ Por tanto y en cuanto una norma puede carecer de referencias definidas respecto de tiempo y espacio, no se afirma que esta carezca de validez, sino que es indeterminada.

Los sistemas normativos de tipo jurídico pertenecen al sistema dinámico, porque de la norma fundante se derivan reglas que indican la forma en la cual han de ser producidas las normas, pero no se imponen conductas ni se delimitan parámetros. Por ello, todas las normas gozan del principio de legalidad, sean contrarias o no, a preceptos de tipo constitucional o quebranten el espíritu del mismo ordenamiento.

Debe anotarse que las normas para que existan deben ser válidas aun cuando no sean eficaces, ya que la eficacia tan solo sobreviene a la entrada en vigencia de la norma. Para que la norma sea eficaz debe observarse no solo su aplicación por los operadores judiciales sino su observancia por el conglomerado social; en la medida en que los sujetos observen la norma la misma será eficaz y así mismo, su aplicación por parte de los operadores judiciales es nula². Es precisamente el temor a la coacción o a la represión social, lo que lleva al acatamiento de las normas por parte de los individuos³.

Coherencia y validez

El sistema jurídico es coherente, en razón a la existencia de la norma fundante básica. Ello lleva a afirmar: “El orden es descrito en enunciados jurídicos que no se contradicen” (Kelsen, 1991, p. 214). Si bien es posible que surja un conflicto de normas entre sí, este no debe ser considerado como un conflicto de tipo lógico, porque de la norma no se puede predicar verdad ni falsedad, sino que debe afirmarse que una de las dos normas es objetivamente válida. Así, debe predicarse que una de las normas limita objetivamente a la otra, restringiendo su ámbito de aplicación, a aquellos casos que no pueden ser considerados como incluidos en la norma limitante.

Cuando el ordenamiento jurídico obliga a los individuos a llevar a cabo una acción determinada o cuando se le prohíbe la práctica de una acción, se considera que la conducta se encuentra regulada de manera positiva y, por tanto, el individuo o cumple su obligación al asumir la conducta impuesta, o por el contrario, quebranta el ordenamiento y de este modo, incumple su obligación. También, el ordenamiento faculta a los individuos a llevar a cabo deter-

minados actos bajo las condiciones establecidas en el sistema jurídico, permisión que opera en lo referente a conductas no permitidas, constituyéndose en excepciones usualmente de carácter expreso. A su vez, la conducta se encuentra regulada negativamente cuando las conductas no se encuentran prohibidas por el ordenamiento jurídico, estando por ello permitidas, en un sentido negativo.

Afirma Kelsen (1991) que las normas contienen un elemento personal y uno material, “el hombre que debe actuar de determinada manera⁴, y “la forma y manera como debe hacerlo” (Kelsen, 1991, p. 27). El elemento personal se encuentra sujeto a factores externos al ordenamiento jurídico, como lo son las convicciones religiosas, los convencionalismos sociales, etc., que hacen parte intrínseca del dominio moral de los hombres, de todos ellos (Kelsen, 1991, p. 27). A contrario sensu, los órdenes jurídicos territoriales se encuentran restringidos a los hombres que habitan, o se encuentran, bajo un determinado territorio regido por un Estado.

Las conductas reales no necesariamente se sujetan a los postulados normativos, por lo cual, cuando una conducta se sujeta a una norma se afirma: “Corresponde a la norma cuando es tal como, conforme a la norma, debe ser” (Kelsen, 1991, p. 30). Cuando la conducta no se sujeta a la norma, se debe expresar: “Contradice la norma, cuando no es tal como, debe ser” (Kelsen, 1991, p. 30). De esto se colige que, afirmar que una conducta se sujeta o no a determinada norma, corresponde a un juicio valorativo de carácter positivo o negativo; por tanto, la norma que determina una conducta constituye un valor positivo o negativo (Kelsen, 1991). Kelsen concluye: “La norma considerada objetivamente válida funciona como patrón valorativo del comportamiento fáctico” (Kelsen, 1991, p. 30); así, de un comportamiento que se adecua a una norma se afirma que es bueno, en tanto que, uno que contraviene lo dispuesto por la norma se considerará que es malo.

El juicio de valor que refiere a la conducta de los individuos se plasma sobre hechos reales, que son los actos enjuiciados al ser cotejados con las normas; por lo tanto, no son las conductas el objeto del juicio valorativo, sino sus consecuencias en el mundo real. De ahí que, pueda afirmarse que los juicios valorativos referidos a la conducta sean relativos y varíen confor-

2 A contrario sensu y extendiendo este análisis, en un mundo perfecto no solo no serían observadas las Leyes sino que estas no existirían, ya que resultarían innecesarias porque las conductas de los hombres no serían conflictivas.

3 También, es posible que el acatamiento derive de convicciones de tipo subjetivo presentes en los individuos.

4 Aclarándose que lo que se encuentra sujeto a las normas son las conductas humanas, más no los hombres como individuos.

me las normas consideren un comportamiento como adecuado o inadecuado, en un momento y en un espacio de tiempo determinados; así, conductas que fueron permitidas como el fumar en establecimientos públicos, cada vez se encuentran más restringidas, a tal punto que las legislaciones actuales limitan cada vez más los espacios en los cuales es permitido el acto de fumar. Al efecto, señala Kelsen:

Esto hace necesario llevar a la conciencia del individuo, no solo el comportamiento a que se aspira y que impropiaemente se dice querido por el Estado, sino también el interés que tiene en poner su propia voluntad en consonancia con el fin querido por la norma jurídica. Este interés se lo sugiere al individuo la idea de que la conducta que ha de seguir supone, para él, un beneficio o la evitación de un perjuicio (Kelsen, 1987, p. 176).

Sostiene Kelsen (1987) que los juicios de valor son juicios de realidad; cuando se asume un juicio fundado en normas, sean jurídicas o fundadas en la costumbre, debe reconocerse que estas normas, a pesar de ser producto de actos volitivos del hombre, por su permanencia se consideran ajenas a esta voluntad y, por tanto, son hechos en sí mismos. Adicionalmente, toda norma se encuentra soportada en una norma primera, la cual no es dependiente de la voluntad del legislador sino que se considera supranormativa⁵.

Si bien debe considerarse que la validez de una norma jurídica no se encuentra determinada por su grado de eficacia, también ha de observarse que la validez de una norma depende de la eficacia de la Constitución que la soporta, y que una norma que carece de eficacia pierde su validez dentro del ordenamiento. De lo anterior, se deduce que la eficacia es condición de la validez, pero no por ello puede pretenderse identificar la una con la otra; no existe relación de identidad sino de complemento.

Interpretación

Kelsen (1991) sostiene que las normas son el objeto propio, no solo de la ciencia jurídica, sino también de la interpretación, en el entendido citado que el término "norma" refiere a formulaciones normativas y no al contenido de significado de las mismas. Así, la in-

terpretación de las normas versa sobre formulaciones normativas, también llamadas enunciados legislativos. El significado adscrito a tales enunciados no es el objeto sino más bien el producto de la interpretación.

Si la interpretación realizada por los juristas consiste en la simple enumeración de los diversos significados posibles de las normas, debería considerarse que la interpretación puede expresarse también en forma de enunciados deónticos siempre y cuando las formulaciones normativas carezcan de ambigüedad. Pero al considerarse el precepto normativo en sí, ha de encontrarse que las formulaciones normativas no carecen de ambigüedad, permitiendo de esta forma la sujeción de las normas a la interpretación.

Así, puede considerarse que los enunciados deónticos efectivamente formulados por los juristas no pueden ser entendidos como aserciones científicas o teoremas específicos. Todo enunciado deóntico de los juristas debe entenderse como propuesta de una interpretación determinada, en el ámbito de las múltiples interpretaciones a las que puede encontrarse sometida una determinada formulación normativa.

Aplicabilidad

En Kelsen (1991) la ciencia jurídica se presenta como una ciencia doblemente peculiar; de una parte versa sobre entidades que son normas, y por otra se expresa en lenguaje normativo. De allí que, desde el punto de vista de su formulación los enunciados de los juristas sean deónticos, resultando indistinguibles de los proferidos por el legislador.

Corresponde al operador judicial la aplicación de las normas en los casos concretos, así estos consideren que para dicho caso no hay norma general aplicable. Aún cuando los teóricos consideran que le corresponde al operador llenar el vacío con una norma producto de su interpretación y aplicarla para el caso concreto, Kelsen (1991) ve en esta operación un error proveniente de la ignorancia, porque cuando una conducta no se encuentra restringida por las normas, debe entenderse que está permitida por el legislador. La obligación del Juez es aplicar las normas jurídicas y en su defecto el ordenamiento jurídico, esto es, debe aplicarse el Derecho. La facultad otorgada al Juez para que este considere la norma aplicable a un caso concreto, y de considerar que no existe norma aplicable cree una, es una renuncia del legislador a su

5 Es inmodificable por estar por encima de todo tipo de ordenamiento, o como comúnmente se les denomina, principios del ordenamiento jurídico.

poder legislativo y una facultad exorbitante otorgada en favor del Juez.

Reconoce Kelsen (1987) que los jueces producen normas de carácter particular, a través de sus sentencias y también normas de carácter general, a través del llamado precedente, esto es, “cuando la solución judicial de un caso concreto se convierte en obligatoria para la solución de casos iguales” (Kelsen, 1991, p. 258). Empero, no existen dos casos iguales; por tanto, esta igualdad se predica de ciertos puntos esenciales y no de todos. Estos puntos esenciales se encuentran determinados por la norma creada por la sentencia.

La sentencia proferida debe encontrarse acorde con lo preceptuado por la norma de nivel superior, pero a quien corresponde determinar si este contenido se encuentra acorde es a un Tribunal de superior jerarquía. Por tanto, al ser el Tribunal quien determina la legalidad de la sentencia, tendrá validez la norma producida por este, incluso cuando no corresponda con lo dispuesto por la norma superior. Esto lleva a Kelsen (1991) a concluir que es la norma superior quien otorga validez al contenido de la sentencia judicial y a su vez, es eficaz respecto de esta.

Mediante una sentencia eficaz el Estado mantiene el orden y la cohesión social. El Juez es tan solo el agente social que, en nombre de la sociedad, actúa como órgano de la comunidad para la preservación de este orden. Sin este orden, no puede afirmarse la existencia de una comunidad social. “La fuerza es empleada para prevenir el empleo de la fuerza en la vida social” (Kelsen, 1988, p. 24).

La eficacia en Joseph Raz

Para Joseph Raz una de las características que diferencian al Derecho de otras formas de mandato, es la pretensión de autoridad. Las autoridades pretenden que sus normas sean legítimas, esto es, que impongan obligaciones a los miembros del grupo social y que estos mandatos a su vez sean aceptados por el grupo, lo que no implica que efectivamente estas autoridades sean realmente legítimas. Por ello afirma: “Atribuir autoridad a un individuo es reconocer su capacidad para vincularnos mediante normas” (Moreso, 1997, p. 103). Pero solo si esta vinculación es eficaz, la autoridad es vigente.

Empero, “un sistema existe solo si se produce un cierto porcentaje de casos de obediencia a sus disposiciones jurídicas en relación con el número total

de oportunidades de obediencia” (Seoane & Rivas, 2005, p. 20), razón por la cual, no necesariamente la existencia del sistema está atada a la eficacia de las normas.

La teoría positivista es la única que puede explicar el fenómeno de la autoridad del Derecho. Las autoridades modifican el comportamiento social a través de la imposición de normas, las cuales son aceptadas por los individuos, por el reconocimiento de la autoridad de quien las impone. Estas normas según Raz (1997) son *razones excluyentes*, por cuanto, modifican las razones ordinarias que el individuo sopesa para ejecutar una acción.

Raz (1997) denomina a su doctrina *la concepción de la autoridad como servicio*, porque, las autoridades son legítimas solamente si las normas promulgadas permiten a los individuos actuar mejor que sin las normas. La autoridad presta un servicio al aplicar en las normas las razones que integran el balance de razones para la acción del individuo. A esta consideración la denomina *tesis de la dependencia*, Raz (1997). La autoridad es útil en la medida que permite a los individuos cumplir mejor las razones subyacentes cuando se guían por sus preceptos en vez de seguir sus propios razonamientos respecto de la forma de actuar. A esta tesis se le denomina *de la justificación normal*. Las normas de la autoridad, reemplazan la deliberación propia de los individuos, tesis denominada *del reemplazo* (Moreso, 1997).

Un individuo tiene autoridad solo si se dan las condiciones para esta posibilidad, entre las que se encuentra el que sus decisiones sean acatadas. Por ello, solo una Teoría del Derecho que sostenga que el Derecho debe ser reconocido sin recurrir a argumentos morales sobre las razones subyacentes para actuar puede sustentar el fenómeno de la autoridad del Derecho. Por ello, abandonar la tesis de las fuentes sociales implica dejar sin posibilidad de análisis uno de los rasgos primordiales del Derecho y de su relevancia práctica, es decir, su pretensión de autoridad. Si bien la eficacia es un elemento fundamental de criterio de identidad del ordenamiento; concluye Raz (1997) afirmando que es más relevante el criterio de las fuentes sociales.

Sistemas y Eficacia: Luhmann

La teoría del estructuralismo funcional de Parsons buscó formas de integración social que se adecuaron a la diferenciación funcional del Derecho, entendido

como forma normativa de control del comportamiento. Siguiendo esta línea de pensamiento, Luhmann (2002) destaca la función del Derecho en favor de la seguridad social que en función de la resolución de conflictos, porque entiende que, "lo importante no son los conflictos de intereses, sino la división de competencias, papeles y funciones" (Garzón Valdez, 1996, p. 462).

Para ello invierte la tesis de Parsons, proponiendo la tesis del funcionalismo estructural, con el cual trata de determinar las condiciones a través de las cuales pueden llevarse a cabo funciones esenciales para el sistema social. En este sentido, el Derecho es un instrumento de cohesión social, que si bien lleva a la transformación las estructuras jurídicas, al mismo tiempo condiciona la sociedad, en el entendido que, "la eficacia del Derecho depende de su adecuación a las exigencias de racionalidad y control que demanda el sistema social" (Garzón Valdez, 1996, p. 462). Por tanto, el Derecho tiene como función la preservación del orden social, a través de la estabilización de las expectativas de la sociedad.

Esta preservación del orden social se presenta a pesar de la defraudación a las expectativas normativas, eventos ante los cuales el Derecho llega hasta un determinado momento, a partir del cual el cumplimiento efectivo de la eficacia de la norma estaría a cargo del subsistema político. Es decir, no se puede disociar la dimensión temporal de las expectativas normativas de su cumplimiento efectivo (Luhmann, 2002), a pesar que este cumplimiento no sea asegurado por el sistema jurídico.

Para Luhmann, el cumplimiento lo garantiza el subsistema político, porque este garantizará la disponibilidad sobre una coacción ejercida (Habermas, 2005, p. 654), sobre la violencia institucionalizada para los casos de trasgresión de las expectativas normativas. Para asegurar la eficacia de la norma jurídica, el Derecho debe acoplarse estructuralmente con el subsistema político. Por consiguiente, el acoplamiento estructural entre los subsistemas Jurídico y Político, es una vinculación por medio de la cual estos se influyen recíprocamente, lo que resulta compatible con la autonomía de cada sistema, en la esfera de sus propias operaciones.

Esto significa que el Derecho garantiza el cumplimiento del precepto normativo mediante la estructura de coacción proveniente del sistema político, mediante el poder supraordenado presente en el

sistema político. Por tanto, si el Derecho careciera de esta prestación, el sistema jurídico carecería de su eficacia y por ello desaparecería. Es decir, si la sociedad carece de la expectativa de que se cumpla la norma a pesar del desengaño, difícilmente puede sostenerse el Derecho.

La norma jurídica tiene un doble carácter: Por una parte contempla y regula un comportamiento; por otra, establece una sanción para quien no acate dicha regulación; establece un precepto de tipo general y también, posibilita la concreción de la coacción a individuos específicos. Este doble carácter normativo reviste una dificultad específica, que se reconoce en la teoría de Luhmann: El Derecho mantiene la expectativa de comportamiento, pero carece de mecanismos de coacción, porque que estos están presentes en el subsistema político. El Derecho cumple su función, no con la imposición de la sanción a quien quebrante el precepto, sino manteniendo la cohesión social. Por ende, la eficacia de las normas jurídicas no está garantizada por el subsistema jurídico, sino que depende del subsistema político. La eficacia del subsistema jurídico no reside en la coacción sino en la preservación de meras expectativas.

Expectativas Normativas y Cognitivas

Las expectativas no refieren solamente a comportamientos, sino también a expectativas; es decir, se espera que los demás esperen cosas. En este sentido, Luhmann considera dos tipos de expectativas: (i) Expectativas cognitivas: Son expectativas abiertas, flexibles, susceptibles de aprendizaje; (ii) Expectativas normativas: Son expectativas refractarias, reacias al aprendizaje, contrafácticas respecto de la realidad producida. Por ello afirma:

En el concepto funcional de norma, entendida como expectativa de conducta que se estabiliza incluso en contra de los hechos; no hay una toma de decisión previa en torno a las motivaciones por las que alguien cumple o no la norma. Al contrario, es precisamente a lo que hay que renunciar, si la norma ha de cumplir con su función. La norma o se cumple, o por desconocida no se cumple (Luhmann, 2002, p. 189).

Es decir, los individuos no confían en un grupo de referencia, de una persona por sus roles, porque "ya no bastan los mecanismos personalizados o de interacción para obtener la seguridad de la con-

fianza" (Luhmann, 2002, p. 189), sino que se confía en un procedimiento (Habermas, 2005), para la gestación de expectativas normativas, ya que esto es suficiente.

Para Luhmann (2002) no es relevante que una norma se considere contraria a la moral o ilegítima porque no concuerda con sus valores, ya que lo importante es que se convenga en los procedimientos y las instituciones. De esta manera, podrá ser indiferente al consenso o a los motivos reales que cada cual tiene para aceptar el procedimiento y para aceptar la acción.

Al aplicar la lógica condicional a su teoría, Kelsen establece enlaces temporales por medio de los cuales define los límites del Derecho, pero en función motivacional, como es el caso que se presenta entre el hecho y la norma. Es así que para Niklas Luhmann, "la problemática de tales enlaces de tiempo se suelen encubrir, desde el momento en que al Derecho se le atribuye una función motivacional. Esto está incluido en la simbología del "deber-ser" de las expectativas" (Luhmann, 2002, p. 103).

Niklas Luhmann observa que el Derecho, frente a la posible frustración de la expectativa, puede anticiparse de manera cognitiva y manejar variables; para ello establece en el tiempo una relación costo/beneficio ya que:

La norma se anticipa a comportamientos y a la fijación del tiempo, al legislar prejuzga la toma de partido en la sociedad, en cuanto el Derecho discrimina: decide a favor de uno y en contra de otro y esto en marco de un tiempo futuro que no puede ser previsto (Luhmann, 2002, pp. 186 -187).

Kelsen aplica la norma (deber-ser) indiferente al hecho (ser), porque lo relevante no es que el hecho suceda, sino que una vez se dé el presupuesto de hecho, el sistema reaccione mediante la aplicación de la sanción correspondiente. Esto mediante el empleo de un programa condicional: dado un presupuesto (hecho) A, entonces se aplica la sanción B (Norma). En este sentido, puede predicarse que el sistema es eficaz.

En el positivismo jurídico de Kelsen (1991) el grado de indeterminación o de determinación de la norma hace parte de un problema interno al Derecho; la elaboración lógica mediante la fórmula *ser* (hecho)

y *deber ser* (sanción) responde a categorías abstractas del discurso, lo que otorga al Derecho un alto grado de impersonalidad, incurso en una forma de imparcialidad.

En la definición funcional del Derecho, Luhmann considera que la norma no se define recurriendo a características esenciales de ella misma, sino mediante una distinción relacionada con el posible comportamiento en caso de desengaño frente a la expectativa; o se renuncia a la expectativa a causa del desengaño o esta se mantiene a pesar del mismo (Luhmann, 2002).

El problema que resuelve el Derecho en la sociedad está determinado por su función; esta consiste en garantizar y estabilizar la forma normativa de las expectativas a través de la regulación de la generalización temporal, objetiva y social (Luhmann, 2002). A través de su función, el Derecho resuelve un problema de incertidumbre social, ofreciendo un mayor grado de confianza a la sociedad. Si el Derecho garantiza y estabiliza las expectativas normativas en el sistema social, genera seguridad ante las incertidumbres de desengaño de la vida cotidiana, permitiendo mayor grado de confianza, que es necesario en las sociedades complejas donde no bastan los mecanismos personalizados.

La función única y privativa del Derecho es garantizar las expectativas normativas. Por ende, la función del Derecho no es la de ejercer un control social o control del comportamiento (Merton, 2002). Esto marca la diferencia entre Luhmann y otros estudios, como por ejemplo, el caso de Habermas y la sociología de Durkheim. Por eso se descarta la función integradora en la sociedad y el control del comportamiento humano.

La Noción de Consenso

Para Rawls (2002) una sociedad bien ordenada es una sociedad efectivamente regulada por una concepción pública de justicia. Si bien entiende que cada ciudadano ha alcanzado un equilibrio reflexivo amplio, por cuanto, estos reconocen que defienden la misma concepción pública de la justicia política, el equilibrio reflexivo es también general: "se defiende la misma concepción en los juicios razonados de cada uno" (Rawls, 2002, p. 31). Esto lleva a Rawls a afirmar que los ciudadanos alcanzan un equilibrio reflexivo pleno.



La noción de consenso representa una de las ideas fundamentales en la propuesta planteada por Rawls. Acoge la teoría contractualista en función no del sistema de mayorías sino en el de consenso, para lo cual recurre a la noción de consenso de Kant. Este tiene como función primordial establecer el procedimiento que da contenido material a la norma fundamental y solo puede ser logrado en el proceso constituyente mediante un consenso político de partido. Rawls (2002) considera que mediante el consenso racional de la estructura básica se llega a verdaderos acuerdos acerca de los principios y valores que deben orientar la sociedad, especialmente a los que a la justicia refieren. Pero mientras que en una sociedad casi justa hay una aceptación pública de los mismos principios de justicia (consenso estricto), es posible que existan diferencias considerables en las concepciones de justicia y que estas diferencias confluyan hacia una misma conclusión (consenso traslapado). Considera que llegará un momento en el cual las diferencias sean tales que la sociedad se divida en partes que sostienen diferentes posiciones respecto de las cuestiones políticas fundamentales (consenso dividido), (Rawls, 1997).

Consenso Entrecruzado

La concepción política de los ciudadanos no se presenta pura, está apoyada por doctrinas religiosas, filosóficas y morales razonables, que aunque opuestas, cuentan con multiplicidad de partidarios que permiten que estas perduren por generaciones. Rawls considera que esta es la base razonable de la unidad política en una sociedad democrática.

Considera que una sociedad bien ordenada se albergan dos visiones estrechamente relacionadas aunque distintas (Rawls, 1997): (i) La concepción política de la justicia que todos aceptan. (ii) Las doctrinas comprensivas que existen en la sociedad. Es en el interior de las doctrinas comprensivas, bien articuladas y extremadamente sistemáticas, donde los ciudadanos asumen la concepción política de la justicia. Mediante la articulación de estas doctrinas prevalecen los valores democráticos, siempre y cuando se respete las libertades individuales y de participación, en un plano de igualdad.

Papel de la filosofía política

Rawls distingue cuatro papeles que cumple la filosofía política como parte de la cultura política pública de una sociedad:

- Un papel práctico que nace del conflicto político divisivo y de la necesidad de dirimir el problema del orden. Supone la tarea de fijar la atención en las cuestiones en disputa y ver si puede descubrirse alguna base subyacente de acuerdo filosófico y moral o limitar la divergencia de opinión filosófica y moral que está en la raíz de las diferencias políticas divisivas, de tal modo que, pueda mantenerse la cooperación social sobre la base del respeto mutuo.
- Un papel de orientación, determinando los principios que sirven para identificar las diversas clases de fines razonables y racionales, mostrando el modo en que los fines son congruentes con una concepción articulada de sociedad justa y razonable.
- Un papel de reconciliación, que pretenda calmar la frustración e ira contra la sociedad y su historia, mostrando como las instituciones al ser entendidas adecuadamente son racionales.
- Un papel de realidad utópica, por cuanto investiga los límites de posibilidad política practicable, esto es, la creencia de que el mundo social permite un orden político decente, ergo, un pluralismo razonable (Rawls, 2002, p. 23).

Justicia como imparcialidad

La justicia como imparcialidad es una concepción política de la justicia diseñada para la estructura básica de la sociedad, en la cual son los individuos quienes racionalmente determinan el significado de lo justo. Por ello afirma: "En la justicia como imparcialidad, la posición original de igualdad corresponde al Estado de naturaleza en la teoría tradicional de contrato social" (Rawls, 1997, p. 25). Esta noción presenta dos ideas fundamentales:

- *La posición original:* Corresponde al punto de partida de la sociedad moderna. Parte de la idea organizadora de la sociedad como un sistema justo de personas libres e iguales, en la cual los términos justos de cooperación son dados por un acuerdo imparcial entre quienes en ella participan. Este acuerdo debe darse bajo condiciones de imparcialidad que concuerden con el punto de vista de la justicia política y que no esté condicionada por los rasgos característicos de las instituciones de trasfondo de la estructura básica. La idea de justicia como imparcialidad pretende extender la idea de acuerdo justo a la propia estructura básica, modelando convenientemente las convicciones sobre dos aspectos principales que

Rawls (2002) plantea, (i) las condiciones equitativas del acuerdo entre ciudadanos libres e iguales, y (ii) las restricciones apropiadas sobre las razones.

La posición original es un modelo hipotético de representación en el que no se permite a las partes conocer posiciones sociales, doctrinas comprensivas, razas, grupos étnicos, ni otras dotaciones innatas de las personas a las que representan. Este velo de ignorancia (2002) en la posición original, establece el punto desde el que puede alcanzarse un acuerdo justo entre personas libres e iguales.

- *La idea de las personas libres e iguales:* Rawls (2002) concibe a los ciudadanos como personas que participan en la cooperación social y que son plenamente capaces de hacerlo. Para ello poseen dos facultades de tipo moral: (i) poseer un sentido de la justicia, y (ii) poseer una concepción propia del bien. La base de igualdad reside en tener un grado mínimo de facultades morales que les permita participar plenamente en la vida cooperativa de la sociedad. La igualdad de los ciudadanos se modela en la posición original mediante la igualdad de sus representantes.

Los ciudadanos son personas libres en dos sentidos:

- Para poseer, revisar y cambiar su propia concepción del bien.
- En el sentido que se entiendan a sí mismos con Derecho a presentar exigencias a sus instituciones con ánimo de promover sus concepciones del bien.

Principios de Justicia

Rawls formula dos principios de justicia, partiendo de su concepción de la sociedad como un sistema de cooperación entre ciudadanos libres e iguales:

- Cada persona tiene el mismo derecho a un esquema plenamente adecuado de libertades básicas iguales, que sea compatible con un esquema similar de libertades para todos.
- Las desigualdades económicas y sociales tienen que satisfacer dos condiciones: (i) tienen que darse en condiciones de igualdad equitativa de oportunidades. (ii) las desigualdades deben redundar en un beneficio de los miembros menos aventajados de la sociedad.

Al quebrantarse el consenso, los individuos tienen el deber moral de ejercer la objeción de conciencia

como mecanismo de resistencia civil frente a la imposición de preceptos normativos que restrinjan estos principios. Así, frente a la adopción de decisiones existe la posibilidad de marginación en la participación. El deber de los jueces es asegurar que las prescripciones constitucionales aseguren el cumplimiento de los principios.

La Respuesta Correcta

Dworkin (2003) concibe el Derecho como una integridad, en el cual los principios morales son vinculantes en la adopción de la decisión judicial. Así, plantea un método hermenéutico que permite la obtención de respuestas correctas. Según Dworkin (1992) este método obliga al Juez a identificar los deberes y derechos legales aplicables, reconstruyendo la moralidad política de la comunidad, con el fundamento que estos Derechos fueron creados por un autor único que expresa una correcta concepción de justicia y equidad.

No se pretende sostener que el precepto moral vincule como recurso auxiliar en el proceso de interpretación, sino que Dworkin (1992) considera que la ley está íntimamente vinculada con los principios; esto es, que la norma es válida en tanto devenga de los principios morales que considera son los esenciales: justicia, equidad y debido proceso. El deber del Juez, por tanto, es el de defender los principios y su aplicación eficaz en los casos concretos.

Crítica a los positivistas, entre ellos a Hart, por cuanto la llamada regla de reconocimiento para Dworkin (2003) guarda en el trasfondo un respaldo de tipo valorativo, que esconde la estrecha vinculación entre los preceptos y los valores que fundamentan estos preceptos. Al plantear el modelo de reconstrucción a través de la metáfora de la novela en cadena, propugna por la vinculación entre hecho y valor, en el entendido que la función del Derecho es reconstruir en forma permanente la cadena de valores, interpretando la moralidad política de la comunidad. Estos valores morales orientan las acciones de los individuos y por ello deben ser reconocidos por los jueces en sus decisiones.

Los principios establecen la verdad o falsedad de una regla, de tal suerte que el juicio prescriptivo bivalente legal- ilegal, se subordina al axiológico justo-injusto. Pero los principios no obedecen a una categorización referente a su preponderancia, porque no admiten ponderación. Este solo coadyuva a que se profieran

decisiones buenas para algunos. Los principios están jerarquizados con el objeto que las decisiones sean justas para todos.

Para Alexy la tesis de que la interpretación jurídica se debe concebir como un discurso racional implica el introducir los principios al razonamiento jurídico, no en el sentido dado por Dworkin, sino mediante la distinción entre estos y las reglas. En tanto que las reglas son denominadas mandatos definitivos (Alexy, 2004) por cuanto obedecen al esquema supuesto de hecho - consecuencia jurídica, por lo cual, cumplido el supuesto debe aplicarse la sanción contenida o consecuencia, los principios son normas que “ordenan que algo se realice en la mayor medida posible según las posibilidades fácticas y jurídicas” (Alexy, 2004, p. 75); como mandatos de optimización (Alexy, 2004), esto es, se realizan gradualmente dependiendo de las reglas que los desarrollen y los otros principios con los cuales eventualmente pueda estar en contradicción. Frente a este último evento, Alexy (2004), considera necesario el procedimiento de ponderación, por el cual se determina el grado de realización de cada uno de los principios en colisión.

Así, la pretensión de corrección opera solo como mecanismo de control formal, porque no es posible una corrección material de las decisiones judiciales. Sin embargo, reconoce la posibilidad que una decisión sea extremadamente injusta, mediante lo que denomina “test de insoportabilidad” (Alexy, 2004, p. 87). Este responde al modelo de los mandatos de optimización, en el cual se hace referencia a los valores de la comunidad política como fines que deben cumplirse gradualmente. Por tanto, es coherente para Alexy que un principio sea sacrificado respecto a otro, siempre y cuando las reglas de argumentación sean respetadas. De no ser resueltos por este mecanismo, adhiere a la ley de las mayorías como respaldo de utilidad.

Teoría de la argumentación

El problema de la argumentación consiste en qué se puede entender por ella y cómo fundamentarla. Los modelos tradicionales de interpretación normativa no resuelven la complejidad de las normas jurídicas, resultando deficientes en el proceso de adjudicación. Para esto Alexy (1995), desarrolla tres pasos: (i) Contra-modelos sobre la teoría del discurso jurídico; (ii) Bosqueja los rasgos esenciales de una teoría discursiva del Derecho que establezca el marco para la teoría del discurso jurídico; (iii) Presenta los elementos

principales de una teoría de la interpretación jurídica orientada en la idea del discurso.

Alexy los clasifica en cuatro categorías:

- *Argumentos lingüísticos*: Recurren al idioma existente especialmente frente a los denominados casos sencillos, conduciendo a un resultado definitivo. Una variante solo es posible bajo la vía de un desarrollo jurídico que actúe contra el tenor literal.
- *Argumentos genéticos*: Apuntan a la voluntad real del legislador; para ello se considera el aspecto histórico.
- *Argumentos sistemáticos*: Se apoyan en la idea de la unidad de la coherencia del sistema jurídico. Incluye ocho subgrupos, siendo relevantes los contextuales, jurídicos, conceptual -sistemáticos, analogías, prejudiciales, históricos y de principios.
- *Argumentos prácticos*: Se dividen en teológicos y deontológicos (Alexy, 1995, p. 55 - 58).

Los argumentos lingüísticos, genéticos y sistemáticos se basan en la autoridad del Derecho positivo y se consideran argumentos institucionales; los argumentos prácticos generales derivan su fuerza solo en la corrección de su contenido. Según Alexy (1995), la teoría discursiva requiere la institucionalización del sistema jurídico, lo que implica que la autoridad del Derecho positivo se logra bajo los criterios de la teoría del discurso, incluyendo los principios del Estado constitucional democrático. La noción de autoridad del Derecho positivo, apoyada por este principio, exige una preeminencia de los fundamentos institucionales sobre los sustanciales.

Indeterminación del Derecho y Teoría del Discurso

Habermas afirma que los principios no deben ser entendidos como mandatos de optimización, porque con ello se desvanece el sentido deontológico de su validez. De esta forma, critica a Alexy su lectura teleológica de los principios (Habermas, 1998), retomando el modelo deontológico de decisión que propone Dworkin. Por ello afirma:

La teoría del Juez Hércules reconcilia las decisiones racionalmente reconstruidas del pasado con la pretensión de aceptabilidad racional en el presente, reconcilia la historia con la justicia. Esta teoría disuelve la tensión entre la originalidad del Juez y la historia institucional (Habermas, 1998, p. 283).

El fracaso en el desarrollo de la mejor teoría posible que da cuenta del Derecho en términos reconstructivos, conlleva una indeterminación del Derecho con su consecuente pérdida de legitimidad. Esta pérdida es por causa de los jueces, quienes no logran hacer la reconstrucción en los términos de la teoría de Dworkin. Por eso la crítica de Habermas a Dworkin se centra en el carácter ideal de su teoría, en especial en lo referente al Juez Hércules, porque un Juez con tal grado de perfección no obedece a la realidad.

Para superar este idealismo, Habermas introduce elementos discursivos tendientes a integrar el Derecho, así como procedimientos que aseguran una comunidad de intérpretes. La integración se asegura con “el Derecho a iguales libertades subjetivas de acción” (Habermas, 1998, p. 294), que implican la existencia del derecho a “iguales libertades de comunicación” (Habermas, 1998, p. 288). Es mediante el Derecho como integridad que se genera un procedimiento comunicativo de integración social, el cual está en cabeza de la sociedad.

Así como indica Habermas (1998), el problema de la indeterminación es trasladado a la política, porque esta debe asegurar los procedimientos democráticos de producción legislativa y debe fundamentar la aplicación del derecho como procedimiento argumentativo de búsqueda cooperativa de la verdad. En este aspecto acoge las reglas del discurso de Alexy.

Control constitucional

El ordenamiento constitucional y el órgano competente para su guardia, esto es, el Tribunal constitucional, constituyen el puente que vincula los subsistemas político y jurídico. Este papel de exclusividad está reservado como si fuese un monopolio, lo que implica que sea este órgano quien está a cargo de la reducción de la complejidad y por ende, de la determinación en concreto del contenido de la norma fundamental. Si bien el principio de separación de poderes dispone que quien elabora las leyes no es el órgano competente para su aplicación y menos aún para su juzgamiento, el Tribunal constitucional reúne la facultad de interpretación y aplicación de los preceptos normativos.

Por ello, la creciente importancia de las decisiones de los Tribunales constitucionales, ya que definen el sentido de los enunciados constitucionales. Empero, como bien lo señala Favoreu (1994), estos Tribuna-

les no se encuentran integrados por magistrados de carrera, sino que la elección de sus integrantes está dada por criterios mayoritariamente políticos. Así, el sentido de las decisiones estará guiado por el tipo de régimen que gobierne al Estado (Favoreu, 1994).

Para Habermas (1998) es necesario que sea competencia del órgano legislativo la determinación de los principios constitucionales. Para ello refiere como en los Estados constitucionales prevalece este control en cabeza del órgano jurisdiccional. La desconfianza se dirige especialmente al ejecutivo, por ser este el órgano que tiende a agrupar el mayor número de poderes bajo su manto. La función de los otros poderes es ser contrapeso a la tendencia totalizadora.

Si bien el principio de separación de poderes dispone que quien elabora las leyes no es el órgano competente para su aplicación y menos aún para su juzgamiento, el Tribunal constitucional reúne la facultad de interpretación y aplicación de los preceptos normativos. Establecido esto, Habermas (1998) considera que es en la teoría política que opera el proceso de reconstrucción del Derecho para la decisión judicial.

Reflexividad

La tendencia del capitalismo hacia la crisis, es un caso particular de un fenómeno general de un grupo de conflictos fundamentales, que obedece en parte a la autonomía creciente del sistema legal y su separación de las estructuras científicas y morales, esto por cuanto, el Derecho no se adapta a las exigencias de una sociedad altamente diferenciada. Por ello, Teubner propone la reflexividad interna y la democracia discursiva en los sistemas sociales como punto de convergencia (Habermas, 1998). El papel de la reflexividad legal consiste en reconciliar las tensiones entre función y operación mediante restricciones internas al sistema legal, limitando la operación a formas indirectas y abstractas de control social.

Mediante el Derecho se facilitan los procesos de construcción de procesos comunicativos, promoviendo decisiones discursivas y negociadoras orientadas al consenso. El Derecho reflexivo entonces no tiende a determinar autoritariamente las funciones sociales de otros subsistemas sociales, ni regula operaciones internas y externas, solo promueve mecanismos de desarrollo de estructuras reflexivas en los subsistemas sociales.

La opinión pública

Para Habermas la opinión pública refiere a los diferentes foros en los cuales los ciudadanos aparecen como público, así, la esfera pública es lo que genera la opinión pública. Considera que la esfera pública no es una institución, carece de normas reguladoras, constituyéndose en una red de comunicación de contenidos y adopción de posturas. Para que la opinión pública sea eficaz, esta exige una educación continua, para de esta forma elevar el raciocinio de los sujetos; también se requiere de discusión continua, para que de esta forma se genere opinión. "El carácter público de la opinión no depende del grado de difusión mediática, sino que es el resultado de un proceso de discusión; esta es la suma de opiniones privadas coincidentes" (Estevez Araujo, 1994, p. 119 - 120). Además del grado de instrucción mínimo requerido, la opinión pública también depende de la actitud de los sujetos y de las características de los procesos que la generan.

Para Schmidtschen (Estevez Araujo, 1994) la opinión pública es un agregado de fenómenos de relación entre las estructuras de dominio y el pueblo. Considera que la opinión pública es toda forma de conducta asumida por cualquier tipo de grupo o población, siendo medio adecuado para modificar o conservar las estructuras prácticas y objetivas de dominación. El carácter público no se cifra en la racionalidad del proceso que genera la opinión ni en el hecho de su difusión, sino en la capacidad potencial de modificar o conservar, de subvertir o estabilizar las estructuras, prácticas y objetivos de quienes ejercen la dominación política (Estevez Araujo, 1994, p. 124 - 125).

Considera que son las instituciones del Estado y no los grupos de personas los encargados de velar por el Derecho, siendo este el marco en el que debe inscribirse la desobediencia civil. La desobediencia es una estrategia de defensa frente a leyes o actuaciones estatales, en un contexto de grandes desequilibrios de poder social. El acto de desobediencia se trata de una acción que trata de llamar la atención y generará debate en la opinión pública (Estevez Araujo, 1994).

La materialización de los derechos fundamentales pone en duda la legitimidad del juez constitucional (Estevez Araujo, 1994). La defensa de la Constitución es entendida como derogación de la normatividad infraconstitucional, incongruente con la Constitución, porque implica la realización de valoraciones y la adopción de

decisiones para las que un órgano configurado según el modelo de un Tribunal no está legitimado.

El Juez no puede interiorizar directamente la opinión pública en sus decisiones, por lo cual, este debe convertirse en garante de la apertura de los procesos en la esfera institucional y en la esfera pública; así las cosas, la única forma de vincular legítimamente las decisiones del juez constitucional con la opinión pública, es mediante la instauración de procedimientos que conviertan la defensa de la Constitución en un proceso participativo.

En este orden de ideas, se encuentra justificada la desobediencia civil, cuando, en defensa de la Constitución, la opinión pública confronta a los poderes establecidos. La desobediencia civil debe entenderse como un mecanismo indirecto de participación que no cuenta con suficientes canales participativos, aunque precise de ellos para poder presentarse como legítimo. El carácter público es uno de los rasgos de la desobediencia civil, que deriva directamente de esta forma de protesta; la desobediencia es una toma de postura que se hace pública, asumiendo por tanto, plenamente la responsabilidad que se procede de la misma.

La desobediencia civil aparece como mecanismo legítimo de participación en la formación de la opinión pública. La idea de opinión pública aparece vinculada a la toma de posición pública en relación con determinados temas de interés general, la asunción de la responsabilidad por dicha toma de postura, es un requisito necesario para considerar una determinada opinión como ítem a incorporar legítimamente un proceso de conformación de opinión pública.

Si bien se da como presupuesto que el ordenamiento jurídico no respalda procesos de desobediencia civil, como mecanismo de participación frente a ámbitos de toma de decisión que carecen de mecanismo de participación. La desobediencia civil como ejercicio de un derecho tiene un carácter defensivo, en tanto que, como test de constitucionalidad reviste un carácter activo.

La desobediencia civil como ejercicio de un derecho constituye una defensa de los espacios de libertad que hacen posible la existencia de una opinión pública crítica. La desobediencia civil como test de constitucionalidad interviene activamente en la determinación de los temas y enfoques que son objeto de debate en la opinión pública (Estevez Araujo, 1994, p. 144).

Por ello considera Zizek (1994) que la democracia como ideología funciona principalmente como el espacio de una alternativa virtual, la incipiente posibilidad de ese cambio de poder hace soportar las relaciones de poder existente, las cuales se han convertido en tolerables debido a una falsa apertura. De esta manera, la alternativa virtual muestra una actualidad propia, esto es un constituyente ontológico positivo del orden existente. La democracia en el modo como este término es usado hoy, se refiere ante todo al legalismo formal; su definición mínima es la adhesión incondicional a cierto conjunto de reglas formales que garantizan que los antagonismos sean completamente absorbidos en el juego agonista. Democracia significa que, cualquiera sea, la manipulación electoral que se produzca, todos los agentes políticos respetarán incondicionalmente los resultados (Estevez Araujo, 1994).

CONCLUSIONES

El equilibrio presente en la balanza de la Justicia, tal como es representada por los juristas, no existe salvo en el ideal mitológico, ya que como se ha expuesto, la decisión judicial no hace referencia a un concepto unívoco sino que, conforme a la postura jurídica, filosófica y sociológica que se adopte, esta se inclina a favor de un lado u otro. De las teorías del rigorismo formal hasta las teorías que abogan por que en las decisiones judiciales prime la materialidad respecto a otros criterios, se encuentra un abanico de posibilidades que complejiza la determinación del concepto eficacia. Que una norma sea eficaz no implica que la misma sea acatada u obedecida por los asociados, o que la coacción imponga una conducta específica, sino que adicionalmente, las coyunturas sociales, los prejuicios individuales y las ideas prefijadas por los mass-media establecen la idea de eficacia. Es en esta relación compleja que los tribunales constitucionales, en su función mixta, esto es, como garantes del ordenamiento jurídico y como actores políticos, son los llamados a preservar la estructura del contenido material constitucional y consecuentemente, la identidad del ordenamiento.

En el caso del Derecho se manifiesta también una fuerte tendencia a considerar como sus unidades básicas, más que las normas, los diversos momentos de la interpretación como actividad compleja: la toma de decisiones y la justificación de las mismas en el ámbito de la legislación, de la jurisdicción, etc.

En efecto, teorías en boga como lo son las interpretativas y las argumentativas en sus múltiples versiones, tienden a ver el paso de la deducción lógica no como una serie o una cadena de enunciados sino más bien como un acto complejo del lenguaje; esto quiere decir que, además de los enunciados, cobran un especial protagonismo los actores, la intención, los objetivos que persiguen quienes desarrollan esta actividad y las reglas que establecen cómo han de comportarse los participantes en la misma.

Si la democracia y el Derecho están en el origen de la concepción pragmática de la argumentación, no es de extrañar que la vinculación de la retórica y de la dialéctica con el derecho esté también muy presente en los autores del siglo XX, ya que son estos quienes más han contribuido a recuperar esta tradición.

El auge que hoy se observa de los estudios pragmáticos de la argumentación, tiene lugar en un contexto cultural en el que el Estado Constitucional de Derecho y la democracia deliberativa parecen haber alcanzado el estatus de ideales regulativos que deben guiar la realidad jurídica y política de nuestras sociedades.

Por ello, la protección de los llamados Derechos difusos, que son los más frecuentemente vulnerados, sin un tribunal constitucional fuerte e independiente que los salvaguarde, queda expuesta a los intereses de dominio de clases específicas y por tanto su protección resulta ineficaz. Desde esta perspectiva es a partir de la eficacia material del ordenamiento jurídico conforme a los parámetros hermenéuticos modernos y, en especial, de la definición que los tribunales Constitucionales efectúen de los que se denomina Fundamental, que el ordenamiento jurídico cobra sentido y por tanto permite que la Institucionalidad se justifique a sí.

Si lo anterior contraria la percepción común consistente en la objetividad que debe reinar al momento de la toma de decisión por parte del operador judicial, a su vez reafirma la tesis que señala que los ordenamientos jurídicos son dinámicos, esto es, que las normas jurídicas deben ser entendidas conforme a un momento histórico y un contexto social determinado. Las decisiones que los jueces adoptan necesariamente repercuten en la sociedad, hecho que intensifica su deber de responsabilidad y compromiso. Solo en la medida que estos comprendan lo anotado, podremos afirmar la búsqueda de la optimización del Derecho.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Agamben, G. (2004). El Estado de excepción como nuevo paradigma de gobierno. En G. Agamben (Edit.), *Estado de excepción* (pp. 111-135). Valencia: Pretextos.
- Alexy, R. (2004). *El concepto y la validez del Derecho*. Barcelona: Gedisa.
- Alexy, R. (1995). Interpretación jurídica y discurso racional. En R. Alexy (Edit.), *Teoría del Discurso y Derechos Humanos* (pp. 31-61). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Alexy, R. (1994). La norma fundamental. En R. Alexy (Edit.), *El Concepto y la Validez del Derecho* (pp. 131-157). Barcelona: Gedisa.
- Coicaud, J. M. (1997). *Legitimité et Politique*. Francia: Presses Universitaires de France.
- Dworkin, R. (1992). *El imperio de la Justicia*. Barcelona: Gedisa.
- Dworkin, R. (2003). *Los Derechos en serio*. Barcelona: Ariel.
- Estevez, A. J. (1994). *La constitución como proceso y desobediencia civil*. Madrid: Trotta.
- Fariñas, M. J. (1991). *El problema de la validez jurídica*. Madrid: Civitas.
- Favoreau, L. (1994). *Los tribunales constitucionales*. Barcelona: Ariel.
- Garzón, E. (1996). *El Derecho y la Justicia*. Madrid: Trotta.
- Habermas, J. (1998). *Facticidad y validez*. Madrid: Trotta.
- Habermas, J. (1999). *Teoría de la acción comunicativa - Tomo II*. Buenos Aires: Taurus.
- Kelsen, H. (1991). *Teoría Pura del Derecho*. México: Porrúa.
- Kelsen, H. (1988). *Teoría General del Derecho y del Estado*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Kelsen, H. (1987). *Problemas capitales de la Teoría Jurídica del Estado*. México: Porrúa.
- Kelsen, H. (1996). *Introduction to the Problems of Legal Theory*. Oxford: Clarendon Press.
- Luhmann, N. (2002). *El Derecho de la Sociedad*. México: Universidad Iberoamericana, Instituto Tecnológico de Estudios Superiores de Occidente, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM.
- Mejía, O. (2006). Elementos para la reconstrucción del estatuto epistemológico de la filosofía del Derecho. *Revista Humanitas* v. 1 (Nº 33), pp. 523 – 537.
- Merton, R. (2002). *Teoría y Estructura Sociales*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Moreso, J. J. (1997). *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Navarro, P. E. (1990). *La eficacia del Derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Rawls, J. (2002). *La Justicia Como Equidad: Una reformulación*. Barcelona: Paidós.
- Rawls, J. (1997). *Teoría de la Justicia*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Seoane, J. A. & Rivas, P. (2005). *El último eslabón del positivismo jurídico. Dos estudios sobre Joseph Raz*. España: Comares.
- Teubner, G. (2000). Derecho reflexivo. En Bourdieu, P. *La fuerza del Derecho*. Bogotá: Siglo del hombre.
- Wright, G. H. (1979). *Norma y Acción. Una investigación lógica*, Madrid: Tecnos.
- Zizek, S. (2004). Más allá de la democracia. La impostura liberal. En *Violencia en acto*. Buenos Aires.