

GABRIEL MORA RESTREPO

**JUSTICIA CONSTITUCIONAL
Y ARBITRARIEDAD
DE LOS JUECES**

Teoría de la legitimidad en la argumentación
de las sentencias constitucionales

Marcial Pons

BUENOS AIRES | MADRID | BARCELONA

2009

ÍNDICE

	Pág.
PRÓLOGO.....	9
AGRADECIMIENTOS.....	15

INTRODUCCIÓN

1. PLANTEAMIENTO: EL OFICIO DE LOS JUECES Y SU RESPONSABILIDAD.....	17
2. LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO CONSTITUCIONAL Y SUS ESPECIALES DIFICULTADES.....	18
3. LA JUSTIFICACIÓN Y FUNDAMENTACIÓN DE LAS DECISIONES CONSTITUCIONALES Y EL OBJETO DE ESTE LIBRO.....	22
4. LA INTERPRETACIÓN CALIFICADA DE LA CONSTITUCIÓN. EL CASO COLOMBIANO.....	26
5. LA ESTRUCTURA DEL LIBRO Y EL ORDEN DE LA EXPOSICIÓN.....	30

PRIMERA PARTE

LAS DIFICULTADES DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL Y LA SOLUCIÓN QUE PROPONEN LAS «TEORÍAS ESTÁNDAR DEL DERECHO»

CAPÍTULO I

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

1. PLANTEAMIENTO: LAS DOS CARAS DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL.....	35
2. VARIEDAD DE CRITERIOS INTERPRETATIVOS Y ARGUMENTACIONES «FORZOSAS» EN LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL.....	40
2.1. El caso del consumo personal de drogas alucinógenas.....	40
2.1.1. La visión del voto mayoritario.....	40
2.1.2. Las razones de los jueces disidentes.....	43
2.2. El caso del uso obligatorio del cinturón de seguridad.....	46
3. LA NECESIDAD DE SUPERAR EL PUNTO DE VISTA ESCÉPTICO.....	50

	Pág.
4. LAS INSUFICIENCIAS DE UNA INTERPRETACIÓN MERAMENTE «SEMÁNTICA» DE LA CONSTITUCIÓN	54
4.1. Interpretación «conforme a Derecho»	54
4.2. Las razones de los jueces y sus respaldos	55
4.3. La «tesis semántica» sobre la interpretación	56
4.4. Los inconvenientes de la «tesis semántica» y algunos casos ilustrativos.....	58
4.4.1. El caso de la libertad religiosa	59
4.4.2. Los casos sobre el derecho a la vida del <i>nasciturus</i>	60
4.4.3. El caso de los partidos y movimientos políticos	65
4.4.4. El caso de las uniones de hecho y las parejas homosexuales	67
4.5. Balance: el fracaso de la «tesis semántica» ante lo <i>realmente significativo</i>	69
5. EL USO ESTRATÉGICO O MANIPULATIVO DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL	70
5.1. La interpretación constitucional como un instrumento de un campo de batalla.....	71
5.2. Formalistas y antiformalistas: la lucha entre el «viejo» y el «nuevo» Derecho	73
5.3. Estrategia o arbitrariedad: el naufragio de la Constitución ante el posible uso indebido de la interpretación constitucional.....	75
5.4. Algunos casos relativos a cambios jurisprudenciales	77
5.4.1. Casos relativos al control de constitucionalidad sobre tratados internacionales	79
5.4.2. El caso de la Representante Morales.....	82
5.5. Balance: la difícil línea que divide un uso indebido de una legítima dimensión subjetiva en la interpretación constitucional	90
6. RECAPITULACIÓN	92

CAPÍTULO II

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

1. INTRODUCCIÓN.....	95
2. UNA RECURRENTE DESCRIPCIÓN DE LO QUE HACEN LOS JUECES CONSTITUCIONALES.....	96
3. EL CARÁCTER PROBLEMÁTICO DEL LENGUAJE CONSTITUCIONAL ...	99
3.1. Generalidad y precisión del lenguaje normativo.....	99
3.2. El «núcleo duro» y la «zona de penumbra».....	100
3.3. Los «conceptos» y las «concepciones».....	102
3.4. Las «reglas» y los «principios» constitucionales	105
4. LA DISTINCIÓN ENTRE CASOS «FÁCILES» Y CASOS «DIFÍCILES».....	109
4.1. Planteamiento	109
4.2. Los seis tipos de casos «difíciles»	111
4.3. Tres consecuencias de la distinción entre casos «fáciles» y «difíciles»	113

	Pág.
5. A LA BÚSQUEDA DEL JUEZ «VINCULADO» AL DERECHO	114
5.1. Una explicación preliminar del tema.....	115
5.2. El formalismo jurídico decimonónico como modelo dominante	117
5.3. Las críticas al modelo formalista.....	120
5.3.1. El aspecto común de las críticas.....	120
5.3.2. La crítica antiformalista de H. KANTOROWICZ	122
5.3.3. La crítica antiformalista de O. W. HOLMES	123
5.3.4. Balance sobre el formalismo jurídico y sus críticos	124
5.4. Un planteamiento exitoso: la discrecionalidad judicial	125
5.4.1. La tesis de H. KELSEN	126
5.4.2. La tesis de H. L. A. HART.....	129
5.4.3. Insuficiencias y dificultades de la doctrina de HART	132
5.4.4. Balance sobre el modelo de la discrecionalidad judicial: algunas cuestiones pasadas de largo	134
5.5. El modelo de los principios y la respuesta correcta: R. DWORKIN.....	137
5.5.1. El ataque al positivismo jurídico de HART	137
5.5.2. Los principios como razones vinculantes.....	138
5.5.3. El Derecho como una práctica interpretativa y la tesis de la respuesta correcta	141
5.5.4. Balance: las dificultades justificativas de Hércules	145
6. RECAPITULACIÓN	150

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

1. INTRODUCCIÓN	155
1.1. Un breve recuento	155
1.2. El objeto de este capítulo	156
2. LAS CONCEPCIONES PERSONALES DE LOS JUECES.....	158
2.1. «Como jueces fallamos en Derecho»: la decisión de 2006 sobre la despenalización del aborto	158
2.2. La pérdida de la coherencia y de la neutralidad: un vistazo a WECHSLER.....	160
2.3. El imaginario de los jueces y el abandono de la anterior jurisprudencia.....	163
2.4. La tesis de la «nueva concepción» y la «constitucionalización de las falacias».....	167
2.5. Hacia los puntos de apoyo de las razones constitucionales	173
3. DISCRECIONALIDAD JUDICIAL Y AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN	176
3.1. Textos constitucionales y poder de los jueces	176
3.2. La ausencia de racionalidad en los «casos difíciles»: la discrecionalidad judicial puesta a prueba	180
3.3. Normas y realidades constitucionales: las claves para superar una «hermenéutica de textos».....	184

	Pág.
4. LA TESIS «CONFLICTIVISTA» DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.....	186
4.1. Los conflictos entre derechos fundamentales como algo inevitable.....	187
4.2. La inmolación del derecho no preferido por los jueces	189
4.3. La violación del <i>contenido esencial</i> de los derechos fundamentales	194
5. EL ESCEPTICISMO EPISTEMOLÓGICO DE LAS TEORÍAS ESTÁNDAR DEL DERECHO.....	198
5.1. La exigencia de acceder racionalmente a criterios de corrección	198
5.2. El fondo epistemológico de las teorías estándar del Derecho.....	200
5.3. Justificaciones escépticas y persuasión sin justificación	202
5.4. «Razones» imposibles de ser razonadas en sus fundamentos	208
6. RECAPITULACIÓN.....	210

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

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

1. INTRODUCCIÓN	217
2. LA NECESIDAD DE CONTAR CON UNA TEORÍA DISTINTA DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA	218
3. LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA COMO ACTO DE «COMPRENDER»: LA PERSPECTIVA HERMENÉUTICA.....	221
3.1. En búsqueda de la respuesta.....	221
3.2. Apertura racional a distintos estándares de justificación	223
3.3. Comprensión y precomprensión: las coordenadas históricas del intérprete....	225
3.4. La dramática tensión entre lenguaje y realidad.....	228
3.5. La exigencia de interpretación (comprensión) en todos los casos judiciales.....	231
3.6. La dimensión creativa de la función judicial.....	234
4. COMPRENSIÓN Y DECISIÓN JUSTA: LA NATURALEZA PRÁCTICA U OPERATIVA DEL RAZONAMIENTO DE LOS JUECES.....	236
4.1. La interpretación jurídica y su ordenación propia	236
4.2. Algunas objeciones a la interpretación jurídica como acto práctico de «comprensión».....	237
5. LA CUESTIÓN METODOLÓGICA EN LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA ...	242
5.1. Relevancia de la metodología.....	242
5.2. La finalidad práctica como criterio determinante de los métodos de interpretación	244
5.3. Los métodos de interpretación y las razones justificativas	248

	Pág.
5.3.1. Las fuentes de los derechos y obligaciones.....	248
5.3.2. Los elementos o cánones de la interpretación jurídica	251
5.3.3. Criterios orientadores en la interpretación constitucional	256
6. EL PESO DE «LO POLÍTICO» EN LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL	258
6.1. Planteamiento	258
6.2. El contexto de las diferencias entre la interpretación jurídica y la constitucional	261
6.3. La formalidad jurídica de las materias constitucionales.....	263
6.4. La naturaleza jurídica de la Constitución como criterio insuficiente	265
7. RECAPITULACIÓN.....	268

CAPÍTULO V

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

1. UNA APROXIMACIÓN AL PENSAMIENTO PRÁCTICO EN EL DERECHO.....	272
1.1. Planteamiento	272
1.2. Realidad práctica y razonamiento jurídico	273
1.3. El razonamiento práctico como una actividad no indiferente de su resultado.....	276
1.4. El significado de la «corrección» o «justicia» desde una perspectiva práctica del razonamiento jurídico.....	277
1.5. La cuestión sobre si existe una única respuesta correcta o decisión justa.....	280
2. LA IMPORTANCIA DE UNA PERSPECTIVA PRÁCTICA DEL RAZONAMIENTO JURÍDICO	282
3. ELEMENTOS DE DIFERENCIACIÓN: MODELOS PROCEDIMENTALES Y MODELOS PRUDENCIALES DEL RAZONAMIENTO JURÍDICO PRÁCTICO	284
3.1. Algunos puntos de desacuerdo	284
3.2. El retorno y «rehabilitación» de la razón práctica y sus principales orientaciones en la teoría jurídica contemporánea	286
4. EL MODELO DEL RAZONAMIENTO PRÁCTICO PROCEDIMENTAL	290
4.1. Explicación introductoria.....	290
4.2. Un procedimiento reglado	291
4.3. Los límites del discurso práctico general.....	294
4.4. La necesidad del discurso jurídico.....	296
4.5. Respuestas contradictorias o discursivamente posibles en el discurso jurídico	297
4.6. Los juicios de valor en el procedimiento ante los casos controversiales.....	300
4.7. El soporte definitivo de las razones prácticas	303
4.8. El relativismo axiológico moderado: la distinción entre «corrección» y «verdad» práctica.....	306
4.9. Balance y discusión crítica.....	310

	Pág.
5. EL MODELO DEL RAZONAMIENTO PRÁCTICO PRUDENCIAL	312
5.1. Explicación introductoria.....	312
5.2. La finalidad del razonamiento práctico: «verdad práctica» y «opción racional atrayente»	314
5.3. Medios «alternativos» y analogía de la decisión práctica	316
5.4. Los bienes humanos y la imposibilidad de decisiones justas contradictorias.....	320
5.5. La realización de la persona y la tesis de los derechos	326
5.6. La prudencia jurídica.....	329
5.7. La justificación y fundamentación como aspectos diferenciables del razonamiento práctico	332
5.8. La justificación del razonamiento jurídico desde la perspectiva de la prudencia jurídica.....	334
5.9. Las vías de fundamentación del razonamiento jurídico.....	327
5.9.1. Los dos caminos de los modelos prudenciales	327
5.9.2. La vía de los primeros principios prácticos	339
5.9.3. La vía ontológica	342
5.9.4. Intento por conciliar las vías anteriores	346
5.9.5. Balance y discusión crítica	349
6. RECAPITULACIÓN	350

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

1. UN BREVE RECUENTO: HERMENÉUTICA Y RAZONAMIENTO PRÁCTICO	353
2. EL ENTORNO DE LA JUSTIFICACIÓN JUDICIAL.....	356
2.1. La dimensión racional como base para una teoría de la justificación del proceso judicial.....	357
2.2. Comunicabilidad de las razones judiciales	358
2.3. Motivaciones ocultas de los jueces y «justificaciones irracionales»	359
3. JUSTIFICACIÓN INTERNA Y JUSTIFICACIÓN EXTERNA.....	364
3.1. Explicación introductoria	364
3.2. La lógica formal en el razonamiento de los jueces.....	366
3.3. La justificación externa, o el «peso» o «fuerza» de las razones judiciales.....	371
3.3.1. Las razones justificativas como buenas razones	371
3.3.2. Las clases de razones justificativas	375
3.3.3. Las exigencias de la justificación externa	378
4. LA INSUFICIENCIA DE LA SOLA JUSTIFICACIÓN EXTERNA.....	381
4.1. La justificación externa ante determinados casos concretos.....	381
4.2. Los criterios de justificación en los modelos procedimentales	383
4.3. El criterio de la «extrema injusticia»	386
4.4. Las argumentaciones «solventes» a partir de la justificación externa	389
5. LA TEORÍA DE LA FUNDAMENTACIÓN	392

	Pág.
5.1. El fundamento (<i>ontológico</i>) del razonamiento jurídico	392
5.2. La cuestión acerca de «lo realizable» y «lo indisponible».....	398
6. RAZONAMIENTO JUDICIAL Y JUSTICIA.....	404
6.1. ¿Existe una única respuesta correcta para todos los casos judiciales?	404
6.2. Aceptabilidad racional, plausibilidad de la respuesta y decisión justa	406
7. EL OFICIO PRUDENTE DE LOS JUECES.....	410
7.1. Justificación, fundamentación y justicia	411
7.2. El abandono de la prudencia judicial en el marco del actual pensamiento jurídico	415
8. RECAPITULACIÓN.....	420
CONCLUSIONES	425
JURISPRUDENCIA.....	437
BIBLIOGRAFÍA	439

PRÓLOGO

Con la publicación de este libro sobre Justicia constitucional y arbitrariedad de los jueces culmina un largo proceso de investigación y de elaboración, que comenzó en el año 2001, cuando Gabriel MORA RESTREPO llegó a Buenos Aires en plena crisis política y económica de nuestro país para cursar el Doctorado en Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad Austral.

Venía desde Bogotá, Colombia, donde era y es profesor de diversas materias relacionadas con la Teoría del Derecho, la interpretación constitucional y los derechos fundamentales y Director de la entonces Área de Derecho Público —ahora Departamento de Filosofía del Derecho y Derecho Constitucional— de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Sabana.

Los estudios de Doctorado no eran sus primeros estudios de postgrado, porque contaba ya con una Especialización en Derecho Constitucional por la Universidad de los Andes de Bogotá y otra en Filosofía Política por la University of Notre Dame, en Estados Unidos.

Traía en sus alforjas un libro, casi concluido, que, tras lo decantado aquí en los cursos de Doctorado y las necesarias revisiones, vio la luz en 2005 con el título de Ciencia Jurídica y Arte del Derecho. Estudio sobre el oficio del jurista. En dicho libro se encontraba el núcleo de sus preocupaciones por descubrir la esencia última del hacer jurídico, y, en especial, del quehacer de los jueces. Varias de estas preocupaciones se trasvasaron luego a la investigación doctoral que entonces comenzó.

Por otra parte, el acercamiento a los problemas de interpretación y aplicación de la Ley Fundamental que lo acuciaban no era sólo académico o teórico, sino que a la reflexión científica el autor suma en este libro el haber participado como asesor en diversos asuntos constitucionales de alto impacto.

Han seguido a ese recordado 2001 varios años de trabajos, luchas, estudios, imaginación, exploración, redacción, reestructuración, revisión... El resultado, entiendo, no ha podido ser mejor.

Ese resultado es el que ahora ve la luz en la editorial Marcial Pons: una tesis doctoral que fue defendida en octubre de 2007, ante un tribunal conformado por los profesores Doctores Rodolfo L. VIGO (Universidad Nacional del Litoral, Argentina), Pedro RIVAS PALÁ (Universidad da Coruña, España) y Juan CIANCIARDO (Universidad Austral, Argentina). En esa defensa oral y pública, tras más de tres horas de expo-

siciones, valoraciones y debates, MORA RESTREPO obtuvo la máxima calificación: Summa cum Laude por unanimidad.

Tuve el gran honor, a la vez que placer y alegría, de haber dirigido esa tesis doctoral. Como cualquier académico podría corroborar, siempre es agradable, a la vez que desafiante y estimulante, dirigir en una investigación a una persona brillante, a un trabajador incansable, a un preciosista del detalle, a un pensador apasionado, a un jurista de raza... Por todo eso el tiempo que hemos compartido, personalmente y a través de los modernos métodos electrónicos, hablando y leyéndonos, aceptando y criticando, reconociendo e impugnando, viendo crecerse al otro, humana y académicamente, esta experiencia ha sido parte de los mejores momentos de mi vida universitaria de los últimos años.

Las cosas buenas no se improvisan, y este libro es muy bueno. El autor ha puesto mucho esfuerzo en este trabajo, y ha valido la pena. Como decía BERNÁRDEZ: «mucho dolor fue necesario para sembrar lo que hoy cantando recogemos». El joven profesor colombiano también podrá ahora sentir en existencia propia la verdad de esos otros versos del poeta...: «si para conseguir lo conseguido / tuve que soportar lo soportado, [...] tengo por bien sufrido lo sufrido, / tengo por bien llorado lo llorado. / Porque después de todo he comprobado / que no se goza bien de lo gozado / sino después de haberlo padecido. / Porque después de todo he comprendido / que lo que el árbol tiene de florido / vive de lo que tiene sepultado».

Quiero asimismo dejar de manifiesto que, en Gabriel MORA, se ha dado de modo muy particular el cumplimiento de los objetivos que se trazó el programa de Doctorado en Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, estipulados en el art. 2 del respectivo Reglamento. Como puede verse por lo dicho precedentemente y por lo que diré en el resto de este escrito, y siguiendo aquí la falsilla que me presta esa norma, en la realización de sus estudios doctorales MORA RESTREPO ha logrado formarse en la investigación rigurosa del Derecho, con el máximo nivel científico; ha contribuido al desarrollo del mismo; ha adquirido una formación profundizada en Filosofía del Derecho y la ha usado como fundamento de su investigación; ha aprendido los distintos caminos metodológicos en la investigación jurídica, eligiendo los que consideró más convenientes; ha alcanzado un conocimiento muy elevado de su área de estudio; ha adquirido la capacidad de juzgar qué aptitud tienen distintos esquemas teóricos para explicar lo que se está investigando y para lograr soluciones justas y adecuadas; ha sido capaz de formular teorías originales y de crear opciones jurídicas sobre su tema de trabajo, evitando una investigación que fuera una mera recolección de citas; y, finalmente, ha desarrollado largamente sus habilidades de transmisión y comunicación del saber jurídico.

Por todo ello, tengo la convicción de que, al ver hoy a este libro yendo a imprenta, puedo decir que, con respecto a Gabriel MORA RESTREPO, que él puede decir con toda justicia aquello de cursum consumavi..., es decir, que puede sentir la alegría del deber cumplido.

* * *

La obra que prologo está inserta en ese amplio campo de la confluencia y mutua relación entre la Filosofía del Derecho y su relación con el Derecho Constitucional, actualmente en enorme auge en los estudios e investigaciones que se publican tanto en el mundo del Derecho continental, como en el ámbito del Common Law.

Antes de entrar a los aspectos sustanciales, valga subrayar el cuidado del autor por los aspectos formales, una redacción excelente y burilada hasta el detalle, el rigor en la cita, el acabado en la terminación... Como sabe cualquiera que ande en derroteros doctorales y editoriales, esto no es poca cosa.

En cuanto al fondo, el libro posee una altísima calidad, abordando un tema trascendental, con profundidad y rigor de análisis, lealtad en la descripción de las tesis opuestas, pertinencia y exhaustividad de las fuentes consultadas, apertura al aporte de diversas corrientes, comprensividad de las soluciones, originalidad de muchos planteos sobre innumerables puntos específicos, y, en especial, como se verá, el haber llegado a la formulación de una teoría general con pretensiones de resolver la cuestión central abordada.

Como se señaló, el libro aborda un tema de absoluta relevancia: el de la interpretación constitucional y sus problemas y, en definitiva, el de los mecanismos que hagan posible acotar la arbitrariedad de los jueces, tanto en general, como en especial en materia constitucional, para que la Constitución logre vivir a través de las sentencias y no sea frustrada por ellas. Es la pregunta, al fin de cuentas, por los modos de que se tomen decisiones en virtud de la verdad sobre el hombre y la sociedad, de la verdad sobre el Derecho y la ética, y no por la mera imposición de mayorías episódicas de un tribunal colegiado.

No es casual que estos puntos, o aspectos relacionados, hayan dado lugar a tanta literatura en los últimos veinte o treinta años. Vale la pena señalar aquí algo que merece todo encomio. Se trata de que, de la mano de una nueva Constitución, promulgada en 1991, y de la actividad de la Corte Constitucional, que ha sido una feraz productora de sentencias que, se puedan o no compartir, son indudablemente interesantes, existe hoy una gran cantidad de estudios realizados por la doctrina colombiana, los cuales en general poseen, además, una extraordinaria argumentación. En este río de nuevos aportes navega esta obra.

El autor ha sido muy sensible a toda la cuestión de la interpretación constitucional, y ha puesto toda su ciencia y toda su energía a explicar precisamente el problema, a describir lealmente las respuestas que al mismo le dan las posturas que no puede compartir, y a desentrañar los senderos posibles para dar, por sí mismo, una solución integral, conveniente, razonable, factible, a innumerables encrucijadas.

La metodología empleada ha sido pertinente y adecuada. Desde el primer momento de la investigación que culmina con la publicación de este libro, MORA RESTREPO tuvo claro que debía, por un lado, exponer qué dificultades tiene hoy en día la interpretación constitucional. Para ello debía recurrir a casos, a casos discutidos y fallados por tribunales de las más altas instancias, decididos por Cortes Supremas en sistemas de control difuso y por Tribunales Constitucionales en sistemas de control concentrado. Pero comprendió que no era menester, y ni siquiera aconsejable, realizar un estudio amplio, que elaborara un elenco exuberante de desatinos judiciales en el Derecho comparado. Le bastaba con mirar en el jardín de casa. Le bastaba con estudiar la juris-

prudencia colombiana. Y, dentro de esa jurisprudencia, le bastaba con tomar algunos casos paradigmáticos, que fueran muestra suficiente de las «anomalías» que se querían señalar y que se querían solucionar.

Luego, el recorrido del autor colombiano consistió en abocarse a brindar una exposición rigurosa, acabada y honesta de las teorías del Derecho adonde más juristas abrevan, buscando respuestas a las dificultades, así como líneas y principios que los orienten en su actividad. En este punto el aporte del autor es el de reestudiar a H. KELSEN, H. L. A. HART y R. DWORKIN, entre otros, con el prisma especial del marco que dan a las problemáticas y enigmas que encierra la interpretación jurídica general y, en especial, la interpretación constitucional. En esa primera parte del trabajo se exponen también largamente un elenco de las insuficiencias, cuando no de las equivocaciones, de esas teorías tan difundidas, dando razón acabada de sus asertos.

Así, el autor realiza una descripción acertada de las peculiaridades de la interpretación constitucional; una denuncia clara y académica de las desviaciones a que la misma puede llevar, y de hecho lleva, en la práctica jurisprudencial; y una exposición acertada, con una crítica aguda de sus inconsistencias, de las teorías más socorridas con relación al tema.

Llegado a este punto, en la segunda parte del libro el profesor MORA RESTREPO intenta su propia singladura, afanado en la búsqueda de mejores tierras, que produzcan mejores frutos. Demostrando la verdad de aquello de TOLKIEN según lo cual «no todo aquel que busca está perdido», se lanza así a una exploración para encontrar una solución integral, conveniente, razonable, factible, a esas cuestiones, para encontrar cómo pueden resolverse de modo racional y razonable las cuestiones a las que otros autores daban soluciones que él consideraba insatisfactorias.

Se trata, en definitiva, de abordar cómo puede seguirse adelante con todos los beneficios de la constitucionalización y el control de constitucionalidad y, más aún, con los beneficios del neoconstitucionalismo y la interpretación basada en principios, dinámica, abierta, proactiva —a la que muchos, escépticos ante lo que ven a diario en la práctica judicial, preferirían directamente no haber tenido—, y a la vez no renunciar a la justicia, a la racionalidad, a la razonabilidad, de modo que la actividad de los jueces siga siendo un oficio que tenga por norte el dar a cada uno lo suyo, y no un cometido partisano, alejado del criterio jurídico, cuando no también del buen sentido.

* * *

Entiendo que MORA RESTREPO ha logrado su propósito, que ha llegado a su meta, y que presenta en su libro lo que con justicia puede llamarse toda una teoría de la legitimidad en la argumentación constitucional, que sirve para encauzar la interpretación y la toma de decisiones judiciales, asentando la actividad de los magistrados desde la perspectiva de la justicia, es decir, de la exigencia de dar a cada uno lo que es suyo y buscando, desde ahí, ofrecer límites a las actuaciones de los jueces.

MORA RESTREPO lo ha hecho a partir de lo que podrían considerarse los diez grandes aportes o hallazgos de su libro. Lo ha hecho, en primer lugar, demostrando que es posible un «uso arbitrario» de la interpretación constitucional.

Lo ha hecho, en segundo lugar, exponiendo por qué son insuficientes las explicaciones de las teorías usuales del Derecho para solucionar esas dificultades.

Lo ha hecho al mostrar la necesidad de elementos teóricos distintos a los generalmente aportados con relación a los problemas de la indeterminación del Derecho, la discrecionalidad judicial y la legitimidad, racionalidad y razonabilidad de las sentencias.

Lo ha hecho, en cuarto término, al explicar por qué la interpretación constitucional es verdadera y propia interpretación jurídica, con sus reglas y elementos, que debe adjudicar a partir de títulos jurídicos, y no debe constituir meros fuegos de artificio al servicio de intereses políticos o ideológicos, afirmaciones todas de grandes consecuencias.

Lo ha hecho, en quinto lugar, al sugerir que la denominada «teoría hermenéutica» puede realizar aportes importantes para una tarea judicial responsable y justa.

Lo ha hecho al demostrar que el razonamiento que realizan los jueces es de naturaleza práctica, y que entenderlo así delimita correctamente el proceso de decisión judicial.

Lo ha hecho, en séptimo lugar, al exponer que es necesario que toda decisión judicial esté correctamente justificada, tanto internamente, en virtud de reglas del razonamiento, como externamente, al aportar buenas razones para la decisión.

Lo ha hecho al establecer que no sólo es precisa la justificación de las sentencias, sino que es también necesario que toda decisión judicial esté debidamente fundamentada, yendo a la realidad última que se esconde tras el Derecho, cual es la dignidad de la persona como elemento último para reconocerle verdadera titularidad jurídica sobre los bienes humanos y, a partir de ella, considerar los adecuados requerimientos de la sociedad.

Lo ha hecho al escribir, como noveno aporte, que no se puede abdicar de entender que la justicia es la finalidad propia a la que se ordena toda la actividad de los jueces, y que es posible, aunque en ocasiones sea difícil, llegar a soluciones correctas, legítimas y justas, y distinguir éstas de las soluciones incorrectas, ilegítimas e injustas. Dentro de este punto, es de especial interés la exposición que hace sobre las respuestas correctas e incorrectas en Derecho.

Lo ha hecho, en décimo y último lugar, al fundar acabadamente que la iuris prudentia es conditio sine qua non para la buena realización del oficio de juez y la cualidad que eleva las exigencias morales de dicha actividad, consagrándola como piedra de toque de todo el sistema que construye para encauzar la interpretación y la toma de decisiones judiciales en materia constitucional. Y lo ha hecho al postular la necesidad de que dicha prudencia esté íntimamente imbricada, a su vez, con el talante moral, ético, de la persona del juez, del que considera que es preciso que sea virtuoso. En definitiva, viene a exigir aquello de los clásicos de que el jurista deba ser, inescindiblemente, y posiblemente en círculo virtuoso, no sólo iuris peritus, sino también bonus vir.

Y todo lo anterior, que conforma finalmente esa teoría de la legitimidad de las argumentaciones en las sentencias constitucionales, lo ha hecho recurriendo a la realización de un ensamblaje original y superador entre tres corrientes doctrinales, que, si bien son todas relativas al pensamiento práctico, no son coincidentes entre sí: la hermenéutica de Hans-Georg GADAMER, el procedimentalismo de Robert ALEXANDER y de

Aulis AARNIO y el prudencialismo de ARISTÓTELES y TOMÁS DE AQUINO, recuperado por muchos autores contemporáneos, y tematizado en este libro a partir de John FINNIS, José María MARTÍNEZ DORAL y Javier HERVADA.

El libro logra así, al fin de cuentas, poner el marco para que la tarea de los jueces se acerque a aquello que, como enseñaba el antiguo ARISTÓTELES —«maestro de todos los que saben», al decir del DANTE—, es «la misión casi divina de administrar justicia» entre los hombres. Asimismo, logra el encuadre exacto para evitar, por el contrario —en virtud de aquello que señalaban los antiguos, según lo cual corruptio optimi pessima—, que el trabajo de los jueces se convierta en algo nefando. Esto es así porque, sin las exigencias y requisitos que MORA RESTREPO intenta construir, los jueces, y en especial los magistrados constitucionales, pueden hacer casi cualquier cosa con la persona y con la sociedad.

* * *

Para concluir, puede decirse que Gabriel MORA RESTREPO realiza en este libro la extraordinaria tarea de exponer que, para que la Constitución se realice verdaderamente por medio de las decisiones de los tribunales, sin verse fracasada por interpretaciones antojadizas, los magistrados deben utilizar un modo de analizar y decidir usado ya por la filosofía griega y el Derecho Romano. Se trata del llamado «razonamiento práctico», que cuenta como su principal elemento a la prudencia jurídica.

Por medio de esta metodología de interpretación y de argumentación jurídicas, él demuestra que se pueden justificar interna y externamente las decisiones judiciales y, más aún, fundamentarlas correctamente. Postula que con dicha herramienta, que viene desde antiguo y que ha incorporado asimismo notables y sofisticados desarrollos en las últimas tres décadas, los jueces tienen la formidable obligación de procurar arribar a decisiones justas, tanto en general, como específicamente en materia constitucional.

Así, con la completa teoría de la legitimidad en la argumentación de las sentencias constitucionales que se propone en este libro, se posibilita reconocer a los jueces que, dando a cada uno lo suyo, realizan acabadamente la tarea que la sociedad les ha encomendado, ya que actualizan aquello que escribió ARISTÓTELES de que «ir al juez es ir a la justicia, porque el juez quiere ser como la justicia animada». MORA RESTREPO ha querido exponer, y lo ha logrado, una teoría que hace posible diferenciar, en última instancia, a los jueces que son verdaderos hombres de Derecho de aquellos togados que son meramente hombres que detentan poder.

Fernando M. TOLLER

Profesor Titular de Derecho Constitucional
Director del Doctorado en Derecho y del Departamento de Filosofía del Derecho
y Derecho Constitucional, Universidad Austral (Buenos Aires)

AGRADECIMIENTOS

Deseo expresar mi sincera y sentida gratitud a aquellas personas e instituciones que hicieron posible llevar a buen término este libro, cuyo origen fue la investigación doctoral que realicé en la Universidad Austral de Buenos Aires.

Ante todo, al profesor Fernando TOLLER, por su invaluable dedicación al estudio y corrección del trabajo, sus consejos siempre oportunos, su implacable rigor académico y disposición a discutir a fondo innumerables cuestiones que me surgieron en todos estos años. Con un fino sentido crítico y comprensivo, capaz de mirar, como lo hacen los sabios, tanto el texto como más allá de él, el Prof. Toller generosamente me previno de muchas inexactitudes y oscuridades, a la vez que me alentó siempre a depurar mis ideas en procura de una mejor y más sólida argumentación. Si bien puedo manifestar que en todo este libro hay un intercambio permanente de ideas entre los dos, sus observaciones fueron particularmente definitivas para desarrollar, con más tino, el complejo e importante problema de la verdad jurídica en la decisión judicial y, así mismo, para articular de una forma más comprensiva los conceptos que explican los cambios jurisprudenciales en Colombia.

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

Un especial reconocimiento debo hacer a los profesores Rodolfo VIGO, Pedro RIVAS y Juan CIANCIARDO, integrantes del tribunal que juzgó el trabajo doctoral. La mayoría de sus observaciones me han ayudado muchísimo a apuntalar y refinar algunas de las ideas desarrolladas en este libro, aunque algunas de ellas las he dejado en remojo para desarrollos posteriores, en especial la necesidad de hacer más explícita la diferencia y la semejanza entre la interpretación jurídica y la constitu-

cional. De todos modos, a ellos va mi especial sentido de agradecimiento por todo el tiempo que dedicaron al estudio de la versión original de este libro.

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

Quiero también agradecer a los profesores con quienes he podido discutir, en distintos momentos y escenarios, diferentes temas y aspectos contenidos en este trabajo, y de quienes recibí importantes luces y orientaciones, en especial a los Profs. Santiago Legarre, Joaquín Migliore, Javier Hervada, Carlos Massini, John Finnis, Fernando Álvarez, Alfonso Santiago, Roberto Suárez, José Alpiniano García, Hernán Olano, Claudia Helena Forero, Diego López, Rafael Nieto, Roberto Borda, Sergio Fajardo, José B. Rodríguez, José del Carmen Ortega, Jaime Fernández, Aarón del Castillo, Graham Walker, Julio Rivera (h) y Roberto Moreno Rodríguez. Especial deuda siento con los Profs. Ilva Hoyos y Camila Herrera, y con el filósofo y estudiante de Derecho José Julián Suárez, con quienes discutí largo tiempo sobre temas centrales de este libro, y quienes me apoyaron con ideas, bibliografía, sugerencias y correcciones. También a mis estudiantes del curso «Razonamiento de los Jueces», por los invaluable aportes y comentarios críticos a un primer borrador de este trabajo.

No puedo dejar de mencionar un sentido reconocimiento a mis compañeros y profesores de la especialización de Derecho Constitucional de la Universidad de Los Andes de Bogotá, que cursé en el año 1997, la cual influyó de manera directa en la elección que hice del tema de esta investigación. A pesar de que muchas veces no coincidiéramos en similares perspectivas, mi gratitud va para ellos, con quienes sostuve siempre un diálogo abierto, sincero y respetuoso sobre estos apasionantes temas.

Por último, y no menos importante, le doy las gracias a Dios y a mi querida familia, a mis amados padres, hermanos, sobrinos y tíos y a mis insuperables suegros. A mi abuelita, que partió al cielo cuando me encontraba en la recta final de la culminación de este trabajo. Al amor de mi vida y esposa, Paola, a quien llevo en el alma por siempre. A Agustín, quien ha llegado a nuestras vidas para completar nuestra existencia y alegrarla todavía más.

INTRODUCCIÓN

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO: EL OFICIO DE LOS JUECES Y SU RESPONSABILIDAD.—2. LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO CONSTITUCIONAL Y SUS ESPECIALES DIFICULTADES.—3. LA JUSTIFICACIÓN Y FUNDAMENTACIÓN DE LAS DECISIONES CONSTITUCIONALES Y EL OBJETO DE ESTE LIBRO.—4. LA INTERPRETACIÓN CALIFICADA DE LA CONSTITUCIÓN. EL CASO COLOMBIANO.—5. LA ESTRUCTURA DEL LIBRO Y EL ORDEN DE LA EXPOSICIÓN.

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

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

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

de la obligación que tienen los jueces de tomar decisiones que correspondan a la efectiva realización de la justicia, discriminando entre soluciones admisibles y legítimas de aquellas que no lo son ¹.

En este contexto, en el que se aprecia una clara tensión en la función judicial, los argumentos y razones empleadas por los jueces para sustentar sus fallos se han convertido en las piezas más importantes para el cumplimiento de su oficio, pues un adecuado ejercicio racional de motivación es lo que les permite mostrar, tanto a las partes involucradas en un proceso como a la sociedad entera, que el fallo alcanzado resulta justificado y fundado en el marco del ordenamiento jurídico vigente, que sus valoraciones y estándares de juicio son conducentes a dicho ordenamiento, o bien, que el fallo no ha sido producto de alguna arbitrariedad, sino conforme a la realización de la justicia ².

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

2. LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO CONSTITUCIONAL Y SUS ESPECIALES DIFICULTADES

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

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

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

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

La referida importancia se debe a que la interpretación constitucional posee ciertas características propias o particularidades, no presentes con el mismo alcance o en el mismo sentido que en la interpretación del Derecho infra-constitucional u «ordinario», que llevan a que sus jueces tengan, por una parte, mayores posibilidades hermenéuticas en la configuración de las respuestas a los casos concretos, pero al mismo tiempo, por la otra, a que sea más difícil trazar líneas divisorias entre interpretaciones legítimas de aquellas que no lo son. Tales particularidades se refieren, básicamente, a cuatro asuntos puntuales, que se pasan a exponer brevemente³.

En primer lugar, en materia constitucional se resuelven cuestiones sobre la base de normas generalmente elásticas, abiertas, indeterminadas, imprecisas, ambiguas o simplemente vagas. Esta característica demuestra, desde luego, que en este campo se concede un amplio margen de actuación a sus jueces y que, además, hace difícil determinar parámetros o límites a lo constitucionalmente admisible⁴. Hay

³ Existe una amplia bibliografía que plantea características especiales, «factores» o «particularidades» en la interpretación constitucional. A modo ilustrativo, véase J. WRÓBLEWSKI, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Madrid, Civitas, trad. de A. Azurza, 1985, reimpr. 2001, pp. 102-114; M. CAPPELLETTI, «La actividad y los poderes del juez constitucional en relación con su fin genérico», en *idem*, *Proceso, ideologías, sociedad*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, trad. de S. Sentís M. y T. A. Banzhaf, 1974, pp. 365-452; R. CANOSA USERA, *Interpretación constitucional y fórmula política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988, *passim*; F. RUBIO LORENTE, *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp. 583-588; A. E. PÉREZ LUÑO, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1984, pp. 249-283; E. ALONSO GARCÍA, *La interpretación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, *passim*; F. J. DÍAZ REVORIO, *Valores superiores e interpretación constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, pp. 298-313; J. A. MARÍN, *Naturaleza jurídica del Tribunal Constitucional*, Barcelona, Ariel, 1998, *passim*; S. V. LINARES QUINTANA, *Tratado de interpretación constitucional*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, pp. 115-133; A. HOYOS, *La interpretación constitucional*, Bogotá, Temis, 1998, pp. 1-16; L. PRIETO SANCHÍS, «Notas sobre la interpretación constitucional», en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 9, 1991, pp. 175-181; F. ZÚÑIGA URBINA, «Tendencias contemporáneas en la interpretación constitucional», en AA.VV., *Interpretación, integración y razonamiento jurídicos*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1992, pp. 288-295.

⁴ Si bien en el ordenamiento jurídico infra-constitucional (el «Derecho ordinario») también existen normas de textura abierta, en materia constitucional esta circunstancia se ve acrecentada por la fuerte incidencia que poseen las disposiciones relativas al catálogo de fines, valores y derechos fundamentales, que suelen estar redactadas en un lenguaje particularmente amplio e indeterminado. Sobre el tema consúltese K. HESSE, *Escritos de Derecho Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, trad. de P. Cruz Villalón, 1992, en esp. pp. 40-50; G. ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, trad. de M. Gascón,

posturas que sostienen que esta característica de las normas constitucionales impide plantear criterios racionales a las diferentes respuestas judiciales surgidas en virtud suya, o bien, que toda respuesta judicial articulada sobre la base de cláusulas abiertas es simple y llanamente admisible sobre la base de cualquier racionalización *a posteriori*⁵.

Asimismo, en segundo lugar, la interpretación constitucional está marcada por una fuerte presencia de valores plurales y diversos, que no sólo participan de la misma característica anterior, sino además, en casos concretos, pueden orientar las decisiones de los jueces en sentidos opuestos, dependiendo de cuál de ellos se elija. Una presencia axiológica acentuada acarrea considerables problemas relacionados con su concreción y con las pautas estimativas empleadas por los jueces para resolver los casos concretos. En esto debe hacerse notar también que, teóricamente, las constituciones no son neutras desde el punto de vista axiológico, y en tal sentido, exigen de parte de sus jueces un ejercicio hermenéutico tendiente a garantizar, maximizar y expandir sus postulados⁶. Combinado esto con lo anterior, parece claro que buena parte de los problemas de interpretación en materia constitucional están referidos a la manera como los jueces constitucionales justifican sus decisiones de tal forma que sean consistentes con estos valores y no, por el contrario, que dichas justificaciones encubran sus propias ideologías personales⁷.

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

1995, pp. 109-114; F. J. DÍAZ REVORIO, *Valores superiores e interpretación constitucional*, op. cit., pp. 298-313 y 326-345; F. RUBIO LLORENTE, *La forma del poder*, op. cit., pp. 585-586; L. PRIETO SANCHÍS, «Notas sobre la interpretación constitucional», cit., pp. 176-177.

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

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

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

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

se establecen «los límites de posibilidad de la interpretación» de las restantes normas del ordenamiento jurídico⁹.

A este respecto, la Corte Constitucional colombiana —algunas de cuyas decisiones serán tomadas como banco de pruebas de los problemas que serán tratados en este libro¹⁰— ha sido clara en manifestar que el alcance de su interpretación es superior al de los otros jueces y órganos del poder público, hasta el punto que entre sus interpretaciones y la propia Constitución no puede interponerse ni siquiera «una hoja de papel»¹¹. Ha sostenido, en esta misma línea de aproximación al tema, lo siguiente:

«[A] diferencia de la jurisprudencia de los demás jueces, en cuanto desentraña el significado de la Constitución, [la interpretación de la Corte Constitucional] no puede tener valor opcional o puramente ilustrativo, puesto que sirve de vehículo insustituible para que ella adquiera el *status* activo de norma de normas [...]. Frente a la interpretación de la Constitución plasmada en una sentencia de la Corte Constitucional no puede concurrir ninguna otra, ni siquiera la del Congreso de la República [...]. A diferencia de lo que acontece con los demás órganos judiciales, las sentencias de la Corte Constitucional tienen la virtualidad de desplazar la ley o incluso de excluirla del ordenamiento, cuando no la mantienen dentro de ciertas condiciones, todo en razón de su calidad de juez del Congreso»¹².

Esta posición de privilegio de los tribunales constitucionales lleva a considerar una cuarta y no menos importante característica, relativa a la especial trascendencia que dichos tribunales tienen en el contexto de los órganos del poder público,

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

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

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

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

su «acusado carácter político»¹³ y las consecuencias políticamente relevantes que se derivan de sus decisiones¹⁴. Esto se manifiesta tanto en la pronunciada capacidad que poseen de asumir tareas de tipo «legislativo», especialmente a través de la creación de subnormas constitucionales cuando está en juego la defensa de los derechos fundamentales¹⁵, como en su capacidad de tomar decisiones divergentes o contrarias a las que son tomadas por el legislador ordinario¹⁶, todo lo cual parece suficiente para afirmar, como lo hace L. VERDÚ, que la interpretación constitucional resulta siendo «mucho más ardua y grave que la propia del derecho privado», pues el juzgamiento de los temas constitucionales es susceptible de generar tensiones entre los órganos del poder público¹⁷. Sostiene a este respecto BACHOF, que la interpretación constitucional es una tarea de extremo cuidado y llena de responsabilidad, que «requiere personas de notoria experiencia en cuestiones de Derecho y de práctica constitucionales; una experiencia —en definitiva— que no tiene el juez ordinario, ni puede tenerla»¹⁸.

Con relación a esta cuarta característica, es pertinente señalar que de ella deriva un tema que ha sido objeto de legendarias discusiones: la determinante cuestión sobre la naturaleza, *política* o *jurídica*, o *mixta*, de los tribunales constitucionales y, consecuentemente, el carácter —político, jurídico o mixto— de la propia interpretación constitucional¹⁹. En el trasfondo de este tema puede residir la viabilidad de plantear exigencias, condiciones y límites específicos a la actividad que desarrollan los tribunales constitucionales, valga decir, en un distinto sentido de los deberes y responsabilidades que caracterizan el oficio de todos los demás jueces.

3. LA JUSTIFICACIÓN Y FUNDAMENTACIÓN DE LAS DECISIONES CONSTITUCIONALES Y EL OBJETO DE ESTE LIBRO

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

¹³ Cfr. L. PRIETO SANCHÍS, «Notas sobre la interpretación constitucional», cit., p. 178.

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

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

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

¹⁷ Cfr. P. LUCAS VERDÚ, *Curso de Derecho Político*, op. cit., p. 530.

¹⁸ O. BACHOF, *Jueces y Constitución*, op. cit., p. 55.

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

mantener la idea de una actividad guiada por criterios racionales, o si, por el contrario, obligan replantear el marco de exigencias justificativas y responsabilidades predicables de los jueces que se dedican a ella.

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

Tras exponer esas anomalías o dificultades, se busca en segundo lugar demostrar que lo expuesto en relación a las mismas puede ser ejemplarizado a través de algunos casos concretos, mediante los cuales se obtienen suficientes elementos de juicio para plantear la existencia de manipulaciones y la imposición de determinadas ideologías y concepciones personales de los jueces. La característica común a dichos casos, como se expondrá en su momento, reside en que las decisiones así tomadas son «arropadas» mediante diversos tipos de argumentos y técnicas interpretativas o, lo que es lo mismo, descansan en razones meramente «aparentes», cuyo resultado no es otro que la producción de fallos arbitrarios, indebidamente justificados en Derecho.

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

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

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

En consecuencia, se estudiará aquí, por un lado, la dimensión propiamente racional del proceso decisorio —el *iter* interpretativo—, a la luz de lo que la doctrina denomina la «justificación» de las decisiones judiciales, término que, por regla general, es empleado como sinónimo de «fundamentación»²⁰. La teoría de la justificación está dirigida a mostrar la necesidad y exigencia que tienen los jueces de «soportar» o «cimentar» los razonamientos jurídicos que emplean para la toma de decisiones concretas, es decir, a que sustenten debidamente «por qué se debe actuar, o no actuar, de determinada manera» en el seno de las relaciones jurídicas, a partir del cumplimiento de ciertos estándares, tanto de orden formal como material²¹.

Dicha teoría de la justificación está, por una parte, anclada en una perspectiva práctica del razonamiento jurídico. Una perspectiva práctica del razonamiento jurídico —o las nociones relacionadas como razón práctica, razonamiento práctico, naturaleza práctica del razonamiento jurídico, y otras de similar tenor— está caracterizada por el empleo de razones dirigidas a la acción, o más precisamente, en presentar razones cuya finalidad es la elección de medios adecuados para tomar decisiones y actuar correctamente. En consecuencia, un razonamiento práctico es un razonamiento orientado a la *praxis*, que prescribe conductas y no, por el contrario, un razonamiento que meramente las «describe». En este libro, especialmente en la segunda parte, se desarrollarán estos elementos con mayor profundidad y, particularmente, se estudiarán los dos grandes «modelos» que existen sobre el razonamiento práctico, el procedimental y el prudencial, de orientación kantiana el primero, y aristotélica el segundo.

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

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