



UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA

El derecho como discurso en la jurisprudencia de la corte constitucional colombiana

Jhany Marcelo Macedo Rizo

Universidad Nacional de Colombia
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales
Bogotá, Colombia

2012

El derecho como discurso en la jurisprudencia de la corte constitucional colombiana

Jhany Marcelo Macedo Rizo

Tesis presentada como requisito parcial para optar al título de:

Magister en Derecho

Director:

Ph.D. Jheison Torres Ávila

Línea de Investigación:

Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho

Universidad Nacional de Colombia

Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales

Bogotá, Colombia

2012

Resumen

El trabajo busca evidenciar la existencia de discursos políticos subyacentes en decisiones tomadas por la corte constitucional colombiana durante los años 90, proponiendo que en materia de derechos fundamentales y fundamentación teórica del Estado social de derecho, ese cuerpo judicial fue especialmente progresista, pero tratándose de derechos sociales y la estructura económica del Estado, la Corte se mostró conservadora. Para caracterizar esta faceta discursiva del derecho, en su primera parte el escrito reconstruye los antecedentes de irrupción del denominado giro lingüístico de la filosofía en el derecho, lo que sirve para determinar la naturaleza propia del discurso jurídico. En la segunda parte, tras efectuar el análisis específico de sentencias de la Corte sobre los temas mencionados atrás, el trabajo propone que con la Constitución de 1991 y al abrigo de novedosas corrientes de teoría jurídica se generó en Colombia un nuevo derecho, que en su interior alberga una tensión originada en la lucha política por su significado.

Palabras clave: Análisis del Discurso – Discurso Jurídico – Corte Constitucional – Nuevo Derecho – Constitución de 1991

Abstract

The work tries to demonstrate the existence of underlying political discourses in decisions made by the Colombian Constitutional Court during the 90's. It proposes that in matter of fundamental rights and theoretical exposition of social state of law, that Court was specially progressive, but treating social rights and economic structure of the State, the Court was conservative. In order to characterize this discursive facet of the Law, in its first part the writing reconstructs the antecedents of irruption of denominated "linguistic turn of philosophy" in the Law, which serves to determine the own nature of the legal discourse. In the second part, after realize the specific analysis of sentences of the Court on the mentioned subjects, the work proposes that since the Constitution 1991 and because the influence of new schools of legal theory there was generated a new law in Colombia, which in its interior lodges a tension originated in the political fight by its meaning.

Keywords: Discourse Analysis – Law Discourse – Constitutional Court – New Law – Constitution 1991

Contenido

	<u>Pág.</u>
Resumen.....	V
Introducción.....	1
PRIMERA PARTE: Análisis teórico del derecho como discurso.....	7
Capítulo Primero: Reconstrucción teórica de la introducción del “giro lingüístico” de la filosofía en el derecho.....	9
1. El giro lingüístico.....	9
2. La tradición analítica.....	11
3. La tradición hermenéutica.....	17
4. Las teorías de la argumentación.....	21
Capítulo Segundo: Breve descripción del análisis del discurso y del análisis del discurso jurídico.....	27
1. Análisis del discurso	27
a) El abandono de la oración como unidad de análisis.....	28
b) La redefinición del sujeto gramatical	29
c) La preocupación por el lenguaje en la comunicación.....	29
d) La introducción del concepto de performatividad	30
e) La perspectiva arqueológica	31
f) La irrupción del principio dialógico	32
2. Análisis del discurso jurídico	33

Capítulo Tercero: Visión crítica del discurso jurídico.....	41
1. La particularidad del lenguaje jurídico.....	41
2. La eficacia simbólica del derecho.....	49
3. El papel del tribunal constitucional.....	53
SEGUNDA PARTE: Análisis del discurso jurídico de la Corte Constitucional en temas específicos.....	57
Capítulo Cuarto: La tensión interna de la Constitución del 91 y el impacto de las sentencias primigenias de la Corte.....	59
1. Los efectos de las sentencias de la Corte Constitucional	60
2. La tensión interna de la Carta del 91: carta de derechos Vs. Constitución económica.....	63
Capítulo Quinto: Estudio de algunas sentencias de la Corte Constitucional.....	69
1. Posturas progresistas.....	69
2. Posturas conservadoras.....	74
Jurisprudencia de contenido económico	76
a) Emergencia económica.....	76
b) UPAC.....	78
c) Salarios.....	81
3. Conclusión preliminar: derecho Vs. Economía.....	83
Capítulo Sexto: La ambigüedad del ‘nuevo derecho’ en Colombia.....	85
1. Estado social de derecho Vs. economía de mercado.....	86
2. Facetas del nuevo derecho	86
Conclusión.....	91
Bibliografía.....	93

Introducción

El presente trabajo se explica en el deseo de aportar al debate académico jurídico contemporáneo en nuestro país, a partir de la realización de un estudio sobre derecho judicial, en especial del análisis de algunos elementos de interpretación constitucional, emprendido desde una perspectiva discursiva. Este tipo de estudios ha crecido en Colombia durante los últimos años, lo cual puede justificarse desde dos puntos de vista: por una parte, a lo largo de las dos décadas precedentes hemos presenciado en Colombia una fuerte recepción de planteamientos novedosos surgidos en el ámbito de la teoría del derecho, los cuales han contribuido a la consolidación de un novedoso movimiento de estudios teórico-jurídicos. Por otra parte, la expedición de un nuevo texto constitucional, en el que entran en conflicto, además de otras estructuras normativas, una amplia carta de derechos y una propuesta económica liberal, ha contribuido tanto al desarrollo de una jurisprudencia constitucional extensa, como al surgimiento de toda una corriente doctrinaria alrededor de la misma.

La investigación a realizar busca participar en ese debate académico a partir del esbozo de una postura teórica que asuma como enfoque un análisis discursivo del derecho, con el fin de determinar los discursos que subyacen a algunas decisiones judiciales, específicamente de la Corte Constitucional colombiana. Igualmente pretende desarrollar un estudio de jurisprudencia, en particular de pronunciamientos que resulten paradigmáticos en temas sensibles para nuestro trabajo, prestando especial atención a aquellos relacionados con la concepción del Estado social de derecho, la protección de derechos fundamentales, el reconocimiento de derechos sociales y algunos fallos de especial relevancia en materia económica.

El origen de este trabajo se remonta a la asignatura de Teoría del derecho, ofrecida por la facultad de Derecho de la Universidad Nacional durante el primer semestre de 2004, bajo la responsabilidad del profesor Óscar Guardiola. El desarrollo del curso referido giró en torno a la lucha por el significado del derecho que se libra en los tribunales y en la academia, acudiendo a varias experiencias históricas, como la vivida en Colombia durante los años 90 del siglo anterior con el llamado “nuevo derecho”. Se expuso entonces que este reputado nuevo derecho tenía como fuentes, por una parte, la Constitución del 91, y por otra, la recepción de teoría jurídica contemporánea, orientada hacia el campo de la justicia, la interpretación y la argumentación en derecho.

La naturaleza de la Constitución como fuente de un nuevo derecho se justificó en la existencia de una tensión interna en su contenido, confrontación protagonizada por una aparente amplia carta de derechos que se ve enfrentada con el componente económico de la norma superior, establecido especialmente por su Título XII. Por otro lado, durante los últimos años, el discurso jurídico que prevalece en el ambiente jurídico colombiano se ha visto permeado por la recepción de corrientes novedosas dentro del campo de la

teoría del derecho, y sin duda este fenómeno receptivo ha orientado la interpretación que algunas vertientes académicas han hecho de la Constitución del 91.

En este sentido podemos sostener que durante las dos últimas décadas hemos asistido al proceso de crecimiento de un nuevo derecho en Colombia, que no ha sido ajeno a la evolución del derecho internacional, y que ha surgido entonces como producto de la influencia de múltiples teorías y de la lectura de diversos autores foráneos, por lo general críticos del formalismo, los cuales han venido a propiciar una nueva conciencia jurídica nacional, especialmente en materia constitucional, y como resultado de la interpretación que con base en esa influencia se hace de la norma fundamental colombiana. Así las cosas, es posible afirmar que este nuevo derecho representa una novedosa corriente jurídica antiformalista en la que el papel de los jueces cobra singular importancia gracias al amplio margen abierto a la interpretación de las normas jurídicas que se ha realizado, lo que conduce a un inusitado activismo judicial. Su importancia radica en el papel que desde la misma se le ha querido dar a la constitución vigente, convirtiéndose en la herramienta política de algunos sectores.

En este sentido, de acuerdo a la parte a la que se haya dado prevalencia en ejercicios de interpretación, se ha señalado la presencia, al interior de este movimiento, de dos vertientes teóricas: una de corte neoliberal y otra de corte progresista¹. La primera ve al nuevo derecho como un medio para la adopción de reformas económicas y políticas que beneficien el sistema de mercado. Esta postura se puede percibir en integrantes de los gobiernos sucesivos, desde la era Gaviria hasta la actual, donde los llamados "tecnócratas" se han mostrado más proclives, por un lado, a la entrega de mayores facultades al Ejecutivo, y por otro, a aplaudir las decisiones judiciales que atienden a sus posibles consecuencias económicas y políticas, con una correlativa censura frente a aquellas que afectan la estructura económica del Estado, controvierten las políticas del gobierno y/o riñen con los intereses del sector privado. La vertiente progresista, por su lado, busca favorecer a los sectores más desaventajados de la sociedad, con base en una lectura garantista de los postulados constitucionales, principalmente de la carta de derechos fundamentales, extendiendo esta categoría a prerrogativas de corte económico y social, corriente personificada por algunos magistrados de la primera generación de la Corte Constitucional.

Así las cosas, podemos señalar que el presente trabajo partió de la constatación fáctica de cómo el hecho de la interpretación puede orientar el sentido de una norma jurídica hacia fines aparentemente políticos, que bien pueden situarse en el debate interno del nuevo derecho, es decir, en la contradicción neoliberalismo – progresismo, o si se quiere, economía de mercado Vs. derechos fundamentales, o bien puede coadyuvar en la defensa de posiciones de distinta índole, buscando proteger por ese medio diferentes tipos de intereses.

¹ El término "progresista" se entiende aquí como una crítica totalizante, emancipadora y empírica a la realidad presente, susceptible de ser mejorada. Como lo señala González Acanda: "Un pensamiento progresista ha de ser contrahegemónico. No basta sólo con que busque formas de resistencia, sino que tiene que proponer alternativas válidas, por imaginativas y creadoras, en un mundo en el que el cambio no es una opción sino una exigencia (...) Pensamiento crítico, totalizador, descosificador, antihegemónico. Aristas distintas pero orgánicamente presupuestas que califican la voluntad de ser progresista en materia de pensamiento". González Acanda, Jorge Luis. ¿Qué significa ser progresista en materia de pensamiento? En: *El Catoblepas. Revista crítica del presente*. No. 10. Octubre 2002. Pág. 5.

Aunque indudablemente debe ser ampliada, la discusión sobre el nuevo derecho ha servido como punto de partida para realizar un estudio más profundizado sobre la interpretación que del texto constitucional ha hecho su máximo intérprete autorizado. Las herramientas conceptuales, metodológicas y argumentativas, susceptibles ellas mismas de una determinada interpretación, han dado lugar a la formación de orientaciones jurisprudenciales de la Corte en torno a temas de singular relevancia jurídica, en lo cuales se ha defendido una particular visión de la Carta Política, que oscila entre posiciones conservadoras cuando se trata, por ejemplo, de asuntos relativos a la estructura económica del Estado, y progresistas cuando se busca hacer una caracterización generalizada de los elementos del Estado social de derecho. El tema específico del trabajo es la existencia de interpretaciones dominantes al interior de ese tribunal y la demostración que esas corrientes interpretativas obedecen a determinadas posturas políticas.

No obstante, si bien es cierto que a raíz de la expedición de la Carta Política del 91 y la creación de la Corte Constitucional ha surgido en nuestro país un verdadero nuevo derecho, no lo es menos que su desarrollo no puede limitarse a las dos vertientes anotadas, pues esto podría llevarnos a un reduccionismo teórico, que no sólo dejaría por fuera el análisis de otros temas de igual o mayor importancia, sino que podría tornar ingenuas nuestras posiciones, toda vez que encasillaríamos a magistrados y doctrinantes dentro de una corriente específica, cuando en realidad pueden ellos mismos asumir posturas ambiguas y aún contradictorias frente a diferentes temas puestos a su consideración.

Por esta razón es que el tema se ha ampliado para hacer un análisis de la evolución jurisprudencial en torno a algunas materias de especial relevancia para el derecho y la sociedad. En este sentido, el enfoque metodológicamente discursivo se alejará un poco de la persona del magistrado, pues un estudio de ese tipo desbordaría por completo los objetivos propuestos para el presente. En otras palabras, no preguntará tanto por quién ha tomado la decisión, sino por dónde y cuándo, buscando auscultar los fallos en los que en relación con dichas materias la Corte se ha pronunciado en una u otra dirección determinada y con base en qué consideraciones.

Ahora bien, siguiendo con la introducción del trabajo, puede afirmarse, a manera de hipótesis general, que este defiende, desde un punto de vista descriptivo, que el derecho puede definirse específicamente como un discurso al que subyacen posiciones políticas. Esta afirmación tiene asidero en el análisis de pronunciamientos de la Corte Constitucional sobre temas de particular importancia, en los que se confrontan distintas visiones de la Constitución, y que de acuerdo con el asunto que sea puesto a su consideración, las decisiones oscilan entre posiciones conservadoras y progresistas.

La hipótesis planteada parte del supuesto de que, como todo discurso, el jurídico también encierra una intencionalidad, que para el caso del derecho se identifica con fines políticos, con fundamento en que la prédica del derecho debe servir para la salvaguarda de intereses que diferentes individuos o colectividades persiguen, por medio de una particular interpretación de las normas jurídicas y de los pronunciamientos judiciales. De allí que se sostenga la idea del derecho como un campo eminentemente conflictivo, en el que resultan victoriosos aquellos que ven protegidos sus intereses.

En este sentido, un ejemplo histórico y constatable de la definición del derecho como discurso con fines políticos, a partir de la interpretación de los textos jurídicos, se observa en fallos de la Corte Constitucional colombiana, la cual ha ofrecido interpretaciones ambiguas de la Carta Política, de acuerdo al tema que se encuentre bajo su estudio, resultando especialmente sensibles los temas de derechos sociales y los que implican relevantes consecuencias económicas. Aquí se propone que la Corte ha sido progresista frente a asuntos de derechos fundamentales, particularmente los derechos de libertad, y en algunos casos de derechos sociales, pero se ha mostrado conservadora en lo tocante a la estructura económica del Estado y a fallos de enorme relevancia para la economía o la política nacional. Esta es la tesis que se intentará demostrar en el componente empírico del trabajo.

En cuanto a su desarrollo, debe señalarse que la investigación tuvo varias etapas. En la primera se desarrollaron un poco más las ideas anteriores, en el marco de la monografía de pregrado. En la segunda se buscó profundizar sobre el análisis del discurso jurídico, lo cual llevó a una revisión del ingreso del “giro lingüístico” de la filosofía en el derecho, ejercicio al final de cual se determinó que aquel se desplegó esencialmente a través de cuatro tradiciones: (i) la tradición analítica que se forma a partir de la aplicación de planteamientos de la filosofía analítica al derecho, y que desemboca en Hart, como heredero de Austin; (ii) la tradición hermenéutica que transita desde el historicismo diltheano para arribar finalmente a la ética discursiva habermasiana; (iii) las teorías de la interpretación y de la argumentación jurídicas, cuyas versiones más avanzadas se encontrarían en Dworkin y Alexy; y finalmente, (iv) la tradición crítica del lenguaje jurídico, representada básicamente por Foucault y Bourdieu. Este seguimiento sustantivo ocupará un buen espacio en la primera parte del trabajo, con miras a construir una sólida base teórica que sirva de herramienta de aplicación al análisis de jurisprudencia de la segunda parte. Finalmente, en la tercera y definitiva etapa, en consonancia con lo anterior y como aspecto práctico, se ha fijado la atención en la evolución jurisprudencial que algunas materias de especial relevancia para el derecho y la sociedad han tenido en la Corte Constitucional. En este sentido, el enfoque discursivo se orienta a auscultar algunos fallos en los que en relación con dichas materias la Corte se ha pronunciado en uno u otro sentido.

Como ya se advirtió, el presente trabajo se desenvuelve en el campo del análisis del discurso jurídico. La perspectiva que se aborda aquí es una postura crítica, orientada a demostrar la intencionalidad política que se esconde tras los ejercicios de interpretación y de argumentación de las normas jurídicas y de los pronunciamientos judiciales, esto es, dirigida a determinar cómo el discurso jurídico entraña la promoción de intereses, de acuerdo al modo de interpretar los productos jurídicos, intereses que son protegidos o descartados en el campo conflictivo del derecho.

Es importante aclarar que este estudio se limitará al marco de lo establecido por los pronunciamientos judiciales a discutir, razón por la cual no buscará determinar si y en qué medida sobre dichos fallos ha habido un adecuado cumplimiento, es decir, no pretende ser un trabajo sobre eficacia. El seguimiento jurisprudencial que se propone sólo se orienta a establecer circunstancias que hayan contribuido a definir la decisión jurídica de la Corte, sin evaluar si esta ha sido eficaz o no, lo cual serviría como punto de partida para una futura investigación sobre el tema. Como nos lo ha enseñado Mauricio García, la distancia entre la promulgación y la aplicación de una norma bien puede ser abismal, aunque para el presente caso no se trate específicamente de contextos de creación normativa, sino de aplicación del derecho.

Por otra parte, el enfoque que se adopta en este trabajo es eminentemente empírico, en el sentido alexiano de la palabra.² Para el desarrollo de la primera parte se ha llevado a cabo esencialmente un trabajo de revisión bibliográfica, buscando auscultar los antecedentes de los estudios jurídicos enfocados en el lenguaje. La segunda parte consiste en una lectura de un número de sentencias de la Corte Constitucional, que fueron escogidas estratégicamente para la comprobación de la hipótesis. Es menester aceptar que su escogencia ha sido arbitraria, por lo cual han quedado por fuera otros fallos de igual o mayor importancia. Sin embargo, se han seleccionado acogiendo criterios de búsqueda de la propia página web de la Corte, prestando especial atención a su referencia por diversos autores y también con base en conocimientos previos del autor.

Finalmente, valga indicar que el trabajo se divide en dos partes. En la primera de ellas se decantan los elementos teóricos a través de cuya aplicación se desarrolla la hipótesis fundamental de la obra. Cuenta con tres capítulos, dedicados, en primer lugar, a delimitar con mayor precisión el campo teórico en el cual se desenvuelve el presente trabajo; en segundo lugar, a hacer un recuento de la irrupción de este tipo de estudios en el ámbito del derecho; y por último a enfatizar en una de las versiones del análisis del discurso jurídico, para utilizarla como punto de partida del estudio que se lleva a cabo en la segunda parte. A lo largo de esta sección se busca permanentemente justificar el acudimiento a esta herramienta de análisis.

La segunda parte es un estudio de jurisprudencia. Para el mismo se han escogido ejemplarmente cuatro temas, los cuales a su vez se han agrupado en dos posiciones: una progresista, que incluye fallos sobre derechos fundamentales y la concepción del Estado social de derecho, temas de los que se ocupa el cuarto capítulo; y una postura conservadora, que abarca el tema de los derechos sociales y los fallos de relevancia económica, que se agrupan en el capítulo quinto. Finalmente, se reitera en el tema del nuevo derecho en Colombia, buscando mostrar a través del mismo la ambigüedad que subyace al discurso jurídico de la Corte y tratando de elaborar un estudio de proyección de los fallos de dicho tribunal con respecto a estos temas sensibles, teniendo en cuenta su actual conformación y las orientaciones doctrinarias que en el presente dominan su jurisprudencia.

² Alexy señala que una perspectiva es empírica cuando en ella se describen o explican (...) la frecuencia de determinados argumentos, la correlación entre determinados grupos de hablantes, situaciones lingüísticas y el uso de determinados argumentos, el efecto de los argumentos, la motivación para el uso de determinados argumentos, o las concepciones dominantes en determinados grupos sobre la validez de argumentos. Una teoría de este tipo es parte de una teoría del actuar jurídico, especialmente del judicial, a desarrollar con los métodos de las ciencias sociales". Alexy, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1989. Pág. 35.

PRIMERA PARTE: Análisis teórico del derecho como discurso

Para iniciar el presente trabajo de grado he querido hacer un breve repaso de la introducción de la variable lingüística en el derecho, como resultado del llamado “giro lingüístico” de la filosofía. Si bien el primer capítulo de esta parte de la obra puede considerarse innecesario, toda vez que el lector podrá obviarlo sin que pierda la esencia del trabajo, lo considero de singular importancia, pues es a partir de él que se podrá, en primer lugar, determinar el campo específico del conocimiento dentro del cual se busca desarrollar la tesis de grado, así como definir la justificación de la utilización de estas herramientas teóricas de análisis. En segundo lugar, encontrar un estado de la cuestión, así como de la posición crítica que se asume, en busca de una mejor sustentación de los presupuestos fundamentales del trabajo.

El presente estudio surge de la inquietud causada al observar la manera como un producto jurídico puede ser interpretado de maneras tan disímiles. Particularmente, esa preocupación tiene su origen en la identificación del llamado “nuevo derecho” en Colombia, erigido como producto de la influencia de teorías novedosas y de la lectura de diversos autores, los cuales han contribuido al nacimiento de una nueva conciencia jurídica nacional, especialmente a partir de la promulgación de la Constitución de 1991. A mi modo de ver, este nuevo derecho, caracterizado por un fuerte activismo judicial, le ha otorgado diferentes sentidos a nuestra Carta vigente, y por esa vía, la ha convertido en herramienta política de varios sectores sociales. Igualmente, al interior del mismo se han identificado dos posiciones: una neoliberal y otra de orientación liberal progresista, que representan genuinamente la tensión interna entre derechos que alberga nuestra constitución, así como la contradicción entre las visiones que diferentes sectores tienen de aquella.

Al indagar por las causas de estas formas de instrumentalización del derecho, se puede afirmar que ellas tienen su origen en una utilización “intencionada” del lenguaje jurídico, que permite acomodar el contenido de las normas a ciertos fines previstos. Irónicamente, la justificación de un amplio margen de interpretación puede encontrarse en la literatura reciente de teoría del derecho, como resistencia a los métodos clásicos, que en nuestro país datan del siglo XIX y fundan la lógica de la decisión judicial bajo la pretendida infalibilidad del silogismo jurídico.³ Por esa razón, se da inicio a la tarea de reconstruir los

³ El profesor Diego López Medina realiza un brillante estudio sobre la recepción de teorías del derecho y de la interpretación en Colombia durante los siglos XIX y XX, en su libro *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. 1ª edición. Legis. Bogotá, 2004. En él muestra cómo, durante la década de los 90, este ejercicio de transplante iusteórico dio lugar a la aparición del nuevo derecho en la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

antecedentes textuales de los análisis lingüísticos en materia jurídica, para elaborar un marco teórico de referencia a esta utilización discursiva del derecho. Así, en el primer capítulo se hará un seguimiento a la irrupción del “giro lingüístico” en el derecho. Con base en estas consideraciones, en el capítulo segundo se ahondará más sobre el análisis del discurso jurídico, para finalmente asumir una posición crítica y desarrollarla dentro del tercer capítulo como herramienta de análisis para la jurisprudencia que se aborda en la segunda parte de este trabajo.

Capítulo Primero: Reconstrucción teórica de la introducción del “giro lingüístico” de la filosofía en el derecho

En este capítulo dividiremos los antecedentes de la introducción de la variable lingüística en el derecho en tres corrientes generales, buscando determinar la influencia directa de cada una de ellas para la ciencia jurídica, especialmente de las dos primeras. Seguiremos por lo tanto este orden: tradición analítica, tradición hermenéutica y teorías de la argumentación. Una cuarta corriente, que podríamos denominar crítica, se estudiará en un capítulo aparte, ya que es a partir de ella que trataremos de sustentar suficientemente los presupuestos teóricos de este trabajo de grado.

Con esta advertencia previa, se hará un seguimiento a la introducción de la variable lingüística en el derecho, haciendo la salvedad de que si bien el contenido de este capítulo puede asumirse como un repaso innecesario de la discusión filosófica respecto al método en las ciencias sociales, sí resulta pertinente para explicar la aparición de ciertos estudios jurídicos de corte lingüístico, particularmente interesantes para los fines de este trabajo. De igual manera, se insiste en que los autores se han escogido de acuerdo a su pertinencia con lo aquí propuesto, y por tal razón, varios de ellos, que pueden resultar relevantes para otro tipo de estudios, en el presente caso no han sido tenidos en cuenta.

1. El giro lingüístico

La expresión giro lingüístico fue acuñada por Richard Rorty⁴ para hacer referencia a un proceso de reflexión en la filosofía occidental, que aunque a su modo de ver puede contar con antecedentes en el pragmatismo norteamericano del siglo XIX⁵, su punto de partida se encuentra en el *Círculo de Viena*⁶. Sin embargo, hay quienes atribuyen la paternidad de este giro lingüístico en la filosofía a otros autores. Por ejemplo, Foucault considera que fue Nietzsche quien permitió la entrada a la filosofía de este nuevo tipo de análisis basado en el lenguaje. Por eso afirma en *Las palabras y las cosas*: “... he aquí

⁴ Rorty, Richard. *El giro lingüístico*. Paidós. Barcelona, 1990.

⁵ El pragmatismo norteamericano fue un conjunto de doctrinas filosóficas que representaron una continuación de la tradición empirista clásica. De esta corriente hicieron parte autores como Charles Sanders Peirce, William James, Arthur O. Lovejoy, el juez Oliver Wendell Holmes y John Dewey, de quien destacamos aquí su *teoría de la verdad*, según la cual la verdad debe rendir utilidad, no en un sentido de provecho económico, sino en uno práctico, es decir, como capaz de reorganizar en la experiencia lo que una teoría sostiene que se puede realizar. Al respecto, véase: D’Agostini, Franca. *Analíticos y continentales. Guía de la filosofía de los últimos treinta años*. 2ª edición. Cátedra. Madrid, 2009. Pág. 178-184.

⁶ El *Círculo de Viena* fue un movimiento científico y filosófico, que se propuso elaborar un lenguaje común para toda la ciencia, a partir de un análisis lógico de la misma y que le otorgó a la filosofía el papel de distinguir entre lo que es y no es ciencia, desechando de ella todo resquicio metafísico. Véase: *Ibíd.* Pág. 51.

que en este espacio filosófico-filológico que Nietzsche abrió para nosotros, surgió el lenguaje de acuerdo con una multiplicidad enigmática que había que dominar (...) el ser dividido del lenguaje responde en el fondo a la cuestión que Nietzsche le prescribía a la filosofía (...) quién hablaba, pues aquí, en aquel que tiene el discurso y, más profundamente, detenta la palabra, se reúne todo el lenguaje”.⁷ Por su parte, Habermas atribuye a Nietzsche el haber rescatado al lenguaje como punto de partida de la filosofía para el siglo XX. De allí que señale que “la posibilidad de verdad como objetividad de la validez de proposiciones está *eo ipso* puesta con el lenguaje, ya que la comprensión lingüística requiere el conocimiento intersubjetivo de reglas.”⁸ No obstante, Habermas indica, en otra parte, que fue en realidad Frege quien propició esta rotación hacia el lenguaje a través de una crítica al pensamiento como conciencia representativa. Es por eso que afirma: “Con esta crítica da Frege el primer paso hacia el giro lingüístico. Pensamientos y estados de cosas ya no pueden, sin más mediaciones, quedar alojados en el mundo de los objetos representables; sólo son accesibles en tanto que expuestos, es decir, en tanto que estados de cosas expresados en oraciones”.⁹ En el mismo sentido D’Agostini sostiene que “Frege anticipó el giro lingüístico convirtiendo efectivamente el estudio del pensamiento en un análisis del lenguaje”,¹⁰ por la vía de transformar a este en el auténtico lugar de aquel, con independencia de los procesos mentales.

Ahora bien, con respecto a su significado, el giro lingüístico se puede interpretar como un momento en el desarrollo de la filosofía en el que el lenguaje irrumpe en una posición central, hasta ese momento ocupada por la conciencia¹¹, dejando de ser un simple instrumento que media la relación entre el sujeto y la realidad, a manera de herramienta para reflejar representativamente el pensamiento¹², para pasar a entenderse como una entidad que cuenta con sus propios componentes y regulaciones. Los primeros intentos de cambio de un paradigma de la conciencia hacia uno del lenguaje, se observan en el campo de las matemáticas, a través de la obra de Russell¹³, y en el de la lingüística

⁷ Foucault, Michel. *Las palabras y las cosas*. Traducción de Elsa Cecilia Frost. Siglo XXI editores. México D.F., 1968. Pág. 296, 297.

⁸ Habermas, Jürgen. *La crítica nihilista del conocimiento en Nietzsche*. En: *Sobre Nietzsche y otros ensayos*. Tecnos. Madrid, 1982. Pág. 12.

⁹ Habermas, Jürgen. *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Editorial Trotta. Madrid, 1998. Pág. 73.

¹⁰ D’Agostini. *Op. Cit.* Pág. 173.

¹¹ Esta filosofía de la conciencia es palpable en reflexiones como las de Descartes, centradas en el sujeto autoconsciente, y el idealismo categorial de Kant. Estas posiciones conducen a soluciones solipsistas, que reflejan al hombre como un ser aislado y ensimismado en sus pensamientos. El enfoque lingüístico lo regresa a una natural posición de interactividad. Frente a una razón sustantiva moderna, asumida como fundamento de todo orden lógico, ontológico e inclusive moral, se contraponen una razón menos absoluta, abierta a lo social e intersubjetiva, aportada por las reglas del lenguaje y/o de la comunicación. Al respecto, véase: *Ibíd.* Pág. 149-156.

¹² Para Aristóteles, el lenguaje no era más que el revestimiento externo de la idea. Ver: Aristóteles. *Metafísica*. 2ª edición. Gredos. Madrid, 1990. Libro IV, 4, 1006b, 10-15.

¹³ Ver: *Infra*. Pág. 12.

misma, con los trabajos de Saussure¹⁴ a la cabeza, autor que ejerció notable influencia sobre el movimiento estructuralista del siglo XX.¹⁵

Por otra parte, el giro lingüístico también puede ubicarse dentro de los llamados *saberes emancipatorios*, que surgen durante la crisis de la razón moderna, en el sentido en que, a partir de un paradigma lingüístico, esta nueva filosofía busca abandonar una perspectiva de interés técnico del conocimiento y de interés práctico de la explicación, para avanzar a un análisis de las proposiciones de la ciencia, con una pretensión de crítica universal de la experiencia, como fenómeno mediado por el lenguaje.¹⁶ Las conclusiones primigenias de este enfoque son, por una parte, el descubrimiento del carácter *apriorístico* del lenguaje, entendido como la imposibilidad de pensar o de conocer sin la intervención de los signos o símbolos lingüísticos, y por otra, el planteamiento de una nueva tarea principal para la filosofía, orientada a fundamentar los argumentos o dar razones sobre las cosas, el conocimiento y la acción de los hombres. En este aspecto puede decirse que el giro lingüístico encierra una metodología eminentemente práctica.

A pesar de que pueda interpretarse como un fenómeno singular, el giro lingüístico encierra una mayor complejidad y desde un punto de vista evolutivo, podemos decir que ha experimentado a su interior varias etapas, empezando por un enfoque meramente semántico, en el que la nueva filosofía del lenguaje trató de separarse de los anteriores presupuestos de la lingüística general y de elaborar un nuevo campo de conocimiento, para pasar después a una perspectiva pragmática, orientada en primer lugar a estudiar la alteridad y la intersubjetividad en el espacio interactivo del lenguaje, lo cual llevó, por ejemplo, a la idea de principio dialógico en Habermas, y en segundo lugar, a criticar los usos intencionados del lenguaje, aspecto que se puede notar en las disertaciones foucaultianas de la palabra o en algunos estudios sobre eficacia simbólica, como veremos más adelante. En términos filosóficos, el giro lingüístico busca superar el problema de la metafísica, convirtiendo al lenguaje en el objeto de estudio de la filosofía, asumiendo dos enfoques divergentes: por una parte, concentrándose en su estructura desde un punto de vista formal, perspectiva propia de los estudios analíticos, y por otra, enfatizando el rol intersubjetivo que el lenguaje implica y los beneficios o desventajas que el mismo acarrea sobre el propósito del conocimiento, como la hermenéutica o las corrientes críticas pueden sostenerlo.

2. La tradición analítica

Aunque el concepto de filosofía analítica¹⁷ abarca distintas escuelas filosóficas como lo son, por ejemplo, el *racionalismo crítico* de Popper, en el que la idea de fundamentación

¹⁴ Saussure denunció la falta de correspondencia entre los signos lingüísticos y las ideas que estos buscaban representar, cuestionando un concepto de lenguaje predominante en ese momento, que privilegiaba un análisis histórico, propio de la filología, proponiendo en su lugar un estudio de corte estructural, que indagara sobre su auténtico funcionamiento. Al respecto, véase: Saussure, Ferdinand de. *Curso de lingüística general*. Alianza. Madrid, 1987.

¹⁵ Ver: Benveniste, Émile. *Problemas de lingüística general*. 2ª edición. Siglo XXI. México D.F., 1978.

¹⁶ Ver: Bentolila, Héctor Rodolfo. *¿Filosofía del lenguaje o interpretación de la filosofía?* Instituto de filosofía de la UNNE. Chaco, Argentina. Disponible en: <http://www1.unne.edu.ar/cyt/2002/02-Humanisticas/H-010.pdf>

¹⁷ Si bien la filosofía analítica abarca autores y escuelas diversas, puede describirse, en términos generales, como una corriente de pensamiento que convirtió al lenguaje en su objeto fundamental

se sustituye por la de comprobación crítica, a partir de un principio de falseación¹⁸, o el *empirismo lógico* del Círculo de Viena, cuyo principal representante fue Rudolf Carnap, quien proclamó la superación de la metafísica mediante un análisis lógico del lenguaje, en este acápite nos concentraremos en la tradición iniciada por Russell, de manera paralela a Moore, de la que hizo parte más adelante Wittgenstein, y que podemos ver desembocada en autores tales como Ryle, Quine o el mismo Austin.

A principios del siglo XX, Bertrand Russell publica, junto a Alfred N. Whitehead, su *Principia Matemática*¹⁹, en la que hace una crítica a la obra de George E. Moore, la cual se concentra en el estudio de los aspectos formales del lenguaje (cuya unidad de análisis es la oración, por lo cual goza de una estructura sintáctica) y su referencia a lo real, lo que es entendido por Russell como un intento de reducción semántica de la realidad. Como respuesta, propone la articulación de un lenguaje lógico, a partir del estudio de las matemáticas, que refleje de forma fiel la naturaleza del mundo, como agregado de dominios de la realidad.²⁰

Los presupuestos teóricos sobre los que Russell apoya su propuesta pueden resumirse en dos: por un lado, el “atomismo lógico”, por el cual, así como en la naturaleza los cuerpos físicos pueden descomponerse en elementos mínimos (los átomos), también en toda ciencia se puede llegar a estas unidades mínimas, que fundamentan la construcción de dominios de saber. Por otro lado, la diferenciación entre la forma gramatical y la forma lógica de una proposición lingüística, siendo aquella el aspecto formal de la proposición (p.ej. una oración, constituida por un sujeto y un predicado), mientras que la segunda aborda el sentido lógico semántico de la misma. De este modo, si bien pueden existir muchas proposiciones que guarden la misma forma gramatical, pueden no obstante tener una distinta forma lógica²¹, dando de esta manera posibilidad a múltiples combinaciones de tipos lógicos.²²

El convencimiento de las bondades de la lógica y del análisis del lenguaje como método para estudiar la realidad, que dominó la primera fase de desarrollo de la filosofía analítica, evitó que la validez tanto de la lógica como del lenguaje fuera puesta en duda, por lo cual todo conocimiento, para reputarse científico, debía atender solamente al cumplimiento de formulaciones lógicas. No obstante, dicha validez vino a ser criticada más adelante por Wittgenstein, discípulo de Russell, como objeto de estudio de la

de reflexión y que comprendió los problemas filosóficos como problemas esencialmente lingüísticos. Al respecto, véase: D'Agostini. *Op. Cit.* Pág. 235, 236.

¹⁸ Ver: Popper, Karl. *La lógica de la investigación científica*. Tecnos. Madrid, 1999.

¹⁹ Russell, Bertrand. *Principia Mathematica*. Paraninfo. Madrid, 1981.

²⁰ La noción de “dominio de la realidad” se refiere a la correspondencia que debe existir entre una proposición lingüística y un hecho real. Los “átomos” resultantes de la descomposición de un saber construyen una representación en la realidad.

²¹ El ejemplo más común expuesto por Russell comprende las proposiciones ‘Juan es alto’ y ‘Juan es bueno’. Ambas tiene la misma forma gramatical; son oraciones compuestas por un sujeto y un predicado, pero diferente forma lógica, pues una habla de la propiedad ‘altura’ de Juan, mientras que la otra se refiere a su ‘bondad’, características que son lógicamente distintas. No saber distinguir entre dos formas lógicas es lo que conlleva a las confusiones filosóficas. Ver. *Ibíd.* Pág. 93.

²² “Las categorías o tipos lógicos son conjuntos de componentes de enunciados escogidos por su posibilidad de combinarse con otros componentes de otros conjuntos para producir oraciones significativas”. Rengifo Gardeazábal, Mauricio. *Categorías, una interpretación de la filosofía analítica*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2004. Pág. 17.

filosofía. En su primer trabajo, *Tractatus logico-philosophicus*²³, Wittgenstein propone que la realidad (el mundo) no es más que el objeto de representación del lenguaje. Su célebre constatación “*De lo que no se puede hablar, hay que callarse*”²⁴ se explica en la concepción de que las afirmaciones sobre la realidad deben ser reducibles a proposiciones lingüísticas que tengan la misma estructura lógica de los hechos (simples) que representan. Así, de manera objetiva, sólo las proposiciones que representan hechos pueden ser consideradas como científicas.

Más adelante, Wittgenstein profundizó en el estudio del lenguaje, abandonando una perspectiva que hacía énfasis en su significado, para concentrarse en el análisis de su naturaleza. Por esta vía, determinó la flexibilidad que encierra el lenguaje mismo, a partir de la observación de su uso común, concluyendo que aquel no se limita simplemente a representar hechos reales. De esta segunda etapa de su obra, que puede condensarse en los postulados de *Investigaciones filosóficas*²⁵, se resalta el concepto de *juegos del lenguaje*, por el cual el significado de una proposición sólo puede ser comprendido en un contexto, esto es, en un conjunto de reglas de juego al que dicha proposición pertenece. Así, la metáfora del juego hace referencia a algo que sucede entre varios sujetos que de una u otra forma admiten la vigencia de ciertas reglas para la utilización de ese lenguaje. Como el propio Wittgenstein lo indicó: “(El juego del lenguaje) pone de relieve que el hablar un lenguaje es una actividad, una forma de vida”.²⁶ De aquí concluye que el objeto de la filosofía es la resolución de los problemas surgidos con ocasión de las confusiones lingüísticas, cuyo método natural es el estudio del uso común del lenguaje.

Con posterioridad, aparecen en el ámbito de la filosofía analítica otros autores, que aportan nuevas visiones a este novedoso estudio del lenguaje. En primer lugar tenemos a Gilbert Ryle, quien estuvo fuertemente influenciado por los trabajos del segundo Wittgenstein y la teoría de los tipos lógicos de Russell. De allí que tenga en cuenta la diferenciación russelliana entre forma gramatical y forma lógica, si bien centró su atención en el estudio de los conceptos surgidos en el lenguaje cotidiano, proponiendo que el análisis se dirija al núcleo proposicional de los enunciados, evitando que surjan confusiones filosóficas del tipo ya descrito por autores anteriores.

En su obra resulta particularmente importante el concepto de *expresiones sistemáticamente engañosas* (*Systematically misleading expressions*), las cuales son aquellas que resultan sintácticamente inapropiadas para registrar un estado de cosas, pues sugieren la existencia de un evento que no ha tenido lugar. Se dividen en tres clases: cuasi-ontológicas, que parecen atribuir cierta existencia a un sujeto (p.ej. la afirmación ‘es real’); cuasi-platónicas, que son las que se refieren a entidades universales como individuos ordinarios (p.ej. ‘la virtud tiene su recompensa’) y cuasi-descriptivas o cuasi-referenciales²⁷. El concepto de expresiones sistemáticamente engañosas tiene importancia para el estudio filosófico, toda vez que permite develar la forma sintáctica apropiada de los estados de cosas.

²³ Wittgenstein, Ludwig. *Tractatus logico-philosophicus*. Alianza. Madrid, 1973.

²⁴ *Ibíd.* Pág. 203.

²⁵ Wittgenstein, Ludwig. *Investigaciones filosóficas*. Crítica. Barcelona, 1998. Este libro es comúnmente asumido como el punto de partida del “segundo Wittgenstein”.

²⁶ *Ibíd.* § 122.

²⁷ Ver: Ryle, Gilbert. *El concepto de lo mental*. Paidós. Barcelona, 2005. Pág. 122.

En la misma línea se inscriben Strawson y Quine, el primero de los cuales realiza un estudio de la lógica con base en la identificación de dos clases de la misma: la formal y la del lenguaje ordinario. Este último busca ser representado por la primera, pero la relación que se establece entre ambos deviene inadecuada, debido a la insuficiencia de la primera frente a la segunda. Para Strawson son necesarias otras herramientas analíticas, los llamados *sistemas formales* que facilitan métodos para establecer el tipo de relación lógica entre los enunciados²⁸.

Quine, por su parte, como crítica a las dos lógicas propuestas por Strawson aborda una perspectiva pragmática, que se sostiene sobre el rechazo radical a dos dogmas de corte empirista, por una parte, la distinción entre afirmaciones analíticas (aquellas necesariamente verdaderas) y afirmaciones sintéticas (proposiciones empíricas), y por otra, el reduccionismo fenomenalista. Frente a lo primero, señala la existencia de dos clases de verdades analíticas: las verdades lógicas y los enunciados analíticos por reducción a verdades lógicas, entendidas como aquellas integradas por enunciados verdaderos que siguen siéndolo para cualquier interpretación de sus componentes que no sean partículas lógicas. Para Quine las verdades lógicas deben reemplazar a las afirmaciones analíticas. Respecto a lo segundo, pone en tela de juicio la suficiencia de un método lógico para determinar la validez de un sistema de conocimiento y señala que este sólo convierte a quienes lo utilizan en partidarios de algunas opciones, que los predisponen a comprometerse con la existencia de las cosas que dicen. Quine propone una concepción epistemológica, conocida como holismo (totalismo) pragmático y que consiste en concebir el conjunto del lenguaje del conocimiento como un todo estructural que responde *como todo* a la experiencia. En últimas, la justificación para adoptar un sistema de lenguaje es una cuestión eminentemente pragmática²⁹.

Al lado de los tres últimos autores se encuentran Searle y J. Austin, quienes abandonan una perspectiva de enfoque en la estructura del lenguaje para abordar otra que se concentra en su funcionalidad. A partir de la observación de las diferencias que se encuentran en la utilización del lenguaje común, gracias a lo cual se observa la multiplicidad de actividades que se pueden realizar cuando algo se está significando, de modo que un término puede utilizarse de manera muy diferente y a la vez en contextos también absolutamente distintos, y con base en la formulación del concepto de acto de habla, Austin determina la existencia de dos tipos de proposiciones lingüísticas. De un lado, las constatativas, que constatan algo y dependen de un tiempo y lugar específicos para cumplirse (p.ej. ¡Estamos en verano!). De otro lado, las performativas, que realizan algo, es decir, se caracterizan por el fenómeno de la acción, además de estar sujetas a reglas, que en caso de ser cumplidas, llevan el acto de habla a un “término feliz”³⁰. En este aspecto, la teoría de Austin se acerca a la de los *juegos de lenguaje* de Wittgenstein, en cuanto deben cumplirse ciertas reglas para participar de la interacción social comunicativa. No obstante, esta perspectiva bidimensional es reformulada más adelante por Austin, quien aboga entonces por una disposición tridimensional, compuesta por los actos locucionarios, que son los enunciados como tales; los ilocucionarios, que encierran lo que se pretende con el enunciado (p.ej. afirmar, ordenar, prohibir, etc.); y los perlocucionarios, que describen el fin que se logra con el enunciado (p.ej. “se declara

²⁸ Strawson, Peter. *Introducción a la teoría lógica*. Nova. Buenos Aires, 1969. Pág. 175.

²⁹ Ver: Quine, W.V.O. *Palabra y objeto*. Labor. Barcelona, 1968. Pág. 209 y ss; e *Ideas y valores*. *Revista colombiana de filosofía*. Número 115. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá., Abril 2001. En esta edición se hace un homenaje al pensamiento de Quine.

³⁰ Ver: Austin, John L.A. *Cómo hacer cosas con palabras*. Paidós. Barcelona, 1982. Pág. 4 y ss.

culpable”)³¹. La decantación de los actos de habla pone de manifiesto la dependencia fenomenológica que crea el lenguaje, de modo que algunos hechos sólo lo son en virtud de las palabras (proposiciones lingüísticas) que se utilizan para nombrarlos.³²

Austin también asume una visión de la historia como contexto de constitución de saberes científicos, apelando al lenguaje ordinario como un objeto de justificación histórica. De esta manera se entrecruza con una dimensión observada por la tradición hermenéutica, iniciada por Dilthey, y que veremos más adelante. Por ahora, se torna indispensable señalar la importancia que la obra de Austin reviste para el derecho, debido a su influencia directa sobre Hart, quien aplicó algunas de sus tesis para plantear los conceptos de normas de textura abierta y de carácter indeterminado del derecho, con base en la vaguedad del lenguaje jurídico. En este sentido podría decirse que la teoría de Austin es la puerta de entrada de la cuestión lingüística al estudio del derecho, además de servir de puente entre la filosofía analítica y la hermenéutica.

Ahora nos ocuparemos brevemente de algunos aspectos centrales en la teoría del derecho de Hart, construida sobre la visión pragmática del lenguaje de Austin. Como ya lo vimos, este último determina la existencia de dos clases de proposiciones lingüísticas: las constatativas y las preformativas. A partir de esto, Hart afirma que el derecho es una proposición performativa, pero que en ella lo importante es saber si las personas cumplen las reglas. En caso afirmativo, estamos en presencia de una norma jurídica. En su *Concepto de Derecho*³³, Hart enumera tres problemas recurrentes y adyacentes al derecho: a) en el derecho hay ciertas conductas que dejan de ser optativas para convertirse en obligatorias; b) el derecho es entendido como una rama de la moral o de la justicia; c) el sistema jurídico consiste en reglas, pero hay que definir qué son las reglas.³⁴

Tras concluir que el derecho está compuesto por reglas y que su problema es un problema de definición, Hart descubre que existen dos tipos de reglas: unas primarias de obligación y unas secundarias que a su vez pueden ser de adjudicación, de cambio y de reconocimiento, las cuales vienen a suplir los defectos de los que adolecen las primeras.³⁵ Desde el punto de vista de la validez jurídica, nos interesa particularmente el concepto de regla de reconocimiento, que es, en últimas, el criterio de identificación de las normas del sistema jurídico. Para Hart esta regla no es expresa, sino que su existencia se demuestra en la forma como las reglas particulares son identificadas por los jueces, los demás funcionarios del Estado y por los ciudadanos del común.

³¹ *Ibíd.* Pág. 62 y ss.

³² Un ejemplo de este tipo en el derecho lo constituyen los llamados *hechos institucionales*, definidos por Searle como aquellos que presuponen la existencia de instituciones humanas, que para el caso del derecho serían las normas jurídicas. En este sentido, una expresión como “es condenado a 5 años de prisión”, que crea en sí mismo el hecho de la condena (o de la sentencia), sólo tiene sentido en un contexto en el que existe una norma que prescriba (permita u ordene) tal hecho y prevea organismos o sujetos que la proclamen. Ver: Searle, John. *La construcción de la realidad social*. Paidós. Barcelona, 1997. Pag- 42-44.

³³ Hart, H.L.A. *El concepto de derecho*. Traducción de Genaro Carrió. Abeledo Perrot editorial. Buenos Aires, 1977.

³⁴ *Ibíd.* Pág. 7-16.

³⁵ *Ibíd.* Pág. 113-123.

Además de ser el referente de identidad, la regla de reconocimiento también lo es de la validez y la eficacia de las demás normas, y de la existencia del propio sistema. En cuanto a lo primero, es correcto indicar que una regla es válida sólo si cumple con los requisitos establecidos por la regla de reconocimiento y únicamente en tal caso es parte del sistema jurídico. Por otra parte, se puede afirmar que un sistema jurídico existe cuando las normas válidas, de acuerdo a los criterios de validez del mismo, son obedecidas por el grueso de la población. De aquí se deduce que la regla de reconocimiento es una “cuestión de hecho”³⁶, pues no puede reputarse de ella su validez o invalidez, sino simplemente ser aceptada como adecuada. En caso de que se susciten dudas sobre cuál es la regla de reconocimiento o esta deje de ser obedecida por la mayoría, se presenta un estado “patológico” del sistema, que es lo que ocurre cuando se experimentan revoluciones, ocupaciones, etc.³⁷

Al reparar sobre el asunto de las normas jurídicas particulares, podemos decir que en ese aspecto Hart deja al descubierto de nuevo la influencia de Austin. En efecto, este último sostenía que el lenguaje goza de un carácter abierto e impreciso. Para Hart, cuando dicho lenguaje vago se presenta en las normas de derecho, el juez está en la obligación de legislar y tomar la decisión más acertada para el caso concreto. Este argumento sirve para sostener que, al colocar situaciones particulares bajo reglas generales, en estas últimas surge una dualidad que comprende, de un lado, un núcleo de certeza (o de significado preestablecido), y del otro, una zona de penumbra (o de duda). Dicha dualidad es un halo de vaguedad o de “textura abierta”, que no permite la mera subsunción del caso en la norma, y que obliga en esta situación a que la persona encargada tome una decisión y asuma las consecuencias que la misma entraña.³⁸

En su supuesto enfrentamiento con Dworkin³⁹, que gira en torno a la discrecionalidad del juez en la decisión de casos difíciles⁴⁰ y su presunto “poder creador”, los métodos de interpretación y la búsqueda de respuestas correctas a las controversias jurídicas⁴¹, Hart defiende que el único caso difícil que puede presentarse está constituido por la vaguedad del lenguaje jurídico y que al enfrentarse a él, el juez debe ejercer su discrecionalidad y “crear” el derecho para el caso concreto. Si a un caso fácil se le otorga una solución formalista, aplicando un silogismo jurídico, a uno difícil se le debe dar una solución “realista”, esto es, el juez está obligado a tomar una decisión. Este sería un acto de legislación excepcional (“intersticial” en palabras de Hart), el cual, no obstante, está sujeto a ciertos límites, que son considerados por el maestro de Oxford como virtudes de

³⁶ Ver: *Ibíd.* Pág. 137.

³⁷ Ver: *Ibíd.* Pág. 146.

³⁸ Ver: *Ibíd.* Pág. 156-169.

³⁹ La posición de Dworkin se expone más adelante, en el acápite dedicado a las teorías de la argumentación. Ver. *Infra.* Pág. 23, 24.

⁴⁰ En principio, de un caso puede predicarse que es difícil cuando los hechos y las normas relevantes permiten más de una solución. En este sentido se pueden identificar dos tipos de casos difíciles: el primero se presenta ante una norma de “textura abierta”, es decir, aquella que contiene una expresión lingüística vaga; el segundo se da en cualquiera de las siguientes situaciones: a) Existe más de una norma aplicable; b) No hay norma aplicable (laguna); c) La aplicación de la norma es injusta o socialmente perjudicial; d) Se requiere modificar un precedente jurisprudencial. Para conocer más detalles sobre el enfrentamiento entre Hart y Dworkin, ver: Hart, H.L.A. y Dworkin, Ronald. *La decisión judicial: el debate Hart – Dworkin*. Estudio preliminar de César Rodríguez. Siglo del Hombre editores. Universidad de los Andes. Facultad de Derecho. Santafé de Bogotá, 1997.

⁴¹ *Ibíd.* Pág. 19.

la decisión judicial: la imparcialidad y neutralidad, la consideración de todos los intereses, y la preocupación por desarrollar algún principio general aceptable como base razonada⁴². Como veremos más adelante, esta visión hartiana, envuelta en lo que algunos han llamado textualismo, servirá como elemento para una importante discusión relativa a los fines propuestos para este trabajo.

3. La tradición hermenéutica

Es posible afirmar que esta tradición se inicia en el siglo XIX con los escritos de dos autores en particular. En primer lugar, Schleiermacher, quien como teólogo, desde una perspectiva religiosa, se dio a la tarea de interpretar las sagradas escrituras apelando a motivos estrictamente morales, negando la posibilidad racional de conocer a dios, en una clara respuesta a postulados kantianos, y señalando que la hermenéutica debe dirigirse a la experiencia de la intención original del autor. En segundo lugar, Dilthey hace una crítica a la intención de fundar el conocimiento humano con base en los métodos propuestos para las ciencias naturales. En su opinión, las obras humanas sólo pueden ser entendidas mediante una metodología que haga énfasis en el aspecto de la experiencia y deje de lado los instrumentos mecanicistas utilizados por aquellas ciencias. Así, las ciencias humanas debían orientarse por criterios subjetivos o “intrínsecos”, basados en la apreciación de realidades sociales históricas.⁴³

Por ende, su teoría del conocimiento requiere una profundización de la conciencia histórica, por la interacción de las experiencias y un estudio de las expresiones (obras) que surgen de la propia vida, todo en aras del entendimiento. El sentido propio de este entendimiento (o comprensión) siempre se halla en un contexto de horizonte que se extiende hacia el pasado y el futuro. La historicidad y la temporalidad son por tanto dimensiones inherentes e inevitables de toda comprensión.

Es Dilthey quien introduce la noción de “círculo hermenéutico”⁴⁴, por el cual el todo recibe su sentido de las partes y las partes sólo pueden comprenderse en relación al todo. La circularidad de la comprensión (círculo hermenéutico) tiene otra importante consecuencia: no existe realmente un punto de partida verdadero para el entendimiento. Ello significa que no es posible concebir un entendimiento carente de presupuestos.

Ya en el siglo XX, la hermenéutica toma una nueva perspectiva con la irrupción de la obra de Gadamer⁴⁵, quien sustenta gran parte de sus postulados sobre los conceptos de prejuicio, autoridad y tradición, los cuales reivindica como una crítica de la modernidad. En la teoría gadameriana, el concepto de prejuicio no se entiende en sentido negativo, sino como un componente de la comprensión. A su vez, el de lenguaje se asume como un catalizador de la interpretación. Para Gadamer “la hermenéutica tiene una universalidad propia que se alcanza paradójicamente sólo a partir de algunas experiencias privilegiadas con vocación universal (..) no puede elevar su pretensión a la universalidad

⁴² *Ibíd.* Pág. 137.

⁴³ Ver: Dilthey, Wilhelm. *Dos escritos sobre hermenéutica: El surgimiento de la hermenéutica y los esbozos para una crítica de la razón histórica*. Ediciones Istmo. Madrid, 2000. Pág. 76,77.

⁴⁴ *Ibíd.*

⁴⁵ Ver: Gadamer, Hans. *Verdad y Método: fundamentos de una hermenéutica filosófica*. Editorial Sígueme. Salamanca, 1984.

sino a partir de hermenéuticas regionales a las que siempre hay que desregionalizar (...) El elemento que permite desregionalizar la hermenéutica es el lenguaje mismo”⁴⁶.

Es preciso señalar lo relevante que para este autor resulta el fenómeno de la conciencia, entendida como expuesta a los efectos de la historia e inserta en una historicidad autónoma objetiva, esta última representada en los acontecimientos que conforman una tradición. Gadamer propone una “fusión de horizontes” entre el concepto individual de comprensión y la tradición, de modo que se cree un espacio hermenéutico, en el que se presente el momento de la comprensión. Podemos llamar a esta teoría gadameriana la “hermenéutica de las tradiciones”.

La obra de Gadamer provoca un debate triangular, del que hacen parte, además, las posturas críticas de Habermas y el postestructuralismo deconstruccionista de Derrida. La posición de Habermas es una crítica de las ideologías desde la contraposición de conceptos críticos a categorías gadamerianas fundamentales dentro de su proceso discursivo. Al concepto de prejuicio contrapone el de interés, que tiene tres variables, el interés técnico o instrumental que regula las ciencias empírico-analíticas; el interés práctico, correspondiente a las ciencias histórico-hermenéuticas, que buscan la comprensión del sentido, y recoge aspectos importantes de su teoría de la acción comunicativa; y el interés por la emancipación, que Habermas acopla a las ciencias sociales críticas, y el cual ubica a la instancia crítica de las ideologías más allá de la hermenéutica de la tradición, pues centra su atención en la coacción institucional. Lo que hace en últimas la crítica de las ideologías es evitar el fenómeno ideológico, visto como un impedimento a acuerdos previos, por lo cual la crítica debe entenderse como el ideal regulativo de una comunicación ilimitada.⁴⁷

Paul Ricoeur presenta una propuesta conciliadora entre las posiciones de Gadamer y de Habermas⁴⁸, y plantea la posibilidad de una crítica de la hermenéutica y así mismo, de una hermenéutica de la crítica. En la primera se plantean cuatro temas que soportan dicha postura: la distanciamiento, que implica una autonomía del texto, que deja así de pertenecer al autor y pasa a ser interpretado por el lector a través de un proceso de descontextualización y recontextualización; la superación de la dicotomía entre explicar y comprender, partiendo de la consideración del discurso como obra, cuya estructura reclama una explicación que mediatiza el comprender; el abandono a encontrar intenciones ocultas detrás del texto, ejercicio que se reemplaza por la búsqueda de “un mundo a desplegar ante él”⁴⁹; y por último, el reconocimiento de la subjetividad en la interpretación, que permite mejorar la relación con el texto orientada a la apropiación de las proposiciones de la misma interpretación.

En consonancia con la propuesta conciliadora de Ricoeur, acerca de un proyecto crítico de la hermenéutica, específicamente respecto al proceso de descontextualización y de recontextualización, se abre aquí una nueva controversia alrededor del método. Por un lado la propuesta de Habermas de una reconstrucción crítica de la hermenéutica como respuesta a las pretensiones universalistas que de esta última hiciera Gadamer. Pero a la

⁴⁶ Ricoeur, Paul. *Para una hermenéutica crítica*. En: *Hermenéutica y crítica*. Docencia. Buenos Aires: 1985. Pág. 198, 199.

⁴⁷ Ver: Habermas, Jürgen. *Conciencia moral y acción comunicativa*. Península. Barcelona, 1991.

⁴⁸ Ricoeur. *Op. cit.* Pág. 209-222.

⁴⁹ *Ibíd.* Pp. 215.

vez, esta lógica reconstructiva aparece como complementaria, más que contradictoria, de una nueva corriente filosófica, liderada por Derrida, conocida como deconstruccionismo.

En un acercamiento longitudinal al pensamiento derridiano, podemos resaltar puntos importantes de su teoría. En primer lugar, debemos rescatar el carácter que el propio filósofo francés otorga a la deconstrucción: "...entonces la deconstrucción debe entenderse ante todo como experiencia, y como una experiencia que contiene necesariamente angustia, incertidumbre, dificultad de pensar y de habitar.(...) la deconstrucción debe ser pensada como una experiencia de lo imposible, como una tentativa de pensar y decir lo imposible"⁵⁰. Derrida concibe su proyecto deconstruccionista en un sentido aporético, es decir en un espacio que no brinda salidas, y que se hace más visible ante el problema ético-político que implica la posibilidad de la justicia. Quizá sea este el punto central que permite defender al deconstruccionismo como un discurso con vocación y responsabilidad políticas.

La "matriz teórica de la deconstrucción" es la idea de una *archiescritura*, entendida como la base del lenguaje mismo, en el cual tiene lugar la experiencia. Este tipo de escritura genera incertidumbre respecto a todo *logos* comprendido por referencia a su significado, y en su lugar se propone una "hipótesis gramatológica" que asume la totalidad lingüística como contenida dentro de una escritura formal. Dicha hipótesis consigue la deconstrucción de las significaciones basadas en *logos* y debilita las bases de pretensiones metafísicas de verdad.⁵¹

Ahora bien, para poder comprender la hipótesis gramatológica en todo su sentido se torna necesario atender a las premisas críticas de la deconstrucción, que se pueden resumir como sigue: la primera es la fenomenología trascendental de Husserl, esto es, la deconstrucción como interés teórico por el lenguaje literario, la ontología fundamental y la destrucción de la metafísica de la sustancia como presencia, a partir de *El ser y el tiempo* de Heidegger; la segunda es una recepción crítica del estructuralismo; la tercera, una lectura epistemológica y filosófica del psicoanálisis freudiano; por último, el pensamiento heterológico, una ética de la alteridad, esto es, una relación de respeto por el otro.⁵²

Frente al clima deconstruccionista de Derrida, Habermas presenta como respuesta a este y a Gadamer una propuesta reconstruccionista de la hermenéutica, que ya había sido adelantada por Ricoeur en su propuesta conciliadora de los dos pensadores alemanes. En síntesis, la censura de Habermas se dirige contra la pretensión absolutista de Gadamer, quien busca establecer la hermenéutica como único procedimiento de acceso a la realidad social. Como ya lo vimos, Habermas contrapone conceptos propios a decantaciones teóricas gadamerianas, con el fin de llevar a cabo un análisis crítico de los mismos, orientado a la investigación de fenómenos estructurados lingüísticamente por medio de explicaciones teóricas. Como bien lo señala Prior, "el enfoque de Habermas busca la integración de perspectivas muy distintas: por un lado, análisis y crítica de la comunicación sistemáticamente distorsionada, análisis de los sistemas de acción y teoría de la evolución social. Por otro, reconstrucción de la competencia lingüística,

⁵⁰ Peñalver Gomez, Patricio. *Deconstrucción: premisas metódicas y efectos políticos*. En: *Nuevos métodos en ciencias humanas*. Anthropos. Barcelona, 2002. Pág. 142.

⁵¹ Ver: Derrida, Jacques. *De la gramatología*. Siglo XXI. México, 2005. Pág. 189 y ss.

⁵² Al respecto, ver: Castellanos, Rafael. *Hermenéutica y desconstrucción*. En: *Ideas y valores. Revista colombiana de filosofía*. No. 130. Abril de 2006. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá, Abril 2006. Pág. 3-20.

cognoscitiva, interactiva y moral. Ello nos abre paso ya al sentido que Habermas confiere al término reconstrucción⁵³.

La base sobre la cual se puede llevar a cabo un proceso reconstructivo es llamada por Habermas *pragmática universal*, que es un conocimiento que permite reconstruir las reglas del habla, asumidas como competencias propias de la persona, reglas que son en últimas las que rigen el discurso teórico y práctico. En este punto Habermas utiliza ya postulados propios de su teoría de la acción comunicativa, que acomoda a manera de pilares en el procedimiento hermenéutico, al que apareja pretensiones de validez no cognitivas, que destruyen el mito de la neutralidad axiológica, y por esa vía, de la pretendida objetividad del conocimiento. Es de esta denuncia del carácter no imparcial del lenguaje de donde Habermas extrae elementos para la formulación de su crítica de las ideologías.

En este punto quisiera introducir aspectos generales de la ética discursiva habermasiana y mostrar, por esta vía, la irrupción directa de la tradición hermenéutica en el derecho. Como sabemos, para Habermas la acción se entiende, bien como un comportamiento observado, o bien como una ausencia de comportamiento. De todos modos, en cualquiera de los dos casos, requiere de sentido. La acción guarda una estrecha relación con el lenguaje, su sentido se lo dan la naturaleza o los seres humanos, dependiendo de a qué o quién se refiera, y de igual manera puede estar orientada a objetivos o al entendimiento.

La tipología de la acción viene así dada por lo expuesto: si se refiere a la naturaleza y busca un objetivo, es una *acción instrumental*; si se refiere a los seres humanos y se dirige a lograr igualmente un objetivo, es una *acción estratégica*; y si es referida a los mismos seres humanos, pero está orientada al entendimiento, es una *acción comunicativa*. Sólo en esta se llega a una comprensión recíproca, porque guarda pretensiones de verdad, de sinceridad y de justicia. Es así como se le imprime a la acción un contenido moral, entendido como "aquello que puede ser defendido en público"⁵⁴, de modo que el diálogo se convierte en una relación eminentemente ética.

En *Facticidad y validez*⁵⁵, Habermas busca aplicar los lineamientos generales de su teoría de la acción comunicativa al derecho, particularmente a la cuestión de la validez de las normas jurídicas, la cual se resuelve en una tensión entre facticidad o validez social y legitimidad o validez racional o comunicativa. En su entender, las normas deben tener un aspecto fáctico que comprenda tanto su cumplimiento habitual como la coacción que las respalde. Sin embargo, solamente si tienen un elemento de legitimidad pueden las normas cumplir con la función integradora que se le encomienda al derecho en las sociedades complejas. Así, la hermenéutica no es sólo una corriente que privilegia la interpretación como el método más ajustado para el estudio de las ciencias sociales, sino que también suscita reacciones que implicarán una particular importancia para el desarrollo de la teoría del derecho, como se puede ver en la ética discursiva habermasiana, que incursiona en la cuestión jurídica a través de la discusión sobre la legitimación del mismo en los Estados contemporáneos, como sociedades complejas.

⁵³ Prior, Ángel. *Hermenéutica y reconstrucción (La dimensión hermenéutica en la teoría crítica de Habermas)*. En: *Nuevos métodos en ciencias humanas*. Anthropos. Barcelona, 2002. Pág. 86

⁵⁴ Habermas, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa*. Complementos y estudios previos. Ediciones Rei. México, 1993. Pág. 311.

⁵⁵ Habermas, Jürgen. *Facticidad y validez*. Op. Cit.

La legitimidad de las normas debe ser “independiente de su imposición o implementación fáctica”⁵⁶ y medirse “por la desempeñabilidad o resolubilidad discursiva de su pretensión de validez normativa, y en última instancia atendiendo a si han sido producidas en un procedimiento legislativo que quepa considerar racional, o a si por lo menos hubieran podido ser justificadas desde puntos de vista pragmáticos, éticos y morales.”⁵⁷

Para Habermas el derecho que carece de legitimidad no es válido, y por eso, para que cumpla con su función integradora y de mediación entre los hechos y las normas, entre el campo de la facticidad y el de la validez jurídica, debe ser legítimo, es decir, fruto de un proceso comunicativo y consensuado, en el cual “los destinatarios de las normas puedan a la vez entenderse en su totalidad como autores racionales de las mismas”⁵⁸,

4. Las teorías de la argumentación

La argumentación jurídica constituye otro de los antecedentes importantes que dan cuenta de la introducción de variables lingüísticas en el estudio del derecho, con miras a lograr una adecuada justificación de las decisiones judiciales. A primera vista, parece que este acápite se aparta por completo de los precedentes, pero pronto veremos cómo algunos de los presupuestos obtenidos en las páginas anteriores serán retomados por algunos autores que prestarán especial atención al lenguaje jurídico y por esa vía a la racionalidad y estructura lógica del mismo. Si bien dejaremos de lado autores que han recabado en el tema, a manera de ejemplo, Recasens Siches, Von Ihering o Phillip Heck, el pequeño esbozo del pensamiento de Perelman, McCormick, Dworkin y Alexy nos dará herramientas para comprender el estado de la cuestión. Vale la pena aclarar que si bien la teoría de Dworkin ha sido entendida más como una teoría de la interpretación, también introduce elementos argumentativos de importancia significativa para los fines correspondientes.

A mediados del siglo XX sale a la luz la obra del filósofo Chaim Perelman, quien busca rescatar el valor de la retórica, desde un punto de vista aristotélico, como un medio para demostrar y rebatir ideas y conceptos. Su punto de partida lo constituye una crítica a la lógica formal, que la Modernidad identifica con la analítica, ignorando así su naturaleza dialéctica, conforme a los postulados de Aristóteles. De acuerdo a sus planteamientos, cuando se defiende una idea no se busca demostrar, sino que se lleva a cabo una argumentación, soportada en la retórica. “La teoría de la argumentación –concebida como una nueva retórica o una nueva dialéctica- cubre todo el campo del discurso que busca persuadir o convencer, cualquiera sea el auditorio al cual se dirige y cualquiera sea la materia sobre la cual versa”⁵⁹.

Perelman establece unas “premisas de la argumentación” que son la verdad y los valores, estos últimos de singular importancia, toda vez que las decisiones a las que se lleguen se basan sobre una lógica de los juicios de valor, que no sólo diferencian a la retórica de la lógica formal de las ciencias exactas, sino que constituyen su elemento

⁵⁶ *Ibíd.* Pág. 92.

⁵⁷ *Ibíd.*

⁵⁸ *Ibíd.* Pág. 96.

⁵⁹ Perelman, Chaim. *El imperio retórico. Retórica y argumentación*. Editorial Norma. Bogotá, 1997. Pág. 24.

fundamental que busca una argumentación dirigida a la totalidad del hombre, tanto en sus aspectos externos como internos, es decir, a la intimidad, los valores y los principios que el auditorio comparte. De allí que afirme que “incluso, ella (la retórica) examinará los argumentos que uno se dirige a sí mismo cuando delibera íntimamente”⁶⁰ y que “quien argumenta no se dirige a lo que se considera facultades tales como la razón, las emociones, la voluntad; el orador se dirige al hombre completo, pero, según los casos, la argumentación buscará efectos diferentes y utilizará cada vez métodos apropiados, tanto para el objeto de un discurso, como para el tipo de auditorio sobre el cual quiere actuar.”⁶¹

A esto se refiere el profesor Rodrigo Uprimny cuando, al hablar sobre la aplicación de la teoría de Perelman en el ámbito de la argumentación jurídica, señala que “el juez busca entonces hacer aceptable su decisión, hacerla convincente, y eso a un triple nivel, o frente a tres auditorios (...). De un lado, frente a los usuarios del derecho, mostrando que esa decisión es la mejor para las pretensiones de las partes, esto es, que se trata de una sentencia justa y razonable. De otro lado, frente a la comunidad jurídica, a fin de mostrar que esa decisión es compatible con los criterios jurídicos aceptados por esa comunidad, a fin de salvaguardar una cierta coherencia del sistema jurídico. Y, finalmente, frente a la sociedad, que espera de sus jueces ante todo decisiones razonables, en vez de purismos jurídicos.”⁶²

Más adelante encontramos a Neil McCormick, para quien la argumentación cumple una función esencialmente justificatoria que, en el caso del derecho, apunta a una razón práctica que encierra una doble dimensión: por un lado, se refiere necesariamente a premisas normativas, es decir, requiere de un elemento objetivo, las normas o el derecho como tal, y por lo tanto la decisión debe circunscribirse al contenido del mismo. De acuerdo con esto, la decisión judicial es descriptiva. Por otro lado, la inclinación por un principio normativo implica apelar a la naturaleza afectiva del decisor, estos es, se introduce un elemento subjetivo. La argumentación es prescriptiva en el sentido que busca justificarse. Esta razón práctica sin embargo, no queda sujeta a los caprichos del decisor de turno, sino que debe tener pretensiones de universalidad, con base en criterios de racionalidad.

McCormick parte de considerar que, en algunos casos, las justificaciones de los jueces tienen carácter deductivo, bajo presupuestos que se acercan a la fórmula clásica del silogismo jurídico, aunque no obstante se encuentran limitadas por lo que ha llamado “casos difíciles”, los cuales se dividen, conforme al tipo de dificultad que encierren, en problemas de interpretación, de relevancia, de prueba o de calificación. De acuerdo a lo señalado por Atienza, cada uno de estos problemas puede describirse como sigue:

“Un *problema de interpretación* existe cuando no hay duda sobre cuál sea la norma aplicable (...), pero la norma en cuestión admite más de una lectura.

Los *problemas de relevancia* plantean en cierto modo una cuestión previa a la interpretación, esto es, no cómo ha de interpretarse una determinada norma, sino si existe una tal norma aplicable al caso.

⁶⁰ *Ibíd.* Pág. 23.

⁶¹ *Ibíd.* Pág. 33.

⁶² Uprimny, Rodrigo. *Entre deductivismo y activismo: hacia un intento de recapitulación de los grandes modelos teóricos de la interpretación jurídica*. Mimeo. Pág. 9.

Los *problemas de prueba* se refieren al establecimiento de la premisa menor. Probar significa establecer proposiciones verdaderas sobre el presente y, a partir de ellas, inferir proposiciones sobre el pasado.

Los *problemas de calificación* (...) se plantean cuando no existen dudas sobre la existencia de determinados hechos primarios (que se consideran probados), pero lo que se discute es si los mismos integran o no un caso que pueda subsumirse en el supuesto de hecho de la norma.⁶³

Acudiendo nuevamente al profesor Uprimny, McCormick prevé tres requisitos con miras a justificar una decisión en un caso difícil: el de universalidad, el de coherencia con el sistema jurídico (requisitos de la consistencia y de la coherencia) y el de que sea coherente con las consecuencias que supone (requisito consecuencialista). Siguiendo a Uprimny, “(El requisito de universalidad) consiste en que la decisión esté justificada en un principio o en una norma general que normalmente estaría contenida en la premisa mayor o premisa normativa del silogismo judicial (...) La decisión satisface el requisito de consistencia, esto es, que la ‘sub-regla’ que constituye la decisión no vulnera ninguna norma o principio válido del sistema jurídico (...) Además, (...) la decisión debe tener relación con el mundo, lo cual significa, más concretamente, que hay que considerar, a la hora de decidir un caso, que la decisión tenga las mejores consecuencias desde una perspectiva social y política general.”⁶⁴

Entre estas teorías de la argumentación nos referiremos ahora a las expuestas por Dworkin y Alexy. En su célebre libro *Los derechos en serio*⁶⁵, Dworkin propone la existencia de dos modelos de normas: las reglas y los principios. Estos últimos son los que componen la directriz política de la comunidad, la cual podemos definir como un estándar que propone un objetivo que ha de ser alcanzado, es decir, una situación deseable. Los principios son la exigencia de una dimensión moral, que orienta a la consecución del fin referido.⁶⁶ Desde un punto de vista cualitativo, es dable afirmar que los principios son más generales que las reglas.

Ahora bien, pasando a su forma de aplicación, las reglas se aplican a forma de disyuntivas, esto es, se observan las condiciones previstas y se asignan las consecuencias preestablecidas por la norma. Así, en caso de que se presente un conflicto entre dos normas, se debe hacer uso de un método de exclusión, pues no puede permitirse que dos reglas contradictorias coexistan en un sistema jurídico. Una de ellas deberá ser declarada inválida y excluida del sistema. Los métodos utilizables pueden ser los de *lex superior*, *lex posterior* o *lex specialis*, o bien acudiendo a un principio.⁶⁷

Por su lado, los principios sí pueden coexistir, aunque converjan, y cuando se presente una colisión entre dos o varios de ellos, el enfrentamiento debe ser resuelto favor de

⁶³ Atienza, Manuel. *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. Instituto de investigaciones jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. México D.F. 2005. Pág. 139, 140.

⁶⁴ Uprimny, Rodrigo. *Entre deductivismo y activismo*. Op. Cit. Pág. 10.

⁶⁵ Dworkin, Ronald. *Los derechos en serio*. Editorial Ariel. Barcelona, 1984.

⁶⁶ Ver: *Ibíd.* Pág. 72.

⁶⁷ *Ibíd.* Pág. 78.

aquel que revista mayor peso o importancia en el caso concreto, sin que por esa elección el principio “descartado” deje de ser válido. Este método se conoce como *ponderación* y juega un papel trascendental en la decisión de los “casos difíciles”, ya que da lugar a la creación de nuevas normas a partir de la aplicación del principio a la situación particular.⁶⁸

Dworkin considera que los principios deben ser considerados como derecho y propone abandonar la idea de una única regla de reconocimiento, en evidente crítica a Hart⁶⁹, además de censurar que el juez deba ejercer su discrecionalidad ante un caso de complicada solución. En su concepto, lo que debe hacer es acudir a los principios. Para Dworkin, la discrecionalidad no se puede justificar en el contexto de un Estado democrático, ya que, por un lado, se estarían usurpando las funciones del legislador por un juez que no cuenta con legitimidad democrática pues no ha sido elegido popularmente⁷⁰; y por otro lado, se contradiría el principio de legalidad, o sea, el de que existan normas preexistentes a los hechos regulados, pues el juez establecería una norma *ex post facto*, es decir, aplicaría el derecho retroactivamente.⁷¹ Como solución propone la aplicación de principios orientada por la “integridad”, que elimina las dicotomías entre casos fáciles y difíciles porque es el compromiso de las autoridades públicas de tratar a los particulares de manera consistente con la “moralidad política” plasmada en las instituciones.⁷² Por la vía de introducción de los principios como criterios de decisión, sugiere unas nuevas pautas interpretativas, y propone la posibilidad de respuestas correctas en el derecho, fundamentalmente a partir de su idea de eslabones argumentativos, ilustrados en su metáfora de “novela en cadena”.⁷³

Por su parte Robert Alexy, en su *Teoría de la argumentación jurídica*⁷⁴ discute si la “jurisprudencia dispone de un canon de reglas susceptibles de consenso, que permitan un control racional e intersubjetivamente comprobable, de la actividad de decisión jurídica.” Su respuesta es que la argumentación constituye un caso especial del discurso práctico general dirigido a fundamentar aquellas decisiones. “Los discursos son conjuntos de acciones interconectadas en los que se comprueba la verdad o corrección de las proposiciones. Los discursos en los que se trata de la corrección de las proposiciones

⁶⁸ Ver: *Ibíd.* Pág. 91-93.

⁶⁹ “Mi conclusión es que si tratamos los principios como derecho, debemos rechazar el primer dogma de los positivistas, que el derecho de una comunidad se distingue de otros estándares sociales mediante algún criterio que asume la forma de una regla maestra”. *Ibíd.* Pág. 99.

⁷⁰ Como se verá en la segunda parte del trabajo, esta ha sido una de las principales críticas que se le han hecho a la Corte Constitucional con miras a cuestionar su legitimidad para la toma de decisiones de trasfondo económico o de fuerte impacto político. Ver: *Infra.* Pág. 60, 62, 63, 65.

⁷¹ Ver: Dworkin. *Los derechos en serio.* *Op. Cit.* Pág. 150.

⁷² “... la integridad en la adjudicación (...) requiere que nuestros jueces, en tanto esto sea posible, traten nuestro actual sistema de normas públicas como si respetara y expresara un grupo coherente de principios y, con ese fin, que interpreten estas normas para hallar normas implícitas entre y debajo de las explícitas”. Dworkin, Ronald. *El imperio de la justicia.* Gedisa. Barcelona, 1988. Pág. 159.

⁷³ “Podemos hallar una comparación aun más fructífera entre literatura y derecho al construir un género artificial de literatura que podríamos llamar la novela en cadena. En este proyecto, un grupo de novelistas escribe una novela en serie; cada novelista de la cadena interpreta los capítulos que ha recibido para poder escribir uno nuevo, que luego se agrega a lo que recibe el siguiente novelista y así sucesivamente. Cada uno tiene la tarea de escribir su capítulo para construir la novela de la mejor manera posible.” *Ibíd.* Pág. 167.

⁷⁴ Alexy, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica.* *Op. Cit.*

normativas son discursos prácticos. El discurso jurídico (...) puede concebirse como un caso especial del discurso práctico general que tiene lugar bajo condiciones limitadoras como la ley, la dogmática y el precedente.”⁷⁵

En cuanto al discurso jurídico en particular, la argumentación jurídica busca establecer un marco para la justificación racional de enunciados normativos dentro del marco del derecho vigente. Dentro de este marco se encuentran dos tipos de justificación: la interna y la externa. “En la justificación interna se trata de ver si la decisión se sigue lógicamente de las premisas que se aducen como fundamentación; el objeto de la justificación externa es la justificación de las premisas”.⁷⁶

Para finalizar, como hemos visto, el problema de la argumentación se inscribe desde temprano en el ámbito propio del derecho y utiliza categorías pertenecientes a otras tradiciones de estudio lingüístico. De aquí partiremos para adentrarnos en el tema del próximo capítulo dedicado al análisis del discurso jurídico.

⁷⁵ *Ibid.* Pág. 177.

⁷⁶ *Ibid.* Pág. 213.

Capítulo Segundo: Breve descripción del análisis del discurso y del análisis del discurso jurídico

La incursión del lenguaje en el campo de la filosofía representa sin duda un cambio de paradigma en torno al objeto de la propia ciencia filosófica.⁷⁸ Este “giro lingüístico” que atraviesa diversas escuelas, pertenecientes a las tradiciones analítica, hermenéutica y de la argumentación, que como pudimos observar se hacen presentes con posterioridad en el derecho, introducen una nueva categoría de estudio, la del lenguaje jurídico, que más adelante podrá especificarse como un análisis del discurso jurídico.

No obstante, es menester que de manera previa se ahonde un poco más en el campo del análisis del discurso general, para así por esa vía acceder al terreno más específico del discurso jurídico, cual es el propósito del presente escrito. Como lo constatamos en la reseña del giro lingüístico, que se movió de un plano semántico a otro pragmático, podemos afirmar que el análisis del discurso evidencia un comportamiento similar, agregándole además un plano de juridicidad, como el camino a través del cual se inserta en el mundo del derecho, y que en esencia es el que constituye el instrumento teórico a construir en las siguientes páginas con miras a utilizarlo en la segunda parte del trabajo.

1. Análisis del discurso

El análisis del discurso es una disciplina relativamente reciente que ha cumplido un papel fundamental en la renovación del estudio de las ciencias sociales. Teóricamente es el resultado de la confluencia de seis factores lingüísticos, que se enmarcan dentro del denominado “giro lingüístico” de la filosofía, a saber: a) El abandono de la oración como unidad de análisis, que pasa a ser reemplazado por los enunciados o proposiciones lingüísticas; b) la redefinición del sujeto gramatical, inserto en un sistema de signos, especialmente a partir de los trabajos de Émile Benveniste; c) el surgimiento de la preocupación por el lenguaje en la comunicación, trabajo en el que se destaca Jakobson; d) la introducción del concepto de performatividad en las proposiciones, hecha por Austin y Searle; e) la aparición de una perspectiva arqueológica en el estudio del lenguaje, como herramienta de análisis histórico, en detrimento del estudio de las ideas,

⁷⁸ Este cambio de paradigma en la filosofía, que sustituye el lugar de preponderancia ocupado durante siglos por el mundo de las ideas para establecer al lenguaje como nuevo objeto de conocimiento, fenómeno al que ya nos hemos referido con el nombre de “giro lingüístico”, bien puede catalogarse como una revolución científica en conceptos de Kuhn, como un “estudio destructor de la tradición”. En sus propias palabras: “Al elegir este término es mi intención sugerir que algunos ejemplos aceptados de práctica científica efectiva, ejemplos que incluyen conjuntamente leyes, teorías, aplicación e instrumentación, suministran modelos de los que surgen tradiciones particulares y coherentes de investigación científica”. Kuhn, Thomas S. *La estructura de las revoluciones científicas*. 2ª edición. Traducción de Carlos Solís Santos. Fondo de Cultura Económica. México D.F., 2004. Pág. 38.

inaugurada por Foucault; y f) la irrupción del principio dialógico, que comienza en el *Círculo de Batjín* durante los años 30, y desemboca finalmente en la postura de comunicación sin distorsiones de Habermas⁷⁹. A continuación haremos un breve repaso de estos seis factores:

a) El abandono de la oración como unidad de análisis

*Nihil est in lingua quod non prius fuerit in oratione*⁸⁰. Esta frase refleja claramente la importancia que durante siglos tuvo la oración como unidad de análisis lingüístico. En efecto, por años se tuvo la idea de que se trataba de una unidad completa toda vez que reunía en sí misma sentido y referencia, entendido aquel como el porte de significación, y esta como relacionada con una situación concreta. La ilusoria perfecta relación sostenida entre sujeto y predicado, integrados en un dispositivo de aparente completud parecía una verdad incontrovertible en los estudios de los lingüistas. Sin embargo, a mediados del siglo XX diversos estudios comenzaron a evidenciar la insuficiencia de este análisis con base en las diferencias entre tipos lingüísticos y la manera disímil como se ajustan al interior de las partes de la oración, desnudando así una relación diferenciada entre la función sintáctica y los elementos formales que la expresan. Este defecto se tornaba más visible cuando se trataba de comparar las estructuras sintácticas entre distintas lenguas, lo cual llevaba a considerar la oración como un intento fallido de unidad de análisis lingüístico, razón por la cual se buscó otro punto de referencia que explicara mejor el comportamiento del hablante, el cual, como veremos en el siguiente acápite, a partir de estos estudios críticos del lenguaje, empieza a jugar un nuevo rol en el ámbito de la comunicación.

Es así como Zellig Harris propone que la teoría lingüística se aleje del estudio del funcionamiento interno de la oración y se encargue más bien de los encadenamientos de enunciados,⁸¹ apreciaciones estas que tuvieron una fuerte reacción por parte de la llamada *Escuela francesa del análisis del discurso*, que con autores como Malidier⁸² a la cabeza, alegó que el encadenamiento de enunciados sólo podía lograrse a través de un vínculo dialéctico de regularidades lingüísticas y textuales desarrolladas por autores y prácticas sociales, y no como una relación meramente causal como la pretendida por Harris. En síntesis, para estos críticos el estudio de los enunciados y las proposiciones lingüísticas debe ser una cuestión pragmática, más que una cuestión lógica, por lo cual aquellos nuevos estudios sobre el lenguaje, aunque superaron el análisis meramente sintáctico de antes, seguían adoleciendo del mismo defecto consistente en tratar al lenguaje como un objeto inerme de estudio, más que como una práctica.

⁷⁹ Ver: Bonnin, Juan Eduardo. *Análisis del discurso*. En: *Diccionario crítico de ciencias sociales*. 4ª edición. Plaza y Valdés - Universidad Complutense de Madrid. 2008.

⁸⁰ Benveniste. *Problemas de lingüística general*. *Op. Cit.* Pág. 128.

⁸¹ Al respecto véase: Harris, Zellig. *Discourse Analysis*. En: *Language* 28. Oxford, 1952. Pág. 1-30 ; 74-94. Harris, quien es conocido por su trabajo sobre estructuras lingüísticas, ha sido considerado el padre del análisis del discurso y mentor de Noam Chomsky. Lamentablemente su obra ha tenido muy poca repercusión en el mundo hispanoparlante, lo que se refleja en el casi nulo interés por la traducción de sus libros.

⁸² Ver: Malidier, Denise. *L'inquiétude du discours. Un trajet dans l'histoire de l'analyse du discours: le travail de Michel Pêcheux*. En: *Semen* 08. Configurations discursives. 1993. Versión electrónica: www.semen.revues.org/document4351.html. (Consultado el 6 de septiembre de 2007).

A pesar de los reparos que se presentaron frente a esta novedosa perspectiva, es importante señalar que las teorías de Harris ejercieron una notable influencia en las obras de autores como Van Dijk⁸³, quien abrió las puertas del análisis del discurso al mundo anglosajón.

b) La redefinición del sujeto gramatical

Como bien lo señala Benveniste, “Nunca llegamos al hombre separado del lenguaje ni jamás lo vemos inventarlo. (...) Es un hombre hablante el que encontramos en el mundo, un hombre hablando a otro, y el lenguaje enseña la definición misma del hombre”.⁸⁴ Este autor, quien sigue de cerca la obra de Saussure, determina que el signo es el elemento primordial del sistema lingüístico, ya que alberga a la vez un significado y un significante, aspectos que se relacionan entre sí a través de un nexo necesario, pues además de ser correlativos, se entienden como presupuestos el uno del otro. Es así como el “carácter absoluto” del signo determina una necesidad dialéctica de valores en constante oposición, que conforman el principio estructural de la lengua. En otras palabras, la lengua es un sistema de signos que sólo puede ser asumido por referencia a parámetros situacionales o contextuales. En relación con el acápite anterior, la lengua sólo puede apprehenderse por medio de una práctica de enunciados.

Al plantearse en términos prácticos, es entonces con el desarrollo del lenguaje como el hombre establece su categoría como sujeto. No puede definir su ego (o su alter ego) sino sólo como miembro de una comunidad de hablantes, como una interlocución en la cual intercambia signos lingüísticos que dan sentido y significado a lo que dice. En resumen, y acudiendo a las palabras del propio Benveniste:

“Es en y por el lenguaje como el hombre se constituye como sujeto; porque el solo lenguaje funda en realidad, en su realidad que es la del ser, el concepto de ‘ego’. La subjetividad de que aquí tratamos es la capacidad del locutor de plantearse como ‘sujeto’ (...) sostenemos que esta subjetividad, póngase en fenomenología o en psicología, (...) no es más que la emergencia en el ser de una propiedad fundamental del lenguaje. Encontramos aquí el fundamento de la subjetividad que se determina por el estatuto lingüístico de la persona”.⁸⁵

c) La preocupación por el lenguaje en la comunicación

En sus *Nuevos ensayos de lingüística general*,⁸⁶ Jakobson parte de un enfoque estructural del lenguaje para sostener que la comprensión del mismo y la naturaleza comunicativa de los sistemas de signos han de convertirse en un aspecto central de la

⁸³ Este autor se considera también como uno de los precursores de la visión crítica del análisis del discurso, a partir de su llamado a prestar atención a los fenómenos políticos en los que se desenvuelven los funcionamientos discursivos. No obstante para él, la unidad de análisis debe ser principalmente el conjunto de propiedades lingüísticas y sólo después se debe entrar a tratar de explicarlas como el efecto causal de un contexto político determinado. Ver: Van Dijk, Teun. *La ciencia del texto*. Un enfoque Interdisciplinario. Traducción de Sibila Hunzinger. Paidós, Barcelona, 1978.

⁸⁴ Benveniste. *Op. Cit.* Pág. 180.

⁸⁵ *Ibíd.* Pág. 181.

⁸⁶ Jakobson, Roman. *Nuevos ensayos de lingüística general*. Traducción de Ana María Gutiérrez Cabello. Editorial Ariel. Barcelona, 1984.

lingüística. Para llevar a cabo su proyecto estudia de cerca las relaciones internas y externas del lenguaje, siendo aquellas las que se establecen entre diferentes palabras, sólo de manera formal, y que aparecen como las conexiones necesarias que un hablante desarrolla para ejercer la comunicación. Por su parte, las relaciones externas son también conexiones entre palabras, pero que, a diferencia de las anteriores, determinan una función gramatical al presentarse.⁸⁷

Otras de las importantes aportaciones de Jakobson a la teoría lingüística se encuentra en los conceptos de código y contraste. El código hace referencia a los signos que se utilizan para hablar, a saber, las palabras pertenecen a una lengua y ellas son los códigos usados. Por el contrario, el contexto se refiere a las combinaciones que se hacen entre palabras para impregnar de sentido a los códigos que se utilizan. Así, podemos decir que el contexto de una palabra son otras palabras que se combinan para formar una frase y que a su vez, la frase se combina con otras para formar un discurso, representando entonces estas su contexto.

No profundizaremos más en la teoría de Jakobson, que de por sí es ya bastante extensa, pero sí vale la pena anotar que sus trabajos se toman históricamente como punto de partida para otras disciplinas derivadas de la lingüística, como la semiología⁸⁸, la sociolingüística⁸⁹ y la etnografía de la comunicación.⁹⁰

d) La introducción del concepto de performatividad

Como ya se reseñó con anterioridad,⁹¹ J.L. Austin introduce en el estudio de la lingüística el concepto de performatividad, al hablar de proposiciones performativas como aquellas que realizan una acción por el hecho mismo del acto de habla y que se caracterizan por estar sujetas a reglas, que cuando se cumplen llevan dicho acto a un “término feliz”. En este sentido, la perspectiva pragmática de Austin se acerca a la noción wittgensteiniana de juegos del lenguaje, en los cuales se cumplen precisamente ciertas “reglas de juego” que permiten participar en una interactividad comunicativa. Este enfoque condensa en la

⁸⁷ La diferencia entre relaciones internas y externas también puede establecerse a partir de la diferenciación entre las categorías de asociación y contigüidad. Mientras que las relaciones internas son meramente asociativas, las relaciones externas definen algún tipo de continuidad entre las palabras que se conectan. Ver: *Ibíd.* Pág. 87.

⁸⁸ La semiología puede entenderse como una ciencia dedicada específicamente al estudio de los símbolos y de las expresiones simbólicas. En las últimas décadas se ha relacionado mucho con la semiótica, por lo cual actualmente ambos conceptos se consideran sinónimos. Los trabajos de Umberto Eco sobre semiótica son bastante reconocidos. Para mayor información, ver: Eco, Humberto. *Tratado de semiótica general*. 5ª edición. Lumen. Barcelona, 2000.

⁸⁹ La sociolingüística mezcla elementos de la lingüística y la sociología para estudiar los efectos de la sociedad en la manera de utilizar el lenguaje, teniendo en cuenta factores como la cultura y el contexto en el que los hablantes se desenvuelven. En esta disciplina fueron pioneros los trabajos de William Labov Al respecto, ver: Labov, William. *Modelos sociolingüísticos*. Cátedra. Madrid, 1983; y Labov, William. *Principios del cambio lingüístico*. Gredos. Madrid, 1996.

⁹⁰ Esta disciplina nació a partir de la observación de conductas comunicativas entre grupos tribales, pero luego se expandió para estudiar el comportamiento del habla en todos los seres humanos. Se caracteriza por abandonar el análisis de las estructuras internas del lenguaje para indagar por el contexto en el que las mismas tienen lugar. Ver: Hymes, Dell. *Language in culture and society; a reader in linguistic and anthropology*. Harper & Row. New York, 1964; y Hymes, Dell. *Vers la compétence de communication*. Hatier, CREDIF. Paris, 1984.

⁹¹ Ver: *Supra*. Pág. 14,15.

expresión del enunciado los elementos de significado y acción, convirtiéndolos así en unidad indisoluble.

El concepto de performatividad también se halla presente en los trabajos de Searle⁹², a quien ya nos referimos en este trabajo⁹³ para extractar uno de sus principales aportes, como es el de la definición de *hechos institucionales*, entendidos como aquellos que presuponen la existencia de instituciones humanas, como lo son las normas jurídicas en el caso del derecho. Asimismo, Bourdieu⁹⁴ recoge la noción de proposiciones preformativas para realizar con base en ella un interesante estudio sociológico de análisis del discurso.

e) La perspectiva arqueológica

El giro lingüístico tuvo un importante representante en Michel Foucault, para quien el estudio de la historia debía alejarse de las ideas, por lo general llevado a cabo desde un plano descriptivo, para centrarse en aspectos del lenguaje que podían explicar mejor el proceso de construcción de saberes y de poderes, en un enfoque evidentemente crítico. Esta es la perspectiva arqueológica, que analiza la formación de discursos teniendo en cuenta las circunstancias históricas en las que los mismos tienen lugar. Como él mismo lo señala, “(la arqueología) es la descripción sistemática de un discurso – objeto en el orden del archivo”.⁹⁵ En este sentido Foucault busca desarticular la tradicional visión lineal de la historia, para reemplazarla por una perspectiva que relacione los hechos con el discurso institucional que los enmarca.

Este nuevo modo de acercamiento a la historia es también una novedosa manera de analizar el lenguaje, como un elemento determinado por unas circunstancias históricas e institucionales, que así mismo encierran una relación de poder – saber y reflejan una estrategia de dominación que se lleva a cabo a partir del ejercicio de prácticas discursivas. “Conocer el lenguaje no es ya acercarse lo más posible al conocimiento mismo, es sólo aplicar los métodos del saber en general a un dominio particular de la objetividad.”⁹⁶

Aparece así el discurso, no ya como el resultado de una interconexión de encadenamientos lógicos de enunciados o proposiciones lingüísticas, sino como un campo de saber en el cual se produce y reproduce un saber y un poder, siendo el mismo discurso un espacio en el que se libra una lucha por el significado y una formación con base en las condiciones históricas que la rodean.

⁹² Ver: Searle, John. *Actos de habla*. Traducción de Luis Valdés Villanueva. Editorial Cátedra. Madrid, 1994.

⁹³ Ver: *Supra*. Pág. 15. En especial el pie de página en el que se ofrece un ejemplo de hecho institucional.

⁹⁴ Ver: Bourdieu, Pierre. *¿Qué significa hablar?: economía de los intercambios lingüísticos*. 2ª edición. Akal. Madrid, 1999.

⁹⁵ Foucault, Michel. *La arqueología del saber*. 13ª edición. Siglo XXI editores. México D.F., 1978. Pág. 235. Con respecto al concepto de archivo, este puede definirse como el “sistema general de la formación y transformación de los enunciados”. *Ibíd.* Pág. 221. Esta formación obedece más a una materialidad institucional que a una lógica interna gramatical.

⁹⁶ Foucault, Michel. *Las palabras y las cosas*. *Op. Cit.* Pág. 290.

“El discurso, por más que en apariencia sea poca cosa, las prohibiciones que recaen sobre él, revelan muy pronto, rápidamente, su vinculación con el deseo y con el poder. Y esto no tiene nada de extraño: ya que el discurso —el psicoanálisis nos lo ha mostrado— no es simplemente lo que manifiesta (o encubre) el deseo; es también lo que es el objeto del deseo; y ya que —esto la historia no cesa de enseñarnoslo— el discurso no es simplemente aquello que traduce las luchas o los sistemas de dominación, sino aquello por lo que, y por medio de lo cual se lucha, aquel poder del que quiere uno”.⁹⁷

Es por eso que la narrativa foucaultiana no es una narrativa pasiva o desinteresada, sino más bien una narrativa que busca desentrañar los discursos subyacentes y desnudar los “micropoderes” que se esconden detrás de las prácticas discursivas en las que se desenvuelve la historia.⁹⁸ Es quizá a Foucault a quien se debe la concepción de discurso en el sentido crítico que deseamos abordar en el presente trabajo.⁹⁹

f) La irrupción del principio dialógico

Tradicionalmente se asume que el enfoque dialógico en el campo del análisis del discurso apareció con la obra de Batjín y su célebre *círculo*. Puede aceptarse que es a partir de sus trabajos que se establece en el campo de la lingüística y de la filosofía en general un nuevo paradigma de comprensión de la realidad basado en el diálogo. Para este trabajo es particularmente interesante su concepto de “género discursivo”, entendido como la forma en que el lenguaje circula en la sociedad, la cual es esencialmente una forma dialógica, construida en la práctica cotidiana de la comunidad hablante, y que depende en buena parte del contexto cultural en el que dicha circulación se experimenta.

Este “descubrimiento” de la función comunicativa del lenguaje será el eje central de la obra de Habermas, quien busca un método para reducir la complejidad en las sociedades contemporáneas, el cual encuentra en el ejercicio de una comunicación sin distorsiones. Como lo señalamos con anterioridad, al estudiar el ingreso de la tradición hermenéutica en el derecho,¹⁰⁰ Habermas lleva a cabo una crítica de las ideologías con el fin precisamente de evitar el fenómeno ideológico, al cual ve como un impedimento para llegar a acuerdos previos, en otras palabras, como un obstáculo al ideal regulativo de una comunicación ilimitada. Su método, que podríamos denominar “pragmática universal”, pretende reconstruir adecuadamente las reglas del habla, que son las que rigen el discurso teórico y práctico. Como vimos, con *Facticidad y validez* Habermas intentó

⁹⁷ Foucault, Michel. *El orden del discurso*. Traducción de Alberto González Troyano. Tusquets Editores, Buenos Aires, 1992. Pág. 6.

⁹⁸ La noción de micropoderes y la relación entre saber y poder es casi una obsesión dentro de la obra de Foucault. En otros lugares afirma: “Hay que admitir más bien que el poder produce saber; que poder y saber se implican directamente el uno al otro; que no existe relación de poder sin constitución correlativa de un campo de saber, ni de saber que no suponga y no constituya al mismo tiempo unas relaciones de poder”. Foucault, Michel. *Vigilar y castigar*. 27ª edición. Siglo XXI editores. México D.F., 1998. Pág. 34.

En el mismo sentido dice: “(...) Un mito que Nietzsche comenzó a demoler al mostrar en los textos que hemos citado que por detrás de todo saber o conocimiento lo que está en juego es una lucha de poder. El poder político no está ausente del saber, por el contrario, está tramado con este”. Foucault, Michel. *La verdad y las formas jurídicas*. Gedisa. Madrid, 1983. Pág. 59.

⁹⁹ “El mecanismo positivo funcionará de lleno en el lenguaje de todos los días, y este lo fortificará sin cesar con relatos nuevos. El discurso pasará a ser el vehículo de la ley: principio constante de la transposición universal del orden”. *Ibíd.* Pág.116.

¹⁰⁰ Ver: *Supra*. Pág. 17-21.

aplicar los presupuestos de su teoría de la acción comunicativa al mundo jurídico en el marco de un Estado constitucional y democrático del derecho.

2. Análisis del discurso jurídico

De lo visto hasta aquí podríamos hacer un resumen provisorio. En primer lugar, podríamos señalar que hacia mediados del siglo XX acontece un cambio en el objeto de conocimiento de la filosofía que evoluciona desde un estudio centrado en las ideas hacia un análisis que pone al lenguaje en un lugar de preponderancia investigativa. Este cambio de paradigma se presenta a partir del denominado “giro lingüístico” de la filosofía, que inicia desde la matemática y la lingüística, a partir principalmente de los trabajos de Russell y de Saussure respectivamente. Luego, vimos cómo este giro incursiona en el derecho a través de tres tradiciones teóricas, a saber, la analítica que desemboca en los estudios sobre el lenguaje jurídico de Hart; la hermenéutica, que arriba a la teoría discursiva habermasiana y su aplicación al campo del derecho por intermedio del contenido de un Estado democrático de derecho; y las teorías de la argumentación, cuyas versiones más avanzadas se encuentran en Dworkin y en Alexy. En segundo lugar, al reparar con mayor profundidad sobre los avances en el ámbito del análisis del discurso, al interior de la corriente lingüística, constatamos cómo se dio otro tipo de evolución, que transitó desde el estudio de los aspectos internos de las unidades de análisis lingüístico, que a su vez se transformaron de cualidades sintácticas hacia conceptos más elaborados como el de proposiciones lingüísticas, para concentrarse en los aspectos prácticos del ejercicio del lenguaje. En este sentido, es dable afirmar que el análisis del discurso abandonó la observancia de los elementos lógico – formales de la materia lingüística y se apropió del campo de conocimiento de la pragmática del lenguaje. En tercer lugar, y debido a la influencia de corrientes sociológicas y de pensamiento crítico, se denunció el carácter no imparcial de dicho discurso, generado por el dominio que sobre su formación ejerce el contexto social en que se desenvuelve, así como por su instrumentalización para la conformación de espacios de poder – saber que convierten al discurso en una herramienta esencialmente política. Finalmente, reparamos en cómo la denuncia de dicho carácter no imparcial, que caracterizó la primera parte de la obra de Habermas, se transforma por él mismo en un ideal regulativo de comunicación, en el que la participación de la comunidad hablante se convierte en elemento de legitimidad de la producción normativa y en método de reducción de la complejidad en las sociedades contemporáneas.

A partir de lo anterior, y siguiendo la línea teórica que hemos venido recorriendo, es momento de revisar las implicaciones que el análisis del discurso ha tenido sobre el derecho. Para tal fin, hemos decidido hacer uso de una categoría, que llamaremos *análisis del discurso jurídico*, como sub-rama del análisis del discurso general.¹⁰¹

¹⁰¹ Para Alexy, el paso del discurso práctico general al discurso jurídico se presenta por la necesidad de hacer tácticamente posible la realización de discursos, lo cual se da a través de la aplicación de reglas jurídicas que permitan decidir entre dos soluciones discursivamente posibles pero contradictorias. “Reglas como estas (del discurso práctico general), y también las reglas jurídicas establecidas por medio de procedimientos regulados por ellas, son necesarias y razonables, en cuanto que la posibilidad de alcanzar soluciones vinculantes en el discurso práctico está limitada. Los límites del discurso práctico general fundamentan la necesidad de reglas jurídicas. Con ellos se produce el paso al discurso jurídico”. Alexy, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. Op. Cit. Pág. 202.

Para brindar mayor claridad acerca de los fines de este acápite, quizá valga la pena traer a colación la relación que Kaufmann encuentra entre derecho y lenguaje, cuando comprende que es este el constituyente de la realidad por naturaleza, el medio por el cual el hombre se apodera del mundo y de su prójimo y ejerce dicho poder, principalmente a través de unos “pensamientos encubiertos” que comunican una sugestión calculada de antemano. En sus palabras: “No deseo trasladar este problema de la formalización del lenguaje jurídico (...) sino formular qué función tiene el lenguaje para el derecho, lo que comprende la pregunta sobre cómo está constituido el lenguaje jurídico. (...) Se trata, por tanto, de una teoría jurídica como teoría lingüística del derecho”.¹⁰²

En su trabajo sobre el discurso jurídico¹⁰³, Gilberto Giménez asume una perspectiva marxista para analizar el contenido y la pragmática de dicho discurso. En su opinión, el derecho se caracteriza por una radical historicidad en cuanto a su forma y su contenido, por lo cual, en la sociedad capitalista moderna, el derecho presenta sus formas más desarrolladas. La sofisticación de la materialidad jurídica contemporánea ha permitido una eficaz aplicación del discurso jurídico de la modernidad, al cual va aparejado un racionalizado aparato institucional y el desarrollo de ciertas características operativas por parte del lenguaje jurídico actual. En este sentido, Giménez caracteriza al derecho como un discurso¹⁰⁴, que no obstante es heterogéneo, y puede clasificarse en discurso *sobre* el derecho y discurso *del* derecho. En el primer caso, nos encontramos frente a una representación discursiva de la realidad jurídica, esto es, a una interpretación doctrinaria del estado del derecho, por lo cual su carácter es apenas descriptivo o constataivo que normalmente se forma con base en el material jurídico existente. En este tipo de discurso se encontrarían las teorías jurídicas y lo que se conoce como doctrina dentro del ámbito de las fuentes formales del derecho. El discurso *sobre* el derecho es denominado por el autor como “ideologías teóricas” sobre el derecho.¹⁰⁵

Por su parte, el discurso *del* derecho goza de un carácter normativo y se desenvuelve particularmente por medio de la performatividad, por la cual se *realizan* acciones con la misma emisión del acto de habla.¹⁰⁶ “El discurso del derecho no es meramente constataivo, descriptivo o valorativo, sino un discurso operativo, un discurso – acción. En el plano del derecho *decir* es siempre *hacer*, y sólo lo explícitamente dicho adquiere estatuto de existencia”.¹⁰⁷

¹⁰² Kaufmann, Arthur. *Filosofía del derecho*. 2ª edición. Traducción de Luis Villar Borda y Ana María Montoya. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1999. Pág. 226.

¹⁰³ Giménez, Gilberto. *Poder, Estado y discurso. Perspectivas sociológicas y semiológicas del discurso político – jurídico*. 2ª edición. UNAM. México D.F., 1983.

¹⁰⁴ “La concepción del discurso como práctica social significa por lo menos estas tres cosas a la vez: 1) Todo discurso se inscribe dentro de un proceso de producción social discursiva y asume una posición determinada dentro del mismo y por referencia al mismo (interdiscurso); 2) Todo discurso remite implícita o explícitamente a una premisa cultural preexistente que se relaciona con el sistema de representaciones y de valores dominantes (...); c) Todo discurso se presenta como una práctica socialmente ritualizada y regulada por apartados en el marco de una situación coyuntural determinada”. *Ibíd.* Pág. 125.

¹⁰⁵ *Ibíd.* Pág. 70.

¹⁰⁶ Ver: *Supra*. Pág, 14, 15, 30, 31.

¹⁰⁷ Giménez. *Op. Cit.* Pág. 71.

A su vez, el discurso del derecho se clasifica en tres modalidades, a saber, discurso del legislador, discurso del juez y discurso de la ley. El primero se refiere al lenguaje esencialmente performativo que se observa en la promulgación de normas jurídicas generales.¹⁰⁸ El segundo se diferencia en que ejerce un poder normativo específico para la situación jurídica concreta, en otras palabras, crea la norma para el caso, de allí que su carácter performativo adquiera una mayor relevancia. Finalmente, el discurso de la ley se caracteriza por el uso de modalizaciones deónticas.

Ahora bien, para Giménez, la naturaleza histórica del derecho conlleva a que el discurso jurídico, en particular el del Estado moderno capitalista, se encuentre determinado por las circunstancias de la historia que lo rodean, en últimas por la sociedad en que se encuadra, con lo cual acerca su teoría lingüística a una posición evidentemente sociológica. En su concepto, sociedad y derecho se encuentran completamente imbuidos e interrelacionados, de modo que no avanzan como campos independientes, sino que conforman un espacio en el que es difícil diferenciarlos y en el que por lo general tienden a confundirse. Por eso postula “una juridificación real de las relaciones sociales capitalistas, y no la mera juxtaposición (sic) externa de las formas jurídicas a dichas relaciones”.¹⁰⁹

De esta manera, Giménez plantea una diferenciación en el análisis del discurso jurídico, que se asemeja al cambio de perspectiva asumido dentro del campo del análisis del discurso en general, que privilegia ahora la observancia de fenómenos externos, determinados por la sociedad y el contexto, en detrimento de posiciones que favorecían un estudio de los elementos internos y lógico – formales de las formaciones lingüísticas. Sin embargo, hace falta una característica que complemente la modificación de la perspectiva y es el que tiene que ver con la forma en que se expresa dicho discurso del derecho y que lo particulariza específicamente como discurso jurídico. Siguiendo al mismo Giménez, hay una diferencia entre el estudio “formal” del lenguaje jurídico – que se fundamenta en la aparente lógica interna del discurso, que para el mundo del derecho vendría dado por una univocidad en el significado de los conceptos normativos y una organización coherente del sistema jurídico¹¹⁰ – y un nuevo enfoque contextual. El autor pone de presente que algunas investigaciones recientes han dado cuenta de la indeterminación semántica de las normas jurídicas¹¹¹ y de la ambigüedad en la jerarquía de estas mismas normas.¹¹² Es por esta razón que el discurso jurídico no puede estudiarse con base en sus componentes lógico – formales, sino que para su estudio debe acudir a una metodología¹¹³ que aprehenda adecuadamente la complejidad denunciada que se halla presente en las relaciones sociales. Para el caso de la aplicación del derecho, esa metodología es por naturaleza la de la interpretación jurídica,

¹⁰⁸ Aunque, como veremos más adelante, el ejercicio de promulgación normativa puede buscar fines distintos a aquellos que aparentemente constituyen su carga performativa. Esta es una de las modalidades de la llamada *eficacia simbólica del derecho*. Ver: *Infra*. Pág. 49-53.

¹⁰⁹ Giménez. *Op. Cit.* Pág. 80.

¹¹⁰ Desde este punto de vista, se puede equiparar el estudio formal del lenguaje jurídico con el textualismo que caracteriza a los estudios de los positivistas jurídicos.

¹¹¹ Al respecto, véase: Hart, H.L.A. *El concepto de derecho*. *Op. Cit.* Pág. 152-169.

¹¹² Al respecto véase la caracterización que hace Dworkin de las normas, los principios y las directrices políticas, en: Dworkin, Ronald. *Los derechos en serio*. *Op cit.* Pág. 72-80.

¹¹³ “Una metodología se define como la organización estratégica de ciertas técnicas en función de una teoría y en vista de un objetivo de investigación científicamente pertinente.” Giménez. *Op. Cit.* Pág. 134.

la cual se ejerce y se justifica por medio una práctica retórico – argumentativa.¹¹⁴ En efecto:

“Todo discurso jurídico, trátase de la elaboración o de la interpretación del derecho, debe considerarse como discurso argumentado y, por lo tanto, organizado en vista de un proyecto que el discurso negocia frente a una audiencia particular o general, habida cuenta de los valores que le sirven de pretexto para fundamentar sus enunciados normativos. Lo que significa en primer lugar que este discurso debe considerarse como constituido por estrategias que asumen una apariencia lógica y están destinados a inducir y regular el juicio colectivo sobre una situación o un objeto. (...) no se puede entonces ignorar al sujeto que articula estos discursos, ni las condiciones sociales que suscitan y aseguran su despliegue”.¹¹⁵

Vistas así las cosas, puede decirse que el ejercicio de interpretación jurídica, así como las premisas argumentativas que se escogen para llevarla a cabo no son en absoluto imparciales o neutras, sino que obedecen tanto al contexto en que se desenvuelven como al intérprete que hace uso de ellas. De allí que para el autor que hemos venido revisando, el proceso de argumentación tenga en cuenta tres aspectos fundamentales: “su punto de partida, que son ciertas premisas ideológico – culturales; su objetivo de intervención sobre un destinatario, y su función esquematizadora sobre la realidad en cuanto proceso de ‘representación’ de la misma, en el sentido teatral de la palabra”.¹¹⁶ Esta visión, que cuenta con una fuerte carga política, se diferencia de otras concepciones de la interpretación jurídica que, aunque no se limitan a hacer un análisis formal del discurso jurídico, se centran más en el contenido del material jurídico existente.¹¹⁷

Esta crítica a la manera aparentemente racional, neutral y desinteresada de interpretar las normas jurídicas es seguida de cerca por otros autores, como Bourdieu, quien denuncia la disfrazada arbitrariedad que se esconde detrás de las decisiones judiciales. En *La fuerza del derecho*,¹¹⁸ señala: “en la práctica, la pretendida aplicación necesaria de una regla de derecho a un caso particular es en realidad una confrontación entre derechos antagonistas entre los cuales el tribunal debe escoger. (...) Siempre hay parte de arbitrariedad dentro de las decisiones judiciales...”¹¹⁹

Para Bourdieu, la aplicación práctica de la ley, que se ejercita en la sentencia, no es el resultado de la decisión de un acto individual de un juez que hace uso de herramientas formales de interpretación jurídica, sino el efecto de una lucha entre profesionales con

¹¹⁴ Véase el concepto de retórica en la teoría del Perelman. *Supra*. Pág. 21, 22.

¹¹⁵ Vignaux, Georges. *L'argumentation*. Droz. Geneve-Paris, 1976. Pág. 69. Citado por: Giménez. Op. Cit. Pág. 133.

¹¹⁶ *Ibíd.* Pág. 140.

¹¹⁷ A manera de ejemplo, valdría la pena hacer referencia a las etapas de la interpretación “constructiva” definidas por Dworkin: 1) preinterpretativa, en la cual se identifican las reglas y normas proporcionadas por el sistema; 2) interpretativa, en la que el intérprete justifica la utilización del material escogido en la etapa anterior; 3) postinterpretativa, donde se ajusta el sentido de la práctica de interpretación para adecuarse de la mejor manera posible a la justificación realizada durante la segunda etapa. Al respecto, ver: Dworkin. *El imperio de la justicia*. Op. Cit. Pág. 57,58.

¹¹⁸ Bourdieu, Pierre, y Teubner, Gunther. *La fuerza del derecho*. Siglo del hombre editores. Universidad de los Andes. Bogotá, 2000.

¹¹⁹ *Ibíd.* Pág. 176-178.

capacidades técnicas y características sociales diferentes.¹²⁰ Es por esto que la sentencia obedece “más a las actitudes éticas de los participantes que a las normas puras del derecho”¹²¹ y el ejercicio previo de racionalización, es decir, aquel en el que se interpreta y se argumenta, es el que le “confiere a la decisión la eficacia simbólica que ejerce toda acción cuando se reconoce como legítima y se ignora su arbitrariedad”.¹²²

De modo que en toda decisión judicial hay en realidad un reflejo de las condiciones sociales del juzgador, en el que no sólo entran en juego sus propias convicciones, sino también la influencia que el medio ejerce sobre él, y estos determinantes de la decisión son disfrazados por una aparente racionalidad, que se supone otorgada por la práctica de la interpretación y de la argumentación jurídicas.

Pero, ¿de dónde proviene esa fuerza del derecho, particularmente de las decisiones judiciales, para que se le permita establecer una visión sobre la manera de entender las normas jurídicas, esto es, para que se imponga una interpretación determinada de las que tradicionalmente entran en conflicto?¹²³ Dicha fuerza proviene de la capacidad del escenario judicial de consolidarse como un espacio neutral en el que se abstrae la realidad y se convierte en un diálogo la confrontación de intereses encontrados, acudiendo al abrigo de legitimidad que le proporciona el actuar conforme a parámetros aceptados socialmente como racionales y protegidos por una sombra de institucionalidad. Así, la sentencia, entendida como un acto de nominación, y el derecho, entendido como un discurso totalmente competente para producir efectos, se convierten en la voz autorizada del Estado.

“En pocas palabras, la transformación de conflictos irreconciliables de intereses en intercambios reglados de argumentos racionales entre sujetos iguales se encuentra inscrita en la existencia misma de un personal especializado encargado de organizar la manifestación pública de los conflictos sociales, según formas codificadas, y de aportarles soluciones socialmente reconocidas como imparciales porque están definidas según las reglas formales y lógicamente coherentes de una doctrina percibida como independiente de los antagonismos inmediatos”.¹²⁴

Bourdieu sostiene que existe una visión dominante de la sociedad que se impone en las decisiones judiciales y que los jueces hacen por lo general parte de la clase dominante, la cual impone dicha visión y a través de la neutralización ejercida por el derecho logra convertirla en la perspectiva normal de las cosas, juzgando así como anormal o desviado todo aquel comportamiento que no quepa dentro de aquella. Esta postura crítica frente al ejercicio de interpretación y de argumentación jurídicas ataca de frente a teorías interpretativas que pretenden encontrar elementos unificadores en torno al método de

¹²⁰ Para Bourdieu es muy importante la formación profesional de los jueces, la cual influye decididamente sobre la visión del mundo que estos tienen en el momento de interpretar el material jurídico a disposición y de emitir decisiones jurídicas.

¹²¹ Bourdieu. *La fuerza del derecho*. Op. Cit. Pág. 180.

¹²² *Ibíd.* Más adelante se volverá sobre el concepto de eficacia simbólica del derecho. Ver: *Infra*. Pág. 49-53.

¹²³ Ver: *Supra*. Introducción Pág. 3, en especial la referencia al derecho como un campo eminentemente conflictivo en el que resultan victoriosos los que ven protegidos sus intereses, en últimas, aquellos que logran que su visión sobre las normas jurídicas en controversia sea compartida por el juez en el momento de la decisión.

¹²⁴ Bourdieu. *La fuerza del derecho*. Op. Cit. Pág. 184.

decisión jurídica. En especial, considero que con base en las anteriores consideraciones, la teoría integrativa de Dworkin¹²⁵ queda evidenciada como una posición que busca, a través de la construcción de un ideal de toma de decisiones referida a la historia constitucional y orientada por una moralidad política de la comunidad, imponer una visión determinada de la sociedad y hacerla aparecer como legítima por medio del uso de un método racional de argumentación.

Particularmente, creo que este nuevo enfoque de la interpretación podría controvertir dos conceptos de la teoría dworkiniana, que hacen parte de la columna vertebral de su trabajo argumentativo: el de moralidad política y el de propósito. Cuando Dworkin habla de la necesidad de que se desarrollen dos principios de integridad política, a saber, el legislativo, por el cual los legisladores deben construir un conjunto de leyes que resulte coherente desde el punto de vista moral, y el adjudicativo, por el que se le exige a los jueces que se considere al derecho como una estructura coherente, se basa sobre la existencia de una *comunidad de principio*, entendida como aquella en que las personas “aceptan que los gobiernan principios comunes y no sólo reglas establecidas por un compromiso político”.¹²⁶ En pocas palabras, la integridad en el derecho se realiza a partir de la promulgación de normas jurídicas y especialmente de la emisión de decisiones judiciales con fundamentos en principios que respeten los precedentes que han contribuido a la formación de una moralidad política al interior de la comunidad. Esta tradición, que para el caso de los Estados Unidos está representada por los principios de libertad y de justicia (como equidad)¹²⁷, es la que debe ser respetada por los jueces en sus decisiones, de manera que los fallos resulten coherentes y concordantes con la historia constitucional de la comunidad política. De esta forma, las decisiones judiciales son esencialmente decisiones políticas en el sentido más dworkiniano de la palabra,¹²⁸ lo cual va en total contravía de tesis divergentes que sugieren la influencia de otros factores sobre el fallo del juez. Dworkin llama por lo general a estas posiciones “pragmáticas” y entre las mismas incluye (¡vaya paradoja!) a planteamientos tan diferentes como los del análisis económico del derecho y los estudios críticos legales.

Así, a pesar de las importantes fundamentaciones que subyacen a la tesis de Dworkin, no resulta satisfactoria la respuesta que ofrece a las que él mismo llama “objeciones políticas”, en particular la objeción que se presenta contra su juez *Hércules* de fallar de

¹²⁵ De hecho, el propio Dworkin considera que su teoría es una versión avanzada que supera los enfoques ofrecidos por las llamadas “teorías semánticas del derecho”, las cuales se concentran en el análisis del lenguaje jurídico. Al respecto afirma: “Los filósofos que insisten en que todos los abogados siguen ciertos principios lingüísticos para juzgar propuestas de ley y tal vez en forma inconsciente han elaborado teorías para identificar estos criterios. Denominaré a estas teorías en forma colectiva ‘teorías semánticas del derecho’. Entre aquellas incluye al “positivismo natural” de Austin y Hart, a la escuela del derecho natural y al realismo jurídico. Ver: Dworkin. *El imperio de la justicia*. Op. Cit. Pág. 36.

¹²⁶ *Ibíd.* Pág. 155.

¹²⁷ El principio de justicia como equidad de Dworkin es diferente al propuesto por Rawls. De hecho, Dworkin critica a este como un principio que no provee una buena explicación de la legitimidad, toda vez que no establece un vínculo suficiente ni necesario entre la obligación política y la comunidad a la que pertenecen las personas que tendrían esa obligación. En su lugar propone una postura más individual dirigida al “deber especial de ser justo”, como proveniente y definitoria de la misma ciudadanía. Al respecto, ver: *Ibíd.* Pág. 143,144

¹²⁸ Esta posición es llamada por Dworkin la “tesis de los derechos”, que encierra a su vez, dos aspectos: uno descriptivo, que explica la estructura actual de la adjudicación como institución, y otro normativo, que ofrece una justificación política a dicha estructura.

conformidad con sus propias convicciones,¹²⁹ debido a que no logra demostrar cómo esa moralidad política no obedece a la formación de intereses determinados en la sociedad, ni favorece visiones específicas del mundo y de la historia constitucional de una comunidad. En su lugar, parece más plausible la actuación de un juez *Herbert*, en clara alusión a Hart, quien ante casos difíciles acudiría a ejercicios discrecionales.

Por otra parte, su concepto de propósito viene a coadyuvar más que a refutar los planteamientos de las objeciones políticas. Cuando defiende que su modelo de interpretación se interesa más por el propósito que por la causa de una norma jurídica, y que el propósito a estudiar no es el del autor sino el del intérprete, Dworkin se enfrenta con un problema en el que puede terminar apoyando a sus contradictores. En efecto, cuando señala que “(un intérprete) propone un valor para dicha práctica al describir un esquema de intereses, objetivos o principios que dicha práctica puede servir, expresar o ejemplificar”,¹³⁰ en realidad propone que el ejercicio de interpretación está muy lejos de ser una práctica imparcial, un análisis histórico y neutral de una moralidad política, y que se acerca más a la instrucción que sobre el caso quiera plasmar un juzgador, el cual puede orientar su decisión hacia unos valores u objetivos particulares, en últimas, hacia una visión de mundo que en él predomine. Por eso concluye que “cada interpretación lucha por hacer de un objeto lo mejor que puede ser, como un ejemplo de una empresa supuesta, y esa interpretación adquiere formas diferentes en contextos diferentes sólo porque distintas empresas adoptan distintas normas de valor o de éxito”.¹³¹ A pesar de esto, es muy importante rescatar la obra de Dworkin como un intento riguroso de desideologizar la teoría del derecho.

Es posible que la postura crítica que observa en el discurso político esencialmente un ejercicio parcializado del decisor jurídico, quien busca disfrazar su decisión con el ropaje de una actividad neutral, y que para brindarle legitimidad y racionalidad, escoge un método de argumentación, vaya más allá y ponga en entredicho la misma diferenciación teórica que durante siglos se ha establecido entre positivismo y iusnaturalismo. En efecto, las tesis de la separación y/o de la vinculación entre el derecho y la moral perderían relevancia si se pone de presente que en realidad el problema no consiste en determinar la perturbación del purismo jurídico con elementos morales, sino en definir cuáles son las réplicas políticas, sociales y culturales que subyacen a las decisiones judiciales (y en otro contexto, a la creación de normas jurídicas). No obstante, la focalización del interés en esta perspectiva de estudio haría serio menosprecio de la práctica argumentativa en derecho, censurándolo como un medio adecuado para llegar a “correctas” decisiones judiciales y podría así mismo abstener a las mismas visiones críticas de una herramienta por la cual pueden ver protegidos los fines que persiguen. Como lo expresamos con anterioridad,¹³² el campo del derecho es un escenario en el que esencialmente se lleva a cabo una lucha por el significado, a través de la interpretación, y renunciar al mismo por considerarlo un espacio de dominación, sería un grave error de estrategia para quienes ven al derecho, no sólo como un espacio de continuación de la

¹²⁹ Para mayor claridad sobre las objeciones “políticas” que se presentan contra la teoría de la interpretación de Dworkin, ver: Dworkin. *Los derechos en serio*. Op. Cit. Pág. 198-208; y Dworkin. *El imperio de la justicia*. Op. Cit. Pág. 186-191.

¹³⁰ *Ibíd.* Pág. 49.

¹³¹ *Ibíd.*

¹³² Ver: *Supra*. Introducción. Pág. 3.

lucha política,¹³³ sino también como un medio a través del cual puede efectivamente lograrse la protección de derechos y adelantar procesos de emancipación social.¹³⁴

¹³³ “En este sentido, la lucha ideológica se extiende al ámbito del derecho: la definición de las reglas jurídicas es uno de los campos de batalla fundamentales entre las ideologías opuestas. De esta forma, el derecho en general, y las decisiones en particular son una extensión de la política”. Kennedy, Duncan. *Libertad y restricción en la decisión judicial*. Estudio preliminar de César Rodríguez. Siglo del hombre editores. Universidad de los Andes. Pontificia Universidad Javeriana. Instituto Pensar. Bogotá, 1999. Pág. 65.

¹³⁴ Ver: Uprimny, Rodrigo y García Villegas, Mauricio. Corte constitucional y emancipación social en Colombia. En: *Emancipación social y violencia en Colombia*. Boaventura de Sousa Santos y Mauricio García Villegas (Editores). Grupo Editorial Norma. Bogotá, 2004. Pág. 463-509.

Capítulo Tercero: Visión crítica del discurso jurídico

En los capítulos anteriores tuvimos una introducción al análisis crítico del discurso jurídico. En principio, al hablar de Foucault, quien a principios de la década de los 70 propone un enfoque arqueológico para el estudio histórico, en el cual el lenguaje, en la forma como se construye y se comunica, ocupa un lugar central y se constituye como un nuevo elemento de análisis de la historia, en detrimento del lugar privilegiado del que habían gozado las ideas y los hechos, como objetos de estudio de la historiografía tradicional. Con Foucault gana relevancia el concepto de discurso y de paso se da inicio a una perspectiva crítica de su análisis, caracterizada por la denuncia de construcción de micropoderes en las relaciones dialógicas. Luego continuamos, con una mirada a las propuestas de Gilberto Giménez y Bourdieu y a las contradicciones de su enfoque con la teoría de Dworkin.

En el presente aparte profundizaremos aun más en esa visión crítica del discurso jurídico, buscando por esa vía descubrir la intencionalidad política que en los pronunciamientos judiciales subyace a los ejercicios de interpretación y de argumentación de las normas jurídicas, con el fin de demostrar la manera como el discurso jurídico promueve intereses, que son protegidos o descartados en el conflictivo campo del derecho, gracias a la prevalencia de visiones sobre los productos jurídicos puestos a disposición.

1. La particularidad del lenguaje jurídico

Para comenzar estableceremos una conexión con la última parte del capítulo anterior, cuando decidimos hacer una pequeña crítica a Dworkin con base en sus conceptos de moralidad política y de propósito. A continuación, seguiremos criticando a Dworkin, pero esta vez en referencia a su concepto de ponderación. Como lo vimos en el primer capítulo,¹³⁵ Dworkin propone un carácter bidimensional de las normas jurídicas, clasificándolas en reglas y principios, los que por naturaleza son más generales que las primeras. Así mismo, cuando reparamos en la forma en que estas dos distintas clases de normas son aplicadas, observamos que mientras las reglas generalmente se aplican a manera de disyuntivas, es decir, en un sentido de todo o nada, lo cual implica que en el momento de la interpretación se deba excluir a las que no son consideradas, la colisión entre principios es resuelta mediante un ejercicio de ponderación, por el cual se determinan aquellos que resultan aplicables al caso concreto, sin que por esta elección los principios descartados pierdan su validez.¹³⁶

¹³⁵ Ver: *Supra*. Pág. 23, 24.

¹³⁶ “La diferencia entre principios jurídicos y normas jurídicas es una distinción lógica (...) Las normas son aplicables a la manera de disyuntivas. Si los hechos que estipula una norma están dados, entonces o bien la norma es válida, en cuyo caso la respuesta que da debe ser aceptada, o bien no lo es, y entonces no aporta nada a la decisión. (...) Cuando decimos que un determinado principio es un principio de nuestro derecho, lo que eso quiere decir es que el principio es tal que los funcionarios deben tenerlo en cuenta, si viene al caso, como criterio que

No obstante, la ponderación¹³⁷ nos lleva a un nuevo interrogante, referente a la manera en que se decide cuál es el principio aplicable (aquel que “viene al caso”) y que se relaciona con las etapas de la interpretación, a las que ya hicimos alusión anteriormente.¹³⁸ En resumen, podríamos decir que la etapa preinterpretativa consiste en la escogencia del material jurídico relevante y aplicable, que en la interpretativa se trata de justificar dicha escogencia, y que la postinterpretativa busca darle un sentido a la interpretación para adecuarla mejor a la práctica judicial del pasado, conforme a criterios de coherencia e integridad. El problema puede empezar desde la primera de estas etapas, puesto que no se establecen criterios claros para la selección de normas, y en especial, de principios aplicables. Ya en este punto se vuelve al mismo inconveniente del propósito, pues podría sostenerse que si el objetivo del intérprete es orientar la interpretación hacia ciertos valores, esa finalidad perseguida comienza desde el mismo momento en que define cuál es el material jurídico sobre el que se va a pronunciar, en últimas, cuál es el problema jurídico del caso. En este punto, la colisión entre principios deviene una cuestión fundamental, teniendo en cuenta que definir cuál es el que debe prevalecer, no sólo es el elemento principal de la decisión, sino que implica una nueva discusión acerca de qué factores determinan dicha escogencia.

Desde luego, la selección del material jurídico relevante es el que define la solución del caso y se convierte en el sustento jurídico de la decisión.¹³⁹ Aunque es importante advertir que entre las posibilidades se encuentra el que sólo pueda hacerse uso de un tipo de material o que sólo pueda apelarse a unos principios específicos, pero entonces sería ya en el mismo ejercicio de interpretación, en las etapas de justificación y adecuación, en donde se le daría a esas normas o principios una orientación determinada. Y en este caso, el sentido de la providencia judicial dependería de factores extraprocesales, como por ejemplo la formación jurídica del juez, su pensamiento político, la preocupación por el mantenimiento de un prestigio profesional e inclusive razones de cálculo, como aquellas posiciones defendidas por el análisis económico del derecho, factores todos ellos que influirían decididamente en la respuesta del decisor.¹⁴⁰

los determine a inclinarse en uno u otro sentido”. Dworkin. *Los derechos en serio. Op. Cit.* Pág. 75, 77.

¹³⁷ En la teoría de Duncan Kennedy, la ponderación es el modelo de aplicación de los argumentos no deductivos (*policy arguments*), esto es, aquellos cuyo contenido y forma son claramente ideológicos. Por el contrario, los argumentos deductivos se aplican conforme al modelo del silogismo jurídico. Ambos tipos de argumentos hacen parte del discurso jurídico. Al respecto, véase: Kennedy, Duncan. *Libertad y restricción en la decisión judicial. Op. Cit.* Pág. 73-76.

¹³⁸ Ver: *Supra*. Pág. 36. Pie de página 117.

¹³⁹ Vistas así las cosas, es posible afirmar que el mentado debate Hart – Dworkin se mueve en el ámbito de la etapa preinterpretativa, pues es una controversia que gira en torno a la solución de casos difíciles, entendidos estos como aquellos en los que, o bien existe más de una norma aplicable, o bien no existe ninguna, por lo cual el sistema presenta una “laguna” que debe ser llenada, para Hart, por medio de un acto discrecional del juez, y para Dworkin, por medio de la aplicación de principios. De este modo, el supuesto enfrentamiento no sería un problema de interpretación, sino un problema de escogencia del material jurídico relevante. Si este es el sustrato de dicha confrontación, el trabajo de Hart también sería susceptible de una crítica similar, ya que al plantear la naturaleza ambigua del lenguaje jurídico y la existencia de normas de textura abierta, otorgaría un inmenso espacio facultativo al juez para decidir un caso, con lo cual este gozaría de mayor libertad para imponer en el mismo su particular visión de las cosas. Para mayor información, ver: Hart, y Dworkin. *La decisión judicial. Op. Cit.* Pág. 45-47.

¹⁴⁰ “Qué forma tendrá mi argumento al final del proceso dependerá, de manera fundamental, de los materiales jurídicos que utilice – leyes, casos, argumentos de conveniencia pública,

En este sentido, la decisión judicial aparecería como un acto siempre arbitrario, que se justifica a través una práctica argumentativa.¹⁴¹ Se le otorgaría al juez un espacio relativamente amplio de libertad al decidir, siempre y cuando logre justificar adecuadamente la escogencia del material jurídico relevante y logre adecuar esta elección a una práctica discursiva precedente, que lo mantenga dentro de los límites de la normalidad y permita calificar a su decisión como legítima. En un sentido dworkiniano, se le exigiría únicamente el requisito de la coherencia.

Sin embargo, la arbitrariedad que se propone en el párrafo anterior no es absoluta. Señalar que la utilización de argumentos jurídicos y la observancia de una historia jurisprudencial bastan para impregnar de legitimidad al proceso de decisión judicial, sería una afirmación demasiado pesimista, que adscribiría a alguna de las posturas más radicales del realismo jurídico.¹⁴² Es por eso que, si bien es cierto que a las sentencias judiciales en general subyace un discurso político que evidencia la protección de unos intereses en particular, y que cuando los hechos del proceso son presentados ante el juez, este conoce ya el sentido de su decisión, la cual se busca justificar mediante argumentos jurídicos que se plasmen en la providencia, es necesario establecer unos límites que eviten restar legitimidad general al fallo y que permitan encuadrarlo dentro de un plano jurídico. Al parecer, estos límites pueden estar fijados, por una parte en la restricción del material jurídico relevante,¹⁴³ y por otra, en los precedentes judiciales que sobre la materia existan al interior de un sistema de derecho.

En el caso del material jurídico a disposición, parece claro que existen ciertas limitaciones que vienen dadas por el asunto que se pone a consideración. Son los hechos del proceso los que le indican al juez el terreno en el cual ha de moverse y cuáles son las normas (y los principios) de los cuales podrá hacer uso o de entre los cuales tendrá que escoger aquellos que “vengan al caso”. Para dotar de mayor claridad a la presente idea y continuar con la línea crítica que se ha venido trabajando en las últimas páginas, quisiera en este punto acudir al sentido de *restricción* que ofrece Duncan Kennedy.

estereotipos sociales, representaciones históricas – pero dicha dependencia está lejos de ser una determinación *a priori* e ineludible del resultado jurídico. El resultado jurídico no está determinado por el material jurídico en sí”. Kennedy. *Libertad y restricción en la decisión judicial*. Op. Cit. Pág. 121.

¹⁴¹ “Es posible aceptar la noción de que la argumentación jurídica no es otra cosa que la manipulación del material jurídico”. *Ibíd.* Pág. 122.

¹⁴² Las versiones más dogmáticas del realismo jurídico, que profesan una actitud absolutamente escéptica frente a las normas jurídicas, defienden que estas juegan un papel marginal en las decisiones judiciales, pues no son más que predicciones acerca de lo que los jueces pueden decidir, y que en últimas es la voluntad de estos la que se impone en las sentencias. Oliver Wendell Holmes decía: “Las profecías de lo que los tribunales harán de hecho, y no otra cosa más ambiciosa, es lo que entiendo por derecho”. Holmes, O.W. *The path of law*. Bedford. Applewood, 1996. Pág. 18. (Traducción del autor)

¹⁴³ Señala César Rodríguez: “En su trabajo cotidiano, el juez experimenta tanto la sensación de libertad para crear el derecho como la sensación de restricción causada por la obligación de aplicar los materiales jurídicos existentes”. Ver: Kennedy. *Libertad y restricción en la decisión judicial*. Op. Cit. Pág. 80.

En su artículo *Libertad y restricción en la decisión judicial: una fenomenología crítica*,¹⁴⁴ Kennedy sostiene que la actividad de un juez se mueve entre dos ámbitos: uno de libertad, que le otorga la capacidad de argumentación con el fin de orientar su decisión hacia la sentencia a la que quiere llegar, y otro de restricción, dado por el material jurídico disponible. Para ilustrar mejor esta situación recurre a una metáfora, que compara las normas jurídicas con ladrillos, con la que indica que en términos generales se tiene libertad para decidir, pero que la extensión de esta libertad depende de los materiales que haya a la mano.

“(…) no es posible hacer cualquier cosa que nos plazca con un montón de ladrillos y lo que uno puede hacer depende de cuántos ladrillos se disponga así como de otras circunstancias particulares. Así las cosas, en tanto que construimos algo a partir de un juego de ladrillos dado, estos nos restringen, nos controlan, nos quitan libertad”.¹⁴⁵ Pero igualmente advierte que “la metáfora de un medio físico no nos ayuda a resolver qué tanto restringe la ley. Todo lo que hace es insinuar que debemos entender las libertades y las restricciones como aspectos de una experiencia de trabajo, de producción (…) y no creer (…) en la existencia de un sujeto trascendental y libre que puede hacer lo que quiere”.¹⁴⁶

Kennedy elabora dos acepciones que ayudan a entender mejor el sentido en que se refiere al término restricción: por un lado, el juez está restringido en general por la obligación de plantear buenos argumentos jurídicos para sustentar su decisión. Si se respetan unas reglas básicas del razonamiento jurídico, resulta evidente que existen posiciones que no se podrán defender desde ningún punto de vista, que en otros casos dichas reglas permitirán llegar a cualquier resultado, y que en ocasiones su correcta aplicación llevará a determinar una única solución. La obligación de utilizar buenos argumentos se justifica en la presión que el medio ejerce sobre el juez, pues una decisión que parezca mal argumentada le traerá una censura por parte de sus colegas, lo que puede afectar su carrera, o en el mejor de los casos, su decisión será revocada por una instancia superior, que desconocerá sus consideraciones sobre el caso, con lo cual su visión de las cosas no tenderá a prevalecer hacia el futuro.¹⁴⁷ En este punto, si lo que busca es establecer visiones alternativas del derecho, por ejemplo, su mejor estrategia será la de utilizar muy buenos argumentos, que brinden peso y respeto a sus providencias.

Por otro lado, la restricción proviene de lo que Kennedy llama el “costo en legitimidad”, el cual depende de la capacidad del juez para convencer a sus colegas y a la opinión pública en general de que la decisión que toma es la correcta. El juez goza de una legitimidad inicial: “El mero hecho de que yo tome una decisión hace pensar a la gente que de alguna manera era jurídicamente correcto haber tomado la decisión que tomé”.¹⁴⁸ Pero esta legitimidad inicial se reducirá cuando exista una brecha muy grande entre la primera impresión de lo que la ley ordena y la sentencia a la que se llega, y por el contrario, se incrementará cuando se logre persuadir a la gente, mediante argumentos

¹⁴⁴ *Ibíd.* Pág. 89-221.

¹⁴⁵ *Ibíd.* Pág. 120.

¹⁴⁶ *Ibíd.* Pág. 121.

¹⁴⁷ “Se trata de mi capacidad para hacer de uno de mis casos un ‘precedente fundamental’, uno que será citado con posterioridad, cada vez en más ocasiones, cada vez más distante en el espacio jurídico a medida que pasan los años”. *Ibíd.* Pág. 129.

¹⁴⁸ *Ibíd.* Pág. 126.

jurídicos, que era ese el fallo al que se tenía que llegar y, en cierta manera, logre cambiarle su propia visión previa de la ley, lo que le dará en el futuro, mayor fuerza a los argumentos que utilice. “Mientras más grande sea la distancia entre el resultado que busco y lo que todos esperarían, más grande será el valor positivo de haber convencido al observador mediante la argumentación jurídica”.¹⁴⁹

Ahora bien, ¿en qué consistiría el otro límite a la actividad del juez en el momento de emitir sus fallos? El análisis de los precedentes judiciales, que tradicionalmente se ha llevado a cabo en los países con sistema de derecho de *common law*, ha venido no obstante ganando terreno en países pertenecientes al sistema continental, y en Colombia particularmente su estudio ha crecido durante los últimos años, gracias al fuerte impulso que al respecto ha dado la Corte Constitucional. Con respecto a su contenido, autores como Dworkin establecen la fuerza del precedente en aspectos como la integridad y la coherencia en el plano del respeto a la historia constitucional de una comunidad política. Otros, como Alexy, le otorgan ese poder a un respeto observado por el principio de igualdad. Me detendré algunas líneas en Alexy, porque considero que por esta vía es que se fundamenta la doctrina vigente de la vinculatoriedad de la jurisprudencia en nuestro país.

Para el profesor alemán, el uso de precedentes experimenta una importancia creciente en los países pertenecientes a la tradición de derecho continental, al menos desde un punto de vista fáctico. En su parecer, la cuestión en dichos Estados se encuentra circunscrita a si deben o no ser considerados como fuentes formales de derecho, con una correlativa discusión en torno a su vinculatoriedad.¹⁵⁰ Sin embargo, no profundiza en estos detalles, sino que procede a realizar una descripción teórica del uso de precedentes. En su opinión, “el uso del precedente significa la aplicación de la norma que subyace a la decisión del precedente”¹⁵¹, norma que viene dada por la *ratio decidendi* de la sentencia, que se contrapone al llamado *obiter dictum* dentro de la misma. Acudiendo al profesor Diego López, podemos definir estos conceptos de la siguiente manera: la *ratio decidendi* “es la formulación más general, más allá de las particularidades irrelevantes del caso, del principio, regla o razón general que constituyen la base de la decisión judicial específica”.¹⁵² Sólo los apartes de la sentencia que constituyan su *ratio decidendi* serán los que tengan valor de precedente jurisprudencial, es decir, deberán considerarse obligatorios para casos futuros que presenten analogía con los ya decididos y en este sentido tienen la característica de cosa juzgada. Por su parte, el *obiter dictum* serían “todos aquellos razonamientos o elaboraciones que no constituyen *ratio decidendi* en una sentencia”;¹⁵³ serían simplemente “dichos al pasar” o afirmaciones incidentales que no hacen parte del problema jurídico que se está resolviendo. De allí que no gocen de obligatoriedad como precedentes y que no puedan ser considerados como cosa juzgada.¹⁵⁴

¹⁴⁹ *Ibíd.* Pág. 129.

¹⁵⁰ Este es el tema central del libro que Diego López dedica al estudio de precedentes en el que muestra cómo ha sido la orientación de las altas cortes colombianas al respecto, y con base en la jurisprudencia establecida desarrolla una teoría de análisis de precedentes judiciales. Ver: López Medina, Diego Eduardo. *El derecho de los jueces*. 2ª edición. Legis. Bogotá, 2006.

¹⁵¹ Alexy, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. Op. Cit. Pág. 266.

¹⁵² López Medina, Diego Eduardo. *El derecho de los jueces*. Op. Cit. Pág. 218.

¹⁵³ *Ibíd.* Pág. 219.

¹⁵⁴ “Tales motivaciones indicativas auxiliares pueden ser usualmente denominadas *obiter dictum*. En cambio, aquellos apartes que se recubren implícitamente con el valor de la cosa juzgada

Volviendo a Alexy, este considera que el uso del precedente judicial se fundamenta sobre dos principios: uno de *universabilidad* y otro de *inercia*. Aquel es “la exigencia que subyace a toda concepción de la justicia, en cuanto concepción formal, de tratar de igual manera a lo igual”.¹⁵⁵ Pero advierte que la proposición de este principio encierra inmediatamente dos dificultades: por una parte, el hecho de que no existen dos casos que sean completamente iguales, y por otra, que en el hipotético caso de que lo sean, deba decidirse de manera diferente debido a que han cambiado las valoraciones sobre las circunstancias del caso. La segunda dificultad se sortea por medio de la pretensión de corrección que plantea toda decisión, pretensión que si se negara, reñiría directamente con el propio principio de universabilidad, por violación del sentido de justicia que subyace al fallo. La primera dificultad se enfrenta con base en el ejercicio de una argumentación que sea justificable.

El principio de *inercia* hace referencia a que “una idea que haya sido aceptada una vez, no puede rechazarse sin un motivo suficiente.”¹⁵⁶ De este principio se deriva una regla en la carga de la argumentación, regla que se sustenta sobre la consideración de que “la apelación a una praxis existente no requiere ninguna justificación, sólo el cambio exige justificación”¹⁵⁷ Esto significa que quien quiera apartarse de un precedente, debe esbozar argumentos de peso para hacerlo, de modo que se le exija una mayor carga argumentativa a aquel intérprete que busque hacer uso del *overruling* jurídico.¹⁵⁸

Este tratamiento a la doctrina del precedente no ha sido ajena a nuestro derecho, sino que por el contrario es la base sobre la que se ha fundamentado el establecimiento de un régimen fuerte de precedentes en la jurisprudencia colombiana. Los conceptos de *ratio decidendi* y *obiter dictum* han sido definidos en numerosas sentencias de la Corte Constitucional, de las que cabe destacarse la SU-047/99 por el enorme desarrollo que hace de dicha doctrina. Así mismo, los principios de universabilidad y de inercia, también son desarrollados, aunque no con esos términos, en diversos fallos, con base en un respeto al principio de igualdad. Entre ellos, resultan paradigmáticos la sentencia T-123/95, en la que la Corte afirma: “(...) es importante considerar que a través de la jurisprudencia de los altos órganos jurisdiccionales, por la vía de la unificación doctrinal, se realiza el principio de igualdad. Luego, (...) es razonable exigir, en aras del principio de igualdad en la aplicación de la Ley, que los jueces y funcionarios que consideren que deben apartarse de la línea jurisprudencial trazada por las Altas Cortes, que lo hagan, pero siempre que justifiquen de manera suficiente y adecuada su decisión, pues de lo contrario, estaría infringiendo el principio de igualdad”.¹⁵⁹ Este criterio referido a la carga argumentativa de quien acuda al *overruling*, es reiterado en la sentencia T-321/98, en la que el tribunal constitucional señala: “(...) a efectos de no vulnerar el derecho a la igualdad y el principio de seguridad jurídica (que tiene como uno de sus fundamentos, el

constituyen la *ratio decidendi* del fallo, esto es, las consideraciones sin las cuales el fallo no tendría pleno significado jurídico”. *Ibíd.* Pág. 58.

¹⁵⁵ Alexy, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. Op. Cit. Pág. 262.

¹⁵⁶ *Ibíd.* Pág. 170.

¹⁵⁷ *Ibíd.*

¹⁵⁸ El *overruling* es, en esencia, el rechazo del precedente. Se contraponen al *distinguishing*, con el cual se interpreta en forma estricta la norma establecida por el precedente. En ambos casos, la decisión debe ser fundamentada, pero en el caso del *overruling* hay una mayor carga en la argumentación que justifique, y en cierto sentido, legitime, el apartarse de pronunciamientos anteriores. Ver: *Ibíd.* Pág. 266.

¹⁵⁹ Corte Constitucional. *Sentencia T-123/95*. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

que se otorgue la misma solución dada a casos similares – precedentes –), el funcionario que decide modificar su criterio, *tiene la carga de exponer las razones y fundamentos que lo han llevado a ese cambio*. (Cursiva de la Corte)¹⁶⁰ Estos elementos teóricos nos servirán de gran utilidad más adelante, cuando analicemos algunas sentencias de la Corte en temas específicos.

Ahora bien, el hecho de que el respeto por los precedentes – bien sea que se fundamente sobre el principio de la coherencia, como en el caso de Dworkin, o con base en el principio de igualdad, tal como lo plantea Alexy, y que es el enfoque asumido por la Corte Constitucional colombiana – sea considerado como un límite a la arbitrariedad en la decisión judicial, no implica necesariamente que su aplicación esté libre de consideraciones políticas, de factores “extraprocesales”, que pueden influir en la manera misma de interpretar el propio precedente. En efecto, tanto la determinación del precedente aplicable como la interpretación que del mismo se haga, puede ser utilizado, no como una regla de unificación jurisprudencial, sino como un medio para proyectar una visión de mundo o acomodar los hechos del caso y su sustentación jurídica a unos fines precisos, atravesados por consideraciones de índole “extrajurídico”. Como el mismo profesor López lo señala:

“La ‘vinculatoriedad’ del precedente, sin embargo, no resuelve la cuestión de poder al interior de la Corte porque, en todo caso (...) la disciplina del precedente puede ser moderada por concepciones amplias (hermenéuticas) o estrechas (textualistas) de la *ratio decidendi*, sin que sea necesario anular el principio de obligatoriedad de las sentencias previas. Las discusiones políticas en las que se ha afinado la teoría de análisis jurisprudencial de la Corte revelan, sin embargo, que la distinción misma puede ser utilizada de manera estratégica”.¹⁶¹

Esta estrategia consiste en adecuar el sentido de la *ratio decidendi* de una decisión anterior a las circunstancias del caso actual puesto a consideración. En este sentido, como lo señalan algunas teorías de la interpretación literaria, el texto deja de pertenecerle a su autor para pasar a manos del intérprete, quien le confiere un significado y un sentido diferentes al texto que lee, el cual en ocasiones puede representar con fidelidad lo que quiso decir quien lo escribió, pero la mayoría de las veces puede dar lugar a interpretaciones que ni el mismo autor imaginó cuando dio vida al texto.¹⁶²

Esta realidad es reconocida por la propia Corte Constitucional, la cual en la sentencia SU-047/99 hace un arriesgado ejercicio teórico para justificar un cambio de jurisprudencia, cuando en ella indica que: “Por ello, en realidad, son los jueces posteriores, o el mismo juez, en casos ulteriores, quienes precisan el verdadero alcance

¹⁶⁰ Corte Constitucional. *Sentencia T-321/98*. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

¹⁶¹ López Medina, Diego Eduardo. *El derecho de los jueces*. Op. Cit. Pág. 245, 246.

¹⁶² Sobre la interpretación en las ciencias sociales, véase: Taylor, Charles. *Interpretation and the sciences of man*; y Føllesdall, Dagfinn. *Hermeneutics and the hypothetico-deductive method*. En: *Readings in the philosophy of social science*. Michael Martin & Lee C. McIntyre (editores). MIT: Cambridge, 1994. Pág. 181-211; 233-245. También es importante tener en cuenta el concepto de distanciamiento propuesto por Ricoeur, al cual ya hicimos alusión. Ver: *Supra*. Pág. 18. “(La distanciamiento) implica una autonomía del texto, que deja así de pertenecer al autor y pasa a ser interpretado por el lector a través de un proceso de descontextualización y recontextualización.” Ricoeur. *Para una hermenéutica crítica*. Op. cit. Pág. 216.

de la *ratio decidendi* de un asunto, de suerte que la doctrina vinculante de un precedente puede no ser la *ratio decidendi* que el juez que decidió el caso hubiera escogido sino aquella que es aprobada por los jueces posteriores”.¹⁶³

De modo que las apreciaciones acerca de la interpretación, y especialmente de la argumentación, como los medios a través de los cuales se legitima el discurso jurídico que subyace a las decisiones judiciales, se confirman, y ni siquiera los límites impuestos a la arbitrariedad por intermedio del respeto al precedente jurisprudencial sirven como mecanismo para “objetivizar” la decisión, en vista de que la propia escogencia de los precedentes aplicables y de la razón jurídica de dichos precedentes puede ser utilizada por el juez para plasmar su discurso, legitimado por el propio hecho de la argumentación, convirtiéndolos así en una herramienta de expresión política. Desde este punto de vista, parecería que lo más pertinente fuese hacer un estudio de comportamentalismo¹⁶⁴ de los jueces, lo cual, sin embargo, desbordaría por completo los fines propuestos para este trabajo. No obstante, a pesar de la visión pesimista y censurable que se pueda tener sobre esta apreciación, es importante señalar que no es una conclusión en sí misma negativa, sino que sirve para apreciar de mejor manera el campo conflictivo del derecho, en el que se libra una lucha intensa por su significado. Por eso, resultará fundamental atender al papel que juega el juez en este caso, en particular el tribunal constitucional, como escenario en el que dicha disputa se lleva a cabo. Pero de esto nos ocuparemos en el tercer acápite del capítulo. Por el momento, vale la pena reseñar la apreciación que sobre el respecto ofrece el profesor Diego López, y que se cita en extenso por su pertinencia:

“He venido asumiendo hasta aquí que la politicidad de la luchas por las fuentes del derecho es un fenómeno interno a la profesión jurídica. Esto, sin embargo, no es cierto. Sería más adecuado afirmar que la lucha jurídica por el control del sistema de fuentes es tan sólo el reflejo de intereses sociales más amplios. (...) En Colombia la adopción de un derecho jurisprudencial ha involucrado intereses políticos muy diversos, los cuales han venido expresando también sus opiniones al respecto. El sistema de precedentes, por tanto, ha sido sometido a crítica ciudadana intensa. Así, por ejemplo, el sistema de precedentes fue criticado desde la derecha, como un mecanismo violador de la seguridad jurídica (esto es, de la obligación política que tiene el derecho de decidir el caso conforme a reglas preexistentes y nunca mediante reglas creadas *ad hoc*). Esta crítica explota la acrecentada dificultad que tiene el derecho jurisprudencial para justificar la preexistencia de las subreglas que anuncian en una sentencia nueva, cuando la sentencia, a diferencia de la ley, está fuertemente sometida a los problemas de

¹⁶³ Corte Constitucional. *Sentencia SU-047/99*. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz y Carlos Gaviria Díaz.

¹⁶⁴ El *comportamentalismo* (*Behaviorism*) es un movimiento filosófico de la psicología que sostiene que todo aquello que hacen los organismos (como pensar, actuar y sentir) puede explicarse con base en comportamientos. Sus fundamentos teóricos pueden resumirse así: 1) La psicología es esencialmente una ciencia del comportamiento; 2) el comportamiento puede ser descrito y explicado sin hacer referencia a estados mentales o a procesos internos psicológicos. En realidad, sus fuentes son externas; 3) los conceptos psicológicos que describen estados de la mente deberían ser reemplazados por conceptos comportamentales o interpretados a través de estos. Al respecto, véase: Skinner, B.F. *El análisis de la conducta: una visión retrospectiva*. Noriega editores. México, 1991; Fodor, Jerry A. *La explicación psicológica: Introducción a la filosofía de la psicología*. Traducción de José E. García Albea. Cátedra. Madrid, 1980. Pág. 29-79; y Von Wright, Georg Henrik. *Explanation and understanding*. Cornell University Press. New York, 1980. Pág. 83-163.

corrección equitativa para el caso concreto de las reglas generales. La subregla, modelada bajo las presiones de la corrección equitativa, tiene muchas veces apariencia de ser completamente “nueva” y, por tanto de violar el presupuesto fundamental del estado de derecho”.¹⁶⁵

2. La eficacia simbólica del derecho

Nos ocuparemos ahora de otro tema, que viene a complementar lo expuesto en las páginas anteriores, y que tiene que ver con la eficacia simbólica del derecho, la cual ha sido ampliamente analizada por el profesor Mauricio García.¹⁶⁶ Nos interesa particularmente el estudio de la dimensión simbólica que tiene el lenguaje. Sin embargo, el enfoque que le daremos aquí, será uno desplegado desde el punto de vista de la adjudicación en derecho, más que de la producción.

Cuando revisamos el primer factor del análisis del discurso general, que tiene que ver con el abandono de la oración como unidad de análisis lingüístico, que viene a ser reemplazado por los conceptos de proposiciones y de enunciados, nos encontramos con que Harris proponía entender el discurso básicamente como un encadenamiento de enunciados. Este enfoque es retomado por el profesor García, quien al caracterizar al derecho como un “discurso que se aplica en un espacio en el cual tienen lugar múltiples relaciones de poder”¹⁶⁷, pretende explicar en esa circunstancia gran parte del poderío que en él radica. Es por eso que afirma: “El derecho es un conjunto de enunciados y, en consecuencia, algunos secretos de su fuerza social, pueden ser descubiertos en esta condición discursiva. El hecho de que las normas logren eficacia por medio de las representaciones que ellas crean en los individuos, hace del derecho un instrumento social necesariamente ligado al mundo de lo simbólico y con él al mundo de lo político”¹⁶⁸

El espacio simbólico está definido por su referencia a un sentido indirecto o figurado, el cual es descubierto por medio de un ejercicio de interpretación. Lo anterior puede entenderse en el sentido de que lo simbólico por lo general se aplica a través de un discurso directo, que no obstante cubre o esconde un discurso indirecto subyacente, que es inadvertido ante la recepción descuidada del primero. “Por eso, lo característico del símbolo es su capacidad para sugerir, para despertar interpretaciones que no aparecen en el significado literal de las palabras. El poder de evocación es la fuerza de lo simbólico”.¹⁶⁹ Sólo un análisis interesado del verdadero sentido del discurso directo permite descubrir el significado de lo que se quiere decir con este. En otras palabras, el campo de lo simbólico se despliega ante nuestros ojos únicamente cuando somos capaces de “leer entre líneas”, de determinar lo que se halla tras la práctica aparentemente desinteresada del intercambio lingüístico, del discurso más allá del discurso. Ironizando un poco, “*on ne voit bien qu’avec le cœur. L’essentiel est invisible pour les yeux*”,¹⁷⁰ como el secreto que el zorro le comparte al Principito.

¹⁶⁵ López Medina, Diego Eduardo. *El derecho de los jueces. Op. Cit.* Pág. 194,195.

¹⁶⁶ García Villegas, Mauricio. *La eficacia simbólica del derecho.* Ediciones Uniandes. Bogotá, 1993.

¹⁶⁷ *Ibíd.* Pág. 80.

¹⁶⁸ *Ibíd.* Pág. 3.

¹⁶⁹ *Ibíd.* Pág. 36.

¹⁷⁰ De Saint Exupéry, Antoine. *Le petit prince.* Epigrama. Bogotá, 2006. Pág. 72.

Esta caracterización introduce de manera evidente el componente simbólico del lenguaje en un plano pragmático. El lenguaje deja de ser así un ejercicio desinteresado, por el cual el hombre se constituye como sujeto en referencia a una comunidad lingüística,¹⁷¹ para pasar a entenderse como un terreno estratégico, en el que los actores que hacen uso del mismo persiguen fines específicos. No obstante, no hay que calificar simplemente a esta característica como una acción pretendida directamente por los usuarios del discurso, sino como un rasgo inescindible del propio lenguaje. “ (...) no es cuestión de un poder perverso que contamina un discurso puro; el interés no se sobrepone al locutor como un mal venido de afuera, que no se puede evitar; la connotación política de los enunciados, de su sentido, es una característica inherente a la lengua”,¹⁷² como lo advierte el profesor García. No obstante, es la apropiación política de este espacio estratégico que constituye lo simbólico dentro del lenguaje, lo que lo convierte precisamente en un instrumento de dominación, por el cual obtiene relevancia la práctica interpretativa como arma de lucha por el significado.

La anterior anotación es una afrenta directa a la consideración del lenguaje como un medio neutral, que caracteriza la última etapa de la obra de Habermas, cuando presenta su propuesta de una comunicación sin distorsiones a partir del ideal del principio dialógico, pero que se identifica con los comienzos de su trabajo cuando, enfrentado a Gadamer, denuncia la ilusión que esconde la pretendida neutralidad científica del conocimiento y de la imparcialidad del lenguaje.¹⁷³ Por el contrario, el discurso forma un nuevo poder, que ya no se identifica con una dominación directa y coercitiva, sino que se desarrolla a través de una práctica, en la que el plano de lo simbólico juega un papel esencial.¹⁷⁴ En el campo específico del derecho, este poder colabora con la consolidación de consenso, con un discurso que se legitima a sí mismo, y que a partir de dicha legitimidad, contribuye a la construcción de confianza alrededor de él.

Y este poder del discurso jurídico, que se despliega en gran medida en la promulgación de normas jurídicas, esto es, en el contexto de producción del derecho, tiene no obstante mayor fuerza cuando se desarrolla en el ámbito de la decisión judicial, es decir, en el contexto de adjudicación del derecho. Esto se debe a que si bien es el legislador el que define los contenidos generales del sistema normativo, es el juez, con la aplicación de este sistema al caso concreto, el que determina específicamente el alcance y los límites de los derechos; es quien interpreta los textos jurídicos y les imprime un sentido determinado. De esta manera, la adjudicación deviene el escenario por excelencia de la lucha política por el significado del derecho. Como bien lo señala Mauricio García: “(...) el tema de la aplicación del derecho deja de ser una consecuencia ineluctable del poder sancionador para convertirse en una práctica que reintroduce las disputas por la apropiación del sentido del derecho que tuvieron lugar durante la creación de las normas”.¹⁷⁵

¹⁷¹ Ver: *Supra*. Pág. 29.

¹⁷² García Villegas, Mauricio. *La eficacia simbólica del derecho. Op. Cit.* Pág. 40.

¹⁷³ Ver: *Supra*. Pág. 19-21, 32, 33.

¹⁷⁴ Las estrategias de dominación del Estado desplegadas por medio de la coerción y el consenso son una importante pieza teórica en el desarrollo del marxismo durante el siglo XX. Al respecto, ver: Gramsci, Antonio. *La política y el Estado moderno*. 2ª edición. Premio editora. México, 1978; y Althusser, Louis. *Ideología y aparatos ideológicos del Estado*. Skala. Bogotá, 2005.

¹⁷⁵ García Villegas, Mauricio. *La eficacia simbólica del derecho. Op. Cit.* Pág. 81.

La consideración previa indica que, a pesar de que se explote la riqueza simbólica del derecho en el ejercicio de interpretación de las normas jurídicas, esta acción estratégica reproduce un discurso dominante sólo en el sentido de dotar de legitimidad a la institucionalidad de la adjudicación jurídica, de caracterizar al derecho como un espacio socialmente neutro para la resolución de conflictos y de crear confianza en los ciudadanos acerca de la capacidad de aquel para brindar efectivamente una respuesta aceptable para quienes acuden a la jurisdicción. Pero ese discurso que se reproduce no es únicamente el que guía la decisión judicial hacia alguno de los espectros políticos, sino que puede albergar también un discurso contradictorio, que vaya en contravía de la conciencia política dominante, y que se aprovecha de esa carga de legitimidad que contiene el poder de dicción del juez, para proponer una visión diferente del derecho, una manera distinta de interpretar las normas jurídicas, en contra de una perspectiva mayoritaria que orienta el significado de dichas normas hacia otros fines. De modo que la adjudicación trasciende más allá de la resolución del caso concreto y aun de la propia relegitimación que representa su ejercicio, para transformarse en un espacio dentro del cual se experimenta una confrontación política por el significado de las normas, disputa que se lleva a cabo por medio de la interpretación. “La realidad social del derecho también debe ser entendida como un proceso de comunicación entre instancias dotadas de un poder que se ejerce a través de la interpretación y de la lucha por la imposición de una determinada representación de las palabras”.¹⁷⁶ Este, que considero el aporte más importante del libro *sub examine*, contribuye en buena parte a la formación de la tesis central de este trabajo.¹⁷⁷

Ahora bien, ¿cómo se relaciona el terreno de lo simbólico en el derecho con su eficacia? Para aclarar esta relación es necesario definir primero en qué sentido podemos hablar de eficacia jurídica. Mauricio García nos habla de dos tipos de eficacia: la instrumental y la simbólica. La primera hace referencia a la capacidad que puede tener el derecho de regular comportamientos, a partir de la consideración de las normas jurídicas como instrumentos dirigidos a la acción. Es este poder de regulación el que se encuentra en autores como Kelsen, para quien la eficacia instrumental vendría dada por lo que él denomina reglas secundarias.¹⁷⁸ La eficacia simbólica, por su parte, está determinada por la capacidad del derecho de mostrarse como un símbolo dirigido a la representación, habilidad que es inherente al discurso jurídico. La eficacia simbólica puede ser no sólo

¹⁷⁶ *Ibíd.* Pág. 83.

¹⁷⁷ Dice el mismo profesor García en un artículo previo a su tesis de doctorado, la cual se publicó después como el libro que hemos venido referenciando: “(...) el derecho no cuenta con el monopolio del poder simbólico; su incidencia puede estar neutralizada por otras prácticas y otros discursos; más aun, fuerzas en oposición a aquellas que poseen la posibilidad de fijar el sentido de las palabras del derecho, pueden apropiarse en ciertas coyunturas de los enunciados jurídicos para proponer o imponer una interpretación diferente de la prevista por las instancias oficiales (...) el poder simbólico del discurso jurídico varía de acuerdo con las circunstancias”. García, Mauricio. Eficacia simbólica y eficacia instrumental del derecho. En: *El otro derecho* No. 7. ILSA. Bogotá, 1991. Pág. 14.

¹⁷⁸ “Llamamos norma primaria a la que establece la relación entre el hecho ilícito y la sanción, y norma secundaria a la que prescribe la conducta que permite evitar la sanción. Paralelamente, la ciencia del derecho describe estas dos clases de normas formulando reglas de derecho primarias y secundarias, pero una regla de derecho secundaria es de hecho superflua, pues supone la existencia de una regla de derecho primaria, sin la cual no tendría ninguna significación jurídica, y esta regla de derecho primaria contiene todos los elementos necesarios para la descripción de la norma jurídica completa”. Kelsen, Hans. *Teoría pura del derecho*. Editorial Reflexión. México (sin fecha de publicación). Pág. 77,78.

más importante que la instrumental, sino que, valga la redundancia, ser más eficaz¹⁷⁹ que la primera.

A su vez, la eficacia simbólica puede considerarse en un sentido general o en otro específico. Aquel se refiere al poder discursivo del derecho de establecer la delimitación de lo legal y de lo justo, y se configura en una condición indispensable para su aceptación. En su sentido específico, “la eficacia simbólica debe ser entendida como una estrategia deliberada de las instancias creadoras o aplicadoras del derecho que consiste en desconocer los objetivos normativos en beneficio de otros objetivos no declarados (...) a partir del cual se constata una apropiación política de los textos jurídicos que se manifiesta a través del mecanismo de la disociación entre objetivos latentes y objetivos manifiestos de los textos jurídicos”.¹⁸⁰

No obstante, desde el punto de vista de la función del juez, esta disociación no se torna tan evidente, pues es probable que el propio pronunciamiento judicial encierre en sí mismo una alta carga de eficacia simbólica, al reducir el nivel de abstracción de la norma general aplicándola al caso concreto y por vía de su interpretación reconocer unos derechos, lo cual, a pesar de significar un triunfo en los estrados judiciales, puede devenir una victoria meramente simbólica, debido a que el paso hacia su materialización dependerá muchas veces de la voluntad política de los obligados. Aunque la adjudicación se convierte en un filtro de realidad política, “que deja pasar sólo aquella parte de la promesa que económica o políticamente puede pasar”¹⁸¹, es probable que aún lo realizado por la sentencia judicial sea insuficiente para el ejercicio efectivo de un derecho. Empero, este es un asunto que desbordaría los límites impuestos a este trabajo. Por el momento, valga rescatar el mensaje que el libro de García nos propone, el cual nos indica que, a pesar de los desequilibrios que evidencia toda relación de poder, no obstante el campo de juego discursivo, en el que entran en confrontación diversas posiciones e intereses, no presenta un ganador por anticipado, sino que es a través de la práctica interpretativa como se puede luchar por un significado que haga realidad unos derechos, al menos en la sentencia, como desarrollo de una historia constitucional reciente. En palabras del propio profesor: “La lucha por la fijación del sentido del derecho no se encuentra definida de antemano; si así fuese no se trataría de una lucha. Tampoco es el fruto de una confrontación entre iguales: existe una estructura de dominación que

¹⁷⁹ El concepto de eficacia es abordado por numerosos autores. Entre ellos, podemos nombrar a Kelsen, para quien la eficacia se refiere al efectivo cumplimiento que tenga la norma jurídica dentro del orden social al cual va dirigida. Desde este punto de vista, cuando la norma deja de ser obedecida, aunque sea válida formalmente, se torna ineficaz. Ver: Kelsen. *Op. Cit.* Pág. 142, 143. Hart considera que la eficacia depende de la aceptabilidad de la norma y distingue entre la ineficacia de una norma aislada y la de un sistema jurídico. En este segundo sentido, se pone en entredicho la propia validez formal del conjunto normativo, porque no hay claridad acerca de la regla de reconocimiento. Este caso es dominado por Hart como un patología del sistema jurídico. Ver: Hart. *Op. Cit.* Pág.127-129. Para Alexy, la eficacia consiste en la observancia que tenga la sociedad de las normas jurídicas. En su opinión, los conceptos de derecho positivistas están primariamente orientados por la eficacia, los cuales, a su vez, se diferencian según apunten al aspecto externo de una norma, esto es, la regularidad del comportamiento y/o de la sanción por incumplimiento, o bien a su aspecto interno, es decir, la motivación por el cumplimiento o la aplicación de la norma. Ver: Alexy, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Gedisa. Barcelona, 1992. Pág. 21-23.

¹⁸⁰ García Villegas, Mauricio. *La eficacia simbólica del derecho*. *Op. Cit.* Pág. 92.

¹⁸¹ *Ibíd.* Pág. 249.

favorece la posición de unas fuerzas sobre otras pero que no siempre es una ventaja suficiente para asegurar el triunfo”.¹⁸²

3. El papel del tribunal constitucional

Como último tema de esta primera parte del trabajo, quisiera ahondar un poco en la manera como estas condiciones del discurso jurídico se expresan en los fallos y los ejercicios de interpretación de un tribunal constitucional, a partir de la observación del papel que el mismo debe cumplir en un Estado constitucional y democrático de derecho, como puerta de entrada al análisis de jurisprudencia que se realizará en los capítulos siguientes, cuando estudiemos algunas sentencias de la Corte Constitucional colombiana relativas a asuntos específicos.

Para empezar, es necesario señalar que el papel del tribunal constitucional ha sido una materia de abundante literatura, por lo cual, para efectos del presente trabajo, nos centraremos en unos cuantos autores, que se insertan dentro de la línea teórica que se ha venido elaborando a lo largo de este escrito. En primer lugar tenemos a Habermas, quien como mencionamos con anterioridad¹⁸³, aplica en *Facticidad y validez* los resultados de su teoría de la acción comunicativa al campo del derecho. No obstante, es este ideal regulativo de una comunicación sin distorsiones con base en un principio dialógico, el que le impide a Habermas aceptar, al menos en un sentido teórico, que el tribunal constitucional juegue un papel “político”, que no corresponda con el rol de abrir el texto constitucional a la ciudadanía, el cual establece para dicho tribunal. Miremos esto con mayor detenimiento.

Para Habermas, el derecho está constituido por tres componentes fundamentales: derechos a iguales libertades subjetivas de acción, derechos de pertenencia a una comunidad y garantías relativas a procedimientos.¹⁸⁴ Esta clasificación no es gratuita, sino que por el contrario se sustenta sobre la base de la comprensión del derecho como el producto de un proceso discursivo, en el que la participación de aquellos a quienes va destinado es indispensable. La base de esta teorización es lo que él llama “principio de discurso”, el cual resume las anteriores consideraciones: “Válidas son aquellas normas (y sólo aquellas normas) a las que todos los que puedan verse afectados por ellas pudiesen prestar su asentimiento como participantes en discursos racionales”.¹⁸⁵

Esta comprensión discursiva del derecho sólo puede darse dentro del ámbito de Estado democrático de derecho, entendido como aquel en el que se institucionaliza un derecho legítimo porque ha sido concebido conforme a procedimientos y presupuestos comunicativos de formación de la opinión pública; y tiene su mayor desarrollo en el Estado social de derecho, pues en este, aquellas premisas que antes eran consideradas como proyecciones políticas o acuerdos programáticos, ahora adquieren estatus de derecho objetivo y el esfuerzo del Estado debe orientarse hacia su realización.¹⁸⁶

¹⁸² *Ibíd.* Pág. 154.

¹⁸³ Ver: *Supra.* Pág. 19-21.

¹⁸⁴ Ver: Habermas. *Facticidad y validez.* Op. Cit. Pág. 191.

¹⁸⁵ *Ibíd.* Pág. 172.

¹⁸⁶ Ver: *Ibíd.* Pág. 523.

Buena parte del entramado que propone *Facticidad y validez* es en este sentido una respuesta contracrítica a las objeciones que los Estudios Críticos Legales postulan contra las teorías de la interpretación y de la argumentación jurídicas. Las tesis que estos defienden se dirigen por lo general a denunciar, por una parte, que el derecho vigente está lleno de principios y objetivos contradictorios, por lo cual, cualquier intento de reconstrucción racional del derecho (en clara alusión a Dworkin) estaría condenada al fracaso.¹⁸⁷ Y por otra parte, a evidenciar que la decisión del juez descansa sobre supuestos de fondo y de prejuicios, que se cubren con argumentos, los que le brindan a los verdaderos intereses que influyeron el fallo la apariencia de buenas razones.¹⁸⁸ La respuesta de Habermas contrapone que la aplicación de procedimientos discursivos para la formación democrática de la opinión, contribuye decididamente a la racionalización (discursiva) de las decisiones de una administración de justicia – y en especial de un tribunal constitucional – atada al derecho. Esta racionalización comprende dos aristas: de un lado, en el ámbito del Estado social de derecho, el tribunal ya no juega un papel de simple aplicador de las normas jurídicas, sino que debido a la objetivización de los derechos sociales, entra en un terreno de competencia con el legislador, asumiendo por lo tanto un rol mucho más activo. Este aspecto es el que le ocasiona críticas al tribunal constitucional, censuras que por lo general se basan sobre la lógica de la división de poderes.¹⁸⁹ De otro lado, la adjudicación en un sistema jurídico tan complejo requiere de una metodología que logre reducir la indeterminación del derecho y a la vez logre respetar los principios en conflicto. Esta metodología es la ponderación¹⁹⁰. No obstante, el papel más importante que se le asigna al tribunal se relaciona con la legitimidad de la producción del derecho, que entiende al tribunal como el garante de dicho proceso productivo, cuando a través de sus interpretaciones, sabe realizar el derecho que sus autores han concebido. En otras palabras, su tarea consiste en mantener abiertos los canales de comunicación de la sociedad, por medio de los cuales se forma la opinión pública y en cuyo ejercicio discursivo (en el sentido habermasiano) tiene origen el derecho legítimo de la comunidad.

Esta visión procedimentalista del proceso constituyente se hace visible en otros autores, como por ejemplo Rawls, para quien la adopción de principios de justicia en la posición original de su hipotético contrato social abstracto, se debe complementar con un “principio de participación” que atienda a los aspectos procedimentales para la concurrencia de los asociados en las decisiones fundamentales de las sociedades que conforman. Este principio surge de la visión de la constitución como un fenómeno procedimental, que por un lado debe ser justo, y por otro, ha de estructurarse “de manera que todos los acuerdos factibles se conviertan en sistemas de legislación justos y eficaces”.¹⁹¹ El principio de participación es, en esencia, el principio de igual libertad

¹⁸⁷ Ver: *Ibíd.* Pág. 287. Un ejemplo de esta contradicción entre principios y objetivos trazados por el derecho se puede encontrar en: Kennedy, Duncan. Forma y sustancia en la adjudicación del derecho privado. En: *Sociología jurídica*. Mauricio García Villegas (editor). Universidad Nacional de Colombia. Bogotá, 2001. Pág. 163-187. Allí, el reconocido juez perteneciente al movimiento de los CLS demuestra que la jurisprudencia norteamericana de derecho privado trata de conciliar dos visiones incompatibles: una visión liberal de competencia individual, y otra colectiva de asistencia solidaria.

¹⁸⁸ Ver: Habermas. *Facticidad y validez*. Op. Cit. Pág. 569.

¹⁸⁹ Como veremos, esta crítica es también muy común en Colombia en contra de nuestra Corte Constitucional. Ver: *Infra*. Pág. 60, 62, 63, 66.

¹⁹⁰ Sobre el concepto de ponderación, ver: *Supra*. Pág. 24, 41, 42.

¹⁹¹ Rawls, John. *Teoría de la justicia*. 2ª edición en español. Traducción de María Dolores González. Fondo de Cultura Económica. México D.F., 1997. Pág. 210.

aplicado al proceso político definido por la constitución, en últimas, un traslado de la posición original al momento constituyente, y que como tal “exige que todos los ciudadanos tengan un mismo derecho a tomar parte y a determinar el resultado del proceso constitucional que establecen las leyes que ellos han de obedecer.”¹⁹²

Rawls presta particular atención a tres aspectos del principio de participación y que se relacionan con su significado, su alcance y las medidas que aumentan su valor. Frente a lo primero, señala que implica la posibilidad de acceso igual de todos, por lo menos en un sentido formal, al ejercicio del poder público. Aquí se garantiza la libertad de participar, con acciones necesariamente relacionadas con el ejercicio del gobierno. En segundo lugar, respecto al alcance de la participación es menester indicar que este “restringe el procedimiento de gobierno de la mayoría por los mecanismos del constitucionalismo”¹⁹³ a los límites de la justicia, es decir, a la extensión en que interfiera con otros principios de igual importancia. Por último, entiende que la constitución debe aumentar el valor de los derechos de participación de los miembros de la sociedad, partiendo de la idea del proceso político democrático como un proceso regulado, en el que el foro público ha de ser abierto y libre para todos, de modo que tengan la oportunidad de acceder a él.

Estas ideas son complementadas por Rawls en su *Liberalismo político*¹⁹⁴ al hablar del ideal de la ciudadanía democrática, cuando relaciona el concepto de razón pública con el consenso traslapado (*overlapping consensus*). Allí afirma que “(el) ejercicio del poder político es apropiado y, por tanto, justificable sólo cuando se ejerce en concordancia con una constitución cuyos elementos esenciales todos los ciudadanos pueden suscribir a la luz de principios e ideales aceptables para ellos como razonables y racionales (...) cuando la concepción política se apoya en un consenso traslapado de doctrinas omnicomprensivas razonables, desaparece la paradoja de la razón pública. La unión del deber de civilidad con los grandes valores de lo político nos da el ideal de ciudadanos que se gobiernan a sí mismos de maneras en que cada cual espera razonablemente que los demás los aceptarán”.¹⁹⁵

La idea de la constitución como proceso se halla presente también en Ely, quien sabe traducirla a un papel concreto que debe ser desarrollado por el tribunal constitucional. En consonancia con lo expresado por Habermas, Ely piensa que la corte tiene la responsabilidad de ampliar el acceso a los procesos democráticos, gracias a una interpretación extensiva de los derechos que elimine todas las discriminaciones o exclusiones que han tenido lugar debido a interpretaciones restrictivas de la constitución (de los Estados Unidos). Por eso Ely se muestra más acorde con los postulados argumentativos de la Corte Warren.¹⁹⁶ No obstante, su perspectiva no es tan abierta a la

¹⁹² *Ibíd.*

¹⁹³ *Ibíd.* Pág. 216.

¹⁹⁴ Rawls, John. *Liberalismo político*. Fondo de Cultura Económica. 1ª edición. Traducción de Sergio René Madero Báez. México D.F., 2002.

¹⁹⁵ *Ibíd.* Pág. 208, 209.

¹⁹⁶ En los Estados Unidos se acostumbra llamar a un período de la Suprema Corte por el apellido de quien ejerza la presidencia de esta durante el mismo. En particular la corte Warren debe su nombre al juez Earl Warren, presidente de la Suprema Corte entre 1953 y 1969. Este período se caracterizó por un fuerte impulso a la interpretación extensiva del contenido de las enmiendas de la constitución norteamericana y en él tuvieron lugar fallos tan polémicos como importantes para la historia constitucional reciente de dicho país, como por ejemplo la sentencia *Brown Vs. Board of education* en 1954, que rechazó la fórmula de “iguales pero separados” establecida desde 1896,

participación, sino más bien una advertencia a que la corte en esencia debe mantener el “consenso” que existe en los Estados Unidos, por medio de sus fallos. En otras palabras, si las propuestas de Habermas y de Rawls se plantearon en un plano de democracia participativa, con un papel fundamental para el tribunal constitucional en el caso del filósofo alemán, la propuesta de Ely se cimienta sobre una idea de legitimidad de la democracia representativa (para el caso norteamericano), por la que los representantes del pueblo han construido un consenso, entendido como el conjunto de valores ciudadanos, que es la referencia y el criterio por el que debe guiarse el tribunal constitucional para fallar, por lo cual este se halla subordinado al legislador.¹⁹⁷ De allí que señale: “El problema reside en que el contexto constitucional está a mundos de distancia: la legislatura se ha pronunciado, y el asunto es saber si la corte debe revocarla de una manera que sólo pueda ser invertida por el engorroso proceso de la enmienda constitucional. Esto es precisamente lo que los tribunales deben hacer (...) Pero hacerlo sobre la base de que la legislatura no es la auténtica vocera de los valores de la gente mientras que la Corte sí lo es, es ridículo”.¹⁹⁸

El consenso hace relación a dos aspectos que se interrelacionan: mientras que por una parte “se busca proteger los derechos de la mayoría al asegurarse de que la legislación refleje verdaderamente los valores populares”, por otra se busca “proteger los derechos de los individuos y de los grupos minoritarios contra las acciones de la mayoría”.¹⁹⁹ Sólo si la Corte es capaz de representar ese carácter consensual que encierra la constitución de los Estados Unidos, puede generar *confianza* en su tarea y obtener la legitimidad requerida para sus decisiones en el marco de una democracia representativa.

Ahora bien, en el caso colombiano, ¿la Corte Constitucional se acerca a una visión procedimentalista de la constitución o se basa más bien sobre la prevalencia de ciertos valores sustantivos? En este sentido, ¿abre los espacios de participación política o refuerza las posiciones de alguna de las partes en conflicto? Y en otro, ¿es un tribunal activo, que va más allá del frío texto de las normas para tratar de realizar derechos efectivamente o se halla subordinada al legislativo en el papel de determinar el derecho? En últimas, ¿cuál es el papel de la Corte Constitucional colombiana? Estas son cuestiones que intentaremos responder en la segunda parte del trabajo.

para justificar el *apartheid* presentado en las escuelas públicas de los Estados Unidos. Tanto el fallo de 1896 como el de 1954 tuvieron como base de interpretación la enmienda decimocuarta de la constitución americana, que habla del deber de igual protección de las leyes.

¹⁹⁷ “La tarea de la Corte es determinar el peso del principio en la moralidad convencional y convertir el principio moral en un principio legal vinculándolo al cuerpo del derecho constitucional”. Ely, John Hart. *Democracia y desconfianza. Una teoría del control constitucional*. Traducción de Magdalena Holguín. Siglo del hombre editores. Universidad de los Andes. Bogotá, 1997. Pág. 85.

¹⁹⁸ *Ibíd.* Pág. 91.

¹⁹⁹ *Ibíd.*

SEGUNDA PARTE: Análisis del discurso jurídico de la Corte Constitucional en temas específicos

Hasta aquí se ha pretendido elaborar un marco teórico que permita revisar algunos pronunciamientos jurisprudenciales con herramientas de análisis del discurso jurídico, adoptando una posición crítica frente al mismo, a partir del estudio de la particularidad del lenguaje jurídico y el papel que la argumentación juega como elemento justificativo y legitimador de las decisiones judiciales, ahondando también en la eficacia simbólica que estas últimas pueden guardar y la responsabilidad que tiene el tribunal constitucional, no sólo de utilizar buenos argumentos, sino también de establecer un procedimiento que reduzca la indeterminación del derecho y garantice la apertura de la Constitución hacia la participación y consideración de todos los intereses en juego, incluso de aquellos ejercidos por sectores contramayoritarios.

Corresponde ahora realizar una comparación del soporte teórico que precede con material fáctico disponible, para lo cual se procederá a analizar algunos de fallos de especial relevancia con el ánimo de demostrar la hipótesis sugerida durante la primera parte de este trabajo, orientada a develar la existencia de ciertos discursos políticos subyacentes en las decisiones judiciales. Para el efecto, se hará un recorrido por algunos pronunciamientos de la Corte Constitucional colombiana, particularmente dentro de sus primeros once años de funcionamiento, en los que tradicionalmente se ha ubicado a tres generaciones de dicho tribunal, que como se verá, han sido caracterizadas por algunos autores como inclinadas hacia un extremo del espectro político, pronunciamientos que estarán asimismo organizados conforme a algunos temas que revisten interés, bien por su amplio contenido teórico, o bien porque se refieren a aspectos tocantes de la economía, todo dentro de los fines propuestos para el presente trabajo.

Es posible sostener que estos temas de alta sensibilidad jurídico – política son abordados por la Corte con mucha generalidad, en el caso de los derechos fundamentales (y a veces de los derechos sociales), o con mucha cautela y precisión, como en el caso de las sentencias de trasfondo económico, por lo cual los fallos en el primer caso suelen ser progresistas²⁰⁰ y en el segundo más bien conservadores. Con el ánimo de verificar tales tendencias esta parte del trabajo se dedicará, en un primer capítulo, a describir la tensión interna que alberga la Constitución y los efectos que puede producir un fallo emitido por el tribunal constitucional, para pasar luego a analizar el discurso utilizado por la Corte en algunos fallos de derechos fundamentales y sociales y en sentencias de contenido económico durante el período ya referido. Al final, con base en las jurisprudencias analizadas, se tratará de caracterizar el fenómeno conocido como “nuevo derecho”, que tiene origen en la recepción de teoría jurídica contemporánea observada en nuestro país durante las últimas décadas y en la expedición de la Norma Superior de 1991, evidenciando la formación de dos corrientes a su interior, cada una defensora de un

²⁰⁰ Con respecto al sentido en que el concepto de progresista es utilizado aquí, véase: *Supra*: Introducción Pág. 2, en especial el pie de página 1.

discurso jurídico determinado, suscitado conforme a la visión que sobre la Constitución tiene cada una de ellas.

Capítulo Cuarto: La tensión interna de la Constitución del 91 y el impacto de las sentencias primigenias de la Corte

Aunque en términos generales se puede afirmar que durante su período inicial y en lo sucesivo la Corte Constitucional ha actuado de manera consecuencialista, esto es, con “responsabilidad” frente a los efectos de sus fallos, también es cierto que ha habido ciertos campos en los que ha desplegado una fuerte actividad creadora, con el ánimo de establecer importantes bases conceptuales para decisiones futuras. En este escenario se pueden enmarcar las que el profesor Diego López llama “sentencias fundadoras de línea” o “consolidadoras de línea”, las cuales por lo general se presentan durante el primer período de desarrollo jurisprudencial del tribunal constitucional colombiano.²⁰¹

Y es tal vez este el elemento que permite identificar a la Corte del período comprendido entre 1992 y 2003, la cual se destacó, como debía ser, por desarrollar un inusitado activismo judicial, caracterizado a su vez por un apego a los novedosos métodos de interpretación y argumentación, surgidos en el ámbito de las nuevas teorías del derecho. No obstante, tal y como se ha reiterado en varios apartes de este escrito, ese activismo y la solidez argumentativa de las decisiones no garantizan por sí mismos un resultado en algún lado del espectro político, sino que este puede venir dado de antemano y se legitima con el discurso jurídico del proceso argumentativo que permite dar a la norma particularmente considerada la interpretación que mejor llene las expectativas políticas del tribunal.

Aquí lo que se busca es denotar en el ejercicio de argumentación jurídica que la Corte aplica en tales fallos cierta orientación política y la manera como “moldea” el derecho, y en especial la Constitución, para que sirva a los fines que se traza el alto tribunal con la providencia dictada, todo lo anterior atendiendo a las reglas de argumentación y de construcción de precedentes. Así las cosas, podemos afirmar que la Corte falla de manera integral en cuanto a la forma de sus providencias, pero resulta pragmática en cuanto al contenido de las mismas, toda vez que, como ya se observó, a pesar del énfasis que tengan sus pronunciamientos, estos se hallan “protegidos” (de las críticas a su legitimidad o a su falta de neutralidad) mediante el proceso por el que son concebidos. En lo que sigue se tratará de observar los efectos que pueden producir los fallos de la Corte, cuyo material jurídico disponible es la Constitución, tanto desde un punto de vista progresista como uno conservador, buscando resaltar luego el origen de esta disímil visión sobre el texto fundamental en una aparente contradicción o tensión interna que la misma encierra.

²⁰¹ Ver: López Medina. *El derecho de los jueces*. Op. Cit. Pág. 164.

1. Los efectos de las sentencias de la Corte Constitucional

A lo largo de este trabajo se ha venido sosteniendo la idea del derecho como un campo conflictivo en el que resultan ganadores aquellos que ven defendidos sus intereses en el contenido de la sentencia respectiva²⁰². Al respecto, valga decir que cuando se trata de un fallo emitido por la Corte Constitucional, los efectos de este no se restringen a las partes en controversia, sino que se reflejan en diversos campos del desenvolvimiento social. En palabras de Rodrigo Uprimny, “las decisiones de los tribunales constitucionales no se limitan a resolver un conflicto entre dos particulares sino que tienen un impacto general sobre la sociedad y sobre el ordenamiento jurídico (...) Por su propia naturaleza, es evidente que el texto constitucional se encuentra sujeto a interpretaciones muy disímiles, por las siguientes razones: de un lado, si las categorías constitucionales son muy abiertas, entonces diferentes personas pueden adscribirle un sentido distinto (...) De otro lado, si la constitución alberga tensiones normativas, y muchas disposiciones constitucionales tienen una estructura de principios, entonces en un caso concreto un operador jurídico puede concluir que la norma aplicable es el principio A, mientras que otro intérprete puede privilegiar el principio opuesto”.²⁰³

En este sentido, la orientación de un fallo de la Corte puede resultar de enorme trascendencia social, y en especial con los temas que se van a tratar a continuación, puede tener profundos efectos sobre la manera de concebir una estructura determinada de derechos o sobre ciertos presupuestos acerca de la manera como se asume un sector del mercado, por ejemplo. Nuestra tesis sugiere la existencia de fallos altamente sofisticados, teóricamente hablando, y de tendencia progresista cuando se está frente a necesidades de conceptualizaciones fuertes del contenido de principios o derechos, y de posiciones más bien conservadoras cuando de temas de trasfondo económico se trata. El profesor Mauricio García coadyuva en esta consideración cuando afirma que “la Corte ha utilizado generosamente una interpretación reformista y liberal personalista con base en el principio de igualdad; sin embargo, cuando se trata de temas relacionados con propiedad, modernización del Estado o servicios públicos, la jurisprudencia prefiere interpretaciones conservadoras en defensa de la estabilidad institucional y jurídica”.²⁰⁴

No obstante, esta diferenciación no resulta unívoca, por cuanto hay quienes, desde una postura que podría llamarse de derecha, han criticado los propios fallos de contenido económico, y otros que desde la izquierda ven como insuficientes los avances jurisprudenciales logrados por la Corte en materia de derechos fundamentales, debido a que los encuentran como elementos catalizadores del inconformismo social o de la lucha por nuevas reivindicaciones.

En el primer caso, sentencias referidas a regímenes pensionales, créditos hipotecarios, legislación sobre arrendamiento o salarios, han sido objeto de certeras críticas por parte de sectores conservadores, a pesar de reconocerle efectos positivos a dichos pronunciamientos. A manera de ejemplo, Sergio Clavijo señala que en materia de mesadas pensionales, la extensión del escalafón 14 a diversos sectores del magisterio,

²⁰² Ver: Supra. Introducción, Pág. 3; Pág. 37, 39.

²⁰³ Uprimny, Rodrigo. *El dilema de la interpretación constitucional*. Mimeo. Pág. 4.

²⁰⁴ García Villegas. *Derechos sociales y necesidades políticas. La eficacia judicial de los derechos sociales en el constitucionalismo colombiano*. En: *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*. Tomo I. Conciencias, Uniandes, Siglo del Hombre Editores, Universidad Nacional de Colombia. Bogotá, 2001. Pág. 469.

produjo un efecto macro económico que implicó una mayor destinación de recursos por dicho concepto, cercana al 0,2% del PIB²⁰⁵. Con relación al régimen de vivienda, afirma que durante la crisis internacional que desató los graves problemas sufridos por el sector hipotecario de 1998 a 2000, “La Corte tomó en sus manos la supuesta solución de estos problemas a través de medidas que invadieron los mandatos que por Constitución le correspondían al Congreso y al Banco de la República.”²⁰⁶ Sin embargo, resalta diferentes efectos positivos, como la prohibición de capitalizar intereses, la regulación de los sistemas de amortización, la posibilidad de realizar pagos anticipados en obligaciones de esa categoría y evitar la generación de anatocismo con la exigencia de un elevado porcentaje mínimo de cuota inicial.²⁰⁷

Desde otra orilla, se busca evidenciar la neutralización que en la lucha por reivindicaciones políticas o sociales acarrea la jurisprudencia de la Corte y el derecho en general, desviando así los objetivos a los que aquella debe apuntar. Como bien lo señalan Uprimny y García, “a la lucha política a través del derecho se le acusa de oscurecer el verdadero rumbo de la lucha política y, por esa vía, de desideologizar y dispersar a sus miembros. (...) De estas premisas los críticos del derecho han deducido que la estrategia jurídica siempre debe ser eludida en beneficio de otras acciones”.²⁰⁸

Sin embargo, como los mismos autores lo advierten, esta visión radical y pesimista acerca de las bondades del derecho ha venido siendo matizada en los últimos años, gracias al fuerte activismo judicial emprendido por nuestro tribunal constitucional, el cual, en algunos casos, ha emitido fallos con posibilidades emancipatorias, como por ejemplo en lo concerniente a los derechos de los homosexuales y los deudores del UPAC. Relativizando los alcances del poder emancipatorio de la Corte y sin caer en una posición de absoluto entusiasmo, concluyen: “En determinados contextos, el derecho, en general, y la justicia constitucional, en particular, pueden llegar a constituir instrumentos de emancipación social. Pero no por ello el derecho pierde su faceta de dominación social.”²⁰⁹

Uno de los puntos que genera mayor controversia, tanto al interior de la Corte, como entre sus observadores externos, y tal vez sobre el que puede evidenciarse una mayor diferencia entre las posturas planteadas, es el relacionado con los derechos sociales. Como el propio profesor García lo señala, “Por un lado, está la posición conservadora según la cual dicha protección (de los derechos sociales) representa un peligro institucional y político, así como un descalabro administrativo. Entre las posiciones progresistas, están quienes, por un lado, estiman que dicha protección es meramente simbólica, y quienes, por otro lado, en cambio, ven en ella una posible aunque difícil alternativa emancipatoria.”²¹⁰

Como se verá más adelante, el núcleo de la crítica “derechista” a los fallos que reconocen derechos sociales se encuentra en el carácter prestacional de aquellos, por el

²⁰⁵ Clavijo, Sergio. *Impacto económico de algunas sentencias de la Corte: El Caso de la “Mesada Pensional 14” y de las Regulaciones en Vivienda*. Banco de la República. Bogotá, 2004. Pág. 23.

²⁰⁶ *Ibíd.*

²⁰⁷ Ver: *Ibíd.* Pág. 10.

²⁰⁸ Uprimny y García Villegas. *Corte constitucional y emancipación social en Colombia*. Op. Cit. Pág. 506.

²⁰⁹ *Ibíd.* Pág. 509.

²¹⁰ García Villegas. *Derechos sociales y necesidades políticas*. Op. Cit. Pág. 477.

cual su reconocimiento implica necesariamente un gasto que debe ser asumido por alguno de los actores del mercado, incluido el Estado. Y estas pretensiones de contenido social se enfrentan con la realidad de escasos recursos económicos y carencias de diferente tipo, lo que para ellos termina generando indefectiblemente un conflicto peor que el que se busca solucionar, por lo cual lo recomendable es el desmonte de los beneficios que un Estado social proporciona.

Esta horadación del Estado social se establece en el plano de lo material y no en el de lo formal, por cuanto sigue existiendo como fórmula política en la constitución nacional, la cual, al lado de los derechos civiles y políticos, de naturaleza liberal, reconoce explícitamente la existencia de derechos sociales, los cuales son diferenciables de aquellos, como ya se dijo, en cuanto a su carácter prestacional, por el que requieren de una acción positiva de contenido económico por parte del Estado para ser efectivamente garantizados.

Lo anterior implica que los derechos sociales sean esencialmente progresivos en el sentido de que sólo pueden garantizarse en la medida en que el Estado cuente con los recursos materiales suficientes (y las normas jurídicas desarrolladas) para hacerlos efectivos. De allí que surja otra diferencia importante con respecto a los derechos civiles y políticos, pues en tanto estos no necesitan, en términos generales, de una intermediación estatal para poder realizarse y en esta medida pueden considerarse como inmediatos o como derechos subjetivos en estricto sentido, ejercidos por los individuos de manera directa, los derechos sociales por su parte resultan mediatos e incluso pueden no ser considerados en sí mismos como derechos subjetivos, sino como meras expectativas de estos y sólo se constituyen en derechos “reales” cuando son precisamente garantizados.²¹¹ Asimismo, en el caso de los derechos civiles y políticos, se asume la posibilidad de un reclamo frente al Estado cuando son violados o desconocidos, es decir, cuando se suspende o lacera la esfera de su ejercicio, contrario a lo que sucede con los derechos sociales, que requieren ser demandados para su efectivo reconocimiento, lo cual significa que el sistema jurídico-político no los garantiza a *motu proprio* sino que ha de ser visibilizada su necesidad para poner en movimiento el aparato estatal en aras de su cumplimiento.²¹²

Como se puede observar, la asimilación del derecho como un campo conflictivo contrae el enfrentamiento entre diversas posiciones jurídico-políticas, originadas en la visión que se tenga de la norma jurídica a disposición (en este caso, la Constitución), y la forma en que la misma es interpretada. Es por eso que el papel de la Corte y los efectos que con sus fallos produce, adquieren una particular importancia de intermediación social, al tener la capacidad de erigirse en última palabra de un conflicto suscitado, al menos temporalmente, por medio de la legitimidad que su investidura y función constitucionalmente asignada le confieren, así como la fortaleza argumentativa de sus pronunciamientos. En este sentido el tribunal constitucional no sólo legitima su propio discurso, sino que media la tensa relación entre el derecho formal y el derecho real, apaciguando en parte los reclamos provenientes de la sociedad. Como nuevamente

²¹¹ Al respecto, véase: Barcellona, Pietro. Los sujetos y las normas. El concepto de Estado social. En: *Problemas de legitimación en el Estado social*. Trotta. Madrid, 1991. Pág. 31.

²¹² “El cumplimiento de los derechos sociales, o sea, el cumplimiento de las obligaciones positivas correlativas, depende de las posibilidades fácticas y jurídicas de realización de las demandas legítimamente elevadas”. Arango, Rodolfo. *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Legis. Bogotá, 2006. Pág. 111.

García lo subraya, “la jurisprudencia de la Corte también cumple una función primordial de estabilización institucional al atenuar la tensión existente entre un discurso jurídico ideal, depositario de esperanzas de cambio social, y una realidad institucional colmada de carencias materiales y dificultades organizativas. (...) Esta función de estabilización es el resultado de un ámbito de lo posible en derecho constitucional que no se compromete ni con la realización ineluctable de los contenidos consagrados en la Constitución, ni tampoco con la estructura social e institucional dominante”.²¹³

Ahora, cuando se trata de sentencias “fundadoras de línea” en el sentido lopista de la expresión, los efectos de los fallos del tribunal tienden a tener un mayor impacto, no sólo porque se convertirán en el precedente más pretérito para la reconstrucción histórica de una línea jurisprudencial en la solución de casos futuros, sino que por esta misma razón servirán de guía orientadora para ofrecer respuesta a un problema jurídico determinado, por lo que se le exigirá un mayor nivel de argumentación y un fuerte componente conceptualizador. En palabras del profesor López, “Son sentencias a menudo muy ambiciosas en materia doctrinaria y en las que se hacen grandes recuentos históricos y comparados de los principios y reglas relacionados con el tema bajo estudio”.²¹⁴ Y en materia de derechos fundamentales y fundamentación teórica del Estado social de derecho por lo general albergan una visión “romántica” de la Constitución, como promotora de cambios sociales. Así, “se apoyan en el vacío jurisprudencial existente (...) para consagrar visiones reformistas de la sociedad colombiana. Algunas de estas sentencias consagraban, en consecuencia, posiciones utópicas e, incluso, contrasistémicas”.²¹⁵

Lo anterior no implica que una sentencia inicial no pueda ser modificada, reemplazada o morigerada en sus efectos por decisiones posteriores, lo cual se puede llevar a cabo con base en técnicas legítimas de interpretación de precedentes que permiten inclusive un cambio de jurisprudencia. De hecho así ha ocurrido con muchos de los pronunciamientos marcadamente progresistas de la primera Corte, en una evidente traslación hacia otros extremos del espectro político. No obstante, dada su importancia, las sentencias de esa primera generación sirven como referente tanto para su réplica como para su crítica y replanteamiento.

Buena parte del conflicto alrededor de la jurisprudencia de la Corte se origina en la interpretación dominante que haya en su interior y por la que aboguen observadores externos, a partir de la visión de la Constitución que obtenga prevalencia. Las visiones de la Carta Política, generalmente, se reducen a dos, como veremos a continuación.

2. La tensión interna de la Carta del 91: carta de derechos Vs. Constitución económica

Otro grupo de las críticas contra los fallos sensibles de la Corte se orienta a demostrar la existencia de una tensión interna en la propia Norma Fundamental de 1991, la cual, por una parte, contiene una generosa carta de derechos, para los cuales prevé herramientas jurídico-procesales en aras de su defensa, y por otro, establece elementos para

²¹³ García Villegas. *Derechos sociales y necesidades políticas*. Op. Cit. Pág. 481, 482.

²¹⁴ López Medina. *El derecho de los jueces*. Op. Cit. Pág. 164.

²¹⁵ *Ibíd.*

garantizar la inserción definitiva de Colombia en el capitalismo global mediante la consolidación de una economía liberal de mercado. Puesto en otros términos, la Constitución comprende dos partes que son aparentemente irreconciliables: una progresista, caracterizada por el extenso catálogo de derechos, y otra neoliberal, compuesta por las normas que garantizan el libre ejercicio de la actividad económica. Esta tensión, aunque en otro contexto y con fines distintos, fue planteada por Duncan Kennedy en su famoso artículo *Forma y sustancia en la adjudicación del derecho privado*²¹⁶, donde esgrime una contradicción entre individualismo y solidaridad en las normas de esa rama del derecho, la cual puede trasladarse a la tensión que existe entre neoliberalismo y Estado social en la Constitución del 91.

No obstante lo anterior, algunos teóricos han considerado que la Constitución vigente en Colombia no prioriza un arquetipo económico determinado, sino que permite distintas visiones sobre la economía a partir de los postulados normativos básicos. En este sentido, Uprimny y Rodríguez señalan que “la Constitución es también abierta, porque no constitucionaliza un modelo económico preciso, sino que admite políticas económicas diversas, aunque dentro de ciertos límites normativos y valorativos (...) Nuestra tesis es que la Constitución colombiana de 1991 (...) es una Constitución normativa y valorativa de constitucionalismo social, en la medida en que no sólo reconoce derechos liberales, sino también reconoce derechos sociales y les da fuerza normativa; y es una Constitución abierta porque admite políticas económicas muy diversas para alcanzar esos derechos sociales”.²¹⁷

Esta visión es compartida por Angarita Barón, quien cree que la posibilidad de intervención del Estado impide la consolidación de una Carta marcadamente economicista, que privilegie los intereses de los grandes sectores del mercado. Al respecto afirma que “Frustrando rudamente las ilusiones del neoliberalismo nativo, la Constitución de 1991 incrementó en grado considerable el intervencionismo estatal de su antecesora para satisfacer las exigencias propias del Estado social de derecho en que por voluntad expresa del Constituyente devino Colombia a partir del 7 de julio de 1991”.²¹⁸ Sin embargo, también postula que “El Constituyente de 1991 quiso, por su parte, perfeccionar los instrumentos propios de la economía de mercado y ampliar el ámbito de libertad económica en la forma plasmada en los dos primeros incisos del artículo 333 vigente.”²¹⁹ En su criterio, la contradicción es meramente aparente y puede existir una pacífica convivencia entre los componentes social y economicista de la Constitución.

En sentido contrario, Jorge Child afirma que el enfoque de la Carta del 91 es la constitución económica más que la parte dogmática de derechos fundamentales, por lo cual aquella prevalece sobre esta. Por eso asevera que “el espíritu y la letra de la constitución de 1991 está más del lado del mercado que de la intervención directa del

²¹⁶ KENNEDY, Duncan. *Forma y sustancia en la adjudicación del derecho privado*. En: Mauricio García Villegas (Ed.) *Sociología jurídica*. Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2001. Pág. 163-187.

²¹⁷ Uprimny, Rodrigo y Rodríguez, César. *Constitución y modelo económico en Colombia: hacia una discusión productiva entre economía y derecho*. Centro de Estudios de Derechos, Justicia y Sociedad. Documento de discusión No. 2. Bogotá, 2006. Pág. 24, 29.

²¹⁸ Angarita Barón. *La libertad económica en la jurisprudencia de la Corte Constitucional: aproximación fugaz*. En: *Constitución económica colombiana*. El navegante editores. Santafé de Bogotá, 1996. Pág. 166.

²¹⁹ *Ibíd.* Pág. 169.

Estado en el desarrollo económico nacional. Las intervenciones del Estado para convertir en patrimonio públicos los espacios privados están sujetas a minuciosas reglamentaciones.²²⁰

En relación con lo precedente, para Marco Antonio Velilla el texto fundamental de 1991 tiene un aspecto económico en el que la capacidad interventora del Estado es apenas uno de sus componentes, al lado del cual se encuentran los principios económicos liberales (que garantizan, por ejemplo, la libertad de empresa y de competencia) y el que brinda herramientas de protección a determinados sectores de la economía. Por ello afirma que “Los principios de la Constitución (económica) pueden agruparse básicamente, para efectos de su estudio, en tres categorías: los principios de origen liberal, los principios de origen intervencionista y, finalmente, las actividades económicas especializadas”.²²¹

La puesta en descubierto de la tensión interna de la Constitución permite visibilizar el trasfondo político que se le quiere dar a cierta jurisprudencia de la Corte, el cual se fundamenta en la forma como esta ha abordado algunos temas de sensibilidad económica, a partir de su interpretación de la “Constitución económica”, en contraposición a un componente dogmático que enfatiza el ámbito de los derechos fundamentales, como se verá más adelante. Por cuestiones de espacio, este análisis se circunscribirá a los primeros once años de la Corte, término corto dentro del cual, sin embargo, se ha afirmado la existencia de tres periodos diferentes (o tres Cortes diferentes). Esta limitación no sólo es temporal, sino también teórica, en cuanto desde el 2003 el espectro político de los fallos de la Corte (lo que Diego López llama “balance constitucional”)²²², en general sobre todos los temas, se ha movido marcadamente hacia la derecha, lo que no permite confrontar de manera adecuada el componente ideológico de sus providencias.

Ahora bien, en cuanto a fallos de contenido económico se refiere, según Manuel José Cepeda, la jurisprudencia constitucional se puede agrupar en tres etapas: “La primera está comprendida por el período 1992-1997 y corresponde a las sentencias de la Corte anteriores a la crisis económica. La segunda etapa corresponde al período 1998-2000 donde la Corte profirió las sentencias sobre la emergencia económica con la cual se creó el 2 por mil, sobre el UPAC, el Plan Nacional de Desarrollo y el primer fallo sobre los salarios de los servidores públicos. Se trata de la etapa que despertó la controversia sobre el impacto económico de las sentencias de la Corte y cronológicamente se inscribe en los últimos tres años del periodo de los magistrados elegidos en 1993. La tercera etapa empezó en el año 2001 y ha continuado hasta la fecha (2004).”²²³

Para el exmagistrado, la diferencia entre dichas etapas radica únicamente en el “grado de detalle con el cual la Corte Constitucional define los límites constitucionales aplicables en cada caso, lo cual se refleja en la parte resolutive de la sentencias y, por supuesto, tiene que ver con el meollo del debate acerca de si la Corte profirió una sentencia que

²²⁰ Child, Jorge. *Neoliberalismo y la Constitución de 1991*. ANUP. Medellín, 1992. Pág. 11.

²²¹ Velilla, Marco. *Reflexiones sobre la constitución económica colombiana*. En: *Constitución económica colombiana*. El navegante editores. Santafé de Bogotá, 1996. Pág. 95.

²²² Ver: López Medina. *El derecho de los jueces*. Op. Cit. Pág. 140.

²²³ Cepeda Espinosa, Manuel José. *Las sentencias de la Corte con implicaciones económicas: reflexiones con ánimo constructivo*. Ponencia presentada en las XXVIII jornadas colombianas de derecho tributario, Cartagena de Indias, 18-20 de febrero de 2004. Pág. 7.

distorsiona la política económica, desconoce las restricciones presupuestales y cierra el margen de acción de las autoridades tanto económicas como políticas.”²²⁴

Así las cosas, en la primera etapa la Corte no fijó muchas reglas jurisprudenciales sobre cuestiones de trascendencia económica, aunque sí emitió sentencias de este contenido, como lo fueron las que revisaron las leyes de apertura y las de privatizaciones de entidades públicas, sin mayor oposición a las mismas. De allí que esta etapa primigenia fuera considerada “neoliberal”. En la segunda, la Corte tuvo un mayor énfasis crítico en normas de alcance económico, introduciendo restricciones e interpretaciones condicionadas para la adecuación de una norma de tal categoría a la Constitución. La mayoría de estas decisiones contaron con muchos salvamentos de voto, lo que evidenció no sólo la dificultad de establecer una doctrina constitucional en esas áreas, sino también la existencia de una fuerte tensión al interior del propio tribunal constitucional. Aquí se pueden encontrar las sentencias sobre el sistema UPAC y las relativas a la emergencia económica de 1998-1999. En la tercera etapa “la mayoría de las sentencias son de exequibilidad y cuando la Corte ha estimado necesario introducir un condicionamiento, no ha entrado a fijar de manera detallada reglas con implicaciones económicas.”²²⁵

La fuerte actividad de la Corte en la segunda de tales etapas fue la que suscitó mayores críticas, especialmente desde aquellos sectores que abogaban por una mayor responsabilidad del tribunal cuando se avocara a la emisión de fallos de relevancia económica, llegando incluso a proponer que estos fueran terreno vedado en las competencias de la Corte. Así lo expresa claramente Sergio Clavijo, quien, refiriéndose a la Corte de la segunda etapa señala que “(La Corte Constitucional) saliente se había caracterizado por su ‘activismo’ en múltiples frentes económicos, arrogándose funciones no establecidas explícitamente en la Carta Política y, en no pocas ocasiones, funciones asignadas a otros organismos estatales. Este ‘activismo’ no sólo generó una gran inestabilidad jurídica, sino que llegó a poner en entredicho reglas básicas de funcionamiento en el campo económico y social”.²²⁶

En su concepto, la Corte de la etapa subsiguiente, en lugar de reparar los “daños” efectuados por su antecesora en materia económica, continuó por el contrario en la senda de la “irresponsabilidad”, contrariando las consideraciones optimistas de Cepeda. Es así como sostiene que “La nueva Corte del período 2001.2003, con mandato hasta el 2010, había dado algunas muestras de ser menos activista que su antecesora (...) La conclusión fundamental que extraemos de estos análisis es que, infortunadamente, la nueva Corte no consolidó su inicial tendencia hacia una adecuada moderación en materia económica”.²²⁷

Sin embargo, aboga por una tesis conciliadora, en cuanto a la posibilidad de convivencia pacífica entre los postulados sociales de la Constitución y el componente económico de la misma: “Con frecuencia se interpreta que el Estado social de derecho, sustentado en nuestra propia constitución, implica que lo ‘social’ debe contraponerse a los principios de mercado. En la práctica ambos conceptos pueden convivir porque los mecanismos

²²⁴ *Ibíd.* Pág. 8.

²²⁵ *Ibíd.*

²²⁶ Clavijo, Sergio. *Fallos y fallas de la Corte Constitucional*. Alfaomega, Cambio. Bogotá, 2001. Pág. 1.

²²⁷ *Ibíd.* Pág. 3, 5.

señalados en la Constitución indican que el mercado acepta y puede manejar subsidios transparentes para las clases más necesitadas, sin que se requiera entorpecer el aparato productivo y sus reglas de sana competencia para la implementación de lo social".²²⁸

En lo subsiguiente se tratará de ver cómo se resuelve la tensión interna de la Constitución en algunos fallos de la Corte durante un período en el que su composición fue cuando menos heterogénea y de múltiples orígenes, tanto académicos como políticos, con el fin de asumir un enfoque comparativo. Por eso el estudio se centrará en algunos pronunciamientos, ampliamente conocidos, que abordan, por un lado, determinados temas de relevancia económica, y por otro, que buscan consolidar el contenido social de la Constitución del 91.

²²⁸ Clavijo, Sergio. *Descifrando la 'nueva' Corte Constitucional. Una evaluación del período 2001-2003*. Alfaomega. Bogotá, 2004. Pág. xii.

Capítulo Quinto: Estudio de algunas sentencias de la Corte Constitucional

Buena parte de la hipótesis planteada en el presente trabajo busca comprobarse en el contenido de este capítulo. La posibilidad de identificar discursos subyacentes a providencias de la Corte Constitucional en los que se defiende una determinada visión de la Constitución o una posición política reconocida, es lo que permitirá concluir la idoneidad de la aplicación de elementos de análisis del discurso jurídico a material jurisprudencial disponible. En otras palabras, el estudio de la argumentación seguida por el tribunal en una sentencia y los efectos que con la misma se producen determinan la suficiencia de los instrumentos teóricos esbozados en la primera parte del trabajo.

Para tal fin, en concordancia con la dicotomía que desde el comienzo se ha planteado, el estudio analizará algunos pronunciamientos que resulten paradigmáticos, bien por la importancia o la controversia que suscitaron en su momento, o bien por el componente conceptual acorde con las posturas planteadas. Así mismo, según lo anunciado, la discusión girará en torno a cuatro temas básicamente: caracterización del Estado social de derecho, fundamentación de los derechos fundamentales, derechos sociales y fallos de relevancia económica.

1. Posturas progresistas

En términos generales, el progresismo puede ser considerado como un pensamiento de avanzada. Sin embargo, aquí dicha definición se busca limitar a las ideas que representan avances sólo en un sentido social, es decir, los que pretenden cambios en aras de un beneficio social o, al menos, de aquellos sectores de la sociedad que más lo necesitan.²²⁹ Cuando el progresismo se expresa en fallos judiciales, por lo general estos obedecen a fundamentaciones jurídicas en abstracto, aunque también pueden implicar tratamientos de derechos sociales. En este último sentido, las “posturas progresistas” de la Corte por lo general han suscitado críticas en su contra, porque han creado jurisprudencia sobre temas que se consideran privativos de otros órganos del Estado, en especial del legislativo. Por eso, cuando se afirme que la Corte ha violado el principio democrático, vulnerado el principio de separación de poderes, generado un choque de trenes, creado inseguridad jurídica, producido un caos institucional, etc., puede pensarse que se está ante un fallo progresista porque ha afectado los intereses de algún sector poderoso.

Según se expresó, por lo general este tipo de posturas se ha edificado, por una parte, en torno a una conceptualización fuerte del Estado social de derecho y los derechos

²²⁹ Al respecto, véase: *Supra*: Introducción Pág. 2, en especial el pie de página 1.

fundamentales, y por otra, a cierto reconocimiento de los derechos de tipo social. Para algunos intelectuales, esta segunda variable se ha dado por un desvanecimiento de la frontera entre estos derechos (por algunos llamados de segunda generación) y los primeros, de corte civil y político, frontera que estaba caracterizada por la consideración de los derechos de libertad como no prestacionales, en contraposición a los DESC, que sí implican una erogación económica. “Según esta perspectiva, ni siquiera el argumento de los derechos sociales es suficiente, ya que estos no pueden ser satisfechos de la misma forma que los derechos civiles y políticos, por la sencilla razón de que la realización de los primeros implica, en general, un ordenamiento de un gasto público, a partir de recursos que no son infinitos, mientras que la protección de los derechos civiles clásicos no implica este tipo de erogaciones.”²³⁰

Para Uprimny, esta diferencia es engañosa, pues los derechos de libertad en realidad también cuestan (piénsese, por ejemplo, en el presupuesto destinado para garantizar la libertad de locomoción), lo que implicaría que todos los derechos son prestacionales. Así, “La oposición entre los derechos civiles y derechos sociales debe ser matizada, pues no todos los derechos sociales implican prestaciones positivas para el Estado, ni todos los derechos civiles y políticos generan únicamente deberes de abstención”.²³¹ En un sentido similar, Cepeda Espinosa defiende que “La dicotomía entre derechos de libertad –que supuestamente no cuestan dinero – y derechos socioeconómicos – que sí cuestan – es artificiosa.”²³²

No obstante esta visión, que aparentemente daría lugar a la reconciliación del componente social de la Constitución con su componente económico, permitiendo la pacífica convivencia del Estado social de Derecho con el Estado neoliberal, dista de la realidad de las cosas, toda vez que, como Mauricio García lo subraya, el reconocimiento de derechos sociales representa apenas una pequeña proporción de los fallos de (revisión de) tutela emitidos por la Corte entre 1992 y 1996, ocupando un porcentaje aun menor las de dicho carácter que fueron concedidas por ese organismo. Para el efecto enseña el siguiente cuadro:

CASOS	% DEL TOTAL	% CONCEDIDAS	% NEGADAS
Libertad	74	31	69
Sociales	25	19	81
Total	100	28,5	71,5 ²³³

García explica estas cifras con base en el carácter prestacional del derecho social, el cual implica una decisión que puede ir en contravía, desde el punto de vista presupuestal, de lo dispuesto legal o administrativamente, afectándose con ello el principio de seguridad jurídica. Así, “al ser sólo derechos *prima facie*, las cartas constitucionales de derechos sociales dicen proteger más derechos de los que en realidad están en capacidad de proteger.”²³⁴

²³⁰ Uprimny. *Legitimidad y conveniencia del control constitucional de la economía*. En: *Precedente. Anuario jurídico*. Universidad ICESI. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Cali, 2001. Pág. 58.

²³¹ *Ibíd.* Pág. 60.

²³² Cepeda Espinosa, Manuel José. *Polémicas constitucionales*. Legis. Bogotá, 2007. Pág. 138.

²³³ García Villegas. *Derechos sociales y necesidades políticas*. *Op. Cit.* Pág. 464.

²³⁴ *Ibíd.* Pág. 458.

De esta manera, corroborando la tesis que se ha querido esbozar, lo anterior implica una inclinación restrictiva de la Corte frente a derechos sociales, de contenido prestacional, y en cambio una actitud más progresista cuando de protección de derechos de libertad se trata. Como se ha venido defendiendo, en aquellos fallos sin grandes implicaciones económicas, la Corte se ha mostrado abierta a desarrollar un fuerte activismo judicial, mediante la implantación de fuertes elucubraciones teóricas, mientras que en tratándose de derechos sociales, su marco de interpretación se reduce al ámbito de las “posibilidades” económicas. Tal es la conclusión que extrae García de su análisis: “En materia de derechos sociales prestacionales los jueces constitucionales han sido, en términos generales, restrictivos (...) Los jueces de tutela, bajo la dirección de la Corte Constitucional, han sido especialmente progresistas en sus decisiones sobre derechos sociales que implican la protección del derecho a la igualdad”²³⁵, en este último caso, porque no implican una carga económica sensible para el Estado.

Un ejemplo de lo anterior lo constituye la jurisprudencia sobre tutela contra sentencias judiciales y la conceptualización del Estado Social de Derecho. En el primer sentido, se ha aceptado que las decisiones judiciales pueden ser controvertidas por medio de la tutela cuando incurren en irregularidades jurídicas graves y manifiestas, es decir, cuando incurren en vías de hecho, independientemente de la cosa juzgada que las ampara. En el segundo sentido, es famosa la sentencia T-406/92, en la que “la falta de recursos económicos por parte del Estado y la posible afectación de los procesos democráticos y de la voluntad mayoritaria, como consecuencia de la aplicación judicial directa de los textos constitucionales sobre derechos sociales, apenas es tenida en cuenta por la Corte”.²³⁶

Como se anotó, la base de la procedencia de la acción de tutela contra sentencias judiciales es la configuración de una “vía de hecho” por el desconocimiento del precedente jurisprudencial sobre la solución de un problema jurídico relacionado con un derecho fundamental, desconocimiento que en sí mismo constituye una violación a este último. La legitimidad de la Corte para “tumar” providencias emanadas de otros jueces tiene asidero en su papel como intérprete máximo autorizado de la Constitución y por la aplicación directa de las normas constitucionales a eventos tradicionalmente solucionados con base en postulados legales, los cuales, al efecto, resultan insuficientes y contradictorios con el contenido mismo de la Norma Superior, en especial en lo tocante a la carta de derechos fundamentales que allí se encuentra. Esta es una de las características que se le ha endilgado al llamado nuevo derecho, por la cual se ha arribado a una “constitucionalización” de las normas y se le ha dado a la Constitución un valor jurídico que antes no tenía, pues era considerada apenas como un texto de carácter político y meramente aspiracional. Ahora, por el contrario, se acude a una juridización de la Carta Política, por lo cual deviene aplicable a controversias desatadas en los estrados judiciales, y no se limita a declaraciones programáticas, convirtiendo sus postulados en contenidos de aplicación inmediata. Al respecto, Catalina Botero considera que:

“No obstante, resta definir cuál es el valor de la jurisprudencia constitucional en un modelo político-constitucional fundado en el principio democrático. En efecto, si la tutela puede proceder contra una providencia judicial cuando quiera que esta se aparte de la doctrina sentada por la Corte Constitucional sobre el alcance de un derecho fundamental

²³⁵ *Ibíd.* Pág. 469.

²³⁶ *Ibíd.* Pág. 460.

es porque, tácitamente, se está aceptando que la doctrina constitucional es fuente de derecho y vincula directamente a los operadores jurídicos. La gran objeción contra este presupuesto - que en el fondo es la objeción de siempre contra la existencia misma de la jurisdicción constitucional -, consiste en señalar que en un Estado fundado en el principio democrático los jueces – incluso los magistrados de las Cortes Constitucionales, que suelen tener un origen democrático indirecto – no tienen legitimidad para *hacer derecho*. La objeción es cierta si por *hacer derecho* se entiende la facultad de definir, en virtud de consideraciones meramente políticas, discrecionales o de conveniencia, el contenido de las normas jurídicas. No obstante, si de lo que se trata es de definir el alcance de las normas constitucionales, con fundamento en estrictos principios de interpretación constitucional y respetando las competencias propias de los órganos políticos, la objeción pierde fuerza argumental frente a las razones que sustentan la existencia de la justicia constitucional.²³⁷

La figura de la vía de hecho que permite la tutela contra sentencias judiciales tuvo, en concepto de la propia Botero, una evolución enmarcada toda dentro de la primera etapa de desarrollo de la Corte, en la que, como ya se observó, hubo una gran actividad de establecimiento de doctrina constitucional, que sirvió para la extensión posterior de la jurisprudencia de ese tribunal, a manera de sentencias fundadoras de línea, en lo que respecta al tema bajo estudio de tutelas contra sentencia. La primera de ellas “se ocupó de explicar en detalle los fundamentos y alcances del control constitucional de las providencias judiciales”, siendo particularmente relevante la sentencia T-006/92, la cual “constituye un pequeño tratado de derecho constitucional, en el cual se definen, entre otros, los efectos constitucionales de los principios de primacía e integridad de la Constitución y prevalencia de los derechos fundamentales”.²³⁸

En la segunda etapa se declararon inexecutable aquellas normas que regulaban la procedencia de la tutela contra sentencias (artículos 11, 12 y 40 del Decreto 2591 de 1991) y se hizo la primera formulación de la tesis de la vía de hecho judicial, en la sentencia C-543/92, en la que la Corte “señaló que la acción de tutela no podía proceder contra decisiones judiciales en la medida en que ello vulneraba el principio de la cosa juzgada y, por contera, el valor de la seguridad jurídica.”²³⁹

La tercera etapa, por su parte, sirvió para la consolidación doctrinal de la vía de hecho, en la cual “la sentencia T-079/93 comenzó un proceso de desarrollo creciente y configuración detallada de la referida teoría.”²⁴⁰

Por el lado de la conceptualización del Estado Social de Derecho, la sentencia T-406/92 configura no sólo el punto de partida, sino quizá el ejemplo más demostrativo de la primera etapa de la Corte, ansiosa por establecer postulados teóricos a manera de reglas de interpretación a futuro y de asumir una posición activa y garante de la Carta de derechos fundamentales contenida en el texto constitucional de 1991. La línea que es fundada por la providencia referida tiene un fuerte impulso a través de las sentencias

²³⁷ Botero Marino, Catalina. Acción de tutela contra providencias judiciales en el ordenamiento jurídico colombiano. En: *Precedente. Anuario jurídico*. Universidad ICESI. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Cali, 2001. Pág. 24.

²³⁸ *Ibíd.* Pág. 28.

²³⁹ *Ibíd.* Pág. 30.

²⁴⁰ *Ibíd.* Pág. 32.

sobre mínimo vital, en las cuales se busca consolidar un margen de protección a los derechos sociales en relación con los fundamentales a partir de una concepción de Estado social.

Para el profesor Manuel José Cepeda, el desarrollo jurisprudencial en cuanto a la exigibilidad de los derechos sociales vía protección del mínimo vital, se ha extendido a través de figuras como el estado de cosas inconstitucional y la teoría de la conexidad, por la afectación indirecta de un derecho fundamental por la violación directa de otro de tipo social.²⁴¹ De allí que considere que sea “en el campo de los derechos fundamentales y libertades básicas que nuestro derecho constitucional ha sido actualizado en forma más rápida y notable”.²⁴²

La subregla aplicada por la Corte sugiere que cuando no se preserven las condiciones mínimas de subsistencia, y existe urgencia o condiciones exigentes, las personas tienen derecho a exigir actuaciones positivas del Estado para suplir sus necesidades básicas insatisfechas, incluso si ello implica la realización de gastos públicos, por lo que “en algunos casos excepcionales los derechos sociales constitucionales adquieren autonomía como derechos fundamentales y, por lo tanto, los jueces pueden protegerlos directamente sin depender del desarrollo legal”.²⁴³

Quizá las sentencias más importantes en el sentido de plantear la subregla básica aplicable a los casos en que se ve amenazado el derecho al mínimo vital son la T-426/92 y la SU-111/97, en las que obró como ponente el magistrado Eduardo Cifuentes. Esta es la tesis que defiende Rodolfo Arango, quien afirma que “La interpretación de la Corte Constitucional respecto de los derechos fundamentales, empero, no se basa en una concepción liberal del Estado, ni siquiera en la del liberalismo evolucionado de Rawls, sino en una concepción del Estado como un Estado social de derecho”.²⁴⁴

Para el profesor Arango, a esta concepción subyace una teoría de la justicia, en la que sólo se puede hablar de igualdad en sentido material, esto es, con acceso a recursos básicos indispensables que permitan una existencia en condiciones dignas, en consideración a la situación actual y específica de la persona. Esta igualdad material mínima, propia de una concepción de justicia distributiva, es la que caracteriza al Estado social y por eso ha de ser exigible vía jurisprudencia constitucional y defendible por la Corte en sus fallos.

De acuerdo con Arango, “Podemos concluir que en la jurisprudencia sobre mínimo vital, la Corte Constitucional parte de una concepción de los derechos fundamentales que incluyen en determinadas circunstancias a los derechos sociales como derechos justiciables. Detrás de ello, está una teoría de justicia como justicia distributiva, en particular, una concepción de la justicia distributiva a partir de las capacidades actuales del individuo.”²⁴⁵

²⁴¹ Ver: Cepeda Espinosa. *Polémicas constitucionales. Op. Cit.* Pág. 64.

²⁴² *Ibíd.* Pág. 63.

²⁴³ García Villegas. *Derechos sociales y necesidades políticas. Op. Cit.* Pág. 462.

²⁴⁴ Arango, Rodolfo y otros. *Jurisprudencia constitucional sobre el derecho al mínimo vital.* Universidad de los Andes. Facultad de Derecho. Centro de Investigaciones Sociojurídicas – CIJUS. Estudios ocasionales. Bogotá, 2002. Pág. 62, 63.

²⁴⁵ *Ibíd.* Pág. 64, 65.

No obstante, en la propia 111/97, la Corte asume ya una posición restrictiva frente a su predecesor activismo en materia de derechos sociales, al defender la figura de legislador como su garante natural y protagonista privilegiado para “la definición de problemas de justicia distributiva y de la restricción presupuestal como imponderable contra el cual no puede anteponerse, sin más, las necesidades materiales de la persona”.²⁴⁶ De lo anterior se desprende que a partir de dicho fallo, en la jurisprudencia de la Corte empezó a defenderse la idea del legislador como principal responsable de los derechos sociales, así como de la atención a las posibilidades económicas reales del Estado como límite al ejercicio de tales derechos.

Esta autorrestricción iniciada por la Corte en la sentencia a la que se hace alusión aboga por una mayor responsabilidad en el abordaje de materias económicas como fundamento de sus fallos, lo cual no implica necesariamente un descuido total de la Corte por estos temas, pues ello iría en desmedro de un propósito de justicia constitucional. Esta posición es defendida por Uprimny, quien considera que “el control constitucional no puede ignorar el papel enorme que tiene la ley en la concreción del contenido de los derechos sociales y en la definición de los mecanismos para su realización. Pero una cosa es reconocer la amplia libertad que tiene el legislador y otra muy diferente es inferir de ese hecho que no puede haber un control constitucional sobre las políticas económicas y sociales. Las anteriores reflexiones permiten concluir que la intervención de los jueces constitucionales en la política económica, a fin de satisfacer los derechos sociales y los mandatos constitucionales es más compleja y difícil, y requiere una mayor responsabilidad de los jueces”.²⁴⁷

Para Arango, esta relativa retractación de la Corte tiene explicación en lo que Mauricio García llama “pérdida de entusiasmo y de optimismo de la Corte frente a la posibilidad real de proteger los derechos sociales por la tutela”²⁴⁸ lo que la llevó a mantenerse dentro de los límites establecidos por este fallo y en general, a manejar un discurso menos activista, lo cual, empero, “no obsta para que en años posteriores no se dieran fallos bastante progresistas, como lo fue en 1998, la SU-225”.²⁴⁹

2. Posturas conservadoras

Hasta aquí se ha hecho un breve recuento sobre el carácter progresista y garantista de la primera etapa de la Corte, en la que, como se anotó, resultaba importante el establecimiento de grandes postulados teóricos que sirvieran como herramienta de interpretación para la actividad jurisprudencial, no sólo de la Corte, sino también de jueces de inferior jerarquía. No obstante, como se verá, el estilo progresista del tribunal constitucional no va a ser tan demarcado en los años subsiguientes, en los que se encontrará enfrentado a decisiones de mucha relevancia social, las cuales la llevarán hacia posiciones más restrictivas y menos optimistas respecto a las bondades del Estado social, aunque, en otros casos, van a ser censuradas por los propios economistas, por ser irresponsables y desafectas a las consecuencias derivadas de ellas. Varias de estas

²⁴⁶ García Villegas. *Derechos sociales y necesidades políticas*. Op. Cit. Pág. 461.

²⁴⁷ Uprimny. *Legitimidad y conveniencia del control constitucional de la economía*. Op. Cit. Pág. 63.

²⁴⁸ Citado por: Arango y otros. *Jurisprudencia constitucional sobre el der. al mínimo vital*. Op. Cit. Pág. 53.

²⁴⁹ *Ibíd.* Pág. 54.

decisiones están relacionadas con temas como “la seguridad social en salud, la emergencia económica y el equilibrio sobre el sistema financiero y de ahorro y crédito, que afectan al sistema de vivienda de interés social”.²⁵⁰

Aunque no pueden clasificarse exactamente como progresistas,²⁵¹ sino más bien como conservadores respecto a la defensa de intereses económicos, algunos de estos fallos han sido objeto de numerosas críticas por parte de economistas, quienes les endilgan la generación de costos adicionales de transacción que entorpecen la actividad económica, crean inseguridad jurídica y en general producen inflexibilidades presupuestales que no pueden ser modificadas en el ámbito de la gestión política al vaivén de las circunstancias cambiantes de la economía²⁵². Entre los críticos se encuentra Mauricio Cárdenas, quien defiende la idea de que los fallos de la Corte Constitucional sobre temas económicos han generado desorden fiscal y creado inflexibilidades que aumentan los costos de transacción y son difíciles de redireccionar por los órganos políticos del Estado (verbigracia el Congreso y el Ejecutivo). En consecuencia, las decisiones de gran trascendencia económica han de ser tomadas por estos últimos y no dejarse al arbitrio de un juez constitucional.²⁵³ Al respecto señala:

“The general idea of the framework is that the ability to reach cooperative outcomes among the key political players affects the outer features of public policies. The key point here is that the specific political institutions –together with some particular aspects of the policies determine whether cooperative intertemporal transactions are possible or not. When these transactions are feasible, public policies are more effective, more sustainable, and more adaptable. In contrast, when intertemporal political agreements are harder to strike and enforce, policies are either too unstable (in the sense of being subject to political swings)

²⁵⁰ Torres Corredor, Hernando. La Corte Constitucional entre la economía y el derecho. En: *Pensamiento Jurídico*, Revista de teoría del derecho y análisis jurídico, No. 15, 2002. Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. Bogotá. Pág. 168, 169.

²⁵¹ De hecho, la Corte ha sido más bien autorre restrictiva en cuanto a la emisión de fallos de contenido económico. Así lo asegura, Uprimny, quien señala que “las sentencias sobre emergencia económica o sobre el sistema UPAC han implicado una intervención muy fuerte del juez constitucional en la política económica, contraria a la tradición jurisprudencial de la Corte”. Uprimny, Rodrigo. Justicia constitucional, derechos sociales y economía: un análisis teórico y una discusión de las sentencias de UPAC (II). En: *Pensamiento Jurídico*, Revista de teoría del derecho y análisis jurídico, Nos. 14 y 15. 2000, 2001. Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. Bogotá. Pág. 296.

²⁵² Sin embargo, valga anotar que estas inflexibilidades no son causadas exclusivamente por la jurisprudencia constitucional, sino que también pueden tener origen en normas constitucionales, legales o administrativas que ordenan gasto estatal y dejan de ser discrecionales del ejecutivo. Al respecto, véase: Echeverri, Juan Carlos y otros. *La batalla política por el presupuesto de la Nación: inflexibilidades o supervivencia fiscal*. Documento CEDE 2004-01. Universidad de Los Andes. Bogotá, enero de 2004.

²⁵³ Clavijo señala: “Vale entonces reiterar aquí la lección fundamental que se debe sacar hacia el futuro: dada la complejidad de las decisiones económicas, con efectos intertemporales difíciles de anticipar, la Corte Constitucional, como ocurre en muchas economías desarrolladas, debe abstenerse de intervenir en decisiones que claramente le corresponden al Congreso de la República. Este proceder tendría la ventaja de tomar en consideración las cambiantes circunstancias económicas, de tal manera que el Congreso y el Ejecutivo siempre puedan recurrir a adelantar los cambios legislativos pertinentes, sin que ello represente señales negativas de inestabilidad constitucional”. Clavijo. *Fallos y fallas*. Op. Cit. Pág. 40.

or too rigid (in the sense that players inefficiently tie their hands, rather than leaving some political discretion). As in oligopoly games, fewer political actors and lower immediate benefits from deviating are two key factors that facilitate cooperation”²⁵⁴

Sergio Clavijo es otro que comparte estas ideas, pues en su concepto, “el error histórico de algunas cortes constitucionales, incluida nuestra corte del período 1991-2000, radica en ocuparse precisamente de aquellos temas económicos que, por ser muy variables, dan pie a diversas interpretaciones y soluciones, según la coyuntura y la disponibilidad y la disponibilidad presupuestal.”²⁵⁵

En resumen, las críticas contra la jurisprudencia económica de la Corte en esta etapa tienen que ver con el contenido político, más que jurídico, que se le endilga a sus pronunciamientos, criterio por el cual no se observan con detenimiento las consecuencias prácticas que aquellas pueden acarrear, resultando las más de las veces incompatibles con las políticas públicas fijadas por otros órganos de poder, sin consultar la capacidad económica del Estado y consolidándose como una injerencia indebida de la Corte en las competencias de otros organismos por la marcada extralimitación de las propias.

Jurisprudencia de contenido económico

Por lo general, en el período estudiado, las sentencias de mayor trascendencia económica pueden congregarse en tres grupos: el primero de ellos relativo a la revisión de la declaratoria de la emergencia económica de 1998; el segundo referente a los fallos sobre la UPAC; y el tercero en relación a la inexecutable del plan de inversiones 1999-2002 y los salarios de los servidores públicos.²⁵⁶

a) Emergencia económica

Tal como lo explica la sentencia C-122/99, “en la primera mitad de los noventa, las autoridades económicas impulsaron un modelo de crecimiento basado en la expansión del gasto, tanto público como privado, financiado con un drástico crecimiento de la cartera de las entidades financieras y una elevada tasa de expansión de los agregados monetarios. Situación que se tornó insostenible desde mediados de 1994 y obligó a las autoridades monetarias a adoptar políticas restrictivas en materia monetaria y a elevar las tasas de interés.”²⁵⁷

Por estas razones, para 1998 el sector bancario, en el que se encontraban también las corporaciones de ahorro y vivienda (CAVS), entró en un estado de iliquidez causado por las políticas monetaristas del Gobierno respecto al control de la inflación y la banda cambiaria, lo que obligó a los bancos a mantener su rentabilidad con menores recursos de crédito, ocasionando con ello un incremento desmedido de la tasa de interés de referencia del mercado, mejor conocida como DTF, que se reflejó en un elevado aumento del costo del crédito, tanto el comercial como aquel dirigido a la adquisición de vivienda,

²⁵⁴ Cárdenas, Mauricio; Junguito, Roberto; y Pachón, Mónica, *Political Institutions and Policy Outcomes in Colombia: The Effects of the 1991 Constitution*. En: *Working Papers Series*. No. 28. Enero 2005. Fedesarrollo. Bogotá. Pág. 7.

²⁵⁵ Clavijo. *Fallos y fallas*. Op. Cit. Pág. 5.

²⁵⁶ Al respecto, ver: *Ibíd.* Pág. 16, 17.

²⁵⁷ Corte Constitucional. *Sentencia C-122/99*. MP. Fabio Morón Díaz.

golpeando fuertemente al sector de la construcción. Por estas razones, el alza de las tasas de interés tuvo mayor impacto en los créditos adquiridos en UPAC, que era el indicador que regulaba los créditos de vivienda, con la consecuente imposibilidad de pagar que sobrevino para los usuarios, ocasionándose una crisis generalizada sobre el sector hipotecario por el desequilibrio desatado en ese segmento del sistema financiero.

La respuesta del Gobierno a esta problemática fue la declaración de un estado de emergencia económica (Decretos 2330 y 2331 de 1998), como plan de salvamento para el sector hipotecario. Al ser objeto de control por la Corte, esta entró a estudiar si los hechos relacionados por el Gobierno como fundamento de la declaratoria del estado de emergencia constituían una perturbación grave al orden económico y social y si los instrumentos ordinarios para manejarlos resultaban o no suficientes. El primer aspecto que se analiza es si la crisis del sector financiero tiene el carácter de sistémica y si fue ocasionada por hechos sobrevinientes (e imprevisibles). La conclusión de la Corte “es que el sector financiero colombiano en su conjunto sigue siendo solvente, no obstante la situación de algunos de sus subsectores que reclaman medidas extraordinarias para salvaguardar sus intereses. En otras palabras no se trata de una crisis sistémica.”²⁵⁸

Sin embargo, al analizar la situación específica de las CAVS, la Corte reconoce que su debilitamiento se debe a las reformas financieras de los años noventa que las obligaron a competir con los bancos comerciales, lo cual conllevó a un incremento de sus costos operacionales y al aumento de sus riesgos en términos competitivos. Teniendo en cuenta que el problema afectaba a un significativo número de usuarios del sistema, “la Corte consideró que en este caso sí se justificaba que el Gobierno hubiera tomado medidas de emergencia.”²⁵⁹ Una consideración similar se tuvo frente a las entidades del sector solidario. De allí que la declaratoria del estado de excepción fuera declarada parcialmente exequible “sólo en relación y en función de las personas y sectores materialmente afectados por las circunstancias críticas a que éste alude y que son exclusivamente los siguientes: los deudores individuales del sistema de financiación de vivienda UPAC; el sector de las organizaciones solidarias que desarrollan actividades financieras y de ahorro y crédito, se encuentren o no intervenidas o en liquidación; y las instituciones financieras de carácter público. En consecuencia, el Decreto No. 2330 de 1998, es inexecutable, en lo demás.”²⁶⁰

Más adelante, la sentencia C-136/99 declaró la exequibilidad de las medidas adoptadas por el Gobierno para conjurar la crisis, haciendo énfasis en el cumplimiento de los requisitos de forma. Aunque en aparente contradicción con la inconstitucionalidad parcial del decreto madre, “la Corte termina salvando la declaratoria de emergencia económica, con la introducción de un énfasis aparentemente social a las medidas adoptadas al amparo de la misma”.²⁶¹ Por eso afirma que:

“las decisiones que se adoptan sobre la exequibilidad tienen el claro sentido de fortalecer las garantías, valores y derechos que son inherentes al Estado Social de Derecho y que por tanto desarrollan los deberes de éste para lograr un orden justo,

²⁵⁸ Aragón González. *El papel del tribunal constitucional frente a los temas económicos*. Trabajo de grado. Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y sociales. Especialización en Instituciones Jurídico-políticas y derecho público. Bogotá, 2000. Pág. 27.

²⁵⁹ *Ibíd.* Pág. 29.

²⁶⁰ *Sentencia C-122/99.*

²⁶¹ Aragón González. *Op. Cit.* Pág. 32.

fundado en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que lo integran y en la prevalencia del interés general; y por la otra, que la solución que se admite deriva de una interpretación constitucional muy acorde con el control integral que ha llevado a cabo, para preservar la supremacía de la norma fundamental.²⁶²

b) UPAC

En conexión con lo anterior, la crisis del sistema UPAC estuvo enmarcada en la debacle sufrida por el sector de la construcción y el aumento excesivo de las tasas de interés para créditos de vivienda originado en la política monetaria restrictiva del Banco de la República, que "aumentó astronómicamente la corrección monetaria y las deudas hipotecarias."²⁶³

La desaparición de este regulador de los créditos de vivienda a través de pronunciamientos jurisprudenciales sigue un interesante recorrido, para lo cual resulta importante y de contera necesario hacer un recuento de los fallos que conllevaron a la reliquidación de los créditos de vivienda con vigencia e incursión en mora anterior al 1º de enero de 2000, que fueron objeto de regulación más tarde por la Ley 546 de 1999:

En primer lugar, el Consejo de Estado, en sentencia 9280 del 21 de mayo de 1999, declaró la nulidad parcial del artículo 1º de la Resolución No. 18 del 30 de junio de 1995 de la Junta Directiva del Banco de la República, específicamente el aparte que establecía: "El Banco de la República calculará (...) el valor en moneda legal de la Unidad de Poder Adquisitivo Constante -UPAC- equivalente al setenta y cuatro por ciento (74%) del promedio móvil de la tasa DTF efectiva de que tratan las resoluciones 42 de 1988 de la Junta Monetaria y Externa No. 17 de 1993 de la Junta Directiva (...) ." En la parte motiva de este fallo se indicó que el cálculo de la UPAC debía tener en cuenta la inflación, basada en el Índice de Precios al Consumidor, IPC, y no exclusivamente la tasa DTF, como se venía haciendo conforme a la resolución parcialmente anulada, porque esta ataba la UPAC a la tasa promedio de los intereses que pagan los bancos por los depósitos a término fijo, lo cual contrariaba el contenido del artículo 134 del Decreto 663 de 1993 (Estatuto Financiero).

Como consecuencia directa de la anterior providencia, fue demandado un aparte de la Ley 31 de 1992 que asignaba al Banco de la República la facultad de fijar la metodología para determinar el valor de la UPAC, específicamente el que señalaba que esta debía reflejar los movimientos de la tasa de interés en la economía. "El argumento del demandante era que al tomar como fundamento para calcular el valor en pesos de la UPAC la variación de las tasas de interés de la economía se generaban sistemas inadecuados de financiación a largo plazo de la vivienda, con lo que se vulneraba el artículo 51 de la Carta, por cuanto aplicando esta clase de fórmulas se cobra a los deudores de créditos en UPAC un sobrevalor en detrimento de los sectores de menores ingresos y con violación del artículo 373 que ordena al Banco de la República velar por el mantenimiento del poder adquisitivo de la moneda".²⁶⁴

²⁶² Corte Constitucional. *Sentencia C-136/99*. MP. José Gregorio Hernández.

²⁶³ Uprimny. *Justicia constitucional, derechos sociales y economía*. Op. Cit. Pág. 305.

²⁶⁴ Aragón González. Op. Cit. Pág. 33.

En la sentencia C-383/99, la Corte Constitucional reiteró que la fijación de la UPAC no debe depender de las tasas de intereses de los DTF y declaró la inexecutable de la expresión demandada, dispuso que a partir de ese momento las nuevas cuotas generadas por créditos adquiridos con anterioridad a la sentencia y los créditos futuros no podrían ser liquidados aplicando los movimientos de dichas tasas. La Corte tomó esta decisión con base en que en los créditos adquiridos en UPAC “la deuda aumenta no sólo para conservar el mismo poder adquisitivo, sino con un excedente que por ello destruye el equilibrio entre lo que se debía inicialmente y lo que se paga efectivamente”.²⁶⁵ Lo anterior significa que “los pagos de intereses constituyen en la práctica un abono parcial al capital, de suerte que si no hay capitalización, entonces una proporción importante del crédito sería cancelada durante los primeros años del plazo, con cuotas muy altas. Por ende, si se quiere que haya créditos de largo plazo, con cuotas bajas, tiene que admitirse la capitalización”.²⁶⁶ En últimas, la Corte “consideró que la forma de determinar su valor (del UPAC) estaba en pugna con la concepción de Estado social de Derecho”.²⁶⁷

El fallo fue criticado porque se consideró que el tema UPAC era de naturaleza política y no jurídica, que debía dejarse en manos del legislador. Esta tesis “se encuentra formulada con vigor en el salvamento de Cifuentes y Naranjo a la sentencia C-383 de 1999”.²⁶⁸ Luego de esta sentencia, la Junta Directiva del Banco de la República emitió la Resolución No. 10 del 1º de junio de 1999, por el que estableció el nuevo cálculo de la UPAC.

Más adelante, por la sentencia C-700/99, la Corte Constitucional declaró inexecutable todos los artículos del Estatuto Financiero que aludían a la UPAC, pero difirió sus efectos hasta el 20 de junio de 2000, sin perjuicio de que de forma inmediata se procediera a la liquidación de los créditos basados en dicha unidad. Al respecto señaló que:

“Las normas acusadas, integrantes del Decreto 663 de 1993, son retiradas del ordenamiento jurídico, por ser inconstitucionales, desde la fecha de notificación de la presente sentencia. No obstante, en cuanto el vicio encontrado en ellas, que ha provocado la declaración de inexecutable, consiste precisamente en que las reglas generales sobre financiación de vivienda a largo plazo deben estar contenidas en ley dictada por el Congreso y de ninguna manera en un decreto expedido con base en facultades extraordinarias, la Corte considera indispensable dar oportunidad para que la Rama Legislativa ejerza su atribución constitucional y establezca las directrices necesarias para la instauración del sistema que haya de sustituir al denominado UPAC, sin que exista un vacío inmediato, por falta de normatividad aplicable. Con miras a un adecuado tránsito entre los dos sistemas, sin traumatismos para la economía, es el caso de que las normas retiradas del ordenamiento jurídico puedan proyectar sus efectos ultraactivos mientras el Congreso, en uso de sus atribuciones, dicte las normas marco que justamente se han echado de menos, y el Ejecutivo, por decretos ordinarios, las desarrolle en concreto. Se estima razonable, entonces, que dicha ultraactividad de las normas excluidas del orden jurídico se prolongue hasta el fin de la presente legislatura, es decir, hasta el 20 de junio del año 2000 (...) De todo lo anterior se concluye que la postergación de los efectos de esta Sentencia queda condicionada al efectivo, real, claro

²⁶⁵ Corte Constitucional. *Sentencia. C-383/99*. MP. Alfredo Beltrán Sierra.

²⁶⁶ Uprimny. *Justicia constitucional, derechos sociales y economía. Op. Cit.* Pág. 299.

²⁶⁷ Aragón González. *Op. Cit.* Pág. 47.

²⁶⁸ Uprimny. *Justicia constitucional, derechos sociales y economía. Op. Cit.* Pág. 295.

e inmediato cumplimiento de la Sentencia C-383 del 27 de mayo de 1999, dictada por la Sala Plena.”²⁶⁹

Posteriormente, la C-747/99 declaró inexecutable las normas del mismo estatuto financiero que consagraban la capitalización de intereses para créditos de vivienda a largo plazo, con base en que esta práctica quebrantaba ostensiblemente el artículo 51 de la Constitución, ya que desbordaba la capacidad de pago de los adquirentes de vivienda. En términos de Uprimny, “La sentencia C-747 de 1999 considera que la capitalización de intereses no es en sí misma inconstitucional, pero que resulta violatoria de la Carta en relación con los créditos de vivienda”.²⁷⁰

Del repaso anterior se pueden extraer las siguientes conclusiones preliminares: primera, que todos los créditos para la compra de vivienda que se regían por el sistema UPAC debían ser modificados conforme a un nuevo y distinto sistema de financiación de vivienda a largo plazo. Segunda, que todas las obligaciones vigentes debían ser reliquidadas con base en ese nuevo sistema. Tercera, que la nueva liquidación no debía contener capitalización de intereses ni calcularse a partir de los movimientos de la tasa de interés en la economía.

La respuesta institucional al vacío legal generado por estos pronunciamientos del máximo intérprete de la Constitución fue la expedición de la Ley 546 de 1999, que en sus artículos 38 y siguientes ordenó la reliquidación de los créditos otorgados en UPAC, convertidos a la nueva Unidad de Valor Real – UVR.

Para el cálculo de estas reliquidaciones, la Superintendencia Bancaria expidió las circulares 007 y 048 de 2000 y el Formato F-0050, circulares que no obstante fueron declaradas inaplicables por esa misma entidad, y en consecuencia, las conversiones de los créditos de vivienda a UVR a que se refieren los artículos 39 y siguientes de la Ley 546 han de realizarse a partir del 1 de enero de 1993 y con base en la aplicación retroactiva de las sentencias C-383/99, C-700/99 y C-747/99, según lo dispuesto por la C-955/00, mediante la cual “la Corte ordenó a la Superintendencia Bancaria certificar las tasas de interés reales cobradas en los créditos ‘normales’ otorgados por el sistema financiero”.²⁷¹

Asimismo, de acuerdo a esta jurisprudencia, el sistema de amortización de un crédito de vivienda no debe contemplar capitalización de intereses desde la fecha anotada y los pagos se deben abonar a capital desde la primera cuota, siempre y cuando alcance a cubrir los seguros, los intereses y la actualización de la deuda, según corrección monetaria.

Estos fallos fueron objeto de críticas como las ya descritas por su injerencia en competencias de otros organismos estatales que, en criterio de los economistas, se encuentran mejor capacitados para plantear soluciones a los problemas económicos con base en disposiciones legales. En este sentido, Clavijo considera que la Corte, al regular el sistema de financiación de vivienda, en aras de defender la capacidad de pago de los usuarios, generó de hecho un desestímulo a la inversión en el sector de la construcción. En este sentido sostiene que “Cuando la Corte argumenta que la vivienda digna es un

²⁶⁹ Corte Constitucional. *Sentencia C-700/99*. MP. José Gregorio Hernández Galindo.

²⁷⁰ Uprimny, Rodrigo. *Justicia constitucional, derechos sociales y economía*. Op. Cit. Pág. 293.

²⁷¹ Clavijo. Fallos y fallas. Op. Cit. Pág. 28.

bien meritorio y, en su lógica, concluye *de facto* que no debe ser un negocio, ella termina por sacar dicha actividad de la esfera del mercado”.²⁷²

Empero, la jurisprudencia constitucional que declaró inexecutable la UPAC y ordenó la reliquidación de los créditos de vivienda en UVR también ha sido defendida en cuanto a sus efectos, aunque bien valga decir que la argumentación desplegada por la Corte no resulta insuficiente. En este sentido, Uprimny y Rodríguez concluyen que “las polémicas sentencias sobre la inconstitucionalidad del sistema UPAC (a saber, la sentencia C- 383 de 1999 que señala que la UPAC debía estar atada a la inflación y no a las tasas de interés, y la sentencia C-747 de 1999, que decretó la inconstitucionalidad de la capitalización de intereses, en los programas de adquisición de vivienda), se fundaron en el principio de adecuación de las políticas económicas.”²⁷³ De esta forma, la ‘adecuación’ de un sistema de vivienda es un tema justiciable” y por eso “la Corte tuvo razón en entrar a estudiar la constitucionalidad material del sistema UPAC.”²⁷⁴ Sin embargo, dichas normas “se tornaron inconstitucionales en 1999, pero no por las razones que indicaron las sentencias C-383, C-700 y C-747 de ese año, sino básicamente porque estructuraban un sistema de financiación de vivienda poco transparente que desconocía la capacidad de pago de los deudores, a quienes, de contera, les había trasladado muchos de los costos del manejo macroeconómico”.²⁷⁵

c) Salarios

Otro tema de tratamiento jurisprudencial por la Corte Constitucional en la época analizada, es el de los salarios, particularmente el de los servidores públicos, cuyo asunto principal debatido por el tribunal fue la base para calcular el incremento anual que debía regirlos. Al respecto, en el año 2000 la Corte cambió su jurisprudencia, establecida en la sentencia C-815/99, la cual señalaba que no todos los salarios de dichos servidores debían ser indexados conforme a la inflación del año inmediatamente anterior. Mediante la C-1433/00 declaró la inconstitucionalidad de una parte del presupuesto nacional por no haber apropiado suficientes recursos para aumentar todos los salarios públicos, al menos en un porcentaje equivalente a la tasa de inflación del año anterior, modificando la regla expuesta en el precedente y atando a tal criterio el incremento salarial de la totalidad de los servidores públicos.

Sin embargo, más adelante, en la sentencia C-1064/01, la Corte volvió a cambiar su jurisprudencia y estimó que las autoridades competentes debían tener un mayor margen de acción para definir la política de salarios públicos teniendo en cuenta las restricciones presupuestales. En este fallo, la Corte estableció que en tiempos de déficit fiscal, los salarios públicos por encima de dos salarios mínimos mensuales no debían ser aumentados en la misma proporción que la inflación del año anterior. En palabras de Cepeda Espinosa, “si bien reiteró que el artículo 53 de la Constitución y otras normas concordantes protegen el derecho a mantener el poder adquisitivo de los salarios de los servidores cobijados por la ley anual de presupuesto, admitió que este derecho podía ser limitado para atender prioridades del gasto público social en un contexto de déficit fiscal, alto desempleo y bajo crecimiento económico.”²⁷⁶

²⁷² *Ibíd.* Pág. 31.

²⁷³ Uprimny y Rodríguez. *Constitución y modelo económico en Colombia. Op. Cit.* Pág. 34.

²⁷⁴ Uprimny. *Justicia constitucional, derechos sociales y economía . Op. Cit.* Pág. 311.

²⁷⁵ *Ibíd.* Pág. 313, 314.

²⁷⁶ Cepeda Espinosa. *Las sentencias de la Corte con implicaciones económicas. Op. Cit.* Pág. 10.

En cuanto a la competencia para expedir las normas que fijaran los criterios sobre los cuales fundamentar el mantenimiento de la capacidad adquisitiva de los salarios y las implicaciones macroeconómicas de los mismos, la Corte fue clara al señalar que esta facultad recae sobre el Congreso de la República. No obstante, debido a que el legislativo, si bien decidió que para el 2003 el aumento de los salarios inferiores a dos mínimos se haría con base en el aumento del IPC del año anterior, guardó silencio con respecto a los salarios públicos superiores a dicha cifra, por lo que la Corte se vio obligada a intervenir, y mediante la sentencia C-1017/03 declaró que el incremento para este rango de sueldos no podía ser inferior al 50 % del que tuvieran los otros, atados al IPC. En otras palabras, la Corte determinó que el porcentaje de aumento de los salarios superiores a dos mínimos no podía ser menos de la mitad del que recibieran los salarios inferiores a esa cifra, es decir, en ningún caso estarían por debajo del 50 % del IPC. La Corte ató este límite a la restricción a la baja a que se demostrara la imposibilidad presupuestal de un incremento mayor, esto es, “reiteró que las restricciones presupuestales valoradas por la política macroeconómica podían justificar la limitación de los derechos.”²⁷⁷

Como se observa, en el tema de los salarios de los servidores públicos, la Corte ha incurrido en constantes cambios de jurisprudencia, lo que le ha valido no pocas críticas, provenientes especialmente de los sectores económicos. Por ejemplo, Clavijo expresa que “desde un punto de vista de lógica elemental, para quienes no somos juristas, nos resulta difícil entender la forma en que la Corte aplica o no el principio de cosa juzgada. El tránsito entre las sentencias C-1433 del 2000, la C-1064 de 2001 y la C-1017 de 2003 era, para muchos, imposible de haberse dado bajo el principio elemental de la cosa juzgada.”²⁷⁸

Pero el tema del cambio de jurisprudencia no es la única fuente de críticas en relación con los pronunciamientos sobre salarios de servidores públicos. Los reparos también han sido lanzados en términos macroeconómicos, por un lado, en referencia a la no consideración de la productividad como elemento para calcular el aumento de dichos salarios²⁷⁹, y por otro, otra vez respecto el aumento de los costos de transacción y el establecimiento de inflexibilidades, que para ser modificadas, requerirían en algunos casos incluso de reformas constitucionales. Así lo postula Cárdenas:

“Although in theory the CC (Constitutional Court) is expected to have negative legislative power, in practice it exercises great influence over policymaking. The main reason is that the many policy issues have been elevated to the constitutional rank, especially after the constitutional revision of laws. This has been the case of public sector wages, mortgage interest rates, and pensions, among others. In practice, this implies that constitutional reforms are necessary to change policies in certain areas, and even then reforms are subject to the constitutional revision. A good example is the 2003 referendum that was required in order to freeze government salaries. Given the legislative procedure that a constitutional reform entails, transactions costs are now higher and the CC has a larger jurisdiction.”²⁸⁰

²⁷⁷ *Ibíd.* Pág. 10-12.

²⁷⁸ Clavijo. *Fallos y fallas. Op. Cit.* Pág. 43.

²⁷⁹ Lamenta Clavijo: “Infortunadamente, la Corte decidió en el caso de los servidores públicos sacar de la ecuación el factor de la productividad”. *Ibíd.* Pág. 34.

²⁸⁰ Cárdenas y otros. *Op. Cit.* Pág. 16.

3. Conclusión preliminar: derecho vs. economía

Señala Marc Hofstetter que a raíz de varios fallos de la Corte relacionados con políticas económicas, “en los últimos años se ha desatado un debate (que para algunos es entre abogados y economistas) sobre el peso que debería asignarle la Corte a las consideraciones sobre el contexto económico y las restricciones presupuestales frente a los derechos constitucionales.”²⁸¹

Sin duda, la importancia del debate sobre los fallos de relevancia económica expedidos por la Corte Constitucional radica en el aumento de los costos de transacción que aquellos implican, los cuales tiene origen en la “irresponsabilidad” del tribunal constitucional que se pronuncia sin atender a las circunstancias de orden material sobre las cuales ha debido sustentarse y que, de conocer, lo llevarían a ser más restrictivo en los alcances de sus providencias, no sólo frente a los hechos del caso concreto, sino también en lo que tiene que ver con sus propias competencias funcionales. Como lo señala el profesor Manuel José Cepeda, “una de las consecuencias persistentes y visibles de este sistema es el que la Corte está sujeta a la formulación de duras críticas en su contra: temas tales como la admisibilidad de las acciones de tutela contra sentencias, la revisión de los decretos declarativos de estados de excepción, o la intervención del juez constitucional en asuntos económicos, han generado una oposición abierta, significativa y sostenida por parte de otros tribunales, el Congreso y el Gobierno por igual”²⁸².

Sin embargo, la idea que se defiende es que en estas materias la Corte ha actuado en realidad de forma consecuencialista, es decir, sí ha prestado atención a los efectos derivados de sus fallos de contenido económico. En este sentido, el tribunal constitucional ha hecho una “apertura del discurso jurídico al territorio de las consecuencias económico-sociales del derecho y a la consideración de la eficiencia económica como valor jurídico”.²⁸³ Aunque sin poder afirmar que ha aplicado a sus pronunciamientos elementos propios del denominado “análisis económico del derecho”, como al parecer lo sostiene el profesor Torres Corredor, sí ha atendido a criterios de restricción que le exigen mayor responsabilidad en sus sentencias económicas. Esta idea es defendida por Clavijo, quien sostiene la asunción de posturas cautelosas por parte de la Corte en cuanto a estos temas se refiere:

“Otro principio institucional que ha permeado en los países desarrollados es que los recursos económicos son escasos, lo cual implica que muchos de los loables objetivos sociales tan sólo se podrán alcanzar de manera gradual. Dicho de otra manera, la existencia de restricciones presupuestales impone, de una parte, el principio de optimización en el uso de los recursos disponibles y, de otra, el reconocimiento de la ‘modulación’ en el tiempo para el logro de estos objetivos”²⁸⁴.

El consecuencialismo económico de la Corte no es reclamado sólo por economistas, sino también por abogados. Uprimny resalta que es “válido que se exija de los jueces una

²⁸¹ Hofstetter, Marc. *La política monetaria y la corte constitucional: el caso del salario mínimo*. En: *Revista de Economía Institucional*. Volumen 8 No. 14. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2006. Pág. 107.

²⁸² Cepeda Espinosa. *Polémicas constitucionales*. Op. Cit. Pág. 65, 66.

²⁸³ Torres Corredor. Op. Cit. Pág. 178.

²⁸⁴ Clavijo. *Fallos y fallas*. Op. Cit. Pág. 6.

cierta valoración de los eventuales efectos de las sentencias.” No obstante, advierte también sobre la necesidad de que la justicia constitucional aborde estos temas (y por esa vía asuma posturas políticas) para evitar convertirse, precisamente, en un organismo de carácter político. De allí que sostenga que “si los jueces decidieran exclusivamente tomando en cuenta las consecuencias eventuales de su determinación, entonces dejarían de ser jueces independientes para convertirse en órganos políticos (...) Una rama judicial puramente consecuencialista deja entonces de ser una administración de justicia centrada en la protección de derechos y en la aplicación de normas, pues deviene un órgano político, que para decidir evalúa y clasifica intereses, conforme a valoraciones subjetivas”²⁸⁵

²⁸⁵ Uprimny. *Legitimidad y conveniencia del control constitucional de la economía*. Op. Cit. Pág. 48, 50.

Capítulo Sexto: La ambigüedad del ‘nuevo derecho’ en Colombia

Como se advertía en la introducción de este trabajo, la prédica discursiva de la Corte con respecto a ciertos temas tiene fundamento en la aparición de un inusitado activismo judicial que se da a partir de los años noventa y que tiene su origen, por una parte, en la aparición de un nuevo texto constitucional caracterizado por reconocer una amplia gama de derechos y a la vez, establecer los pilares para la inserción definitiva del país en una economía global de mercado, y por otra parte, en la recepción reciente de teoría jurídica foránea en la que ocupan un lugar importante tesis novedosas sobre interpretación y argumentación jurídicas, a la luz de desarrollos constitucionales como el esbozo de una teoría de principios. Este activismo, que se puede observar en la Corte Constitucional colombiana de la primera década, es la que da origen a lo que se ha llamado el nuevo derecho, que para Tamayo Jaramillo es diferente del neoconstitucionalismo principialista “que defiende el principio de legalidad, y la existencia de principios axiológicos constitucionales como marco obligatorio de la acción legislativa”²⁸⁶ y que en su criterio es el que introduce la Constitución de 1991. Para él, el nuevo derecho en realidad “pretende desconocer la validez de los códigos y que los jueces administren y distribuyan el presupuesto del estado supliendo al ejecutivo y al legislativo”²⁸⁷

Aunque la anterior parecería más una crítica de las que se han lanzado desde la orilla de la economía contra algunas actuaciones de la Corte, trae sin embargo una consideración que vale la pena resaltar con miras a definir de mejor manera lo que es el nuevo derecho y a establecer la relación que el análisis del discurso jurídico, particularmente el de la Corte en algunos de fallos de conceptualización de derechos fundamentales y sociales y otros de trascendencia económica, tiene con el mismo. Tamayo Jaramillo acepta que “en el nuevo derecho no se parte de la adecuación típica sino de la aceptación de la existencia de conflicto de derechos (...) Más bien, la argumentación jurídica se fundamenta en el concepto de balance de derechos, fundado en lógicas discursivas menos lineales.”²⁸⁸

Lo anterior sirve para reiterar la consideración del derecho como un campo conflictivo y además para defender la flexibilidad del discurso que se proclama en la jurisprudencia analizada, que como vimos, oscila entre un fuerte discurso sobre la defensa de los derechos de las personas y el concepto de Estado social de Derecho, pero por otra, guarda distancia con las posibles consecuencias económicas que se derivan de los fallos

²⁸⁶ Tamayo Jaramillo, Javier. *No es lo mismo el nuevo derecho que el principialismo neoconstitucional*. Mimeo. Pág. 1.

²⁸⁷ *Ibíd.*

²⁸⁸ *Ibíd.* Pág. 2.

que en este sentido emite la Corte. A continuación, a partir de lo que se ha llamado nuevo derecho en Colombia, se tratará de describir mejor esa contradicción discursiva y así mismo, se profundizará en el propio concepto de nuevo derecho, como escenario histórico en el que se desenvuelve el conflicto discursivo del tribunal constitucional.

1. Estado Social de Derecho Vs. economía de mercado

Como se dijo, el presente capítulo aborda el tema del nuevo derecho en Colombia.²⁸⁹ En síntesis, trata de determinar cuáles son sus tendencias, enmarcándose dentro de la tesis sugerida en este trabajo, referente al discurso político que subyace en los pronunciamientos judiciales, en especial en los emanados del tribunal constitucional. Para tal fin acudo en parte al debate suscitado alrededor del surgimiento de un nuevo derecho en nuestro país con ocasión de la expedición de la nueva Carta Política. Al respecto, valga decir que se pretende mostrar cómo, a partir de la Constitución de 1991, se ha formado una nueva concepción a nivel académico y judicial de lo que es el derecho en Colombia, sin creer, por supuesto, que el nuevo texto fundamental haya hecho *tabula rasa* del desarrollo histórico previo en nuestro país. También intenta constatar que esta nueva concepción ha abrigado dos vertientes doctrinarias, la primera de corte neoliberal, que ve al nuevo derecho como un medio para la adopción de reformas económicas y políticas que beneficien el sistema de mercado, y la segunda, de orientación liberal progresista, que busca favorecer a los sectores más desaventajados de la sociedad, con base en una lectura garantista de los postulados constitucionales, principalmente de la carta de derechos fundamentales. En lo que sigue se acudirá, casi exclusivamente, a las dos más reconocidas alusiones textuales al nuevo derecho que se han hecho en Colombia, extractando de ellas las características que dichas referencias le asignan, para luego tratar de evidenciar la interpretación, acomodada a criterios políticos, que sus autores hacen de tales particularidades.

2. Facetas del nuevo derecho

El atrevido gesto de situar el nacimiento de un nuevo derecho en Colombia a partir de la expedición de la Carta Política del 91, pasando por alto los avances teóricos anteriores a la misma, gestados al abrigo del influjo de corrientes iusfilosóficas foráneas, se sustenta sobre el enorme empuje normativo dado por el nuevo texto constitucional y la atención despertada por sus interpretaciones en la comunidad académica. De acuerdo a lo anterior, es posible afirmar que quien primero habló de la existencia de un nuevo derecho en nuestro país fue el ex – presidente de la República, César Gaviria Trujillo, en un discurso ofrecido a graduandos de la Universidad Externado de Colombia.²⁹⁰ En aquella oportunidad sostuvo con vehemencia que “con la constitución de 1991 nació una nueva concepción del derecho”²⁹¹, aunque advirtió que no le correspondía “en esta ocasión tratar de dilucidar cuál es esa nueva concepción”²⁹².

²⁸⁹ El término “nuevo derecho” fue introducido por Luis Recasens Siches en su célebre *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*. 1ª edición. Editorial Porrúa. México, 1956. Allí lo asimiló a la propia teoría que dio nombre a su obra, la que también llamó “lógica de lo razonable”. Ver: Pág. 9.

²⁹⁰ Gaviria Trujillo, César. *El nuevo derecho*. En: *Quaestiones Iuridicae* No. 1. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, Junio 1993. Pág. 7-11.

²⁹¹ *Ibíd.* Pág. 8.

²⁹² *Ibíd.*

A pesar de su negativa a definir este novedoso fenómeno, Gaviria Trujillo dio luces sobre algunas de las cualidades que lo conforman. Es así como resaltó la nueva capacidad del ordenamiento jurídico colombiano de brindar a los ciudadanos una respuesta oportuna y pertinente, generando con ello la confianza suficiente para llevar todas sus controversias ante las instituciones del Estado, el cual tiene la virtud de dar solución a los conflictos y satisfacer las necesidades de justicia. Por eso indica que “Colombia está reclamando que el derecho responda a la realidad, está exigiendo que descienda del paraíso de las abstracciones para vivir en la riqueza de la cotidianidad, está colocando en la letra fría de las normas rostros de seres humanos que han vuelto a confiar en la justicia y en el derecho.”²⁹³

En el mismo sentido, el ex – presidente postuló una “concepción viviente de los derechos”²⁹⁴ defendida por la Constitución, cuando señala que “lo que verdaderamente importa es la realidad, las circunstancias en que se encuentra un individuo”²⁹⁵ y hace otras afirmaciones interesantes como las siguientes:

“...Considero que el país necesita un derecho para la paz y la democracia. Un derecho que no sea obstáculo para los cambios sino instrumento de la revolución pacífica. Un derecho que esté permeado por valores pluralistas (...) Hablar de nuevo derecho en Colombia no es, perdónenme la redundancia, tan nuevo. Por eso ya se ha vuelto un lugar común entre nosotros criticar el excesivo formalismo (...) Colombia necesita hoy que el derecho se convierta en una herramienta para la transformación y la renovación institucional...”²⁹⁶

Desde una orilla relativamente antagónica, se ha percibido la existencia de otra corriente al interior del nuevo derecho colombiano, la cual es de tinte progresista y se encuentra particularmente representada por la Corte Constitucional de los años 90²⁹⁷. Entre sus miembros, el magistrado Carlos Gaviria Díaz hizo una mención explícita del tema en la introducción del libro *Herejías constitucionales*²⁹⁸, que recoge las sentencias más polémicas y teóricamente relevantes en las que actuó como ponente²⁹⁹. Allí indica que

²⁹³ *Ibíd.*

²⁹⁴ En el año 2001, la Corte Constitucional estableció la doctrina del derecho viviente, entendido como el derecho constitucionalmente relevante en una interpretación a tener en cuenta dentro de un juicio de constitucionalidad abstracto. En palabras de Diego López, “la Corte insiste en hallar la interpretación judicial efectiva que de la norma ha hecho el juez o la administración. La constitucionalidad de la norma, por tanto, dependerá de que dichas interpretaciones concretas (por oposición a las posibles o pensadas) estén de conformidad con la Constitución Política.” López Medina. *El derecho de los jueces. Op. Cit.* Pág. 131.

²⁹⁵ *Ibíd.*

²⁹⁶ *Ibíd.* Pág. 9,11.

²⁹⁷ Entre los magistrados que mejor representaron esta postura garantista del nuevo derecho están Carlos Gaviria Díaz, Ciro Angarita Barón, Eduardo Cifuentes Muñoz y Alfredo Beltrán Sierra, entre otros.

²⁹⁸ Gaviria Díaz, Carlos. *Herejías constitucionales*. Fondo de Cultura Económica (Colombia). Bogotá 2002.

²⁹⁹ Entre los fallos más polémicos proyectados por el magistrado Gaviria Díaz están la despenalización del aborto en insuperables circunstancias de necesidad; la despenalización de la eutanasia ante una situación extrema de sufrimiento, en aras de proteger la dignidad humana; la despenalización del consumo de la dosis personal de droga, con fundamento en el derecho al libre desarrollo de la personalidad; o la constitucionalidad de la tipificación del incesto como delito, tomando como sustento estudios antropológicos y sociológicos.

“Cuando la Constitución del 91 entró en vigencia y la Corte Constitucional en funciones, se hizo patente que en Colombia se había producido un hecho político y cultural importante, a saber, la recepción de una hermenéutica nueva para nosotros, pero añosa ya en medios académicos más avanzados.³⁰⁰ En ella (con muy diversos matices) se pone de presente que el juez también es creador de derecho...”³⁰¹. Siguiendo con su disertación, más adelante expresa que “Cuando la Corte Constitucional, desde sus primeras decisiones, puso de presente este truísmo, se sentenció peyorativamente en ciertos sectores, guardianes de la recta doctrina, que se había inaugurado el ‘nuevo derecho’”.³⁰² Si bien el profesor Gaviria Díaz ya nos brinda rasgos que en su entender caracterizan el nuevo derecho, no obstante insiste en el asunto y ofrece mayor claridad al respecto con afirmaciones como las que se transcriben a continuación:

“... toda teoría (política o jurídica) debe articularse con el contexto social que desde ella se contempla, para que no resulte mera construcción lógica desligada de los hechos (...) el activismo judicial es la otra culpable desviación que se le imputa a la Corte desde la orilla ortodoxa (...) Hace parte de la tarea del juez constitucional (especialmente si su potestad deriva de una Carta irreprochablemente democrática) materializar esos anhelos [los propósitos y las metas constitucionales]”.³⁰³

Al respecto, el profesor Julio César Uribe Acosta señala que “la Corte Constitucional, con apoyo en la Carta de 1991, ha puesto en marcha una concepción del Derecho, nueva para nosotros, edificada sobre valores y principios, que va en contravía del positivismo jurídico, de corte individualista.”³⁰⁴

³⁰⁰ El profesor Diego López Medina realiza un brillante estudio sobre la recepción de teorías del derecho y de la interpretación en Colombia durante los siglos XIX y XX, en su libro *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. 1ª edición. Legis. Bogotá, 2004. En él muestra cómo, durante la reciente década de los 90, este ejercicio de trasplante iusteórico dio lugar a la aparición del nuevo derecho en la jurisprudencia de la Corte constitucional, a través de una recepción “pop” de las teorías antiformalistas contemporáneas, específicamente la tesis de la indeterminación interpretativa de Kelsen, la crítica al formalismo de reglas, hecha por Hart, y una revitalización de los principios como normas de derecho, defendida por Dworkin y Alexy, así como los novedosos estudios sobre interpretación y argumentación adelantados por estos últimos. Con respecto al nuevo derecho en Colombia señala: “La sociología del movimiento del *nuevo derecho* responde a este ordenamiento institucional: el antiformalismo está centrado alrededor del derecho constitucional y su corte especializada. (...) El *nuevo derecho* es principalmente un movimiento que se concentra en una visión del derecho constitucional como desafío y crítica general a la cultura jurídica prevalente en Colombia y Latinoamérica. Como movimiento intelectual, su influencia ha crecido de la mano de la utilización en aumento por parte de los ciudadanos de la acción de tutela como forma de protección de sus derechos fundamentales. Se le percibe en términos políticos como un movimiento particularmente comprometido con el ideal de Estado social de derecho (...) El *nuevo derecho* tiene una estructura iusteórica y una agenda política. La teoría del derecho la ha adquirido por medio de recientes interpretaciones de la TTD [Teoría Transnacional del Derecho] con un fuerte componente anglosajón. Su agenda política también ha sido alimentada por la globalización del modelo constitucional del *Sozialrechtsstaat*...” (Pág. 339, 340). En estos apartes, el profesor López reconoce el nuevo derecho con su tendencia progresista.

³⁰¹ Gaviria Díaz. *Op. Cit.* Pág. XIII.

³⁰² *Ibíd.* Pág. XIV.

³⁰³ *Ibíd.*

³⁰⁴ Uribe Acosta, julio César. Del positivismo a un nuevo derecho. En: *De liberación. La revista de derecho*. Fundación Universitaria San Martín. Facultad de Derecho. Bogotá, 2007. Pág. 9.

Por su parte, Luis Ociel Castaño³⁰⁵ considera que desde 1992 se da en Colombia un cambio de paradigma con respecto a la concepción teórica de la justicia constitucional, posibilitada “a partir de los desarrollos de lo que en el contexto europeo se conoce como el Neo constitucionalismo, impulsado por autores como Alexy, Dworkin, Habermas, Zagrebelsky, Ferrajoli, Guastini, Prieto Sanchis y, en Latinoamérica, por Nino.”³⁰⁶

En su concepto, las características del nuevo derecho se pueden resumir como sigue: a) Más principios que reglas; b) Más ponderación que subsunción; c) Omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes, en lugar de espacios exentos a favor de la opción legislativa o reglamentaria; d) Omnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario; e) Coexistencia de una constelación de valores, a veces tendencialmente contradictorios, en lugar de homogeneidad ideológica en torno a un puñado de principios coherentes entre sí y en torno, sobre todo, a las sucesivas opciones legislativas.

Con base en lo anterior y con el fin de redundar sobre el objeto de estudio, pasaremos a enumerar los principales rasgos del nuevo derecho que se pueden extractar de lo expresado por los autores previamente citados, así:

1. Reclama una correspondencia de las normas, y especialmente de las decisiones judiciales, con la realidad.
2. Aplica el antiformalismo como crítica del excesivo legalismo formalista.³⁰⁷

³⁰⁵ Ociel Castaño, Luis. El juez constitucional y el llamado nuevo derecho. En: *Criterio Jurídico* No. 7. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, 2007. Pág. 187.

³⁰⁶ *Ibíd.*

³⁰⁷ Como ya lo anotamos, el jurista Diego López, en su *Teoría Impura*, hace un análisis de los primeros trasplantes iusteóricos a la joven república, acaecidos durante el siglo XIX y las recepciones posteriores en el XX. Aquellos iniciales se alinearon en dos corrientes diferenciables: la primera, conocida como la “escuela de la exégesis” que deriva de un formalismo de reglas, compuesto por los comentarios al Código Civil. La segunda, una jurisprudencia de conceptos, cuyo métodos es un formalismo de principios, elaborados a partir de los tratados de derecho civil. Como herederos de estas corrientes, en el siglo XX se experimentan tres desarrollos teóricos que son, a saber: i) un conceptualismo imitativo, que pretendía reelaborar la estructura del Código Civil, organizándolo de acuerdo a bloques conceptuales. Los juristas nacionales optaron por importar las grandes clasificaciones temáticas del derecho civil que se construyeron en Europa, en un ejercicio de “copia” teórica, que prácticamente se limitó a traducir las obras de dogmática civilista publicadas en el viejo continente a principios de siglo. ii) El positivismo kelseniano, muy cercano a la exégesis decimonónica, que afirmaba la proveniencia exclusiva de las reglas del derecho de la legislación. En esta corriente se inscribieron la mayoría de los doctrinantes colombianos durante el siglo XX. iii) Un antiformalismo de origen francés, que propone una mayor intermediación entre el derecho y el medio circundante. En palabras de propio López Medina: “El propósito del cambio jurídico radica en cerrar la brecha creciente entre realidad y derecho que se da en una sociedad dinámica que está comenzando a conectarse con nuevas formas de producción y distribución de productos”. (*Op. Cit.* Pág. 233). Sin duda, el nuevo derecho es una expresión de la tendencia teórica antiformalista, que para finales del siglo pasado, había desarrollado manifestaciones características, las cuales se pueden resumir como sigue:

- 1) Crítica al desprecio de los positivistas por el contenido moral y político del derecho, así como por el ideal de justicia (que para el antiformalismo es una cualidad tanto de los casos individuales como una propiedad integral del sistema jurídico).
- 2) Énfasis en el papel de las normas constitucionales en casos surgidos de la aplicación del derecho legislado.

3. Defiende el pluralismo jurídico.³⁰⁸
4. Guarda una convicción total acerca de las bondades de la Constitución del 91.

A pesar de estos elementos comunes, hallados en las formulaciones del nuevo derecho hechas por el ex – presidente Gaviria y el ex – magistrado Gaviria Díaz, el asunto central aquí es mostrar que aquel defiende una nueva concepción jurídica con el propósito de facilitar la aplicación de criterios neoliberales y este lo hace para defender la aplicación plena del contenido social y garantista de la Constitución. Frente a lo primero valga recordar el momento en que el discurso es pronunciado, durante un gobierno caracterizado por una política económica aperturista y reductora del Estado.³⁰⁹ De allí que Gaviria Trujillo hable del derecho como herramienta para la transformación y la renovación institucional. Respecto a lo segundo, son ejemplo de ello las múltiples sentencias de la Corte Constitucional en las que se protegen derechos fundamentales o se estudia la exequibilidad de leyes conforme al concepto de Estado social de derecho.³¹⁰

En conclusión, la identificación de dos tendencias del llamado nuevo derecho en nuestro país, una neoliberal y otra progresista, a partir de los textos reseñados, es un importante logro del trabajo. Sin embargo, su emplazamiento temporal, en los años inmediatamente posteriores a la Constitución del 91, impide el seguimiento a sus respectivos desarrollos, en especial durante el primer lustro del siglo XXI. Es importante señalar que estas dos tendencias no son exclusivas o definitivas. Seguramente el nuevo derecho dará para posiciones intermedias, extremas o inimaginadas, la jurisprudencia evoluciona día a día y los criterios acogidos por esta corriente teórica pueden dar lugar a múltiples interpretaciones.

3) Teorización sobre la importancia que tienen los valores políticos constitucionales en la configuración de todas las áreas del derecho.

4) Exploración en detalle de los aspectos del razonamiento y la argumentación jurídica sin considerar que el asunto tenga resolución definitiva mediante el uso de algunas reglas de derecho legislado destinadas a la interpretación de las normas.

5) Acudimiento prioritario a los principios para la solución de controversias jurídicas.

6) Reconocimiento del carácter “abierto” de las normas para su interpretación, derivado de su elevada indeterminación semántica.

7) Insistencia en el papel activo del juez como “creador” de derecho, desmitificando el monopolio de la producción jurídica en cabeza del legislador.

³⁰⁸ Aquí el pluralismo jurídico se entiende, no como la existencia simultánea de varios sistemas jurídicos en un mismo territorio, sino como la impregnación del derecho con enfoques pluridisciplinarios, así como de múltiples y variadas expresiones de poder, representadas en la desconcentración de la producción, la interpretación y la decisión del derecho.

³⁰⁹ En efecto, el gobierno de César Gaviria Trujillo estuvo marcado por la aplicación de la doctrina neoliberal a la política económica del Estado, lo cual conllevó a una reducción del Estado por medio de un acelerado proceso de privatización y reestructuración, y a una desconcentración de sus funciones, muchas de las cuales pasaron a ser compartidas con o desempeñadas completamente por empresas particulares.

³¹⁰ Los pronunciamientos en este sentido son innumerables, resultando paradigmáticas las sentencias T-002/92 y T-406/92, con ponencia del magistrado Ciro Angarita Barón, en las que se estudia el significado y alcance del carácter “social” del Estado, introducido por la nueva Carta. Entre los muchos otros fallos que cabría referir aquí se resaltan la sentencia C-083/95, con ponencia de Carlos Gaviria Díaz, y la C-1433/00, cuyo ponente fue Jaime Córdoba Triviño.

Conclusión

La reconstrucción de la introducción del giro lingüístico de la filosofía en el derecho permite evidenciar la orientación de la teoría jurídica contemporánea hacia el estudio de la particularidad del lenguaje jurídico y la manera como el mismo es utilizado para la estructuración y comprensión del derecho. Esto se hace palpable en el enfoque de la iusteoría actual en áreas como la interpretación y la argumentación y en la forma como estas se aplican en el ámbito de la decisión judicial. El ejercicio interpretativo, enriquecido por la emergencia de nuevos métodos, conlleva a una novedosa consideración del material jurídico disponible sobre el que dicha interpretación recae y exige por parte del operador una carga argumentativa razonable y satisfactoria, que le brinde legitimidad al acto de adjudicación. No obstante, el proceso por el que se justifica un pronunciamiento judicial puede estar influenciado (aunque no por esto necesariamente viciado) de las visiones que el intérprete mantiene frente al mismo derecho y de los fines a los que conforme a aquellas en su criterio debe encaminarse. Es así como la práctica jurídica puede llevar consigo la reproducción de un discurso, investido con el aura de legitimidad y aparente objetividad que una adecuada argumentación le puede imprimir, por el que se desarrolla una postura política que entra en contradicción con posiciones disímiles, en el ámbito conflictivo que el propio derecho representa.

Durante la primera etapa de trabajo de la Corte Constitucional colombiana, se pueden observar dos discursos que colisionan y que tienen punto de partida una visión e interpretación contraria del significado y contenido de la Constitución de 1991. Esas dos posturas, que hemos denominado genéricamente como progresista y conservadora, inclinaron la balanza jurisprudencial hacia uno u otro lado del espectro político, con los consecuentes avances o retrocesos que en materia de derechos o de protección del sistema de mercado puede acarrear dicha ondulación. A pesar de haberse enfatizado en sus años primigenios, la lucha por el significado del derecho continúa hoy en día en la Corte y, a pesar de considerarse generalizadamente su evolución y sostenimiento en el lado derecho de la balanza, los fallos progresistas se siguen presentando, demostrando así que el conflicto jurídico es permanente y que los discursos no sólo deben revitalizarse, sino también sofisticarse en cuanto al aumento de las exigencias que desde el punto de vista argumentativo se proponen.

Como lo sugiere el profesor Mauricio García, “De acuerdo con esto, el derecho constitucional no debe ser entendido a la manera clásica como un conjunto de normas jurídicas de obligatorio e inmediato cumplimiento, sino como un conjunto de directrices políticas cuya incidencia depende de un proceso de negociación y conciliación de

intereses en conflicto (...) enfrentados de manera acérrima en el discurso político y también en la acción social, encuentran un punto de equilibrio en la jurisprudencia constitucional. (...) La Corte intenta adoptar una posición intermedia entre la imagen progresista e innovadora derivada del control ejercido sobre las demás instituciones mediante la aplicación de principios y valores constitucionales, de un lado, y la imagen conservadora a través del reconocimiento de las dificultades prácticas de tipo presupuestal, político, social, económico, etc., para poner en ejecución los valores y principios constitucionales, por otro.³¹¹

Lo anterior impide plantear la idea de un modelo predictivo, por el que pueda aventurarse acerca del destino de algunas discusiones al interior del tribunal constitucional colombiano, salvo en aquellos casos en que las tendencias imponen ya una marcada propensión hacia la conservación o el progreso. No obstante, lo importante es resaltar, más allá de la existencia de discursos políticos subyacentes en la práctica del discurso jurídico, la naturaleza inacabada de uno y otro, que hace del derecho un escenario en constante evolución.

³¹¹ García Villegas. *Derechos sociales y necesidades políticas*. Op. Cit. Pág. 483.

Bibliografía

ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Traducción de E. Garzón Valdés. Gedisa. Barcelona, 1992.

ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. Centro de estudios constitucionales. Madrid, 1989.

ALEXY, Robert. *Teoría del discurso y derechos humanos*. Luis Villar Borda (Trad.). 2ª edición. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1995.

ANGARITA BARÓN, Ciro. La libertad económica en la jurisprudencia de la Corte Constitucional: aproximación fugaz. En: *Constitución económica colombiana*. El navegante editores. Santafé de Bogotá, 1996. Pág. 165-182.

ARAGÓN GONZÁLEZ, Margarita. *El papel del tribunal constitucional frente a los temas económicos*. Trabajo de grado. Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y sociales. Especialización en Instituciones Jurídico-políticas y derecho público. Bogotá, 2000.

ARANGO, Rodolfo. *El concepto de derechos sociales fundamentales*. 1ª edición. Legis. Bogotá, 2005.

ARISTÓTELES. *Metafísica*. 2ª edición. Gredos. Madrid, 1990.

AUSTIN, John L. *Cómo hacer cosas con palabras*. Paidós. Barcelona, 1982.

BENTOLILA, Héctor Rodolfo. *¿Filosofía del lenguaje o interpretación de la filosofía?* Instituto de filosofía de la UNNE. Chaco, Argentina. Disponible en: <http://www1.unne.edu.ar/cyt/2002/02-Humanisticas/H-010.pdf>

BENVENISTE, Émile. *Problemas de lingüística general*. 2ª edición. Traducción de Juan Antonio Almela. Siglo XXI editores. México D.F., 1977.

BONNIN, Juan Eduardo. Análisis del discurso. En: *Diccionario crítico de ciencias sociales*. 4ª edición. Plaza y Valdés - Universidad Complutense de Madrid. 2008.

BOTERO MARINO, Catalina. Acción de tutela contra providencias judiciales en el ordenamiento jurídico colombiano. En: *Precedente. Anuario jurídico*. Universidad ICESI. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Cali, 2001.

BOURDIEU, Pierre y Teubner Gunther. *La fuerza del derecho*. Siglo del hombre editores. Universidad de los Andes. Bogotá, 2000.

BOURDIEU, Pierre. *¿Qué significa hablar?: economía de los intercambios lingüísticos*. 2ª edición. Akal. Madrid, 1999.

CÁRDENAS, Mauricio; JUNGUITO, Roberto; y PACHÓN, Mónica, Political Institutions and Policy Outcomes in Colombia: The Effects of the 1991 Constitution. En: *Working Papers Series*. No. 28. Enero 2005. Fedesarrollo. Bogotá.

CASTELLANOS, Rafael. Hermenéutica y desconstrucción. En: *Ideas y valores. Revista colombiana de filosofía*. No. 130. Abril de 2006. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá, Abril 2006. Pág. 3-20.

CEPEDA ESPINOSA, Manuel José. *Las sentencias de la Corte con implicaciones económicas: reflexiones con ánimo constructivo*. Ponencia presentada en las XXVIII jornadas colombianas de derecho tributario, Cartagena de Indias, 18-20 de febrero de 2004.

CEPEDA ESPINOSA, Manuel José. *Polémicas constitucionales*. Legis. Bogotá, 2007.

CHILD, Jorge. *Neoliberalismo y la Constitución de 1991*. ANUP. Medellín, 1992.

CLAVIJO, Sergio. *Descifrando la 'nueva' Corte Constitucional*. Una evaluación del período 2001-2003. Alfaomega. Bogotá, 2004.

CLAVIJO, Sergio. *Impacto económico de algunas sentencias de la Corte: El Caso de la "Mesada Pensional 14" y de las Regulaciones en Vivienda*. Banco de la República. Bogotá, 2004. Pág. 23.

CLAVIJO, Sergio. *Fallos y fallas de la Corte Constitucional*. Alfaomega, Cambio. Bogotá, 2001.

D'AGOSTINI, Franca. *Analíticos y continentales. Guía de la filosofía de los últimos treinta años*. 2ª edición. Cátedra. Madrid, 2009. Pág. 178-184.

DERRIDA, Jacques. *De la gramatología*. Siglo XXI. México, 2005.

DILTHEY, Wilhelm. *Dos escritos sobre hermenéutica: El surgimiento de la hermenéutica y los esbozos para una crítica de la razón histórica*. Ediciones Istmo. Madrid, 2000.

DWORKIN, Ronald. *El imperio de la justicia*. 2ª edición. Gedisa. Barcelona, 1992.

DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Editorial Ariel. Barcelona, 1995.

ECHEVERRI, Juan Carlos y otros. *La batalla política por el presupuesto de la Nación: inflexibilidades o supervivencia fiscal*. Documento CEDE 2004-01. Universidad de Los Andes. Bogotá, enero de 2004.

ELY, John Hart. *Democracia y desconfianza. Una teoría del control constitucional*. Magdalena Holguín (Trad.). Universidad de los Andes, Facultad de Derecho. Siglo del Hombre Editores. Bogotá, 1997.

FOUCAULT, Michel. *El orden del discurso*. Traducción de Alberto González Troyano. Tusquets Editores, Buenos Aires, 1992.

FOUCAULT, Michel. *La arqueología del saber*. 13ª edición. Siglo XXI editores. México D.F., 1978.

FOUCAULT, Michel. *La verdad y las formas jurídicas*. Traducción de Enrique Lynch. Gedisa. Madrid, 1983.

FOUCAULT, Michel. *Las palabras y las cosas*. Traducción de Elsa Cecilia Frost. Siglo XXI editores. México D.F., 1968.

FOUCAULT, Michel. *Vigilar y castigar*. Siglo XXI editores. México D.F., 1998.

GADAMER, Hans. *Verdad y Método: fundamentos de una hermenéutica filosófica*. Editorial Sígueme. Salamanca, 1984.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La constitución como norma y el tribunal constitucional*. 3ª edición. Civitas Ediciones. Madrid, 2001.

GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. Derechos sociales y necesidades políticas. La eficacia judicial de los derechos sociales en el constitucionalismo colombiano. En: *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*. Tomo I. Conciencias, Uniandes, Siglo del Hombre Editores, Universidad Nacional de Colombia. Bogotá, 2001. Pág. 455-483.

GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. *La eficacia simbólica del derecho*. Ediciones Uniandes. Bogotá, 1993.

GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. No sólo de mercado vive la democracia. El fenómeno del (in) cumplimiento del derecho y su relación con el derecho, la justicia y la democracia. En: *Revista de economía institucional*. Vol. 6 No. 10. Universidad Externado de Colombia. Primer semestre de 2004.

GARCÍA VILLEGAS, Mauricio, y RODRÍGUEZ, César. La acción de tutela. En: *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*. Tomo I. Conciencias, Uniandes, Siglo del Hombre Editores, Universidad Nacional de Colombia. Bogotá, 2001. Pág. 423-454.

GAVIRIA DÍAZ, Carlos. *Herejías constitucionales*. Fondo de Cultura Económica (Colombia). Bogotá, 2002.

GAVIRIA TRUJILLO, César. *El nuevo derecho*. En: *Quaestiones Iuridicae* No. 1 (Junio de 1993). Pontificia Universidad Javeriana. Pp. 7-11.

GIMÉNEZ, Gilberto. *Poder, Estado y discurso. Perspectivas sociológicas y semiológicas del discurso político-jurídico*. 2ª edición. UNAM. México D.F., 1983.

- GONZÁLEZ ACANDA, Jorge Luis. ¿Qué significa ser progresista en materia de pensamiento? En: *El Catoblepas. Revista crítica del presente*. No. 10. Octubre 2002. Pág. 5-10.
- HABERMAS, Jürgen. *Conciencia moral y acción comunicativa*. Península. Barcelona, 1991.
- HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Editorial Trotta. Madrid, 1998.
- HABERMAS, Jürgen. La crítica nihilista del conocimiento en Nietzsche. En: *Sobre Nietzsche y otros ensayos*. Tecnos. Madrid, 1982. Pág. 12.
- HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa*. Complementos y estudios previos. Ediciones Rei. México, 1993.
- HARRIS, Zellig. Discourse Analysis. En: *Language* 28. Oxford, 1952.
- HART, H.L.A. *El concepto de derecho*. 2ª edición (reimpresión). Traducción de Genaro Carrió. Abeledo – Perrot. Buenos Aires, 2004.
- HOFSTETTER, Marc. La política monetaria y la corte constitucional: el caso del salario mínimo. En: *Revista de Economía Institucional*. Volumen 8 No. 14. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2006. Pág. 105-124.
- JAKOBSON, Roman. *Nuevos ensayos de lingüística general*. Traducción de Ana María Gutiérrez Cabello. Editorial Ariel. Barcelona, 1984.
- KAUFMANN, Arthur. *Filosofía del Derecho*. Luis Villar Borda y Ana María Montoya (Trad.) 2ª Edición. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1999. Pág. 221-241.
- KENNEDY, Duncan. Forma y sustancia en la adjudicación del derecho privado. En: Mauricio García Villegas (Ed.) *Sociología jurídica*. Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2001. Pág. 163-187.
- KENNEDY, Duncan. *Libertad y restricción en la decisión judicial*. Siglo del hombre editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar, Ediciones Uniandes. Bogotá, 1999.
- LÓPEZ MEDINA, Diego. *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Legis. Bogotá, 2004.
- LÓPEZ MEDINA, Diego. *El derecho de los jueces*. 2ª edición. Legis. Bogotá, 2006.
- OCIEL CASTAÑO, Luis. El juez constitucional y el llamado nuevo derecho. En: *Criterio Jurídico* No. 7. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, 2007. Pág. 185-206.

- PEÑALVER GÓMEZ, Patricio. Deconstrucción: premisas metódicas y efectos políticos. En: *Nuevos métodos en ciencias humanas*. Anthropos. Barcelona, 2002.
- PERELMAN, Chaïm. *El imperio retórico. Retórica y argumentación*. Editorial Norma. Bogotá, 1997.
- POPPER, Karl. *La lógica de la investigación científica*. Tecnos. Madrid, 1999.
- PRIOR, Ángel. Hermenéutica y reconstrucción (La dimensión hermenéutica en la teoría crítica de Habermas). En: *Nuevos métodos en ciencias humanas*. Anthropos. Barcelona, 2002.
- QUINE, W.V.O. *Palabra y objeto*. Labor. Barcelona, 1968.
- RAWLS, John. *Liberalismo político*. Fondo de Cultura Económica. 1ª edición. Traducción de Sergio René Madero Báez. México D.F., 2002.
- RAWLS, John. *Teoría de la justicia*. 2ª edición en español. Traducción de María Dolores González. Fondo de Cultura Económica. México D.F., 1997.
- RECASENS SICHES, Luis. *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*. Editorial Porrúa. México, 1982.
- RENGIFO GARDEAZÁBAL, Mauricio. *Categorías, una interpretación de la filosofía analítica*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2004.
- RICOEUR, Paul. *Para una hermenéutica crítica*. En: *Hermenéutica y crítica*. Docencia. Buenos Aires: 1985.
- RODRÍGUEZ, César. *La decisión judicial: el debate Hart – Dworkin*. Siglo del Hombre editores. Universidad de los Andes. Santafé de Bogotá, 1997.
- RORTY, Richard. *El giro lingüístico*. Paidós. Barcelona, 1990.
- RUSSELL, Bertrand. *Principia Mathematica*. Paraninfo. Madrid, 1981.
- RYLE, Gilbert. *El concepto de lo mental*. Paidós. Barcelona, 2005.
- SAUSSURE, Ferdinand de. *Curso de lingüística general*. Alianza. Madrid, 1987.
- SEARLE, John. *Actos de habla*. Traducción de Luis Valdés Villanueva. Editorial Cátedra. Madrid, 1994.
- SEARLE, John. *La construcción de la realidad social*. Paidós. Barcelona, 1997.
- STRAWSON, Peter. *Introducción a la teoría lógica*. Nova. Buenos Aires, 1969.
- TAMAYO JARAMILLO, Javier. *No es lo mismo el nuevo derecho que el principalismo neoconstitucional*. Mimeo.

TORRES CORREDOR, Hernando, "La Corte constitucional entre la economía y el derecho" En: *Pensamiento Jurídico*, Revista de teoría del derecho y análisis jurídico, No. 15, 2002. Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. Bogotá.

UPRIMNY, Rodrigo. *El dilema de la interpretación constitucional*. Mimeo.

UPRIMNY, Rodrigo. *Entre deductivismo y activismo: hacia un intento de recapitulación de los grandes modelos teóricos de la interpretación jurídica*. Mimeo.

UPRIMNY, Rodrigo. "Justicia constitucional, derechos sociales y economía: un análisis teórico y una discusión de las sentencias de UPAC (Iy II)". En: *Pensamiento Jurídico*, Revista de teoría del derecho y análisis jurídico, Nos. 14 y 15. 2000, 2001. Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. Bogotá.

UPRIMNY, Rodrigo. "Legitimidad y conveniencia del control constitucional de la economía". En: *Precedente. Anuario jurídico*. Universidad ICESI. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Cali, 2001.

UPRIMNY, Rodrigo. Separación de poderes y forma de gobierno en Colombia: comentarios al documento de la misión Asesina. En: *Revista de Economía Institucional* No. 005. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2001. Pág. 146-167.

UPRIMNY, Rodrigo y RODRÍGUEZ, César. *Constitución y modelo económico en Colombia: hacia una discusión productiva entre economía y derecho*. Centro de Estudios de Derechos, Justicia y Sociedad. Documento de discusión No. 2. Bogotá, 2006.

UPRIMNY, Rodrigo y García Villegas, Mauricio. Corte constitucional y emancipación social en Colombia. En: *Emancipación social y violencia en Colombia*. Boaventura de Sousa Santos y Mauricio García Villegas (Editores). Grupo Editorial Norma. Bogotá, 2004. Pág. 463-509.

URIBE ACOSTA, Julio César. Del positivismo a un nuevo derecho. En: *De liberación*. La revista de derecho. Fundación Universitaria San Martín. Facultad de Derecho. Bogotá, 2007.

VARIOS. *Ideas y valores. Revista colombiana de filosofía*. Número 115. Abril 2001. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá.

VARIOS. *Jurisprudencia constitucional sobre el derecho al mínimo vital*. Universidad de los Andes. Facultad de Derecho. Centro de Investigaciones Sociojurídicas – CIJUS. Estudios ocasionales. Directores: Rodolfo Arango y Julieta Lemaitre. Bogotá, 2002. pág. 23-74; 113-121.

VELILLA, Marco. Reflexiones sobre la constitución económica colombiana. En: *Constitución económica colombiana*. El navegante editores. Santafé de Bogotá, 1996. Pp. 85-121.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigaciones filosóficas*. Crítica. Barcelona, 1988.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus logico-philosophicus*. Alianza. Madrid, 1973.

SENTENCIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

T-002/92. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

T-006/92. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

T-406/92. M.P. Ciro Angarita Barón.

T-426/92. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

C-543/92. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

C-104/93. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

T-494/93. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

C-179/94. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

T-079/95. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

C-083/95. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

T-123/95. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

SU-111/97. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

T-321/98. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

SU-047/99. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

C-122/99. M.P. Fabio Morón Díaz.

C-136/99. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

C-383/99. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

C-700/99. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

C-747/99. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

C-815/99. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

SU-995/99. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

C-1433/00. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

C-836/01. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

C-1064/01. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y Jaime Córdoba Triviño.

C-1017/03. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y Rodrigo Escobar Gil.