

DERECHO Y POLÍTICA EN LA ADJUDICACIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES

José Julio León, Universidad Diego Portales.

“En todos los campos de la experiencia, no sólo en el de las reglas, hay un límite, *inherent en la naturaleza del lenguaje*, a la orientación que el lenguaje general puede proporcionar” Hart (2004).

“It's almost all theory and memorization. *People think there are all these options, but there's usually one right move*”. Bobby Fischer (*Pawn Sacrifice*, 2014).

Introducción

La relación entre derecho y política suele asociarse a la cuestión acerca de si los jueces toman decisiones políticas y si es conveniente que lo hagan. Un enfoque para estudiar este fenómeno es, por tanto, empírico y desde este punto de vista no hay dos opiniones: se trata, ciertamente, de una tendencia bastante generalizada (Guarnieri y Pederzoli: 1999; Epp: 2013; en Chile, Couso 2004).

En ese contexto, se habla de “activismo judicial”, cuando la jurisprudencia de los tribunales por vía de interpretación de la Constitución crea nuevos derechos fundamentales o expande el sentido de los contenidos en ella (Epp 2013) o va más allá de la mera aplicación del Derecho existente, invadiendo la esfera de la formulación de políticas públicas. Esto es especialmente problemático en materia de derechos sociales. La menor “legitimidad democrática” de los jueces frente al poder legislativo, opera como límite al “activismo judicial” en cuanto deriva en la doctrina de la “deferencia”¹. Otro límite viene dado por el procedimiento y el método jurídico: los tribunales no poseen iniciativa, las peticiones y alegaciones de las partes delimitan su competencia y sus decisiones deben justificarse (en pautas pre-establecidas). Así, los jueces suelen ser “reactivos” a lo actuado por las ramas políticas, para evitar que se produzca una “politización de la justicia”, mediante la intervención de los otros poderes en el nombramiento y función de los jueces, con su consiguiente pérdida de independencia (Couso, 2004).

Este fenómeno empalma con el auge del constitucionalismo y la consiguiente ampliación de las funciones jurisdiccionales, en especial la que cumplen los tribunales constitucionales, en el contexto del tránsito del Estado liberal de Derecho al Estado Social, cuyo efecto es la importancia decisiva del discurso relativo a los derechos fundamentales en la

¹ Desde el punto de vista explicativo, los jueces recurren a esa doctrina para mantener y consolidar la legitimidad del poder que ejercen; desde el punto de vista argumentativo, los jueces están aplicando una razón institucional (Summers, 1978: 722-24)

argumentación jurídica y la jurisprudencia. En especial, esto significa que el sistema de derechos ya no puede fundamentarse en una sociedad centrada en la economía, que se reproduce espontáneamente a través de decisiones individuales autónomas; sino que se garantiza mediante operaciones del Estado que controla en términos reflexivos, que previene riesgos, que regula, posibilita y compensa (Habermas; 2005: 312, 320). En otras palabras, los derechos ya no son ni pueden ser definidos en términos negativos, como defensa frente a intervenciones indebidas del poder; sino que son y deben ser entendidos como principios que fundan pretensiones a contar con garantías positivas y que cumplen, también, una función redistributiva (de justicia social)².

Las críticas a esta visión de los derechos y del Estado Social (de bienestar) provienen, obviamente, desde la derecha, porque establecerían restricciones injustificadas a la autonomía individual, fomentarían una cultura de la dependencia y serían ineficientes económicamente; pero también desde la izquierda, en cuanto induce en los ciudadanos una actitud no participativa, sino clientelística hacia el Estado y traduce sus demandas en derechos, acentuando la juridificación –y despolitización– de la vida, o sea, la “colonización de la política por el Derecho” (Peña 2008: 86). Todos los críticos ven con preocupación la creciente influencia política de los jueces, que pasan a ser “árbitros finales” en la satisfacción de necesidades y, en especial, de los tribunales constitucionales, que pasan a ser “árbitros” definitivos de lo que dice la Constitución; en desmedro del órgano representativo y “democrático”, el Congreso (Cfr. Habermas, 2005; Waldrom, 2005; Gargarella, 2012)³. En otras palabras, lo que molesta a los críticos, básicamente, es que los jueces puedan decidir sobre cuestiones políticas cuya resolución debería corresponder al órgano democrático (mayoritario) que es el Congreso.

Si cierto punto de vista considera que la tendencia hacia una mayor judicialización de la política es inevitable, aunque no deseable (Couso); Atria, desde su positivismo normativo, busca un punto arquimédico para tratar de revertirla, pues sostiene que cualquier caso de aplicación judicial de la Constitución para dirimir el conflicto político, exige al juez complementar el contenido del texto fundamental con su propia concepción de los derechos fundamentales⁴. De otro lado, el positivismo hartiano sostiene que es inevitable que los jueces actúen a veces como legisladores y que deben hacerlo, pero reduce su rol a operar en los “intersticios” de las leyes aprobadas por el congreso. Dworkin (2012, 27) propone, en fin, que “el vocabulario que se utiliza en el debate sobre política judicial es muy rudimentario” y que las (tres) perspectivas anteriores están equivocadas.

² Ello se vincula con la idea de Marshall (2007) de la “ciudadanía” como condición de miembro igual de una comunidad política fundada en la titularidad de derechos, primero civiles (en el Siglo XVIII), luego políticos (S. XIX) y finalmente sociales (a partir del S. XX).

³ La crítica, ante lo inevitable del fenómeno, a veces se centra en privilegiar fórmulas de interpretación legal, como el “textualismo” y el “originalismo”, entendida como acción orientada al pasado; contra la “interpretación libre” o “consecuencialista” (orientada hacia el futuro). Otra vía es la “procedimental”; i.e., que la corte constitucional debe limitarse a garantizar el “proceso” democrático (Ely, 1997). Gargarella (2012), se inclina por un control enfocado a asegurar las condiciones del debate democrático y una esfera de autonomía de las personas respecto de propio plan de vida.

⁴ Dice Atria, (2005: 29): “El juez puede seguir llamándose juez, pero ahora es un aliado de una de las partes. Es un activista (liberal, conservador o socialista, etc.) disfrazado de juez”.

La expansión de la esfera de los derechos y los efectos políticos de ciertas decisiones judiciales no son, sin embargo, las únicas “esferas” en que se verifica la conexión entre Derecho y Política. Son las propias características del derecho contemporáneo las que impiden que continuemos operando bajo el paradigma de la “ciencia pura” del Derecho; más aún, la “textura abierta” del lenguaje con que opera el Derecho y, en especial, el de la Constitución, hace que dicho intento tuviera, desde su concepción, dudosas posibilidades de éxito (es decir, de llegar a hacerse “hegemónico”).

En efecto, el problema de autores como Hart y Kelsen es que no teorizaron sobre lo que “en realidad” hacen (cómo razonan) los jueces y los demás operadores jurídicos en la zona de penumbra. Si se observa la práctica del Derecho, parece evidente que la tarea del jurista o del juez no sólo se limita a identificar y aplicar una “norma” como jurídica porque ha sido producida de una cierta forma –porque deriva de una “fuente” reconocida por la práctica– sino que implica además determinar, precisar o reformular el contenido de esa disposición, su sentido justificado en el contexto de un sistema normativo que se supone coherente y con miras a resolver un cierto problema social. Hart (2004) dice que en algunos casos la solución está en las reglas (sin una “nueva valoración”) y en otros no (y entonces el juez es llamado a crearla). Pero, como sabemos, en ocasiones los jueces dejan de aplicar reglas aunque su significado sea claro y a pesar de que el caso se subsuma en los supuestos de hecho de la misma. Hart (2004: 160) fue consciente de esto y por ello dio “otra vuelta de tuerca” a su tesis sobre la “textura abierta” de las reglas, señalando que esa característica se apoya en una razón de conveniencia: dado que “somos hombres y no dioses”, estamos limitados por “nuestra relativa ignorancia de los hechos” (futuros) y “nuestra relativa indeterminación de propósitos”. En nuestro mundo, no todo puede estar resuelto de antemano. Ahora bien, compartiendo este último punto con Hart (y, dicho sea de paso, con Aristóteles), es claro que decidir qué está resuelto de antemano y cuándo se requiere de una “nueva evaluación” es ciertamente una cuestión “política”, por lo que no es la mejor solución dejarla –sin decir más– a la discreción de los jueces.

De esta forma, dados los defectos del sustrato material por medio de los cuales se expresa el Derecho (sea debido a descuidos del legislador o por las “fallas de fábrica” que todo lenguaje supone) y teniendo a la vista las tendencias a favor de la constitucionalización y la expansión del sistema de derechos fundamentales, se torna relevante determinar cómo deciden los tribunales cuando aplican principios iusfundamentales y mediante qué mecanismos tales decisiones –sin perjuicio de su carácter político y contenido moral– pueden continuar reclamando el estatus de discurso jurídico⁵.

Permítaseme ilustrar este punto con un ejemplo. La redacción vigente del Código del Trabajo chileno establece una oportunidad específica para el ejercicio del derecho a huelga: la negociación colectiva. En virtud de dicha redacción, la jurisprudencia y la doctrina chilena mayoritaria habían sostenido hasta ahora que la huelga es un “derecho reglado”, i.e., que sólo puede ser ejercido por los trabajadores en la oportunidad y forma que prescribe la ley; sin embargo, las disposiciones vigentes no excluyen expresamente la posibilidad de que éste sea ejercido en otros contextos. Pues bien, en un fallo reciente, la

⁵ Cuestión que se emparenta con la predictibilidad de la práctica judicial, el discurso de las fuentes y la “ideología del método”, componentes destacados de la teoría de Alf Ross (2006).

Corte Suprema chilena ha declarado que el ejercicio de la huelga (en tanto derecho fundamental) no está limitado a la negociación colectiva y puede realizarse en cualquier momento. De esta forma, por medio de un razonamiento (que modifica la opinión sostenida hasta ahora de forma prácticamente unánime, por lo que rápidamente ha sido calificado como un ejemplo de “activismo”), la práctica judicial ha expandido este derecho (un derecho implícito en la Constitución), o ha reconocido un alcance del mismo que estaba “latente” en nuestro Derecho.

El estudio de los derechos fundamentales necesita ser abordado desde una perspectiva teórica (¿qué son los derechos fundamentales?, ¿cómo se aseguran?, ¿qué diferencias, si las hay, existen entre derechos sociales y otros tipos de derechos?) y dogmática (¿qué derechos asegura nuestro ordenamiento constitucional?, ¿qué consecuencias se siguen de ese reconocimiento?). El estudio de los derechos fundamentales es, en parte, dependiente del contexto. Su contenido de significado está condicionado por la práctica constitucional vigente, aunque el texto siempre “se abre” a nuevos desarrollos de interpretación de acuerdo con las circunstancias del entorno. Resulta útil, entonces, incorporar el análisis histórico para desentrañar los significados que han predominado en distintos “momentos” constitucionales en que el pueblo ejercita su “soberanía popular” (Ackerman 1999: 150); identificar los elementos que entran en tensión cuando se pasa de un ciclo a otro; revisar luego si existe alguna tendencia (“evolución”) en el uso del respectivo concepto y, en fin, relacionar el debate político y sus circunstancias con la configuración del discurso jurídico constitucional. En definitiva, se trata de vincular el estudio de las fuentes “formales” con las fuentes “materiales” del Derecho⁶.

El método histórico que se sugiere es, como se observa, distinto al “originalismo” (la búsqueda y el apego a la voluntad de los redactores del texto); más aún, se opone a él. Es constructivista, en cuanto favorece una interpretación “progresiva” que toma en cuenta el significado objetivo de los términos empleados en la Constitución al momento de su aplicación (Nino, 1997: 32)⁷. El jurista interesado en la relación entre Derecho y Sociedad, así como todo aquel que quiera participar en el proceso de asignar significado a los valores constitucionales debe intentar, como sugiere Fiss (2007: 36) “imitar el proceso judicial”; esto es, dar sentido a los valores constitucionales, mediante la interpretación del texto, la historia y los ideales sociales. Nuestro derecho constitucional, no cabe duda, está “históricamente condicionado y políticamente configurado” (Post y Siegel, 2013: 33, 56). El gran reto para el Derecho Constitucional es, como dice Ackerman (2011: 22), desarrollar categorías históricamente sensibles para comprender las mutaciones de la Constitución.

El Derecho, ciertamente, moldea las instituciones y prácticas sociales; pero también ocurre que los factores sociales y políticos producen cambios en el Derecho, a veces al margen de la adecuación formal de los textos normativos. Los movimientos ciudadanos y el cambio

⁶ Entendemos por fuentes “materiales” los factores extrajurídicos (sociales, políticos, económicos y culturales) que explican el surgimiento y el contenido de las normas jurídicas; en tanto que serían “formales” los factores jurídicos (internos) de los que depende la existencia y el contenido de las normas jurídicas.

⁷ También es progresista en cuanto procura construir un “argumento de la superación” (en el sentido de Perelman (1989: 443) aplicado a los derechos fundamentales.

social también influyen en el discurso jurídico y eso ha sido especialmente patente en el último tiempo, en Chile, desde el inicio de los movimientos estudiantiles en 2011⁸.

Este método debe, asimismo, asignar la importancia que se merece a la argumentación legislativa, la que, como observa Atienza (2013: 712-3) ha quedado, en general, fuera del campo de estudio de la teoría del derecho e, incluso, de la teoría de la argumentación jurídica. Entender que la política y el resultado legislativo es en buena medida un “compromiso”, una negociación entre partes ideológicamente enfrentadas y que busca una adaptación constante de las reglas a las necesidades y el contexto social, es clave a la hora de asignar (proponer) un contenido de significado a los textos que contienen tales reglas.

Desde este punto de vista, el discurso jurídico es concebido como un lenguaje que expresa una específica forma de racionalidad que articula y “ordena” el discurso, los intereses y las expectativas de los diferentes actores sociales. El Derecho es producto de las autoridades (es decir de la política), pero también es un discurso que configura el espacio de lo público y, por ende, condiciona a la política. Lo que nos interesa es analizar esa relación en dos sentidos: cómo el derecho –en cuanto lenguaje técnico- condiciona (limita) el discurso político y cómo puede servir, en determinados momentos que denominamos por este motivo “constitucionales”, también para estimularlo y expandirlo.

2. Derechos Sociales

En la esfera pública chilena se ha instalado la idea de garantizar los derechos sociales. En el discurso político y también en sectores de la academia se sostiene que bienes como la educación y la salud –que la constitución define como derechos- no pueden transarse libremente en el mercado, en términos que sólo estén disponible para los que pueden pagar. Un derecho, se sostiene, es algo a lo que se accede por la mera condición de “ciudadano” (miembro de la comunidad política), en relación asimétrica con el Estado y sin que medie una “negociación” entre las dos partes (Atria, 2007). La idea de derecho social debe entenderse como crítica a “la idea individualista de derechos”, ya que aquella se funda en las nociones de cooperación y deberes recíprocos, a las que el derecho liberal es indiferente. Es por ello que, según Atria, se equivocan los defensores de los derechos sociales “que alegan estentóreamente que no hay diferencias entre derechos sociales y derechos individuales” (Atria, 2014: 45, 47). Los derechos sociales no deben ser entendidos como “derechos a un mínimo” (una protección contra la pobreza) sino que deben dar lugar a servicios públicos universales. En tal sentido, esta concepción del derecho social se basa en el “principio de universalidad (como criterio de distribución)” y se opone al principio de subsidiariedad (o de “focalización” de las políticas sociales).

⁸ Un caso paradigmático es el cambio en la jurisprudencia en materia de “tomas” de establecimientos estudiantiles. Las Cortes acogieron diversos recursos de protección de estudiantes expulsados de sus establecimientos por haber participado en tomas o movilizaciones; así, las Sentencias de Corte de Apelaciones (SCA) de San Miguel, Rol N° 187-2011 y Rol N° 219/2011; la SCA de Punta Arenas, Rol N° 59-2011 y la SCA de Valparaíso, Rol N° 508-2011. Esta serie de fallos cambió la doctrina dominante hasta antes de las movilizaciones estudiantiles, que daba primacía a la reglamentación interna del establecimiento y al principio de libertad de enseñanza, sin que operara un cambio en el nivel de las disposiciones constitucionales o legales.

El punto es si la teoría que pretende justificar nuestras prácticas políticas (o su reforma) puede fundarse en conceptos *a priori* o si debe ser *sensible* al debate público y tratar de conciliar el desacuerdo. “[L]a imposición de cualquier ideal moral de educación, sea liberal o conservador, sin el consentimiento de los ciudadanos, subvierte la democracia”, dice Guttman (2001: 29). La cuestión, a nivel abstracto, se puede reducir a dos grandes modelos: El “Estado pasivo o mínimo” (compatible con un sistema educativo o de salud controlado por el mercado), y el “Estado activo o interventor” (que pone énfasis en la coordinación política de las políticas sociales). En la práctica, en cambio, no hay sistemas que respondan a un modelo “puro”; todos se ubican en algún punto entre los extremos del sistema de mercado y el Estado “benefactor”, con diferencias de grado en función del *nomos* que caracteriza a cada comunidad⁹.

Mientras la concepción liberal –que ve en los derechos sociales meras declaraciones programáticas- se vale de la teoría positivista de los derechos, la concepción igualitarista o “progresista” –a la que adscribo- es propia del constitucionalismo como teoría del Derecho y como método; los fenómenos que caracterizan el Derecho contemporáneo requieren, según este enfoque, nuevas formas de interpretar las normas jurídicas (y de argumentar con ellas). Así, Ferrajoli (2010) concibe el Derecho como un sistema de garantías para los derechos fundamentales reconocidos positivamente. El derecho surge con la norma que lo consagra, en tanto que las garantías pueden estar en el plano del “deber ser” positivo. Si faltan las garantías, el legislador tiene el deber jurídico -de coherencia- de dictar normas e instrumentos para la satisfacción del derecho. El juez debe sujetarse a la ley si es válida (cuando su significado resulta coherente con las normas constitucionales), reinterpretar las leyes conforme a la Constitución o denunciar la inconstitucionalidad. La ciencia jurídica debe jugar también un rol proyectivo e innovador, proponiendo correcciones a las técnicas garantistas, o sugiriendo nuevas garantías. Los derechos fundamentales son universales e indisponibles: se sustraen, a la vez, del mercado y de la decisión política. Son lo que “no debe decidirse” o lo que “debe ser decidido” por la mayoría, generando para el Estado tanto vínculos negativos (derechos de libertad) como vínculos positivos (derechos sociales que no deben quedar sin satisfacción).

La tesis central de la concepción progresista es que, si los derechos sociales son verdaderos derechos, el Estado no podría justificar su incumplimiento de obligaciones fundamentales amparándose en la falta de recursos. Por cierto, habrá que distinguir entre obligaciones *ex lege*, explícitas en el texto constitucional (como la de establecer un sistema universal, gratuito y obligatorio de enseñanza básica y media); y obligaciones genéricas (como la de “fomentar” la educación superior), que requerirían nuevas técnicas de garantía y justiciabilidad (sean prestaciones gratuitas, protección jurisdiccional, “cuotas” para alumnos vulnerables, mínimos de presupuesto, etc.). Para esta concepción los derechos sociales son “derechos en serio”, que reclaman la intervención legislativa (para su “optimización”) y tienen toda la fuerza normativa que el constitucionalismo reconoce a los “principios”. Sus argumentos son, básicamente, la analogía con los derechos civiles y políticos; la refutación del supuesto carácter indeterminado o no formalizable de la prestación y la posibilidad efectiva de exigir judicialmente algunas de las obligaciones que

⁹ Para la idea de “*nomos*” como “mundo de significado” que expresa una “identidad nacional” que puede ser, sin embargo, polémico en su comprensión, Cfr. Post y Siegel (2013: 33).

consultan (Abramovich y Courtis 2004: 19-64)¹⁰. Ciertamente es que la *justiciabilidad* de los derechos sociales requiere identificar ciertas obligaciones “mínimas” de los Estados, lo que puede ser un déficit del derecho constitucional; pero –como dice Ferrajoli– la insuficiencia de acciones idóneas señala simplemente una laguna susceptible de ser superada.

Se suele criticar a la posición igualitarista (o “progresista”) por abrirse en exceso al activismo judicial y porque, atendida la índole de los reclamos, el éxito de algunas acciones individuales podría producir un resultado inequitativo, al mantenerse el incumplimiento general. Ahora bien, el nuevo constitucionalismo no sólo expande la aplicación judicial de los derechos sociales, sino que la intervención de los jueces incluso puede enriquecer los procesos de deliberación pública (Cfr. Gargarella, 2006). Así, cuando la violación del derecho afecte a un grupo amplio de personas en situaciones análogas, una serie de decisiones judiciales, si no alcanzan el estándar interpretativo de “integridad” para modificar el Derecho válido por vía jurisprudencial, servirán al menos como señal de alerta hacia los poderes políticos e influirán en un cambio de la política pública (como ha ocurrido en nuestro país frente a las alzas unilaterales de los precios de los planes de seguro de salud de las Instituciones privadas de salud previsual¹¹).

Atria (2005) es uno de los que critica la concepción igualitarista en cuanto favorece el activismo judicial, ya que se opone a la idea de sujetar la política al derecho. En el Derecho, sostiene, los conflictos son resueltos por un juez que aplica a las partes sus propias reglas, que son comunes y públicas. La decisión refleja las reglas, no el desacuerdo; para ello el juez maneja un canon de argumentación jurídica distinto de resolver “en justicia”. En el conflicto político, en cambio, las reglas comunes –los derechos fundamentales– son constituyentes (un acuerdo político básico) y no expresan concepciones sino conceptos (son enunciados muy abstractos para evitar que puedan ser controvertidos). El conflicto se da entre concepciones de los derechos y, por tanto, el estándar no sirve para dirimir conflicto, sino que reproduce el conflicto político (el juez que aplica la Constitución, según Atria, es siempre “activista”). En estos casos, el razonamiento jurídico no se distingue del político.

Las soluciones a la objeción democrática, para Atria, son insuficientes, sea la del tribunal constitucional como legislador negativo; la de reducir los derechos económicos y sociales o excluirlos del catálogo o la de reconocer al legislador un margen de acción (Alexy, 2007a). La solución para Atria es que la política es contingencia y el Derecho la supresión (autoritativa) de la contingencia; por eso no se deben mezclar, so riesgo de perder ambos: “el derecho porque se hace contingente, vulgarizándose; la política porque se hace no-contingente, en el sentido que se transforma en una actividad puramente gerencial, reducida a simple racionalidad de medios, pues los fines a los que esa actividad se orienta ya están determinados por la constitución y sus intérpretes autorizados” (2005: 37).

¹⁰ En nuestro medio, Bustos (2014) defiende las mismas dos tesis básicas, esto es, que no hay diferencia de estatus jurídico entre derechos sociales y derechos liberales, y que los primeros pueden ser exigidos ante los órganos jurisdiccionales de manera directa e indirecta.

¹¹ Coddou (2011), a propósito de la STC sobre “Isapres” –que declaró inconstitucionales las alzas unilaterales fundadas en razones de edad o de género– advierte que el recurso de inaplicabilidad se ha transformado en un “cuasi-amparo” de derechos fundamentales y justifica el rol innovador de las Cortes ante la ineficacia legislativa.

El problema de esta argumentación es que, conforme a ella, la Constitución no es Derecho, sino pura política y a su respecto no aplicaría el razonamiento jurídico. Desconoce que la teoría de la argumentación jurídica sostiene que ella es parte del razonamiento práctico, pero con argumentos especiales y límites institucionales (Alexy, 2007b; MacCormick, 1995). No considera tesis como la de la democracia “dualista” (Ackerman, 1999) o las variantes del “constitucionalismo democrático” (v.gr., Post y Siegel: 2013). El problema de adjudicación que describe Atria, por fin, no ocurre sólo en los grandes “casos constitucionales”; también hay “casos difíciles” de moral política, en la aplicación del Derecho de contratos y de responsabilidad, o en los casos de derechos de los consumidores en materia educacional¹².

3. La conexión “necesaria” entre Derecho y Política (y la autonomía relativa del discurso jurídico).

Son múltiples las relaciones entre Derecho y Política. La más obvia, propia de la época moderna, es la vinculación y cuasi-identificación entre Derecho y Estado. El Estado es una forma de organizar el poder y el Derecho es visto tradicionalmente como el conjunto de normas producidas por sujetos investidos de un poder institucionalizado. Históricamente, el positivismo intentó trazar una línea divisoria entre el Derecho y la Política¹³ y, para ello, buscó estatalizar la creación del Derecho y “juridificar” el ejercicio del poder estatal. Estado y Derecho se implicaban mutuamente y ambos fueron definidos con base en la idea de “monopolio de la violencia” (Bobbio 1996: 127); es decir, el término común a ambos es la coacción. Kelsen dio un paso más, identificándolos en el marco del moderno Estado de Derecho. El derecho es un orden coactivo estructurado jerárquicamente y el contenido mismo de las normas pertenecientes a ese orden consiste en regular e institucionalizar el uso de la violencia, configurando el monopolio del poder coactivo por parte del Estado¹⁴.

El positivismo, en cuanto libró una lucha contra la “doctrina del derecho natural” (la ideología religiosa) y las propiedades características del Derecho del “antiguo Régimen”,

¹² El art. 16 de la Ley de Protección de Derechos del Consumidor (Nº19.496) establece normas de *equidad* para corregir los efectos de las cláusulas que vulneran la *buena fe* y que, atendiendo a parámetros objetivos, causen en perjuicio del consumidor, un desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes (de un contrato de adhesión). Esta disposición se aplica, entre otros, a contratos educacionales y la jurisprudencia ha resuelto, por ejemplo, que: Es nula la cláusula del contrato de educación que permite el cobro y la retención completa de los aranceles en caso de retiro o desistimiento del estudiante antes de iniciarse la prestación de los servicios educacionales (SCA de Santiago, Rol Nº2.335-2008); es abusiva la cláusula que permite el cambio unilateral de las condiciones en que se ofrece el servicio por “razones académicas” que no se especifican (SCA de Santiago, Rol Nº10.802-2009). Cfr. León (2014).

¹³ El objeto de la ciencia del Derecho es –según Austin (1981: 23)- el “Derecho positivo”, establecido en una comunidad política independiente “por voluntad expresa o tácita de su soberano o gobierno supremo”. En tal sentido, se distingue de la “ciencia de la legislación”, que se ocupa de “lo que *se debe hacer* para producir buenas leyes” (Ibid., 35). Es decir, una cosa es el derecho que “es” y otra el cómo “debe ser”.

¹⁴ Para Kelsen (2004: 19) la “Teoría pura del derecho” es una teoría del derecho positivo, en general, que intenta constituir “una ciencia que tenga por único objeto al derecho e ignore todo lo que no responda estrictamente a su definición”. El fundamento de validez de una norma es que su dictación se encuentre autorizado por una norma superior y, así, recursivamente, hasta llegar a la norma fundante básica (Ibid., 31-34). Consecuentemente, “cualquier contenido” puede ser Derecho.

cumplió su cometido. Ganó sus batallas y merece un reconocimiento, pero nuevos fenómenos, que deben ser descritos y guiados por la teoría, exigen revisar sus postulados y adoptar unos nuevos. Tal como la revolución francesa estableció un nuevo lenguaje y una nueva forma de entender el Derecho y el orden político (García de Enterría, 1995); ahora se requieren nuevos conceptos y nuevas categorías para entender el Derecho contemporáneo. En especial, la teoría debe dar cuenta adecuadamente del fenómeno del “constitucionalismo” y del “desafío” de Dworkin al positivismo (Hart 1980), esto es, explicar y justificar el rol que juegan los principios (en particular los derechos fundamentales) en el Derecho y el razonamiento jurídico¹⁵.

Nuestro predicamento es, siguiendo a Nino (2014: 15), que debemos volver a considerar el Derecho como un “fenómeno esencialmente político”, reconociendo que guarda importantes conexiones con la Moral y la Política. El Derecho de nuestros tiempos –en especial el constitucional- requiere “una lectura moral” (Dworkin 1996) que es a la vez política; por ello, una de las tesis centrales del positivismo, debe ser “superada”¹⁶.

3.1. La conexión “conceptual” entre el Derecho y la Moral (política)

Para introducir el estudio del positivismo, suele citarse un trabajo de Bobbio (1965: 39 ss.) en que distingue tres sentidos independientes de esa teoría: Como ideología sostiene la obligación moral de obedecer las leyes válidas, independientemente de su contenido. Es el sometimiento a la razón “artificial” del gobierno (Hobbes) y a la voluntad general expresada en la ley (Rousseau). Como teoría general del Derecho, reduce el Derecho válido al Derecho estatal, donde la fuente principal es la ley. Lo que caracteriza al Derecho no es la materia sino la “forma”, los procedimientos empleados para regular el comportamiento humano y sancionar la infracción. Como “modo de acercarse al estudio del Derecho” considera el Derecho tal como es y no como debe ser. El Derecho es visto como hecho histórico y para identificar el Derecho válido se prescinde de criterios valorativos. Atria (2004: 128-131) argumenta que esos sentidos no son independientes sino que de algún modo se presuponen: El objetivo (ideológico) de afirmar la artificialidad y autonomía del Derecho, implica una teoría del Derecho con la ley como su forma paradigmática (en cuanto “manifestación de la voluntad soberana”) y una comprensión del Derecho en clave estatista, porque el Estado es el agente de la soberanía¹⁷.

Desde que la Asamblea Nacional francesa –que se reúne “por la voluntad del pueblo”- asume el “poder constituyente”, el más alto poder imaginable, no sujeto a límites y capaz de configurar un nuevo orden político y social, se produjo una ruptura, un vuelco total:

¹⁵ Asimismo, aunque no será abordado en este trabajo, debería dar cuenta de la relación entre los conceptos de Estado y Derecho, dado que ya no se sigue la tesis de la “identidad total”, en cuanto no todo el Derecho es creación estatal y no todo el poder estatal está regulado por el Derecho.

¹⁶ En un sentido –si cabe- hegeliano, pues no se trata de abandonar los postulados centrales del positivismo sino de intentar una nueva síntesis; una especie de “transición dialéctica” –como explica Cohen (2001: 95)- que “transforma y completa, eleva a una forma superior”.

¹⁷ Atria –siguiendo a Bentham- las emprende contra “Judge & Co” y señala que si el Derecho legislativo sólo puede ser entendido a través de las categorías y conceptos de la “razón artificial” del Derecho, el discurso legal mantiene un déficit democrático y le concede a jueces, juristas y abogados una influencia desmedida en la reforma legal (Ibid., 109-110).

“Toda la representación del mundo social y colectivo cambió súbitamente” y apareció la imagen de una sociedad ideal, fundada en la libertad e igualdad de los ciudadanos, fluida y abierta (García de Enterría, 1995: 19-20, 26-7). El artículo 6º de la Declaración de 1789 dice que “la ley es la expresión de la voluntad general” y la ley, en tanto producto de la voluntad del pueblo soberano es el fundamento de toda autoridad. Es la ley general e igualitaria la que determina el contenido de derechos y deberes, garantiza la libertad y proporciona certeza y seguridad jurídica. La codificación es la técnica para establecer sistemas de reglas abstractas ordenadas racionalmente; al amparo de la legalidad se organiza y expande una nueva Administración que atiende las necesidades públicas según los fines, funciones y procedimientos que fija la ley; los jueces aplican la ley al caso concreto.

Es el escenario perfecto para lo que Weber (2014) denominó “dominación legal con Administración burocrática”. Su complemento es la doctrina de Montesquieu en cuanto que el poder de juzgar -“tan terrible para los hombres”- debe hacerse “invisible y nulo”; de manera que las sentencias “deben corresponder siempre al texto expreso de la ley”¹⁸. Es, supuestamente, la sumisión total del Derecho a la política; las normas jurídicas son siempre el resultado de actos de autoridades, cuya fuente de legitimidad es la voluntad popular. Quienquiera que se niegue a obedecer dicha voluntad general debe ser obligado a ello; lo cual no significa sino “que se le obligará a ser libre” (Rousseau, 1995: 51-52).

Se desarrolló así una extendida tradición, tanto en la academia jurídica como en las ciencias sociales, en orden a separar el Derecho de la política (baste mencionar a Kelsen y Weber, como dos de sus principales exponentes). Se argumenta que pertenecen a dominios distintos, del conocimiento y de la acción, donde una disciplina se relaciona con lo que “debe ser” (en ese sentido es normativa) y la otra con los hechos (es descriptiva). Por ello, el estudio acerca del Derecho se realiza también con métodos y objetos distintos: La teoría “pura” se ocupa de las normas desde un punto de vista formal; las ciencias sociales se ocupan del contenido efectivo de las normas en una sociedad determinada y de los procesos que explican su surgimiento (sus fuentes “materiales”). De otro lado, la filosofía moral o la política jurídica se ocupan de la justicia de las normas desde una cierta “teoría sustantiva”. Esta tradición se forja bajo el paradigma de la ciencia “neutra”, a-valorativa, distinguiendo las esferas de la eficacia empírica y la validez normativa (Cfr. Bobbio, 1996: 118).

Ahora bien, como observa Nino (2014: 16-17), los jueces y juristas desarrollaron mecanismos institucionales y concepciones teóricas para “aislar” el Derecho de la política; entre los que se cuentan el *common law* de los países anglosajones, el *judicial review* y la *dogmática jurídica*. Todos esos mecanismos, desarrollados por la “razón profesional” han servido para restar poder a los órganos políticos (legislativo y administrativo) y aumentar el poder de los jueces, como administradores de un “derecho no politizado” - y, a través de ellos, para los intelectuales académicos- (ibid. 18). El positivismo, ante el hecho ineludible

¹⁸ Montesquieu 1984, 145. Correa (2004, 12-13), intenta rescatar este punto de vista, señalando que, entre otros factores, la ciencia del derecho contribuye a vincular el poder de juzgar y la ley democrática: al proveer al legislador representativo de la voluntad popular de conceptos técnicos para expresar las leyes, y al atribuir un sentido al texto legal recurriendo a ese mismo marco de referencia conceptual. La vinculación del juez a la ley democrática, debe ser mediada por “tradiciones argumentativas relativamente autónomas”.

de la existencia de lagunas, problemas interpretativos y antinomias en el Derecho legal, complementó el legado “legalista” con “la tesis de la discreción”. Cada vez que una norma constitucional haga depender la validez de una ley de razones morales el juez será libre de decidir como quiera y las razones sustantivas que esgrima no formarán parte del Derecho. Así, el positivista pretende ser consistente con la tesis de las “fuentes sociales”: la autoridad del juez es el fundamento desnudo de la decisión (*auctoritas, non veritas facit legem*).

Este “resquicio teórico” está ahora bajo “fuego cruzado”; no sólo recibe ataques de los no positivistas, como Alexy o Dworkin, sino también desde las propias filas del positivismo. Moreso (2009: 186), por ejemplo, reformula o califica la discreción judicial con “*la tesis de los límites del derecho*”: En algunos casos -no siempre- en que el Derecho apela a la moralidad, determina de esta manera la calificación normativa de las acciones y no concede a los jueces discreción. Atria (2004: 92-93), por su parte, reconoce la implausibilidad de la tesis de la discreción; ella “arroja” al positivista a una conclusión escéptica, que es propia de una tradición opuesta a los postulados del positivismo.

Así, en lo que toca a la interpretación y argumentación jurídica tenemos, pues, dos extremos: por un lado, el formalismo jurídico, que concibe el Derecho como un sistema pleno y coherente, conduciéndonos al “deductivismo”, donde la conclusión del juez no aporta nada a las premisas (la argumentación –como observa Aguiló- allí es inútil); la corriente escéptica, por el otro, sostiene que la decisión es pura voluntad y, por ende, que la justificación es imposible (Aguiló 2000-103). Kelsen, como sabemos, sostuvo que los tribunales producen derecho (usualmente, derecho particular); aplicando normas generales creadas previamente por vía legislativa o consuetudinaria. De este modo pretendía eludir los dos extremos, tanto la teoría de que sólo los tribunales producen derecho (según la cual únicamente hay normas individuales), como aquella que sostiene que los tribunales sólo aplican un derecho ya creado (donde sólo hay normas generales). De manera similar, Hart (1994) se ubica a sí mismo entre dos “ilusiones”: la “*pesadilla*” de los realistas -que enfatizan la indeterminación del Derecho y la función creadora del Juez- y el “*noble sueño*” de quienes, como Dworkin, creen que el derecho es completo y contiene una solución correcta para todos los casos, incluso los más difíciles. “La verdad -dice Hart- tal vez trivial, es que a veces los jueces hacen una cosa y otras veces otra” (Ibid. 348). Ambos pensaron que los jueces unas veces aplican una argumentación subsuntiva y, en otras, la discreción.

Por eso Dworkin denominó a la teoría positivista una “teoría semántica del Derecho”, demostrando – por medio de una serie de ejemplos, de sobra conocidos - que los juristas y los jueces invocan principios, no solo a falta de reglas, sino también en contra de ellas. Pues bien, dice Dworkin, si las reglas pueden ser modificadas o derrotadas en virtud de otro tipo de *estándares*, o bien éstos son también jurídicos –y hacen que las normas sólo obliguen *prima facie*- o ninguna norma lo es¹⁹. Y Dworkin (2007, 43) concluye, ahora contra Raz: “los estándares pueden tener autoridad aunque para determinar qué requieren sea necesario acudir a una interpretación apoyada en la convicción moral” (el Derecho es una actividad

¹⁹ La tesis de discrecionalidad en sentido fuerte implica que no hay derecho ni obligación jurídica que el juez deba imponer; en tal sentido, la regla de reconocimiento es una regla incierta, lo que no concuerda con el concepto de norma social (Dworkin, 2002: 90, 100 y 122).

interpretativa). Con todo, para Dworkin la moral no es una fuente independiente del Derecho; lo que quiere resaltar es que los principios *valen* por su contenido y fuerza argumentativa. Dworkin sitúa a los principios al interior de la práctica jurídica; no hay principios jurídicos, cabe destacar, que valgan *exclusivamente* por su peso moral²⁰.

El Derecho Constitucional no puede definirse, identificarse y describirse en términos puramente fácticos, sin tomar en cuenta propiedades valorativas, simplemente porque aquí no es posible separar las preguntas sobre ¿qué es Derecho? y ¿qué dice la Constitución?, ¿qué derechos nos asigna?. En la medida que la Constitución utiliza “conceptos interpretativos” (y es uno de ellos), positiviza valores y principios (generalmente sin jerarquizarlos), presupone otros (que están implícitos), “reconoce” y garantiza derechos fundamentales, la conexión entre Derecho y Política resulta inevitable, como sugieren desde puntos de partida distintos autores como Dworkin, Alexy, Kennedy o Ackerman.

Pues, mientras el Derecho se pregunta ¿quién tiene la razón (en este caso)?, la misma pregunta en términos políticos se formula así: “¿la razón de quién debe prevalecer?”. Y, entonces, la pregunta por el derecho que “es” se conecta directamente con la cuestión del Derecho como “debe ser”²¹.

3.2. El método y la “autonomía relativa” del discurso jurídico.

Alexy define el derecho como un sistema de normas y procedimientos. El procedimiento de creación estatal de normas jurídicas tiene por objeto limitar el campo de lo discursivamente posible. Dado que ningún sistema jurídico puede determinar completamente la decisión jurídica, garantizando que todos los casos puedan resolverse deductivamente mediante el uso tan sólo de normas vigentes y de información sobre los hechos (por la vaguedad del lenguaje jurídico, la posibilidad de conflictos normativos, la imposibilidad de prever todos los casos posibles y la posibilidad de decidir en ciertos casos contra el tenor literal de la norma); resulta justificado introducir “formas y reglas especiales de la argumentación jurídica, su institucionalización como ciencia jurídica, y su inclusión en el contexto de los precedentes” (Alexy 2007, 273-274). Atendidos esos límites del discurso jurídico se hace necesario un tercer procedimiento, el de adjudicación, que selecciona sólo una de las respuestas discursivamente posibles. A diferencia del procedimiento del discurso jurídico, los otros dos procedimientos tienen carácter institucionalizado (es decir, están regulados por normas jurídicas, de manera que ello asegura que se llegue a un resultado definitivo y que sea además obligatorio) y contienen no sólo un aspecto argumentativo, sino también un elemento de decisión (Atienza 2005: 163-164).

²⁰ El propio Dworkin (un igualitarista) dice que sería mala tesis jurídica sostener que la Constitución obliga a establecer un sistema de salud o educacional único, obligatorio. Lo que distingue al Derecho del resto de la moral política es su “institucionalización”, lo que va de la mano de las reglas que Hart denominó “secundarias” (Dworkin 2014, 491). Asimismo, ha explicitado: “debemos rechazar la idea simplista de que todo derecho injusto es inválido”; “ambas partes argumentan basándose en aquello que dice el derecho, no en lo que éste debería decir” (Dworkin 2007, 16-18).

²¹ Si un derecho o deber jurídico implica una posibilidad “garantizada” de utilizar la fuerza socialmente organizada para tutelar ciertos intereses, excluyendo otros, esa técnica coactiva que es propia del Derecho requiere –como apuntan los autores no positivistas- de una justificación que la legitime.

En similar sentido, Aguiló (2000: 127-129) sitúa al “método jurídico” en medio de los procedimientos de creación y aplicación del Derecho objetivo y lo define como “el conjunto de operaciones que permiten pasar de las normas generales a las soluciones de los diferentes casos”. Más que descubrir, dice Aguiló, se trata de un método para justificar decisiones, en el contexto de “la elaboración racional del Derecho”. Lo cierto es que, dado que la vaguedad es una propiedad inherente al lenguaje, la interpretación *cognitiva* tendría que limitarse a identificar los distintos significados posibles, sobre la base de las reglas del lenguaje, técnicas interpretativas, tesis dogmáticas, etc. Sólo esta actividad podría considerarse “científica”, aunque no tendría efectos prácticos. Elegir uno de los significados posibles, como apunta Guastini, es interpretación *decisoria*; en tanto que atribuir a un texto un nuevo significado (y/o derivar normas “implícitas”) es interpretación *creativa*. Estas dos últimas son operaciones “políticas” en la que los juristas suelen involucrarse, aunque sólo la realizada por los órganos de aplicación está provista de consecuencias jurídicas (Guastini: 2008, 35-6). Por ello, lleva parte de razón Guastini (2008: 66) cuando afirma que la literatura sobre la interpretación constitucional más que teoría es doctrina o ideología de la interpretación constitucional.

Las cartas fundamentales suelen expresar complejos compromisos políticos y establecen a nivel de “principios” una serie de valores, fines y derechos fundamentales (que pueden entrar en conflicto entre sí). Implementar los derechos sociales “exige que la interpretación constitucional se ‘materialice’ en distintas políticas públicas sustantivas”, incluida la distribución del gasto público; proteger a las minorías, grupos vulnerables o históricamente discriminados, por su parte, implica discutir el rol del Derecho en las sociedades contemporáneas, y cuándo se debe aplicar un trato igual estricto vs. considerar diferencias relevantes (para justificar, incluso, políticas de discriminación positiva). La interpretación constitucional debe lidiar, en fin, con la tensión entre el principio democrático y de deferencia al legislador con los principios de supremacía y control constitucional (que resguardan el “coto vedado” de los derechos fundamentales)²².

Sin perjuicio de la dimensión “política” de la interpretación constitucional, la Constitución es la norma fundamental del sistema y los derechos que garantiza han de realizarse en la vida política y social, por lo que el discurso constitucional ha de conservar en todo caso el *status* de Derecho, sea que nos refiramos a las normas (Derecho positivo) o a las proposiciones acerca de las normas (la “doctrina”). Es en ese sentido que Ackerman (2011: 39) niega “que el derecho sea la política por otros medios y que la interpretación constitucional sea pura pose”²³. El texto es el punto de partida de la interpretación y el discurso constitucional debe ofrecer el marco de referencia para el diálogo y el debate político tendiente a crear, modificar o derogar normas generales. La teoría constitucional debe mostrarnos las modalidades de la argumentación de los órganos aplicadores de la Constitución, sin olvidar que “la autoridad fluye hacia quienes pueden relacionar los compromisos fundamentales de la Constitución con las creencias e intereses que estimulan al pueblo” (Post y Siegel: 2013, 41).

²² Vid. Carbonell: “la interpretación constitucional como problema”, *Prólogo* en Guastini, 2008: 9-16.

²³ Ackerman está tratando de apartarse de las posturas críticas; él no es un escéptico del Derecho ni de la argumentación jurídica.

Esta es la manera en que podemos eludir el riesgo de que el Derecho se vea totalmente absorbido por la moral (y que ésta pase a ser el género rector de la política). Como advierte Nino, si fueran genuinas las paradojas de irrelevancia e indeterminación radical del Derecho, “el derecho positivo sería una gran ficción de nuestra cultura. Sería simplemente una pantalla en la que los jueces y juristas proyectarían sus opiniones morales haciéndolas aparecer como prescritas por una autoridad política legítima. Lo único positivo que tendría el derecho serían ciertos materiales físicos; pero qué materiales fueran relevantes y cuál su significado sería una cuestión que los jueces y juristas decidirían con entera libertad”. (Nino: 2014, 137). Así, si bien el derecho constitucional y la política democrática están íntimamente vinculados, en lo que toca al derecho de origen judicial la regla de imparcialidad requiere que el juez sea “independiente de la política” (Fiss: 2007, 34); esto es, independiente de la influencia y el control de quienes detentan poder político (lo mismo cabe decir del económico). Ese y no otro es el alcance que debe darse a la tesis de la “separación”: mantener y garantizar la independencia de los jueces²⁴.

Para que el Derecho pueda cumplir su función social de guiar las conductas, resolver conflictos y facilitar la cooperación, necesita apoyarse asimismo en el mecanismo de la autoridad. Una parte importante de la población y de los funcionarios deben obedecer al Derecho no por razones prudenciales, sino “porque reconocen la legitimidad de sus prescripciones por originarse en ciertas autoridades competentes” (Nino, 2014: 160-1). Para ello, es clave reconocer que la acción de los constitucionalistas, legisladores, gobernantes y jueces “consiste, en general, en aportes a una obra colectiva cuyas contribuciones pasadas, contemporáneas y futuras no controlan y sólo influyen parcialmente” (Nino 140-141). Sería irracional pretender modelar la sociedad sobre la base de una Constitución ideal (“moralista”) desconectada de la realidad y el contexto histórico en el que surge; lo mismo que un legislador impulsare una ley que vulnere abiertamente derechos reconocidos y garantizados por la Constitución vigente, o que un juez quisiera resolver un caso como si estuviera refundando, con su decisión, todo el orden jurídico o toda una rama del mismo²⁵.

Lo objetable entonces no es recurrir a consideraciones valorativas para interpretar el Derecho, sino, como dice Nino (2014: 107-108), hacerlo de forma encubierta, pues ello implica que tales valoraciones –con su apariencia de necesidad científica- no están sometidas al control de la discusión democrática. La interpretación constitucional es tarea de la “sociedad abierta de los intérpretes constitucionales” (Häberle 2001, 149 ss., 286): *todos los ciudadanos* son “guardianes de la Constitución” ya que la defensa de los valores fundamentales no puede ser monopolio de un solo poder sino que es “*asunto de todos*”.

²⁴ En esta cita de Fiss se entiende “política” meramente como un proceso de agregación de preferencias; pero no debe olvidarse que el mismo trabajo de Fiss (2007) promueve –precisamente- una “reforma estructural”, reafirmar la creencia en valores públicos y relevar el papel de los tribunales en el sistema político.

²⁵ “El juez debe tener en cuenta que se generan expectativas de lo que los otros legisladores y otros jueces han decidido en el pasado; que su decisión se combinará con otras que tomen contemporáneamente sus colegas”, lo que será relevante según el principio de igualdad; y que “esa decisión servirá de precedente para el futuro, como también podrá ser ignorada y hasta provocar reacciones opuestas por parte de otros legisladores y jueces” (Nino, 2014: 140-41). También, agreguemos, puede provocar la reacción de la opinión pública, movimientos sociales y grupos de presión organizados.

El Estado de Derecho actual ofrece, de este modo, una respuesta al “reto de Hobbes”: la democracia es, después de todo, “gobierno de personas” (Bellamy: 2010, 72 ss.). En ese contexto el Derecho es “gobierno de reglas y principios” emanados de decisiones populares o respaldadas por éstas, que permiten su mejora continua. De lo que se trata es que el sistema constitucional logre un equilibrio adecuado entre ser democráticamente sensible y mantener autonomía profesional respecto del discurso meramente político para que pueda tener autoridad como Derecho (Post y Siegel: 2013: 113).

La práctica y las decisiones jurídicas carecen de sentido en tanto acciones individuales aisladas, sólo pueden contar como “contribuciones a una acción o práctica colectiva”. Los principios autónomos de moralidad social, que constituyen las premisas últimas del razonamiento práctico, “no se aplican directamente a las acciones y decisiones individuales sino a la práctica colectiva”. “Si esta última resulta justificada por aquellos principios autónomos, pasamos a la segunda etapa del razonamiento justificatorio que presenta una estructura escalonada, en la que la acción y decisión que se tome debe justificarse tanto a la luz de la preservación de la práctica como tomando en cuenta la posibilidad de mejorarla aproximándola a los principios de justicia” (Nino 2014: 161). Las circunstancias de la política conllevan la exigencia de una dogmática jurídica “líquida” o “fluida” –en la expresión de Zagrebelsky- que “pueda contener los elementos del derecho constitucional” agrupándolos en una “construcción necesariamente no rígida” que dé cabida a las combinaciones que deriven (también) “de la política constitucional”, pues cada uno de los “grandes temas” del derecho constitucional actual “se caracteriza estructuralmente por la presencia de elementos constitutivos que, para poder coexistir, deben ser relativizados entre sí”, esto es, deben “hacerse dúctiles o moderados” (Zagrebelsky 2011: 17-18).

3.3. La “conexión argumentativa” (y la necesidad de la ponderación)

Hay una diferencia fundamental entre la función del legislador y la del juez: mientras que el legislador –en tanto poder político- no está obligado a justificar sus decisiones, el juez (en tanto poder “técnico”) sí lo está. Como observa Bulygin (2003: 12) “una sentencia que carece de justificación es una sentencia arbitraria, sujeta a la anulación o revocación”. En el Derecho, todo caso debe tener un juez competente; toda decisión judicial debe basarse en una norma general que se considera jurídica y los jueces siempre deben resolver la contienda, aunque no haya ley aplicable al caso. Pues bien, las normas jurídicas que el juez debe aplicar –según Aguiló (2000: 106) son condicionales (correlacionan casos genéricos con soluciones normativas); mantienen relaciones sistemáticas entre sí (genéticas, jerárquicas, cronológicas, semánticas, etc.) y son “obligatorias *prima facie*” (i.e., “consideradas todas las circunstancias” pueden ser “derrotadas” en el momento de aplicación). En ocasiones, los jueces deben solucionar problemas interpretativos o suplir el silencio de ley, recurriendo a la analogía, formulando principios implícitos, ponderando o, en fin, apelando a la equidad. Esto nos ofrece una imagen del Derecho similar a la que presenta Dworkin (2005: 57 ss.): el material jurídico es reunido en la “etapa pre-interpretativa”; en la “etapa interpretativa” se le asigna un valor o sentido a cuyo través se le interpreta y optimiza para luego, en la “etapa post-interpretativa” y gracias a la mejor teoría política que justifique nuestras prácticas, el Derecho surge como un conjunto de normas (reglas y principios) integrado y coherente.

Esto no implica negar que existen otros factores que influyen en la decisión del juez. Debemos, empero, distinguir entre el contexto de descubrimiento y de justificación; y entre justificación interna y externa de la decisión. Son múltiples los factores que pueden “explicar” qué lleva al juez a adoptar una determinada decisión (en eso, los realistas llevan parte de razón); ahora bien, en el proceso de justificación lo que los jueces hacen (y deben hacer) es basar la decisión en alguna premisa general derivada de las fuentes del Derecho. A veces basta con la justificación interna (el silogismo judicial); en otras, es necesario justificar la selección de las premisas (justificación externa). En tal caso, el juez debe exhibir las razones adicionales que fundan la decisión: mostrar cómo resolvió los problemas de prueba (hechos) y las imprecisiones lingüísticas (por ejemplo, mediante enunciados interpretativos basados en el “tenor literal”, el “espíritu de la ley” o definiciones); las cuestiones sistemáticas (como resolución de antinomias: derogación vs. interpretación armónica); explicitar los principios implícitos que permiten apartarse de una regla; ponderar los valores en conflicto y emitir juicios de relevancia jurídica fundados en la idea de “coherencia”, etc. La argumentación jurídica cumple así, esencialmente, una función de justificación: Se logra una justificación conforme a Derecho si los argumentos están en conformidad con los hechos establecidos y con las normas vigentes²⁶. El modelo del argumento de Toulmin (2006: 132-154) y, especialmente, su noción de *warrant* (garantía) sirven para explicar la idea de justificación (y evaluar si ésta es o no adecuada).

Nada de esto quiere decir que las conclusiones sean un derivado “lógico” de las premisas (proposiciones de Derecho); basta que la justificación permita mantener el propósito de “certeza derrotable” que el Derecho debe perseguir²⁷. Justificar una decisión jurídica quiere decir, nada más y nada menos, dar razones que muestren que las decisiones en cuestión aseguran *la justicia de acuerdo con el derecho* y la imparcialidad del juez (MacCormick, 1995: 17). Como criterio general, una decisión está justificada si se deriva de una premisa que sea una norma o proposición “universal”, capaz de suscitar la adhesión o compromiso del juez en términos que otros casos similares tendrán que resolverse de la misma forma (MacCormick 1995: 99). Es decir, la razón que justifica la decisión ha de ser *universalizable*, en el sentido de la regla de justicia de Perelman (1964: 32).

La universalidad significa un compromiso del juez con su emisión normativa: Todos los que compartan las propiedades relevantes del caso deben ser tratados igual. El deber del juez de actuar “conforme a Derecho” implica, pues, coherencia hacia el pasado (al basar su decisión en premisas generales derivadas de Fuentes reconocidas) y hacia el futuro (se impone la igualdad de trato, so pena de incurrir en arbitrariedad o discriminación). Las normas del Derecho objetivo cambian una vez que el juez toma la decisión; pero la función

²⁶ El silogismo por sí sólo no puede determinar el resultado de un caso difícil, pero proporciona el marco dentro del cual los otros argumentos cobran sentido como argumentos jurídicos; las “razones” del caso son razones a favor o en contra de una determinada lectura del silogismo. (MacCormick 2007: 332).

²⁷ Frente a un caso difícil es necesario argumentar a favor de la selección de las premisas, de modo que la decisión jurídica pueda “hacer sentido” en el mundo y en el contexto del sistema jurídico (MacCormick 1995: 103). Aquí entran en juego los argumentos *consecuencialistas*, cuando se *evalúan* los efectos de las decisiones alternativas, en términos de “justicia”, “sentido común”, “política pública” y “conveniencia”; de *consistencia*, cuando se basa en premisas normativas que no entran en contradicción con otras normas válidas establecidas, y de *coherencia*, cuando se basa en la analogía o en principios y valores que configuran un conjunto dotado de sentido (Id.: 105-108, 152).

básica del juez no es modificar el contenido del Derecho sino hacerlo coherente, efectivo y aplicable (Aguiló 2000: 112).

¿Qué permite conciliar nuestra noción de Estado de Derecho, cuyo propósito central es la certeza jurídica, la separación de poderes y la seguridad de las expectativas, con el carácter argumentativo (y retórico) del Derecho? MacCormick (1999) sugiere una respuesta: Para que sea posible, dice, el Estado de Derecho debe existir un sistema de reglas enunciadas con claridad, que operen de manera prospectiva, que se expresen en términos generales, que establezcan exigencias de conducta realmente alcanzables y que formen un conjunto coherente y no arbitrario (sigue en esto a Fuller, 1967). La argumentación jurídica es un caso especial del razonamiento práctico al que se le aplican las condiciones de racionalidad y razonabilidad de éste; de modo que toda afirmación debe fundarse en razones y cualquier afirmación puede ser cuestionada (de modo similar a Alexy, 2007b). Los principios o lugares comunes aceptados en el Derecho son necesarios como punto de partida de la argumentación, pero son “desafiables” (derrotables por el test de universalización y coherencia global). Si el Estado de derecho es una protección contra la intervención arbitraria de agentes estatales en la vida de la gente, dicha intervención debe basarse en reglas y, al mismo tiempo, asegurar el derecho de defensa (procedimiento contradictorio) para cuestionar la relevancia de la demanda o acusación, y discutir las pruebas e interpretaciones en que ella se base. Concluye MacCormick: “la certeza del Derecho es, por tanto, certeza derrotable” y “el carácter argumentable del Derecho no es la antítesis del Estado de Derecho, sino uno de sus componentes” (1999: 21).

El Derecho, es cierto, se puede distinguir del discurso político y moral por el carácter institucional y coercible de las normas jurídicas; pero existe una conexión necesaria al nivel de la “argumentación” (a la hora de aplicar las normas –asignándoles un determinado sentido- para imponer un cierto punto de vista, o pretensión). Cuando se predica la “validez” de una norma jurídica necesariamente se plantea una “pretensión de corrección” (Alexy, 2007b). La argumentación jurídica (el discurso legal) es la continuación de la política, no por cualquier medio sino por un medio especial (una “razón técnica”); uno que es capaz de movilizar la fuerza socialmente organizada para un propósito dado.

Cuando los derechos sociales se consagran en la Constitución se promueve una mayor igualdad y, en circunstancias favorables, una “revolución de los derechos” (Epp 2013: 33 ss.). Esto, desde la perspectiva argumentativa, no implica un “activismo ideológico” de parte de los jueces. Los jueces deben resolver casos difíciles; hay derechos implícitos y los principios pueden colisionar entre sí. Los jueces pueden declarar inconstitucional una ley por infringir un derecho en su esencia o imponer limitaciones que no resultan “proporcionales”. Las reglas, cuando su aplicación resulta justificada, revelan por su parte un adecuado “balance” de los principios en juego.

Los principios constitucionales son utilizados por los jueces tanto para justificar un derecho (y deberes correlativos) como para especificar (el alcance de) las normas establecidas. La identificación y el peso de los principios al interior de una comunidad legal y política depende de sus prácticas argumentativas y su “adecuación” al esquema coherente de principios ya reconocidos. Argumentar a favor de un principio es tejer una trama con un conjunto de estándares interrelacionados, “en constante movimiento y evolución” a la luz

de prácticas institucionales, de criterios interpretativos y de una diversidad de fuentes que se articulan entre sí. La respuesta a la pregunta acerca de si tenemos o no un derecho es, entonces, siempre una cuestión de principios y no una cuestión de políticas públicas. Los derechos son inherentes a la comunidad política; son parte de su *nomos* (o acuerdo político fundamental). Son también creaturas de la historia y de la moral.

Los derechos constitucionales no están condenados a quedar “desfasados” a menos que medie una reforma constitucional formal. Es tarea de la teoría jurídica proponer un método para descubrir qué derechos tenemos y adecuarlos a la evolución política de la sociedad. Ese método supone (elaborar y) adoptar una teoría política particular²⁸. Va más allá de la “retórica política” en cuanto busca precisar que facultades, poderes, libertades e inmunidades implica un derecho en sentido jurídico estricto. Pero también va más allá del “discurso jurídico tradicional”, en cuanto va de las fuentes formales a las materiales, para analizar el discurso político que explica el surgimiento y objetivos de las normas jurídicas que tratan la materia; intenta reconstruir las “teorías políticas” que las dotan de significado y propone, finalmente, una “conversación” y una síntesis intergeneracional de dichas teorías (Ackerman, 2011: 89 ss.). Opera con los argumentos que permiten armonizar el principio constitucional y democrático.

El argumento de base es que sólo se puede justificar la imposición colectiva de un modelo de conducta cuando se basa en decisiones previas adoptadas por el pueblo en cuanto soberano (a través de las “instituciones” que representan esa voluntad); interpretadas adecuada y actualmente conforme a los criterios hermanos de integridad y coherencia, en el marco de una concepción del Estado de Derecho centrada en los derechos.

Los intentos por rescatar al positivismo -y el rol central de la ley- dando nueva forma a viejos conceptos, así como los ataques a la posibilidad de controlar racionalmente la argumentación de principios (v.gr., “contra la ponderación”) no ofrecen herramientas eficaces para orientar la práctica “tal como es”. Nuestros jueces seguirán ponderando principios (de manera más o menos rigurosa) y asignando carácter fundamental a los derechos sociales, y de ese modo dan impulso a la “cultura” de los derechos. Por último, la constitucionalización de los derechos sociales y la “textura abierta”, parafraseando a Marx, se imponen como ley *natural* reguladora, “tal como acontece con la ley de gravitación cuando a uno se le cae la casa encima”.

²⁸ Aún resta por resolver si resulta más adecuada y coherente con la práctica la tesis de Sunstein (1994), en el sentido de “acuerdos incompletamente teorizados” (*low level principles*), o la de Dworkin, de la mejor justificación posible (los principios en su mejor luz).

Referencias bibliográficas:

- ABRAMOVICH, Víctor y Courtis, C, (2004): *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta.
- ACKERMAN, Bruce (1999): *La política del diálogo liberal*. Barcelona: Gedisa.
- ACKERMAN, B. (2011): *La Constitución viviente*. Madrid: Marcial Pons.
- AGUILÓ, Josep (2000): *Teoría General de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*, Barcelona: Ariel.
- ALEXY, R. (2007a): *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- ALEXY, R. (2007b) *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- ATIENZA, M. (2005): *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, UNAM-México.
- ATIENZA, M. (2013): *Curso de Argumentación Jurídica*. Madrid: Trotta.
- ATRIA, Fernando (2004) “La ironía del positivismo jurídico”. *Doxa* 27, pp. 81-139.
- ATRIA, F. (2005). El derecho y la contingencia de lo político. *Revista Derecho y Humanidades* N° 11 (pp. 19-39).
- ATRIA, F. (2007): *Mercado y ciudadanía en la educación*, Santiago: Flandes Indiano.
- ATRIA, F. (2014): *Derechos sociales y educación. Un nuevo paradigma de lo público*. LOM, Santiago.
- AUSTIN, John (1981): *Sobre la utilidad del estudio de la Jurisprudencia*. Madrid: Civitas.
- BELLAMY, Richard (2010): *Constitucionalismo político*. Madrid: Marcal Pons.
- BOBBIO, Norberto (1965). El problema del positivismo jurídico. Buenos Aires, Eudeba.
- BOBBIO, N. (1996): *Norberto Bobbio: el Filósofo y la política (Antología)*. Estudio preliminar y compilación de José Fernández S. México: Fondo de Cultura Económica.
- BULYGIN, Eugenio (2003): “Los jueces, ¿crean Derecho?”. *Isonomía* N° 18, pp. 6-25.
- BUSTOS, Rodrigo (2014): *Derechos sociales: exigibilidad y justicia constitucional*. Santiago de Chile: Librotecnia.
- CODDOU, Alberto (2011): “El nuevo Tribunal Constitucional y los derechos sociales: el caso de las Isapres”, en Couso, J. (Editor) *Anuario de Derecho Público 2010*, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago, pp. 55-73
- COHEN, Gerald (2001): *Si eres igualitarista, ¿cómo es que eres tan rico?*. Barcelona: Paidós.
- CORREA, Rodrigo (2004): “Poder judicial y democracia: a rescatar el espíritu del espíritu”. En: SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers: http://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/38/
- COUSO, Javier (2004): “Consolidación democrática y Poder Judicial: los riesgos de la judicialización de la política”, en *Revista de Ciencia Política*, Vol. XXIV, N° 2, pp.: 29-48.
- DWORKIN, Ronald (1996). “The moral reading of the american constitution”. *The New York Review of Books*: <http://www.nybooks.com/articles/1996/03/21/the-moral-reading-of-the-constitution/>
- DWORKIN, Ronald (2002): *Los derechos en serio*, Barcelona: Ariel.
- DWORKIN, R. (2005): *El imperio de la Justicia*, Barcelona: Gedisa.
- DWORKIN, R. (2007): *La justicia con toga*. Madrid, Marcial Pons.

DWORKIN, R. (2012): *Una cuestión de principios*. Buenos Aires: Siglo veintiuno.

DWORKIN, R. (2014): *Justicia para erizos*. Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica.

EPP, Charles (2013): *La revolución de los Derechos. Abogados, activistas y Cortes Supremas en perspectiva comparada*. Buenos Aires: Siglo veintiuno.

FERRAJOLI, Luigi (2010): *Derechos y Garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta.

ELY, John H. (2003): *Democracia y desconfianza. Una teoría del control constitucional*. Siglo del Hombre Editores, Bogotá.

FISS, Owen (2007). *El Derecho como razón pública*. Madrid: Marcial Pons.

FULLER, Lon (1967): *La moral del Derecho*. México: Ed. Trillas.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1995): *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución francesa*. Madrid: Alianza Editorial.

GARGARELLA, Roberto (2006): *Constitucionalismo Democrático. Por una reconciliación y pueblo*. Buenos Aires: Siglo veintiuno.

GARGARELLA, R. (2012): *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contra-mayoritario del poder judicial*. Quito, Ecuador: Corte Constitucional para el período de transición.

GUARNIERI, Carlo y Pederzoli, P. (1999): *Los jueces y la Política*, Madrid: Taurus

GUASTINI, Riccardo (2008): *Teoría e ideología de la interpretación constitucional* (Prólogo de Miguel Carbonell). Madrid: Trotta.

GUTTMAN, Amy (2001): *La educación democrática. Una teoría política de la educación*. Paidós, Barcelona.

HABERLE, Peter (2001): *Pluralismo y Constitución. Estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*. Madrid: Tecnos.

HABERMAS, Jürgen (2005): *Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid, Trotta.

HART, Herbert L.A. (1980). "El nuevo desafío del positivismo jurídico". *Sistema* (núm. 36, pp. 3-18).

HART, H.L.A. (1994): "Una mirada inglesa a la teoría del derecho norteamericana: la pesadilla y el noble sueño", en Casanovas, Pompeu y Moreso, Juan José, (eds.): *El ámbito de lo jurídico* (Barcelona, Crítica), pp. 327-350.

HART, H.L.A. (2004): *El Concepto del Derecho*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot

KELSEN, Hans (2004): *Teoría pura del Derecho*. Buenos Aires, Eudeba

KENNEDY, Duncan (2010): *Izquierda y Derecho. Ensayos de teoría jurídica crítica*. Buenos Aires, Argentina: siglo veintiuno editores.

MARSHALL, Thomas (2007): *Ciudadanía y clase social*. Madrid: Alianza Editorial.

LEÓN, José J. (2014): "¿Judicialización de la educación superior?" en *Calidad de la Educación* N° 40, pp. 53-93

MACCORMICK, Neil (1995): *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford University Press.

MACCORMICK, N. (1999): "Retórica y Estado de Derecho" en *Rev. Isegoría* N° 21, pp. 5-21.

MORESO, José Juan (2009): *La Constitución: un modelo para armar*. Madrid: Marcial Pons

MONTESQUIEU (1984): *Del Espíritu de las leyes* (I). España, Orbis.

NINO, Carlos (2014): *Derecho, moral y política*. Buenos Aires: Siglo veintiuno.

PEÑA, Carlos (2008): "El concepto de cohesión social. Debates teóricos y usos políticos". En TIRONI, Eugenio (Ed.). *Redes, Estados y Mercados. Soportes de la cohesión social latinoamericana*. Santiago: Uqbar editores (pp. 29-96).

PERELMAN, Chaim y Olbrechts-Tyteca, L. 1989. *Tratado de la Argumentación. La nueva Retórica*. Madrid: Gredos

POST, Robert y SIEGEL, R. 2013. *Constitucionalismo democrático. Por una reconciliación entre Constitución y pueblo*. Buenos Aires: Siglo veintiuno.

ROSS, Alf (2006): *Sobre el derecho y la justicia*. Eudeba, Buenos Aires

ROUSSEAU, Jean J. (1995): *Contrato social*. Barcelona: Planeta-DeAgostini.

SUNSTEIN, Cass (1994): *Political Conflict and Legal Agreement*, The Tanner Lectures on Human Values: <http://tannerlectures.utah.edu/documents/a-to-z/s/Sunstein96.pdf>

SUMMERS, Robert S. (1978): "Two Types of Sustantive Reasons. The Core of Common Law Justification", 63 *Cornell Law Review*, pp. 707-788.

TOULMIN, Stephen (2006): *Los usos de la argumentación*, Barcelona: Península.

WALDROM, Jeremy (2005): *Derecho y desacuerdos*. Madrid: Marcial Pons.

WEBER, Max (2014). *Economía y sociedad*. Fondo de Cultura Económica, México.

ZAGREBELSKY, Gustavo (2011): *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta.