

# TEMAS PROCESALES

**23**

*Abril*  
1999

**UNA APROXIMACIÓN AL PENSAMIENTO  
POLÍTICO Y JURÍDICO DE JURGEN  
HABERMAS**

*Beatriz Quintero de Prieto*

**LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO  
ADMINISTRATIVA  
COMO JURISDICCIÓN ESTATAL**

*Daniel Mauricio Patiño Mariaca*

**EFFECTOS DE LA POLÍTICA DE  
DESJUDICIALIZACIÓN DE CONFLICTOS**

*Jairo Parra Quijano*

**LA COSA JUZGADA Y  
EL NUEVO DERECHO CONSTITUCIONAL**

*Dr. Andrés Prieto Quintero*

**EL IMPERIO DE LA LEY.  
MOTIVOS PARA EL DESENCANTO**

*Marina Gascón Abellán*



**LIBRERÍA JURÍDICA  
SÁNCHEZ R. LTDA.**

**El Centro de Estudios de Derecho Procesal,** tiene por objeto la profundización en el estudio del derecho procesal, su divulgación y sostenimiento de su vigencia en la actividad forense, por cualesquiera medios lícitos como elaboración de trabajos individuales y colectivos, publicaciones, conferencias, cursos, etc.

## **TEMAS PROCESALES**

---

**No. 23 • Abril 1999**

---

**Revista del Centro de  
Estudios de Derecho Procesal**

Director:

**Andrés Orión Alvarez P.**

Consejo de Redacción:

**José Fernando Ramírez G.**

**Gilberto Martínez Rave**

**Beatriz Quintero de Prieto**

Correspondencia:

**Eugenio Prieto Mesa**

Apartado Aéreo 50088

Medellín - Colombia

---

Los artículos son responsabilidad exclusiva de los autores. Es permitida la reproducción total o parcial, citando la fuente.

---

## **Miembros del Centro de Estudios de Derecho Procesal**

---

Eugenio Prieto Mesa

Beatriz Elena Quintero de P.

Fernando Ossa A.

Alberto Ceballos

Gilberto Martínez Rave

Rodrigo Velilla

Alvaro Vargas

Alejandro Ochoa

Luis Alfonso García

Darío González

Arturo Gómez Duque

Edison Múnera

Martín Agudelo

Guillermo Montoya Pérez

Julia Victoria Montaña

Mauricio Patiño

Juan Guillermo Jaramillo

Andrés Prieto

Hugo Castaño

Jhon Jairo Ortiz

Luis Carlos de los Ríos

Carlos Julio Arango

Luciano Sanín

Edgar Guillermo Escobar V.

---

## **TEMAS PROCESALES**

**Revista del Centro de Estudios de Derecho Procesal**

- No. 23 (Abril, 1999) - Medellín, El Centro, 1999  
Anual hasta 1986, semestral a partir de 1987.  
ISSN 0120 - 8519
- **DERECHO PROCESAL**  
Publicaciones Seriadas El Centro

## S U M A R I O

---

- UNA APROXIMACIÓN AL  
PENSAMIENTO POLÍTICO Y JURÍDICO  
DE JURGEN HABERMAS  
*Beatriz Quintero de Prieto* ..... 5
- LA JURISDICCIÓN  
CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA  
COMO JURISDICCIÓN ESTATAL  
*Daniel Mauricio Patiño Mariaca* ..... 41
- EFECTOS DE LA POLÍTICA DE  
DESJUDICIALIZACIÓN DE CONFLICTOS  
*Jairo Parra Quijano* ..... 57
- LA COSA JUZGADA Y EL NUEVO  
DERECHO CONSTITUCIONAL  
*Andrés Prieto Quintero* ..... 71
- EL IMPERIO DE LA LEY.  
MOTIVOS PARA EL DESENCANTO  
*Marina Gascón Abellán* ..... 81



# UNA APROXIMACIÓN AL PENSAMIENTO POLÍTICO Y JURÍDICO DE JURGEN HABERMAS

*Beatriz Quintero de Prieto*

## **1.- Introducción**

### ***Conceptos Básicos de la Teoría Habermasiana***

Habermas construye su paradigma de la racionalidad comunicativa como un modelo amplio que se extiende hasta la tríada Kantiana del conocimiento teórico práctico, distinguiendo como esferas de valor: la natural, la normativa y la estética. Desde la admisión que hace de la crisis de la modernidad y el análisis de su etiología que deduce como el abuso de la racionalidad instrumental que produjo el desarrollo macrocefálico del capitalismo, en detrimento de las esferas no sistémicas, presenta una concepción dual de la sociedad escindiéndola en sistema y mundo de la vida. Busca a la postre, corregir la desviación del predominio sistémico presentando una estructura de los distintos órdenes sociales de acción para que entre ellos se dé el equilibrio necesario, de tal manera que ninguno domine o invada el lindero de los demás. Procesa la modernidad desde su seno sin desecharla. El meollo de la teoría para el logro de sus metas es la búsqueda del consenso intersubjetivo porque las situaciones no se definen monológicamente sino por los interlocutores ya que el hombre construye su identidad en un mundo intersubjetivo.

La sociedad se compone de dos esferas: la sistémica y la comunicativa del mundo de la vida. En la sistémica flotan el capital, el mercado y el poder. En la esfera comunicativa del mundo de la vida se mueven la sociedad civil, la persona y la cultura. LA POLÍTICA Y EL DERECHO desempeñan un papel de MEDIACIÓN entre las tensiones de las dos. El orden social y político tiene que construirse sobre bases de autonomía, libertad e igualdad; a pesar de que el mundo sistémico colonizó linderos del mundo de la vida, la racionalidad comunicativa puede y debe hacerse presente con sus manifestaciones críticas, como tradiciones, rescatando las instituciones democráticas que constituyen el Estado moderno para el cabal desempeño de las luchas que la sociedad civil tienen que librar buscando resultados de reconocimiento en todas las esferas que le son propias.

Para la construcción de su paradigma de racionalidad en la comunicación, Habermas<sup>1</sup> utiliza como peldaño no despreciable la dimensión cognitiva de Austin acerca de los actos del habla y supera las limitaciones contextuales de Wittgenstein buscando decididamente un posible sentido universal. Por medio de una reconstrucción pragmática soluciona los problemas que plantea una fundamentación trascendental de la razón. El sentido pragmático del lenguaje es el que corresponde a su uso con atisbo a metas de entendimiento. El entendimiento es el modelo de dos o más hablantes, uno de los cuales, mediante un acto de habla, formula una pretensión de validez frente al otro, a quien insta para que asuma una actitud de aceptación o de rechazo frente a la pretensión de validez. El hablante pretende que su dicho es verdadero o correcto o veraz. Las pretensiones de validez son pues normativas, de verdad, o expresivas. Ellas vinculan los tres modelos con presentación de las tres funciones: cognitiva, referida a la pretensión de verdad: que existan o no las cosas; APELATIVA O SOCIAL que, dentro de un contexto normativo, aspira a la concepción de corrección de un comportamiento según las reglas vigentes; y expresiva, en la cual se aglutinan las experiencias sub-

---

1 Jürgen Habermas "Teoría de la acción comunicativa". I. Racionalidad de la acción y racionalización social. Taurus. Reimpresión de la 1ª Edición. 1987-1992, p. 15 y ss.

jetivas. Desde estos esquemas, Habermas estriba en la temática del significado y asciende hasta los actos de habla que se manifiestan en las tres especies de pretensiones de validez enunciadas, como materialización de la fuerza ilucucionaria de cada uno de los tres tipos de ARGUMENTACIÓN: teórica, práctica y estética.

Cuando el oyente se siente estimulado por un tipo específico de acto de habla constatativo, expresivo o regulativo, apoyado en razones que suministra el hablante con pretensiones de verdad, rectitud o veracidad, define su reacción de aceptación o rechazo. Si esto último ocurre entra en juego la actividad de la ARGUMENTACIÓN cuya tarea es la búsqueda del consenso sin coacción: que cada participante supere su inicial postura subjetiva y se motive racionalmente en la búsqueda de un logro de convicciones comunes que hagan posible la construcción unitaria de un mundo objetivo a partir del hábitat intersubjetivo en el que ambos viven y desarrollan su racionalidad. La ARGUMENTACIÓN es un elemento de lar racionalidad que permite continuar la acción comunicativa cuando se produce un desacuerdo. Para Habermas la argumentación es el tipo de habla en el que los participantes tematizan las pretensiones de validez que se han vuelto dudosas y tratan de desempeñarlas por medio de argumentos. Escuchar los argumentos y proporcionarlos es comportarse de manera racional pero cerrarse a ellos en actitud dogmática es una postura irracional. Hay por consiguiente, un discurso teórico como forma de argumentación en el cual se convierten en tema las pretensiones de verdad que se han hecho problemáticas. EL DISCURSO PRÁCTICO es, en cambio, la forma de argumentación que convierte en tema las pretensiones de rectitud normativa. La posición cognitivista entiende pues que las cuestiones prácticas pueden, en principio, decidirse argumentativamente.

## ***2. El Mundo de la Vida y la Sociedad Civil***

Hay un concepto de peculiar importancia en el paradigma comunicativo de Habermas y es el del MUNDO DE LA VIDA<sup>2</sup>.

---

2 Jürgen Habermas "Pensamiento post metafísico" Taurus. Versión castellana de Manuel Jiménez Redondo. 1988, p 91 y ss.

En él los participantes comparten intersubjetivamente una totalidad de interpretaciones presupuestas y aproblemáticas. Una situación se define entre los hablantes a partir de ese mundo de la vida no problematizado, atemático, que se ofrece como un elemento práctico especialmente importante porque sirve para la caracterización universal de las pretensiones de validez. Cada acto de entendimiento lingüístico se mueve en ese marco en el cual se vinculan las convicciones que se han plasmado en los distintos procesos de socialización; son conocimientos que se adquieren históricamente y que capacitan para el dominio de otras praxis, experiencia acumulada no sólo como individuo sino como hombre, como género humano. Es el ethos Gadameriano. Este es el primer nivel de la teoría social de Habermas, el mundo de la vida como ámbito esencial de las sociedades, su punto básico. Es el concepto Husserliano, Heideggeriano y Gadameriano, utilizado por Habermas para darle un piso a la razón práctica: ella solo es posible desde este ethos, desde el mundo de la vida como horizonte de convicciones comúnmente compartidas.

Las sociedades se reproducen simbólicamente; ellas amplían sus saberes desde el mundo de la vida: sobre el camino de un proceso de aprendizaje, el patrimonio del mundo de la vida se proyecta simbólicamente diversificándose en las tres esferas, en una desconcentración cognitiva que, rompiendo desde un centro, va ampliando imágenes implícitas en el origen, para lograr ese universo en las tres dimensiones correspondientes a las distintas esferas valorativas. Es la formación de la sociedad, concebida como un proceso de descentralización exigida por una idea diferenciadora. Desde el concepto puro de sociedad como un mundo de la vida, en una explosión que se desprende del núcleo surgen las tres esferas valorativas gracias al proceso de racionalización social en el paradigma de la comunicación.

Como se viene insinuando, Habermas intuye<sup>3</sup> que en la consolidación de las esferas valorativas a partir del concepto dual de la sociedad como sistema y mundo de la vida, la problemá-

---

3 Jürgen Habermas "El discurso filosófico de la modernidad". Taurus. Traducción de Manuel Jiménez Redondo. 1989. p. 397 y ss.

tica de la modernidad se detecta en el hecho de que la lógica propia de las esferas sistémicas suple a la que debe regir la relación del mundo de la vida, y lo distorsiona; superando los acontecimientos negativos, plantea que es preciso recuperar esos espacios. Entiende que la moral tiene que penetrar la sociedad y restaurar los valores. La moral y el derecho, expresado lingüísticamente, circulando por canales fluidos que garanticen la comunicación, deben racionalizar y legitimar el orden político. La racionalidad comunicativa impregna de un tinte de moralidad a la sociedad en sus distintas esferas, porque la moral es la fuerza que da consistencia, es la base, el cimiento, el soporte sobre el cual se construye el orden social. El mundo de la vida surge y se proyecta por medio de la racionalidad comunicativa. De la misma manera se conforman las esferas ética, política y jurídica. Las luchas sociales y políticas, la opinión pública, los movimientos aglutinantes de la sociedad civil, son herramientas del mundo de la vida en su batalla contra las invasiones sistémicas, porque aún frente a ellas, acosado, confundido, desdibujado, subsiste y resiste.

No es que Habermas desconozca la realidad y la necesidad de las esferas sistémicas del poder y de la economía; simplemente, hace énfasis en la relación problemática que se da entre éstas y el mundo de la vida. Pero no abomina de la modernidad y de la manera como se construyen esos puntales, ni considera viable su derrumbamiento. Esos son elementos de la realidad estatal; así se han conformado en sus formas específicas y representan innegables ventajas; lo que tiene que corregirse es la colonización que se ha operado, de las esferas del valor. El derecho y la política son los medios con los cuales la sociedad civil tiene que lograr la redefinición de las correspondientes fronteras.

### ***3. El Derecho y la Conciencia Moral desde el Horizonte de la Ética Discursiva***

Si el derecho es un medio para el logro del fin de la reglamentación adecuada de las relaciones entre el mundo de la vida y el mundo sistémico, hay que orientarlo porque en la modernidad tan sólo sirve a las metas capitalistas del libera-

lismo. La desviación deriva de que la democracia liberal, define como óptica de la esfera de la autonomía privada, un núcleo de derechos individuales de libertad sí, pero con la sola meta de permitir la defensa de la propiedad; el liberalismo en su primer momento, institucionaliza la esfera del poder y hace posible la autonomía privada, sobre la base exclusiva de las libertades negativas, concebidas como unos derechos humanos fundamentales que giran alrededor de la preservación de la propiedad privada; este es el esquema del derecho de la sociedad burguesa, conformada por un conjunto de propietarios que necesita el conglomerado para la defensa de sus bienes. La misión del derecho en el paradigma liberal es la de legitimar esa realidad. Este tipo de Estado produce como consecuencia la destrucción de la sociedad civil poralizándola en clases sociales y determinando el surgimiento de una masa proletaria. Ante esa realidad reacciona el mismo Estado como ESTADO SOCIAL, buscando minimizar las tensiones, con remedios que no siempre lo son, institucionalizando sistemas de bienestar discriminado.

La concepción Habermasiana del Derecho se apoya sobre las bases de moral y ética comunicativa, desde cimientos que les son comunes. Por eso el primer análisis viene sugerido como el de los conceptos de moral y ética comunicativa.

La racionalidad comunicativa prescribe una peculiar normatividad, indicando a los hombres un comportamiento racional; la conducta humana obedece a un patrón de racionalidad según el cual, las acciones y comportamientos tienen que ser susceptibles de justificación. Excluye pues comportamientos injustificables porque no son racionales. Se construye desde la óptica de un saber comúnmente compartido, no problematizado, que se integra por el mundo de la vida; no se trata de un saber teórico sino de un horizonte previo, ese en el cual se mueve cada uno en interacción con los demás que le son vecinos. En ese ámbito, como antes se dijo, se van compartiendo saberes que permiten el entendimiento y que tan solo se vuelven objeto de conversación cuando de alguna manera se tornan problemáticos.

Racionalidad en Habermas es el concepto de argumentación libre. En los ámbitos normativos no se pueden reclamar certezas objetivas; los consensos intersubjetivos en torno a ellos son ya un logro; es un conocimiento discursivo.

Uno de los problemas fundamentales de la filosofía normativa es el de la posibilidad de inferir un deber ser a partir del ser. David Hume en su "Tratado de la naturaleza humana"<sup>4</sup> expresa que la diferencia entre vicio y virtud no se basa simplemente en una relación entre objetos ni puede ser aprehendida por la razón. Hume considera que los juicios morales equivalen a juicios prácticos acerca de determinados sentimientos del hombre.

Edmund Husserl defendió un nuevo método de conocimiento, la fenomenología trascendental (1859-1959). Por este medio se pueden conocer elementos característicos de nuestra percepción, nuestro sentimiento y nuestra voluntad. Es un método rigurosamente descriptivo. Todo hombre se percibe como individuo y como miembros de diversas comunidades, ambos planos en el mismo nivel horizontal, sin que entre ambos pueda darse prioridad, ni originaria ni cualitativa. En esas percepciones hay elementos de naturaleza universal e invariable, como pensamiento y como sentimiento humano, acerca de lo que es bueno y justo, o malo e injusto.

Desde la fenomenología moral de Strawson, Habermas construye su modelo de ética discursiva. Usufructúa el mundo social, de los sentimientos morales, que como equivalente del mundo objetivo edifica Strawson<sup>5</sup>. Existe ese mundo moral que corresponde a la esfera práctico racional y existen reglas sociales como pilares de ese mundo, como cimientos normativos de la sociedad, con validez transubjetiva, transpersonal, suprapersonal. La universalidad de la regla moral se evidencia cuando, al ser trasgredida, produce sentimientos de repu-

---

4 David Hume "Tratado de la naturaleza humana". Cita de Norbert Hoerster "problemas de ética normativa". Fontanara S.A. 1992, p. 10. Traducción de Ernesto Garzón Valdés.

5 Peter S. Strawson "Libertad y resentimiento". Ediciones Paidós. 1a. edición 1995. Traducción de Juan José Acero, p. 24 y ss.

dio en razón de que se comparte una expectativa normativa que subyace aporoblemáticamente en el horizonte de la vida.

El conocimiento moral en su dimensión práctica, recibe con Habermas una fundamentación discursiva o comunicativa, con apoyo en los PRINCIPIOS "U" y "D", desde los cuales explica CÓMO ES POSIBLE UNA RECTITUD NORMATIVA. Su ética es cognitiva: permite fundamentar con razones las normas o las formas de acción. Los principios "U" y "D" son imperativos formales como acuerdos entre conciencias simétricas isogónicas. Pero en Habermas toda cuestión normativa tiene que ser concebida pragmáticamente como orientación de la acción. El principio cuenta pero también su aplicación tiene significado.

Habermans es Kantiano y siguiendo esa línea ahonda en la naturaleza del mundo práctico humano. El positivismo desecha la posibilidad de explicar racionalmente ese mundo. Habermas presenta una teoría procesal de la validez normativa, lograda en el desarrollo de un proceso argumentativo que permite ese juicio; muestra que así como en la esfera teórica la inducción conduce a la causalidad, en los fenómenos del mundo práctico existe un principio de universalidad que plasma procesalmente la definición acerca de la rectitud normativa de una regla.<sup>6</sup> El consenso sobre la validez de una norma en el caso ideal, surge tan solo si los afectados por la norma reconocen que sus intereses son respetados. El consenso abre pues la posibilidad de nuevas interpretaciones y de nuevas materializaciones de la norma.

Desde Apel, puntualiza el carácter de necesidad que tiene el discurso en la vida humana como resultado de una serie de condiciones presupuestas que constriñen al hombre a proceder de la manera como corresponde a una forma racional de la que no puede sustraerse: es una normatividad procesal de condiciones discursivas, con carácter obligatorio, que derivan del dilema simple según el cual no se puede entrar en el discurso sin estar en él. Es la característica de la inevitabilidad

---

6 Jürgen Habermas "Conciencia moral y acción comunicativa". Ediciones Península. Traducción de Ramón García Cotarelo. 1985, p. 56 y ss.

de las condiciones del habla argumentativa, como cualidad autocontradictoria implícita.

La moralidad occidental es específica de la cultura occidental y Habermas acepta que coexistan otros códigos morales. El carácter universal que atribuye a su concepto moral no tiene significado excluyente: no porque sea formal y universalista, la moral definida mediante el principio de universalidad Habermasiano, es única. El principio "U" de universalidad, significa que la validez de las normas morales, debe ser universal en la medida en que todos tengan la posibilidad de participar en procedimientos discursivos, para reconocer rectitud a una norma que afecte sus intereses.

El principio "U" actúa como una regla de argumentación que resulta de los presupuestos inexcusables del discurso práctico, como condiciones que si son violadas desnaturalizan el consenso nacional. Un consenso no es racional si no garantiza, a todos los potenciales participantes, condiciones ideales de diálogo. "U", pues, como procede la inducción en referencia con la causalidad es el puente que permite llegar al concepto moral. Es una estrategia de defensa de la razón práctica. Las reglas del discurso definen las condiciones que todo aquel que participe en él, tiene que acatar; ellas no son constitutivas ni hacen el discurso; por eso ésta es una concepción procesal y no sustancial de la moralidad. "U" es el procedimiento que se sigue para juzgar una norma: es el procedimiento adecuado para la fundamentación de las normas morales. "He introducido "U" como una norma de argumentación que posibilita el acuerdo en los discursos prácticos cuando se pueden regular ciertas materias con igual consideración a los intereses de todos los afectados. Únicamente mediante la fundamentación de este principio puente podemos avanzar hacia la ética discursiva".<sup>7</sup> Sobre el mismo particular expresa: "Si todo el que participa en argumentaciones entre otras cosas tiene que hacer presupuestos, cuyo contenido puede reflejarse bajo las formas de las reglas discursivas (las de Robert Alexy)<sup>8</sup> y si además entendemos que las normas justificadas tienen como objetivo regular

---

7 Ibidem, p. 86.

8 Robert Alexy "Teoría de la argumentación jurídica".

materias sociales en el interés común de todas las personas posiblemente afectadas, en tal caso aquel que aborda seriamente el intento de comprobar de modo discursivo las pretensiones normativas de validez tiene que aceptar de modo intuitivo condiciones procedimentales que equivalen a un reconocimiento implícito de "U". De las citadas reglas discursivas se sigue que una norma polémica únicamente encuentra aceptación entre los participantes de un discurso práctico cuando "U" es válida, esto es, CUANDO TODOS PUEDEN ACEPTAR LIBREMENTE LAS CONSECUENCIAS Y EFECTOS COLATERALES QUE SE PRODUCIRÁN PREVISIBILMENTE DEL CUMPLIMIENTO GENERAL DE UNA NORMA POLÉMICA PARA LA SATISFACCIÓN DE LOS INTERESES DE CADA UNO. (PRINCIPIO "U")<sup>9</sup> Este principio como procedimiento, sirve para detectar la validez de las normas morales; es exclusivo pues de un ámbito determinado: el de la moral, dentro del lindero de lo práctico. La cualidad que le corresponde es la de la NEUTRALIDAD, que se exige cuando la pregunta del qué debo hacer? involucra a otras personas. La norma moral impone actuar en forma tal que se haga abstracción de los intereses particulares y ese es el sentido de "U"; "U" hace viable que cada participante supere las limitaciones del egoísmo y se coloque en la óptica del otro, de tal manera que con atisbo a condiciones objetivas, haciendo abstracción de intereses particulares, desde la neutralidad, se logre la UNIVERSALIDAD. De ese modo la validez de la norma moral queda condicionada a ese consenso según el cual todos los participantes aceptan una regla que respeta sus intereses. Habermas transforma el monólogo Kantiano en diálogo abierto porque la validez depende de la posibilidad de participación de todos los factibles mundos. Si una norma satisface el principio "U" es ley universal y se proyecta desde el yo al nosotros y a los otros obteniendo fundamentación y valide.

#### *4. Algunas falencias que se han atribuido a su teoría y las respuestas de Habermas*

La teoría de la ética discursiva de Habermas es una DEONTOLOGÍA construida en la línea general de la tradición

---

<sup>9</sup> Ibidem, p. 116.

Kantiana. En la "METAFÍSICA DE LAS COSTUMBRES"<sup>10</sup> Kant diferencia ética y moral aun cuando jamás las denomine de esta manera; establece que la moral tiene que ver con lo justo y no con la felicidad individual porque de los intereses individuales no puede surgir una ley universal como imperativo categórico. Los intereses individuales se plantean como meros imperativos hipotéticos con validez contextual. Kant establece una escisión insalvable entre lo que involucra sensibilidad e intereses particulares y que jamás podrá ser objeto de la moral y lo que es justo y acerca de lo cual por lo tanto se pueden formular discursos con validez universal. Las orientaciones prácticas que tienen que ver con la vida buena las distinguió HEGEL como la ETICIDAD de una comunidad. También para Habermas la moral nada tiene que decir con respecto a la vida buena porque los discursos morales se refieren a cuestiones de JUSTICIA, abstracción hecha de los fines individuales de cada persona y se enderezan hacia la solución justa de los conflictos de intereses en el ámbito interpersonal. El principio "U" es la manera como se resuelven los conflictos en el ámbito normativo moral, con las características de lo universal, justo e imparcial: se pretende una solución justa para todos, con prescindencia de intereses individuales. Por el contrario el ámbito de la ÉTICA es el que concierne a la felicidad o bien común de un conglomerado particular.

Son las ópticas Kantiana y Rawlsiana, de la concepción de la prioridad de lo justo sobre lo bueno. En contra de esta concepción se yerguen los utilitaristas primero y luego los comunitaristas; Macintyre formula su crítica atribuyéndole la crisis de la modernidad, porque al definir la moral, separa la justicia y la vida buena y propone repensar la relación entre la moral y la ética, desde una preocupación central que tiene que ser el problema de la felicidad individual, de los proyectos colectivos concretos y de los propios.

Sensible a tales críticas, Habermas, y desde el principio discursivo que en su amplitud sirve a las otras esferas además de la de la moral, construye otros esquemas formales como

---

10 Manuel Kant "Fundamentación de la metafísica de las costumbres". Crítica de la razón práctica. La paz perpetua. Francisco Larroyo Porrúa, 1995, 8a. edición.

el principio de la DEMOCRACIA, que es peculiar del derecho, y de lo político, y de este modo expande su teoría hasta las esferas de la ética y de la vida buena: es una de las tareas mediadoras del derecho, aliviando tensiones entre lo justo y lo bueno. Desde el principio discursivo "D", se puede deducir no solamente el principio "U" que sirve a la justicia, sino también el de la democracia, que atiende a la solidaridad y de esta manera las obligaciones que reciben validez desde "U" alcanzan reconocimiento en solidaridad, gracias al mecanismo de la democracia y el derecho.

Kambartel<sup>11</sup> reclama cualquier justicia moral, planteamiento de vida humana digna. La concepción Habermasiana, involucra metas de condiciones mínimas de existencia porque entiende que sin ella se desdibujan los requisitos del discurso ideal que supone "U". Un discurso moral tiene que posibilitarse desde una vida humana digna. Pero esta es la sola consideración que de tal aspecto cabe, en una ética procedimental como la Habermesiana porque como tiene que recordarse, en Habermas las condiciones ideales de la argumentación no son factores constitutivos de la moral. Para Kambartel, moral es lo que es esencialmente humano y así presenta un elenco de derechos humanos fundamentales, enriquecidos con derechos económicos y sociales que son los que hacen posible la vida humana digna. Estos mismos, desde la perspectiva Habermesiana, corresponden a una preocupación por la capacidad discursiva, como necesarios para el desarrollo de una verdadera autonomía.

Habermas se ve también enfrentado a HONNET.<sup>12</sup> Como ya se ha venido sugiriendo la filosofía política entiende que la solidaridad es un saber ético. Tanto los saberes morales como los saberes éticos son ajenos al derecho. Amor, derecho, solidaridad, son esferas que pueden ser trasgredidas en la vida de cada hombre y estas, las trasgresiones, suscitan reclamos que Honnet presenta como los epicentros de su teoría del RECONOCIMIENTO. Para Honnet el objeto de la moral es LA IN-

---

11 Kambartel Friederich "Distinciones respecto a la Filosofía práctica". Traducción de Francisco Cortés Rodas.

12 Axel Honnet "Integridad y desprecio". Isegoría No. 5, 1992, p. 78-92.

TEGRIDAD DEL HOMBRE; la manera como se define esa integridad determina el alcance de la moral. Honnet ahonda en la comprensión de la naturaleza humana que no se agota en la esfera del derecho garante y reclama también amor y solidaridad. Se apoya en Hegel y muestra que el reclamo del individuo, se proyecta en tres dimensiones como exigencia no sólo de reconocimiento jurídico sino además afectivo y solidario: esto es, como individuo que hace parte de una peculiar sociedad, (forma de vida). La negativa de reconocimiento en cualquiera de estas esferas determina un óbice para el logro de la meta de la IDENTIDAD HUMANA que es la exigencia mínima de cualquier concepción moral, porque la moral tiene que ver con las tres estructuras y con la manera como puede lograrse la plenitud del reconocimiento.

La explicación de Habermas al respecto, acude a una normatividad que permite trabajar solidariamente en los saberes éticos. El progreso moral es el resultado de una lucha por el reconocimiento. Estos tipos de sentimientos tienen que ver con sociedades particulares, con formas de vida plurales, dentro de una sociedad, dentro de una nación y de todas maneras, las trasgresiones normativas inciden y motivan las luchas y los reclamos grupales, en el ámbito de la sociedad civil, en busca del reconocimiento. Se reconoce, cuando se aceptan pretensiones; pero los reconocimientos que corresponden a la solidaridad, a la concepciones de vida buena, acaecen en el ámbito social. La autoestima depende del reconocimiento que el otro le de a uno en cualquiera de los tres ámbitos, dibujados por Honnet, pero no pueden identificarse todos en el nivel jurídico; alcanzan sí reconocimiento, todas las pretensiones, en el discurso democrático que se desenvuelve en la arena de una comunidad política determinada y logra de este modo matizar el derecho con las normas éticas en un horizonte nacional.

En los "ESCRITOS SOBRE MORALIDAD Y ETICIDAD"<sup>13</sup> Habermas intenta responder en general a las críticas que se

---

13 Jürguen Habermas "Escritos sobre moralidad y eticidad". Paidós. Traducción de Manuel Jiménez Redondo, 1a. edición, 1991.

formulan al principio de universalidad como excluyente de cuestiones de vida buena individual, o de bien colectivo de una sociedad, que son exigidas en cambio, por las éticas comunitaristas. Explica que el concepto de razón práctica le permite diferenciar tres discursos: el pragmático, el moral y el ético y que a los tres, se extiende su concepto de ética discursiva, porque la triada, resulta de la pregunta por el QUÉ DEBO HACER; pero la solución rebasa el plano de lo moral. Nadie con sus acciones puede estorbar a otros y eso es moral. Y ese es el principio "U". Paralelamente, el principio DISCURSIVO "D", se abre también al ámbito de lo ético, es decir a los proyectos particulares de vida buena, que gracias a otro principio, el de la democracia, alcanzan el reconocimiento que les corresponde, en los contextos delimitados, como conjuntos definidos.

Como puede apreciarse Habermas sigue la línea en la que se yergue el imperativo categórico, para concluir con Kant que en él no se puede fundamentar la idea de la felicidad. Pero mientras que Kant y Rawls, en la tarea de la fundamentación del discurso práctico, realizan una trascendentalización de la autonomía moral y desde allí y solo desde allí, descienden a la contemplación de la autonomía política, Habermas formula su crítica a esa concepción que coloca la esfera de los derechos individuales como autonomía privilegiada, porque considera que de este modo, se desmorona la idea de COMPLEMENTACIÓN que es necesaria, porque la legitimación del Estado exige que se coordinen en el mismo plano, los derechos individuales con los que aseguran el mecanismo de la democracia.

LIBERTAD e IGUALDAD son los dos ideales de la modernidad y ninguno puede domeñar al otro. Ese dominio desequilibrante se observa tanto en el comunitarismo desde Hegel, como en el liberalismo individualista que ni siquiera Rawls supera suficientemente. Rousseau subordina la libertad a la igualdad; según su paradigma, para construir un orden igualitario y justo hay que restringir libertades; se alcanza sí, una felicidad pero con sacrificio de la individualidad del hombre. El modelo socialista radicaliza la idea Rouseauniana. Ese radicalismo provoca el resurgimiento del debate que inicia

Rawls con su "Teoría de la justicia" presentando el liberalismo como alternativa para la construcción de una sociedad justa. La revitalización del liberalismo, origina a su vez, la discusión de los comunitaristas. Habermas busca aliviar la tensión, estableciendo un punto intermedio entre los dos modelos extremos, un paradigma que vincule libertades individuales y asuntos de ética, en el plano de la democracia comunicativa.

### ***5.1: La lucha por le reconocimiento en el Estado Democrático de Derecho***

El del acápite, es un texto de Habermas, traducido al Español por el doctor Francisco Cortés Rodas, desde la última obra en "FACTICIDAD Y VALIDEZ". Allí ofrece soluciones específicas al problema de la solidaridad en la política del reconocimiento. Las posturas jurídico filosóficas que traza en el escrito, son consecuentes con su idea de que un sistema de derecho es un complemento necesario a la debilidad del discurso práctico-moral. Habermas continúa la línea Kantiana según la cual en un discurso racional solo se pueden justificar sistemas jurídicos que respondan a elementales exigencias de razón práctica. Tales serían en la concepción Habermesiana las garantías fundamentales de los derechos de la persona y los procedimientos democráticos propios de un Estado de Derecho. La concepción Kantiana acerca de los derechos humanos, dentro de sus múltiples variantes, permite una aproximación de todas ellas al tenor de la idea que se funda en los principios de universalidad y autonomía. El principio de universalidad de los derechos humanos afirma que todos los hombres tienen determinados derechos por el solo hecho de serlo. El principio de autonomía se escinde en autonomía privada y pública. La autonomía privada posibilita la elección del individuo en el ámbito de su bienestar personal. La autonomía pública en cambio, se refiere a la elección que tiene que hacerse en común con otros, en procura de los medios adecuados para la realización de una concepción política de lo justo Y lo bueno.

La teoría Habermesiana del derecho sigue siendo una teoría procesal de la corrección práctica. Es todavía una pretensión de validez procedimental adobada con unas instituciones, como procedimientos, que le son indispensables. Habermas

avanza, superando las iniciales posturas de formalismo y abstraccionismo que ignorarían las exigencias concretas de la vida digna incorporando los derechos que garantizan unas condiciones mínimas que permiten la efectiva participación procedimental del interesado, en la construcción normativa. Las condiciones ideales de la argumentación resultan utópicas si no se posibilitan unas circunstancias isogónicas para los hablantes, porque el hambre, la miseria, el desempleo, la carencia de educación y de salud, son situaciones insalvables de coacción, que desde ellas mismas, desdibujan las condiciones ideales del discurso práctico. El problema así planteado se conecta con la estructura que corresponde a la CONSTITUCIÓN de un ESTADO DE DERECHO y más concretamente, con la definición de un catálogo especial de derechos fundamentales. Esos derechos para Habermas son pues los necesarios para el desenvolvimiento de la autonomía en cualquiera de sus esferas. Caben también los denominados derechos sociales fundamentales, que tutelan la efectividad de un *minimum existencial*. Conjugadas estas categorías de derechos se ve ya plenamente garantizado el desarrollo de la autonomía pública y el de la privada. Cabe puntualizar igualmente que en la concepción Habermasiana la persona es la titular de los derechos porque el fin del Estado es la protección de cada persona como individuo auncuando comprenda que su integridad jurídica y moral se proyecta hacia estructuras de relaciones de reconocimiento recíproco. Habermas demuestra que este paradigma así concebido puede satisfacer también las luchas por el reconocimiento en las cuales se afirman y estructuran identidades colectivas, sin necesidad de que se altere ese esquema fundamental de derechos, ni se cambie a la persona-individuo, como centro de imputación jurídica.

Es verdad que en el ámbito político se disputan bienes con arreglo a fines, y en ese nicho aparecen colectividades que compiten por la distribución. El reparto se materializa en leyes que son discutidas democráticamente y que se estructuran como derecho coercible. El juez y el legislador toman decisiones. Estas decisiones significan un ejercicio de política porque implican actos de voluntad. Las decisiones, como leyes o como sentencias o como actos de gobierno, se plasman con contenidos políticos, de actualidad palpitante, referidos a concepcio-

nes de vida práctica concreta; de esa vida de la sociedad en que se habita y que constantemente se muta en contextos diversos ante coyunturas peculiares de necesidades e intereses. En este mundo de la decisión, de las leyes, de las sentencias y de los actos administrativos, como actividades políticas institucionales, es en donde logra reconocimiento la lucha de las colectividades por su propia dignidad.

Habermas analiza para desechar la propuesta de Charles Taylor<sup>14</sup>, según la cual es preciso corregir los principios liberales con el reconocimiento expreso de unos derechos de las colectividades. Esta concepción, expresa, se origina en un análisis miope de la esencia de los principios liberales y significa una amenaza grave para la autocomprensión moderna de la libertad. El autor comparte la expresión de Amy Guttmann<sup>15</sup> en virtud de la cual la consideración de un reconocimiento público completo exige dos formas de respeto: un respeto por la identidad de cada individuo con independencia de sexo, raza o pertenencia étnica y otro por la forma de vida en la cual se desenvuelve, siendo así que este se yergue como una exigencia apremiante cuando se trata de grupos discriminados. El cuestionamiento se plantea por Habermas para definir si la exigencia del segundo reconocimiento es una derivación del primero, o si entre ambos surge una ineludible colisión. Taylor deduce que el choque entre los dos esquemas es inevitable porque el primero prescinde de las aristas particulares de condiciones de vida buena, al paso que el segundo se apoya precisamente en ellas: la una sería una política de consideración de las diferencias culturales y la otra una de la universalidad de los derechos humanos, con menosprecio por las exigencias particulares de cada cultura.

Tradicionalmente las políticas liberales (Rawls y Dworkin) han exigido neutralidad ética al orden jurídico, concebido como sistema de derechos fundamentales porque consideran que tan

---

14 Charles Taylor "El multiculturalismo y la Política del reconocimiento". Traducción de Mónica Utrilla de Neira. Fondo de Cultura Económico 1993. 1a edición en español, p. 43 y ss.

15 Amy Guttmann en la introducción a "El multiculturalismo y la política del reconocimiento", p. 13 y ss.

solo de esta manera es factible asegurar iguales oportunidades para que todas las personas puedan transitar por el sendero de su propia concepción de vida buena. Los comunitaristas como Taylor; han cuestionado esa neutralidad ética del sistema de derechos fundamentales y aspiran a que el Estado haga otras consagraciones positivas, que en casos necesarios concedan privilegios a determinadas concepciones de vida buena. Habermas en cambio, sostiene que una bien entendida teoría del sistema jurídico, correspondiente a un Estado de Derecho permite posturas solidarias frente a las diversas formas de vida sin necesidad de otros esquemas jurídicos. En desarrollo de su idea, se refiere al postulado según el cual los titulares de los derechos subjetivos tienen una identidad que se ha plasmado en medio de procesos intersubjetivos de socialización; el derecho protege la autonomía de cada persona, precisamente para que ella logre su realización en el entorno de su peculiar anhelo de vida buena. Se distinguen así la autonomía pública y la privada; aquella complemento de ésta; ambas indisolublemente unidas. La autonomía pública o autonomía ciudadana, permite discutir en la esfera política, y plasmar como leyes, mediante los procedimientos democráticos, esos acuerdos concretos que materializan el principio por el cual **COSAS IGUALES HAN DE SER TRATADAS IGUALMENTE Y COSAS DIFERENTES DE MANERA DIFERENTE**. Esta es la esfera de la autonomía pública, en la que los destinatarios del derecho alcanzan sus metas porque son a la vez legisladores. Es la concepción Kantiana del poder legislador.<sup>16</sup> Y es también el principio "D" de Habermas.<sup>17</sup> Válidas son las normas de acción que puedan aceptar todos los posibles interesados como participantes en discursos racionales. Así y como una conjugación del ejercicio de la autonomía pública y de la privada, el sistema de derechos se ve permeado por las diferentes formas de vida, sin que sea necesario introducir nuevas estructuras jurídicas para el logro de su reconocimiento. En el horizonte político se agitan luchas de movimientos sociales líderes que reclaman una correspondencia real entre la igualdad jurídica y la fáctica; pero si la normatividad jurídica intentara nivelar las condiciones fácticas de la vida buena, no haría más que

---

16 Manuel Kant. "Metafísica de las costumbres".

17 Jürguen Habermas "Conciencia moral y acción comunicativa", p. 117.

perturbar el espacio de libertad, que es indispensable a la persona para el logro pleno de su autonomía privada.

### **5.2: La lucha por el reconocimiento.**

#### ***Los fenómenos y niveles de su análisis***

Habermas, en torno a la problemática que enuncia el acápite, expresa que los movimientos de emancipación que soportan desigualdades sociales y económicas; se diferencian entre sí, a pesar de que conceptualmente les aproxime su resistencia a la opresión y la activa lucha por el reconocimiento. Distingue cuatro estructuras de estos fenómenos: el feminismo, las minorías étnicas y las culturales oprimidas, el nacionalismo, el eurocentrismo y el predominio de la cultura occidental. Por lo que respecta al feminismo aduce que es una lucha contra una forma de vida que le niega la igualdad de derechos; que cuando logra el reconocimiento, cambia la misma identidad colectiva de las relaciones entre los sexos porque permea también la autocomprensión de los hombres y significa una mutación de valores en la sociedad; se matiza tanto la esfera privada como la pública; cambian los papeles de la mujer y el hombre. Los movimientos de emancipación también buscan borrar fronteras injustas, y para lograrlo tienen que modificar la autocomprensión de la cultura mayoritaria. Ese reconocimiento sin embargo, deja intactos los conceptos autocomprensivos de las otras formas de vida. El nacionalismo es otro fenómeno diferente y adviene cuando los pueblos se comprenden a sí mismos como grupos afines, como protagonistas comunes de una historia y reclaman entonces la identidad, no solo como formas de vida, sino como ESTADO-NACIÓN, capaz de desempeño político, autónomo. El último de los fenómenos implica una lid en el espacio internacional; en este ámbito se trazan abismos de reconocimiento negado entre oriente y occidente y entre los países del primer mundo y los del tercero.

Taylor, en relación con esta problemática, se pregunta por UN DERECHO de las minorías despreciadas y exige que se produzcan leyes que hagan efectivos esos reconocimientos en las sociedades complejas. Traslada pues el cuestionamiento al campo de lo jurídico. Otra es la postura de Habermas, para

quien el Estado de Derecho se matiza éticamente en una absorción progresiva de los cambios, producidos en la forma de vida generalizada en cada nación y de este modo, por medios democráticos, esas minorías despreciadas alcanzan el reconocimiento.

### ***5.3: La impregnación ética del Estado de Derecho***

Habermas apunta que entiende por ética: cuando hace referencia a las concepciones de lo bueno y que la ética es cuestión ajena a la moral porque si se trasladaran estas cuestiones a su órbita, la moral tendría que proponer una interrogación de lo bueno para todos, de igual manera, lo que implicaría un juicio desde una forma de vida concreta hacia una totalidad universal. Lo bueno no puede tener una expresión distinta que la correspondiente a la primera persona: lo bueno para mí o para nosotros. El autor avanza precisando que este aserto no significa que las cuestiones políticas de tipo ético tengan que ser erradicadas del foro democrático: los aspectos éticos no pueden tener relevancia en la normatividad moral pero las normas de derecho rigen contextos de interacción de una sociedad concreta; se imponen como decisiones de un legislador local y regulan relaciones intersubjetivas que atisban a bienes concretos de la vida en un territorio deslindado geográficamente; los suyos son, así, ámbitos de validez perfectamente delimitados, las leyes son programas de vida buena, colectivos y obligatorios. De esta manera puede aseverarse que cada sistema de derecho positivo, como conjunto de normas impuestas, es la expresión de una forma particular de vida. Las leyes en las democracias materializan un proceso racional de formación de la opinión y de la voluntad de todos los ciudadanos. Ellas reflejan las cuestiones ético-políticas trascendentes en la identidad colectiva de la respectiva forma de vida de los ciudadanos de una nación. A causa del contenido de esas leyes se pueden suscitar luchas culturales lideradas por las minorías despreciadas, enfrentadas a una cultura mayoritaria opresora, hasta lograr su reconocimiento con la progresiva penetración de su propia ética en la forma de vida de la comunidad y finalmente en el derecho positivo. Las personas que se congregan en un estado, van encarnando formas de vida culturales que son el resultado de los ejercicios democráticos. Si cambia el conjun-

to básico de ciudadanos, cambia el horizonte en donde tienen lugar los discursos ético-políticos y acerca de las mismas cuestiones se producirán consensos diversos que plasmarán otros resultados en el derecho. La teoría de los derechos no prohíbe a los ciudadanos del Estado democrático de derecho hacer valer una particular concepción del bien, en su Estado, si lo obtienen democráticamente. Lo que prohíbe es que en el Estado se concedan privilegios a una forma de vida y se desprecie otra. El binomio Estado-Ideología asesina la libertad.

#### ***5.4: Coexistencia en igualdad de derechos vs. tipos de protección***

Queda clara en la concepción Habermasiana la idea de que las sociedades multiculturales deben garantizar canales fluidos, como estructuras institucionales que posibiliten y fomenten las argumentaciones políticas en condiciones de igualdad y autoentendimiento, para que el proceso democrático discorra normalmente hacia la producción de un derecho matizado de contenido ético que garantice la coexistencia pacífica en igualdad de derechos de las diversas formas de vida culturales y que PARA CONSEGUIR ESTE OBJETIVO NO SE NECESITA CONCEBIR NINGÚN PRINCIPIO FUNDAMENTAL RIVAL. Concluye así el autor, que la coexistencia en igualdad de derechos de las diversas maneras de vida en una sociedad multicultural no necesita ser asegurada por UNOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LAS COLECTIVIDADES, que serían no solo innecesarios sino cuestionables porque la protección de las formas de vida tiene significado tan solo si se las concibe como nichos capaces de propiciar el desarrollo pleno de la personalidad. Que no se puede pensar en la protección de las formas de vida como si se protegieran especies porque ese punto de vista ecológico encuentra repudio frente a la consideración de la libertad humana. Las tradiciones se reproducen libre, espontáneamente y tan solo porque convencen y satisfacen a quienes las abrazan.

#### ***5.5: Inmigración, ciudadanía e identidad nacional***

El tema de la inmigración es de actualidad general en la comunidad europea. Toda Europa extiende un manto de hos-

tilidad hacia los extranjeros, especialmente si provienen de los países del tercer mundo. Habermas busca responder la pregunta de si el bloqueo contra inmigrantes encuentra alguna justificación. Acepta que la autocomprensión ético-política de una nación resulta afectada por los movimientos de inmigración porque como viene de expresarse, el fenómeno cambia el horizonte de discusión ciudadana en un sentido ético cultural. Podría pensarse que la negativa a admitir la inmigración encuentra apoyo en la idea de un factible "derecho" de una comunidad política a mantener su integridad, como derecho a la autodeterminación matizado como reclamo de la autoafirmación de la identidad de una nación. Desde la perspectiva de la sociedad que recibe al inmigrante cabría preguntarse cuáles serían las condiciones legítimas de ingreso; y ahondando: bajo cuáles circunstancias podría un Estado negar la nacionalidad a quienes reclamaran tal derecho. Aún más: cómo podría exigir un Estado de derecho a sus ciudadanos que recibieran a los inmigrantes aún a riesgo de la identidad de su propia forma de vida.

Habermas presenta una respuesta que distingue entre dos niveles de exigencia. Un primer nivel reclamaría que el inmigrante diera su aprobación a los principios constitucionales; al paso que una segunda etapa impondría su aculturización, el ejercicio de la forma de vida del país con sacrificio de la suya propia. El autor concluye que el Estado democrático tiene que deslindar con precisión las fronteras de los dos niveles de exigencia y que solo puede esperar la integración política, en el primer sentido, pero que con respecto a la segunda exigencia apenas le cabría anhelar pragmáticamente que el inmigrante o su segunda generación adhirieran espontáneamente a la forma de vida cultural de la nación. Es pues verdad, expresa, que el derecho a la autodeterminación democrática incluye el derecho de los ciudadanos al mantenimiento de su propia cultura política; pero y ante la consideración de que la identidad de una comunidad no puede ser congelada a largo plazo con mecanismos jurídicos, los inmigrantes no podrían ser obligados a abandonar sus propias formas de vida y de esta manera se ampliaría inevitablemente el horizonte de discusión política, con el acaecer de la renovada composición de los sujetos de la democracia.

Subsiste otra pregunta en el discurso Habermasiano: QUIÉN TIENE DERECHO A LA INMIGRACIÓN? El derecho individual al asilo político encuentra fundamento en la garantía constitucional que se tipifica como protección de la dignidad humana y en las garantías de protección jurídica. La convención de Ginebra en su artículo 33 expresa que puede considerarse como persona con derecho al asilo a todo aquel que huye desde países en los cuales su vida o su libertad esté amenazada a causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social o por sus convicciones políticas". Hoy la definición, se extiende a otros conceptos. Pero la inquietud principal es la masa de inmigrantes de trabajadores pobres que provienen de los países del tercer mundo. Habermas afirma que desde una perspectiva moral, tendría que reconocerse el asilo también a estos buscadores de una existencia digna. Pero que esas razones no logran estructurar un DERECHO. Si justificarían en cambio un deber que por lo demás no puede limitarse a las conveniencias económicas del país que acoga, sino que debe determinarse según criterios que sean aceptables desde la autocomprensión de todos los interesados.

### ***6. La pregunta por el Derecho***

La moral como discurso presenta falencias desde el punto de vista cognitivo, motivacional y práctico. Algunos individuos son sordos a sus discursos; otros solo actúan al impulso de la coacción y finalmente los problemas de magnitud exigen instituciones con medios apropiados para su solución: el hambre, la miseria, los niños de la calle, la pobreza absoluta, reclaman las estrategias propias del Estado y del derecho. Desde el campo cognitivo práctico, el derecho si puede construir las instituciones necesarias que permitan coordinar las acciones y solucionar las falencias indicadas. Habermas ofrece el principio discursivo "D" y la forma del derecho para lograr mediación entre la moral y la política.

Una mirada a la historia permite descubrir que el derecho se apoyó en concepciones religiosas desde las cuales obtuvo fundamentación. En la modernidad, por razones obvias desaparece ese apoyo que viene siendo sustituido por la fundamentación Kantiana, como perspectiva de un derecho natural racional, base legitimante de un orden legal. Los indi-

viduos como actores racionales deponen sus intereses particulares, se separan de su naturaleza fenoménica y participan en la construcción del reino de la libertad, desde el cual adquieren autonomía construyendo sus leyes. La razón práctica edifica las leyes del mundo nouménico, mundo de la racionalidad práctica. Así fundamenta Kant el concepto de autonomía moral, según el cual el hombre como ser autónomo y racional, tiene por naturaleza una serie de derechos innatos que deben ser respetados en cualquier proceso de constitución de un Estado de Derecho porque son los que protegen su autonomía moral. De esta manera, introduce desde la moral hacia el derecho y la política, una serie de restricciones para la ulterior construcción de sus propias esferas. Como reacción a este derecho natural Kantiano de carácter idealista, surgió en la historia, el DERECHO AUTÓNOMO, o POSITIVIZADO, que desde los cimientos de su teoría proclama la independencia entre la moral y el derecho.

Detrás de Kant y en su misma dirección, Rawls establece una radical diferencia entre la autonomía privada y la pública y concede predominio a la primera: las libertades civiles le son presupuestas a las libertades políticas; Rawls pone en vigencia a Kant: cuando se va levantando el velo de la ignorancia, de todas maneras tiene que sujetarse ese desvelamiento, a las libertades negativas; para los ciudadanos Rawlsianos la Constitución es algo que se recibe ya hecho desde la posición original; no conciben pues la Constitución como un proyecto sino como algo cerrado y por lo tanto todos sus procesos, se limitan a reproducir esa tradición liberal. En "La justicia como equidad" Rawls expresa que las condiciones de lo justo se extienden en cuatro etapas y que de esta manera el ideal de una Constitución justa no es un proyecto cerrado porque los hombres que viven bajo su régimen ganan autonomía. A pesar de sus avances dinámicos, Rawls no puede abolir el rango de unos derechos privilegiados, unos derechos definidos desde la posición original, que confieren un mayor peso a la autonomía privada sobre la pública; se mantiene la autonomía moral como prioridad de lo justo sobre el bien.

El paradigma Habermasiano entiende en cambio que un proceso democrático debe asegurar al mismo tiempo la

autonomía privada y la pública. En su último libro "FACTICIDAD Y VALIDEZ", Habermas presenta una interpretación procedimental comunicativa del derecho y la democracia. Desde la idea Kantiana, precisa que los sujetos solamente pueden lograr autonomía si participan en unos procesos democráticos fluidos y transparentes, tan eficaces como instrumentos, que les permiten considerarse a sí mismos como sus propios legisladores.

El derecho y la política no pueden ser contrarios a la moral pero son independientes de ella. Cada una se ejerce de manera diferente. El principio democrático que se construye desde el principio discursivo "D" es el que fundamenta: LOS DERECHOS HUMANOS, LOS DERECHOS POLÍTICOS, LOS DERECHOS QUE ASEGURAN LA IGUALDAD DE TRATAMIENTO, LOS DERECHOS POLÍTICOS QUE PROTEGEN LA PARTICIPACIÓN y la GARANTÍA DE VIDA HUMANA SOCIAL Y ECOLÓGICA. La tesis central del paradigma Habermasiano del Derecho es la de que los derechos subjetivos de acción, son condiciones necesarias que posibilitan la autonomía política, sin limitación alguna, de cualquiera instancia que pudiera ser considerada superior. Este paradigma lo enfrenta Habermas a dos modelos de Estado: el de Rawls y el de Taylor.

Desde la perspectiva de los derechos fundamentales de la persona y a partir de los procedimientos e instituciones de la democracia, la ética del discurso realiza la teoría del reconocimiento en la praxis del Estado democrático de derecho.

### ***7. La validez del Derecho en la concepción Habermasiana***

Históricamente la filosofía ha trazado un abismo entre la teoría del derecho y la teoría política. El teórico de la política se propone caracterizar el Estado justo; su teoría no pretende ofrecer una definición del derecho ni un estudio acerca de su estructura; de esta manera separa la ciencia jurídica y construye exclusivamente una teoría de la justicia. Una teoría política indaga en esencia por la cuestión de la LEGITIMIDAD buscando responder el interrogante del por qué se debe obedecer al Estado. Ese cuestionamiento se anuncia como el de

la OBLIGACIÓN POLÍTICA y puede señalarse como el punto tensionante, entre las diversas concepciones, acerca de la conexión entre la teoría política y la teoría del derecho.

Para el positivismo jurídico el derecho no impone obligaciones dado que la obligación pertenece al ámbito de la moral. Esta corriente equipara el derecho con la fuerza y de esta manera le hace un esguince a la idea de obligación porque si el derecho es solo fuerza, jamás habrá obligación de obedecerlo. En cambio, un enfoque moral de la teoría jurídica, propone la interacción constante de la obligación y del derecho, como elementos integrantes de un sistema jurídico cabal.

Habermas conecta la teoría jurídica con la teoría política y logra ofrecer un esquema adecuado de la obligación de obedecer el derecho. Busca demostrar que el derecho es algo más que la fuerza, sin caer en la aporía que identifica el derecho con la moral. Su teoría representa un logro indudable en el camino tortuoso y esperanzado que cualquier jurista recorre, en la búsqueda de valores objetivos y en el cual, la atmósfera del desaliento es el horizonte general.

El eterno tema de las relaciones entre la moral y el derecho sigue siendo el meollo de la ius filosofía. Dos posiciones básicas, la positivista y la no positivista, se enfrentan: aquella separa derecho y moral porque según su concepción no existe conexión conceptual necesaria entre estas entidades: entre el derecho que es y el que debe ser. Hans Kelsen es el clásico del positivismo jurídico y su lema se condensa en esta expresión: "Por ello cualquier contenido puede ser derecho".<sup>18</sup>

La misma idea de obligación política incide en el cuestionamiento, acerca del por qué el juez tiene obligación de aplicar el derecho. Esta pregunta no la contestan ni Hart ni Dworkin. Hart como el adalid Americano del positivismo jurídico, admite sin embargo que hay un *minimum ético* como contenido del derecho.<sup>19</sup> Dworkin<sup>20</sup> concluye que las decisiones judiciales son legítimas si se apoyan en la teoría demo-

---

18 Hans Kelsen "Teoría pura del derecho". Traducción de Moisés Nilve. 6a. edición, 1969.

crática liberal. De este modo incorpora la teoría política como un test de validez jurídica del derecho. Es que frente a los casos difíciles, a los conflictos insólitos, se agudiza la pregunta por el concepto del derecho y por sus relaciones con la moral, para indagar, si además de la legalidad como conformidad con el ordenamiento, y de su eficacia social, el derecho tiene que contener elementos morales. En la alternativa del nuevo paradigma del derecho de Habermas, su concepto aglutina legalidad, eficacia social y contenido correcto.

Toda la filosofía moderna vuelca su peso para las indagaciones a que se viene aludiendo, en un renacimiento de la razón práctica que fue desplazada por la razón teórica, cuando se quiso aplicar el método de las ciencias exactas al entendimiento de la conducta, al ámbito normativo y valorativo. En este lindero, más que en cualquiera otro no se pueden reclamar certezas objetivas y es significativo como logro, el consenso intersubjetivo. Es pues un CONOCIMIENTO DISCURSIVO DE LAS NORMAS.

El positivismo Alemán encuentra hoy uno de sus más preclaros doctrinantes en Ota Weimberger quien critica acerbamente las teorías del consenso; según su expresión, es completamente infundado y en extremo desorientador suponer que los resultados del discurso ideal sean tesis verdaderas o criterios prácticos correctos (fundamentados racionalmente). Los discursos fecundizan el pensamiento pero no ofrecen ninguna garantía de conocer la verdad o la corrección. Ningún camino conduce, de la opinión de los participantes en el discurso, a la verdad objetiva o a la corrección, puesto que una fundamentación, aunque sea general o mayoritariamente aceptada de ninguna manera prueba que sea verdadera o correcta.<sup>21</sup>

---

19 H.L.A. Hartb "El concepto del derecho". Traducción de Genaro R. Carrió. Abeledo Perrot, 2a. edición, reimpresión, 1977.

20 Ronald Dworkin "Ética privada e igualitarismo político". Traducción de Anthony Domenech, 1a. edición, 1993.

21. Ota Wimberger. "Norm und institution" Manz Verlag Wien 1988. Cita de Robert Alexy "Teoría del discurso y derechos humanos" Universidad Externado de Colombia. Traducción de Luis Villar Borda, 1a. Edición, abril 1995, p. 10.

Jurgen Habermas desarrolla una teoría consensual de la verdad y la corrección. El consenso es indicio importante de una y otra cualidad, en normas y proposiciones, como no cabe pensar en un mal universalmente consentido. En la misma línea de pensamiento Robert Alexy presenta una concepción de la filosofía del derecho, de su concepto y validez de honda raíz Kantiana, en la cual se reconoce con matices inconfundibles la teoría del discurso de Habermas. Alexy introduce ese tipo específico de racionalidad en la discusión de las cuestiones concernientes al derecho y la política, en la cual campean nociones como esta de la COMUNIDAD IDEAL DE DIÁLOGO de Jurgen Habermas.

Hans Kelsen jamás aceptó este punto de vista. En su última obra "La teoría de las normas" publicada en 1979 apunta que no hay una lógica jurídica específica diversa de la general o formal que se aplica indistintamente a proposiciones descriptivas o a normas descriptivas. Luis Villar Borda en la introducción que hace a la presentación de Robert Alexy, en la Universidad Externado de Colombia, en 1995, recuerda la expresión de Solón: "No hemos dado a Atenas la constitución mejor sino solamente la más justificable"<sup>22</sup>.

Como antes se dijera, el problema de la fundamentación del derecho se agudiza, cuando quien le tiene que conferir objetividad, se enfrenta a casos polémicos, difíciles, conflictivos asaz, porque entonces tiene que interpretarlo. La interpretación jurídica es y no puede ser otra cosa: un discurso racional.

En un análisis histórico del pensamiento jurídico, cabe diferenciar con Alexy, los que él denomina y presenta como MODELOS DEL DERECHO. Alude a un primer modelo que denomina DEDUCTIVO y que sintetiza como una mera subsumción abstracta de hechos, en normas positivizadas, para concluir que en la actualidad este sistema no tiene adeptos. Es el modelo de la exégesis que resulta desueto, aún ante la mera consideración de que quien aplica el derecho desempeña una actividad creadora.

---

22 Robert Alexy, op. Cit. p. 27.

Un segundo esquema jurídico se representa como el **MODELO DECISORIO**: es el esquema de la línea de Austin, Kelsen y Hart, según el cual el juez sólo debe aducir reglas extrajurídicas, cuando las mismas leyes autorizan su arbitrio, permitiéndole un espacio de libertad. El juez con respecto a los casos difíciles, actúa como legislador, resolviendo un problema que ya no es solo jurídico sino también político. Resuelve libremente y su decisión se apoya en un acto de voluntad que por consiguiente es político y no jurídico. Se establece el divorcio entre ambos conceptos.

Un tercer modelo sería el **HERMENÉUTICO** cuyo representante más destacado es Arthur Kaufmann<sup>23</sup> quien traslada a la filosofía del derecho el pensamiento Gadameriano de la interpretación y la comprensión del círculo hermenéutico; en especial, como movimiento de curvatura, entre precomprensión y texto, parte y todo, normas y hechos. Cualquiera de los otros dos modelos que se van a presentar, encuentra sólido cimiento en la hermenéutica como teoría de la estructura del entendimiento. Pero con apoyo en ella, o desde ella, avanzan en la búsqueda de la posibilidad de la demostración de la **CORRECCIÓN**, falencia que cualquiera de ellas enrostra a la concepción de Gadamer.

El cuarto modelo es el de **LA COHERENCIA** que apoya su idea en la unidad sistemática y que encuentra su protagonista en Ronald Dworkin. Es caso un holismo jurídico, según el cual todas las premisas están contenidas en el sistema jurídico, aun cuando a veces se hallen ocultas y necesiten ser descubiertas. Dworkin avanza notoriamente en una postura Gadameriana que a la postre complementa con esta idea de la coherencia como fundamento de la **CORRECCIÓN**. Las expresiones de Dworkin encuentran eco en las presentaciones de Niklas Luhmann.

El último de los modelos se presenta como **UNA TEORÍA DISCURSIVA DEL DERECHO** y es el que estructuran Habermas y Alexy. Se busca responder al problema de la corrección de

---

23 Arthur Kaufmann "La filosofía del derecho en la post modernidad". Traducción de Luis Villar Borda. Temis, 1992.

una interpretación y de la racionalidad de sus fundamentos. Se parte, como se viene iterando de una teoría analítica de la argumentación jurídica y de un análisis de su estructura. El discurso práctico consiste en poder discutir racionalmente acerca de problemas prácticos: qué es lo debido, lo permitido, lo prohibido, lo buen o lo malo. Habermas, como se ha iterado, distingue los discursos morales de los éticos, a partir de una relación entre lo moral y lo deontológico y lo ético y lo teleológico; pero es indudable que en el derecho y su discurso, los argumentos teleológicos cobran relevancia preponderante y así lo reconoce. La teoría del discurso es una teoría procesal de la corrección práctica, según la cual una norma es correcta y por lo tanto válida, si puede ser el resultado de un procedimiento que se estructura como el ideal discurso práctico racional, con carácter dialógico, en condiciones de IMPARCIALIDAD y neutralidad, que logra por la combinación de las garantías de IGUALDAD Y LIBERTAD, en un desenvolvimiento argumentativo. Tanto Alexy como Habermas reproducen a nivel de procedimiento argumentativo, las ideas liberales de la universalidad y la autonomía de Kant. Cuando cada quien puede decidir con libertad e igualdad, lo que acepta, surge como sello de corrección el consentimiento universal. Desde una idea de aceptación universal, lograda en un procedimiento limpio, puro, neutral, imparcial, dialógico, hay un camino deductivo hacia la consecución del concepto de corrección y de validez. A la base de toda construcción procedimental de la verdad y la corrección, tiene que descubrirse siempre el principio del poder legislador de Kant: "por consiguiente, la voluntad concordante y conjunta de todos, en cuanto cada uno decide para todos y todos para cada uno, esto es la voluntad colectiva del pueblo, es la única que puede ser legisladora".<sup>24</sup>

En dirección diversa a la de Habermas, estaría Carlos Nino<sup>25</sup> con su "Constructivismo ético" presentado como única alternativa de fundamentación del discurso moral, explicaciones evolutivas. Para Habermas en su constructivismo epistemológico, es suficiente un argumento trascendental débil, cuya

---

24 Manuel Kant "La metafísica de las costumbres", p. 138.

25 Carlos S. Nino "El constructivismo ético" Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.

debilidad radica en la imposibilidad de ofrecer una fundamentación definitiva infalible de los hechos normativos porque la suya es apenas la presentación falible, del contenido normativo fáctico que se logra por medio de unos presupuestos de argumentación, insolayables. Según expresión del mismo Habermas<sup>26</sup> el argumento trascendental no consiste en que se deduzcan normas de hechos, sino en que se reconstruya una praxis en la que cada uno al menos rudimentariamente participa, desde la perspectiva que cabe a un participante. Habermas presenta el derecho como el mecanismo por medio del cual se relacionan las esferas sistémicas y el mundo de la vida, organizando los ámbitos del mercado, la administración, la reproducción cultural, con normas producidas en un sistema, él mismo, creador de los mecanismos productores: hay un derecho para el derecho. El derecho regula su propia creación y aplicación en un sistema cerrado verificable, aunque falible. Esos mecanismos de producción del derecho son los que tienen que proyectarse, con las cualidades del discurso ideal, para que se especifiquen como los procedimientos democráticos que permitan el ejercicio popular de la autonomía política.

La primera presentación que hace Habermas de su paradigma comunicativo del derecho, acaece cuando elabora una alternativa de mediación, entre las tensiones del liberalismo puro y el comunitarismo extremo, de la manera como viene de presentarse inmediatamente antes. Se vio pues que Rawls aún mirado desde sus logros dinámicos no puede superar el esquema de libertades privilegiadas, según el cual la autonomía política se subordina a la pública. En el concepto Habermasiano de los derechos, cualquier prioridad desaparece. Taylor exige la consagración jurídica de formas de vida preferenciales y la extensión del concepto de centro de imputación jurídica, más allá de la persona y hasta ciertas comunidades. La de Taylor es la preponderancia de la autonomía política sobre la privada. Habermas presenta un esquema complementario de autonomía privada y pública. No se pueden reducir a un rasero común las concepciones de vida buena. La autonomía ético-política y jurídica, desde un horizonte heurístico de moral, da

---

26 Jürgen Habermas. "Escritos sobre moralidad y eticidad".

validez al derecho, como medio que permite a la esfera comunicativa del mundo de la vida, proyectarse, reproducirse, usufructuar inclusive los ámbitos sistémicos porque los matiza de las concepciones de vida buena, propias de las diversas formas de vida que componen el ámbito de validez espacio-temporo-personal de cada nación. El derecho es un medio para lograr felicidad en libertad y encuentra fundamentación en su producción autolegisladora, concebida como democracia efectiva. Ese discurso democrático efectivo, es el que significa la corrección de su normatividad.

Las esferas del derecho y de la política son autónomas frente al ámbito de la moral, pero no se desconectan definitivamente. La legitimidad que se obtiene en los ámbitos del derecho y la política, no puede contradecir los principios y fundamentos del universalismo moral. Hay una comunicación funcional entre las esferas. Esta es la manera como Habermas fundamenta el derecho desde la moral.<sup>27</sup>

Los principios que se integran en el sistema jurídico, como constitutivos de la política legislativa, son los que encuentran una justificación racional en la comunidad humana que conforma la nación. Reciben fundamentación, obtienen validez como normatividad constitucional orientadora, cuando se positivizan como tales, mediante los procedimientos democráticos adecuados, para que logren responder al principio discursivo y al principio de la democracia. LA AUTONOMÍA DEMOCRÁTICA ES EL ÚNICO FUNDAMENTO NORMATIVO DEL MODERNO ESTADO DE DERECHO, en la concepción Habermasiana. Esto lo expresa muy bien el profesor Guillermo Hoyos en el trabajo que se viene referenciando: "El Habermasiano es un discurso específico sobre la política que distingue el principio de democracia de un sentido fuerte de moral y apoya la lagitimidad del derecho en su origen en procesos políticos. El Estado de Derecho es pues una articulación necesaria de la democracia".

---

27 Guillermo Hoyos Vásquez "Ética discursiva derecho y democracia". Revista análisis político No. 20, septiembre a diciembre de 1993. Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales, U Nacional de Colombia, Bogotá.

En su último libro aún sin traducir al castellano "FACTICIDAD Y VALIDEZ", Jurgen Habermas, 1992, distingue entre moral y derecho y hace una presentación autónoma del PRINCIPIO DE LA DEMOCRACIA. La génesis lógica del derecho comienza en los movimientos sociales y en los procesos de participación democrática, porque es allí donde se lo construye discursivamente, para ofrecer como resultado normas jurídicas con especificidad ética. Hay pues casi un movimiento inverso al que acusó la modernidad como vicio, cuando el mundo sistémico colonizó el mundo de la vida. El derecho relaciona comunicativamente espacios mundovitales, con el poder, la administración y la economía y los matiza éticamente. La legitimidad de esta función, se garantiza por la pureza del procedimiento comunicativo en la elaboración del producto: la ley, la sentencia, logradas por medio del proceso democrático adecuado. El derecho es pues un sistema fáctico de acción que da sentido cabal a la sociedad.

Lo que logra dar autonomía a la política y al derecho con respecto a la moral, es la estructura plena que obtiene el principio de la democracia, en el paradigma Habermasiano. Según este principio: "solo son válidas aquellas normas jurídicas con las que pudieran estar de acuerdo como participantes de un proceso legislativo discursivamente concebido todos aquellos sujetos de derecho que de alguna manera pudieran ser afectados por dichas normas".<sup>28</sup>

El principio de la democracia se puede vincular al uso teleológico, ético-político de la razón práctica, que como se ha venido expresando, es diverso del uso moral. Así se consigue la autonomía de la democracia y del derecho. Ciertamente la moral es criterio definitorio insustituible de la corrección y no puede quedar excluida de cualquier procedimiento de comunicación pública. Todavía más: la mayoría de los contenidos del discurso moral (asesinatos, secuestros, robo) se plasman en los códigos como derecho válido. Pero la validez de una y otra normatividad difiere. Convergen cualquiera de los dos tipos de fundamentación, en el único sustrato material norma-

28 Francisco Cortés Rodas "El liberalismo y la democracia deliberativa". Medellín, 9 de junio de 1996.

tivo, pero hay autonomía conceptual en cualquiera de los ámbitos. También se da una unidad genérica discursiva porque cualquiera de los dos conceptos de validez, el de la moral y el del derecho, se apoyan en el mismo principio genérico discursivo "D". Pero no hay confusión entre los ámbitos regidos por cada especie de normatividad. Jamás los discursos jurídicos pueden ser concebidos como partes de argumentaciones morales.<sup>29</sup> Habermas explica que la legitimidad de las normas jurídicas se valora en una teoría discursiva del derecho con apoyo en lo razonable del procedimiento democrático, que sustenta la legislación como proceso de mayor complejidad que la que corresponde a una argumentación moral. El procedimiento jurídico es más complejo porque cuenta con mediaciones como la disponibilidad, la pertinencia y la relevancia de las informaciones, la equidad en la interpretación de las situaciones, lo convincente de las razones, lo razonable de las discusiones, lo auténtico de las valoraciones, la justeza de los compromisos. Todo esto debe ser incorporado en los procesos democráticos.<sup>30</sup>

La moral entonces rige un plano de interacciones informales entre personas particulares y el derecho rige relaciones entre personas, pero concebidas como sustrato de la respectiva categoría jurídica, como centro de imputación de derechos. "El sistema de los derechos, que asegura simultáneamente la autonomía privada y la pública de los asociados es interpretado y conformado en el proceso democrático de la legislación y en el proceso de la aplicación imparcial del derecho".<sup>31</sup>

El derecho pues en su concepción discursiva se independiza de la moral y su normatividad encuentra fundamento y validez en su origen democrático y en su correspondencia con los procesos de creación y aplicación. Los derechos humanos que se plasman, que se concretan en normas, no son patrimonio abstracto del género humano, sino garantías que obtienen

---

29 Jürgen Habermas "Facticidad y Validez", p. 283, cita de Guillermo Hoyos Vásquez en el trabajo que se ha referenciado.

30 *Ibidem*, p. 287

31 *Ibidem*.

desarrollo legislativo para su efectividad. Se vincula la autonomía subjetiva con la autonomía política y se obtiene una realización personal y solidaria.

### **8.- *El reencuentro de la felicidad con la libertad en el Derecho Habermasiano***

Bueno solo puede ser el hombre y lo que a él concierne, como sus cualidades o sus acciones.

La idea de un derecho suprapositivo pierde actualidad práctica, frente a las constituciones modernas que presentan un catálogo completo de derechos humanos y que se preocupan desde ellas mismas, por llamar a regir por delegación, legislaciones supranacionales sobre la materia, cuando alcanzan consenso universal, en organizaciones supraestatales.

Es desde esta óptica como resulta relevante, la presentación del paradigma Habermasiano, de la fundamentación del derecho en la construcción de UNA VERDADERA DEMOCRACIA, una democracia participativa, concebida como un procedimiento necesario para la producción del derecho válido. Los derechos humanos garantizan no solo la autonomía privada sino también la pública y en una circularidad lógica, alcanzan ellos mismos validez y fundamentación desde la democracia.

Algunos derechos tienen una necesidad discursiva: los que aseguran la autonomía pública. El entero catálogo de los derechos concretos de la libertad, simplemente reproduce el derecho a la autonomía en cualquiera de sus formas. Los otros son los medios necesarios para actuar autónomamente, entre ellos el derecho a un *minimum* existencial.

Para producir normas jurídicas válidas es necesario que se cumplan las reglas del discurso, por personas interesadas en la corrección, como exigencia de la racionalidad comunicativa y las normas que son condición necesaria y suficiente del específico principio de la democracia.

Dice Schopenhauer<sup>32</sup> que el imperativo categórico de Kant es un proceso mental muy sutil porque significa nada distinto de deducir declaraciones de contenido moral desde un procedimiento mental. En la teoría de Habermas, la democracia es una forma, el procedimiento mediante el cual se producen contenidos y reglas de conducta concretas, como derecho válido. Los procesalistas, más que cualquiera otro especialista del derecho, saben que no puede existir un proceso sin un objeto que le sirva de contenido porque todo procedimiento es apenas un continente. Todo ese procedimiento democrático Habermasiano, tiene que trazarse desde la óptica de su meta: es un instrumento para producir el derecho bueno. Ese es el tema del discurso jurídico; el que a la vez demarca las pautas procedimentales de la democracia. El proceso tiene siempre un objeto procesal y en esa unión de contenido y continente, se adelanta la búsqueda del resultado válido y correcto.

El contenido del discurso democrático en la concepción de Habermas queda a la postre definido como el aspecto solidario, ético y teleológico, que debidamente procesado, en una democracia participativa, se proyecta desde la sociedad civil, en una explosión creadora de plenitud de vida humana buena. Es la felicidad que se reencuentra con la libertad en el paradigma del Derecho Habermasiano.

---

32 Arthur Schopenhauer "Metafísica de las costumbres". Debate. Traducción de Roberto Rodríguez Aramayo, 1a. edición 1993, p. 3.

# LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA COMO JURISDICCIÓN ESTATAL

*Daniel Mauricio Patiño Mariaca*

## **Introducción**

1. La ley 446 amplió el marco de acción de la jurisdicción administrativa, que se reconocía como la jurisdicción especializada en resolver los conflictos surgidos de la función administrativa, para conocer de estos conflictos como de cualquier otro que involucre una entidad estatal o de un particular que cumpla con las funciones propias de los distintos órganos del Estado. De esta forma, al igual que lo que ocurrió con la ley 80 que definió el contrato administrativo como el celebrado por aquella entidad estatal, las controversias relacionadas con la determinación del contrato como administrativo o privado de la administración quedaron superadas y lo único que importa ahora para saber si un contrato es administrativo o no es si uno de los sujetos contratantes es el Estado. Entonces, todas aquellas controversias tejidas sobre, si esta jurisdicción conoce o no de los actos, contratos y actuaciones de las empresas prestadoras de servicios públicos, por sólo citar al caso más representativo, no tienen cabida hoy, toda vez que como se advirtió antes sólo se requiere definir si uno de los sujetos procesales es el Estado o un particular que cumpla

sus mismas funciones. Así, no hay ninguna duda que los conflictos de cualquier tipo relacionados con las Empresas prestatarias de servicios públicos domiciliarias privadas corresponde a ésta jurisdicción dado que existen entes del estado que cumplen dicha función y lo mismo puede argumentarse frente a cualquier similar situación.

2. Esta reforma, como todas que en materia contencioso administrativa se han realizado en Colombia, no puede afiliarse a ningún esquema teórico o de legislación comparada, porque en los sistemas que poseen una doble jurisdicción luchan por convertir a los jueces administrativos en un sujeto imparcial, pero en nuestro medio de lo que se trata es de convertir al juez en un protector de oficio de la administración al consagrar exigentes términos de caducidad y limitar al grado máxima las pretensiones al punto que sólo se puede pretender lo consagrado expresamente en la ley procesal olvidando que lo que se puede o no pedir se encuentra contemplado en la ley sustancial.
3. Pero lo anterior, no es grave si se tiene en cuenta que hay un problema aún mayor y es que no se sabe a ciencia cierta cual es la función que dentro del Estado debe cumplir la jurisdicción administrativa. Y esto se advierte cuando se leen los postulados legales y constitucionales de ésta jurisdicción y se confronta con la norma contenida en el código procesal administrativo. En efecto, es un lugar común decir que la jurisdicción administrativa, esta encargada de resolver los conflictos de pretensiones que se presenten con ocasión del cumplimiento de la función el administrativa para propugnar por la integridad del orden jurídico, y por la protección de los derechos individuales, de grupo o colectivos, frente a la acción u omisión de las autoridades públicas y se observa que la ley positiva, olvida está finalidad y lo que hace es convertirse en el guardián oficioso que cuida el patrimonio público en una especie de co-administración, sustentada en la idea, tal vez cierta, de que el Estado es un "incapaz relativo" que la jurisdicción debe proteger.

4. Ahora el fenómeno de la estatalización de la justicia administrativa no es un fenómeno que de repente haya aparecido con la ley 446, ya que la acción de tutela, cumplimiento y la ley estatutaria de la administración de justicia, ya se advertía que el radio de acción de esta jurisdicción se había ampliado a juzgar actividades que necesariamente no eran administrativas, como la jurisdiccional o la legislativa.
5. Es importante anotar que en los estados donde existe la dualidad de jurisdicciones y se intenta a través del fenómeno de la privatización reducir el campo de acción de la jurisdicción administrativa, en nuestro medio dicho marco fue ampliado de una manera superlativa, al extenderse a fenómenos que van mucho mas allá de la función administrativa.
6. Por lo tanto, el problema de la dualidad de jurisdicciones no existe: La ley 446 al definir el marco de acción de la justicia administrativa al Estado saber que asunto o no corresponde a esta jurisdicción se limita a determinar si una de las partes procesales es el Estado. Para exponer este argumento, precisaremos lo que debe entenderse por función administrativa y sus relaciones con la función estatal, luego hablaremos de la dualidad de jurisdicciones y finalizaremos con un análisis de cómo quedaron las cosas en materia de competencias con la ley 446.

#### **A. EL ESTADO Y LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA**

7. Sabido es que el Estado para cumplir con las finalidades que tiene atribuidas, debe realizar actividades que se caracterizan por la autoridad que de ellas emana. Dentro de esas actividades la doctrina clásica distinguía tres funciones: administrativa, legislativa y judicial. Hoy, no cabe discusión acerca de que el Estado cumple estas actividades, y otras más como la de control, la electoral y de fomento. Actividades que, vale la pena enfatizar, son distinguibles entre sí, pero de necesaria comunicabilidad como quiera que surgen de un mismo sujeto de derecho.

8. La justicia administrativa como producto de una coyuntura histórica se autoproclamó como la encargada de resolver los conflictos que surgieran entre la administración y los administrados. Y, para efectos de identificar los asuntos que correspondían a ésta naciente jurisdicción era necesario determinar si los actos, actuaciones o contratos, eran o no administrativos, porque si no lo eran, la jurisdicción sería la ordinaria, y a la inversa, si podían calificarse como tales, la jurisdicción sería la administrativa.
9. El acto administrativo y la función administrativa se perfeccionan teóricamente en el período posterior a la revolución francesa con la finalidad política de excluir al ejecutivo del control de los jueces. Con éste fundamento en 1812 MERLIN DE DOUAIS, define la función administrativa como aquella que emana de la autoridad administrativa. Entonces, para saber si una actuación era o no administrativa, bastaba simplemente con verificar que si el sujeto que había emitido era o no una Autoridad administrativa.
10. Cuando ocurre la transformación del Estado Policía encargado de asegurar solamente la libertad y la propiedad, al Estado Providencia correspondiéndole ahora la prestación a los ciudadanos de los servicios públicos, la función administrativa se identifica con la noción de servicio público. Y es más; el derecho administrativo se definía como el derecho de los servicios públicos, por ende la jurisdicción competente, por esta naturaleza jurídica era la administrativa.
11. Por la imposibilidad de delimitar el concepto de servicio público, la regulación de algunas actividades del servicio público por el derecho privado y por la constatación de que la prestación de dichos servicios no correspondía exclusivamente a la administración pública, sino que estos también eran prestados por particulares, el criterio de distinción se mostró como insuficiente y fue necesario sustituirlo. Y se acudió al de prerrogativas del servicio público. Sin embargo, tal criterio fue rápidamente cuestionado porque la actividad administrativa no siempre coacciona, obliga, y constriñe, sino a veces ofrece estímulos y ventajas a los particulares, y es conocida como la actividad de fomento.

12. Este problema queda en una evolución posterior superado con la aparición de la noción de función administrativa. Delimitándose la competencia de la jurisdicción contenciosa como aquella dirigida a resolver los conflictos de pretensiones procesales originados en el ejercicio de tales funciones, sin importar de si se trata de un particular o de un ente público. El artículo 82 del Decreto 01 de 1984 subrogado por el Decreto 2304 de 1989 expresaba que la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida las controversias o litigios administrativos originado en las actividades de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones administrativas.
13. En éste punto vale la pena señalar que el artículo 209 de la Constitución que establece que la función administrativa está instituida para el servicio de los intereses generales. Pero esta delimitación de función administrativa por su relación con los intereses generales es imprecisa porque todas las actividades que cumple el Estado se encuentran destinadas a dicho fin, así como cualquier actividad lícita que realicen los particulares. Pero vale la pena anotar que el artículo 209 de la Carta delimita el concepto de función administrativa como aquella que es cumplida por las autoridades administrativas. Por eso la función administrativa, en nuestro derecho no se encuentra definida por la idea del fin el interés general, sino por la realización de la actividad por una autoridad administrativa. Autoridad administrativa que puede estar en cabeza de una persona pública (de la centralización política o descentralizados por servicios o territorialmente) o privada por expresa disposición de la ley. Vale decir, que el ejercicio de la función administrativa comporta la aplicación de principios como el de continuidad, de igualdad y desinterés objetivo. Estos principios rigen para todas las personas públicas o privadas que les corresponda prestar la función administrativa.
14. Ahora bien, no se puede olvidar que el Legislativo como la Jurisdicción dentro de sus funciones les corresponde tanto cumplir la tarea para la cual fueron creadas, como para cumplir funciones administrativas. Pero lo cierto es, que si bien la jurisdicción o el legislativo eran órganos que

podían ser llamados a juicio ante la jurisdicción administrativa, en tanto y en cuanto cumplieran funciones administrativas, no podían ser juzgadas por esta jurisdicción cuando cumplieran actividades que les eran propias. Así, legalmente el control frente a la actividad del Congreso sólo podía ser juzgado a través de la vía de la inexequibilidad y la jurisdicción era juzgada por los recursos extraordinarios como el de casación, revisión o anulación. Pero nunca podía ser juzgada por la justicia administrativa, a menos, que se hiciera un gran esfuerzo interpretativo por extender el ámbito de dicha jurisdicción o por entender una función legislativa o jurisdiccional como administrativa.

15. La ley 446 modifica el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, y establece que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios administrativos originados en la actividad de las Entidades Públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. De donde resulta que por lado ésta jurisdicción juzga la actividad administrativa, al expresar que juzga las controversias administrativas, porque sólo existe un litigio administrativo y es aquél que surge con ocasión de la función administrativa. Pero, adicionalmente a renglón seguido expresa que juzga a las Entidades Públicas, y a los particulares cuando cumplan funciones administrativas, que no es nada nuevo, sino también y es lo importante, cuando cumplan funciones propias de tales órganos, como quiera entonces que los particulares pueden ser juzgados por la jurisdicción administrativa cuando desempeñen una función como la jurisdiccional cuando estos sean designados como árbitros. Entonces existen dos criterios básicos para determinar el objeto, entendido como contenido de la jurisdicción administrativa, el primero: que se trate de un litigio administrativo y el segundo: que sea una actividad cumplida por un órgano estatal o mejor por el Estado.
16. Por manera que al señalarse como criterio de la competencia de la jurisdicción administrativa no sólo lo que atañe y es propio de la función administrativa, sino que al

extenderlo a funciones que son cumplidas por el Estado y que van mucho más allá que la sola función administrativa, está simplemente indicando que la jurisdicción administrativa, es la jurisdicción del Estado y no sólo de la función administrativa. Este cambio, debe entenderse como producto de la existencia en nuestro ordenamiento de la acción de tutela, cumplimiento y la responsabilidad consagrada en la ley estatutaria de la administración de justicia que paso a paso fueron abriendo los contornos de esta excepcional jurisdicción, pues le atribuyeron el juzgamiento de actividades que no podían asimilarse a la función administrativa, ejemplo claro, la jurisdiccional, y que hacen que esta jurisdicción definida desde siempre como exclusiva de la administración, ahora es esto y mucho más, es la jurisdicción del Estado. Y por eso desde ahora, y en adelante en este trabajo nos referiremos a la misma como la *jurisdicción estatal*.

## **B. LA DUALIDAD DE JURISDICCIONES**

17. La doctrina más reconocida en materia contencioso administrativa, sin explicar una razón o fundamento serio diferente de la casual coincidencia en el nombre del Consejo de Estado que se utiliza actualmente de la usada en aquella época, comienzan la explicación de la jurisdicción administrativa remontándose a la institución creada por Bolívar bajo el nombre de Consejo de Estado en el siglo XIX. Institución, que hay que decirlo con firmeza, no es un antecedente válido del contencioso, porque no fue creado con el propósito de resolver los conflictos entre la administración y los administrados, sino como un órgano colaborador del ejecutivo para evitar que éste cometiera errores, pero, su vigencia fue efímera y sólo baste con observar que nuestra historia ha sido como el de todo ser humano en camino de la madurez, marcado por la equivocación y el desacierto.
18. Ahora, la historia de la jurisdicción estatal, pese a los intentos de la doctrina de mostrarla como un hecho glorioso, fue la verdad menos célebre, pues, bastó la influencia

de la doctrina francesa para que fuera mal copiada dicha institución –mal copiada porque entre una existen diferencias–. Para tal efecto, vale la pena anotar que los senadores que defendieron el proyecto de ley que consagraría la jurisdicción administrativa decían que esta se justificaba por el principio de la separación de poderes, sin tener en cuenta que éste argumento fue el esgrimido por los revolucionarios franceses no para crear una jurisdicción administrativa, sino con una finalidad política coyuntural y que no fue nunca vivida en nuestro país, consistente en el conflicto de poderes que existía entre la corona y los jueces. Por eso, para los revolucionarios esta idea fue esgrimida para excluir la actuación del ejecutivo del control de los jueces, pero nunca con la idea de crear una jurisdicción, tan cierto es, que solamente éste tuvo su aparición en un momento ulterior y todavía hoy se encuentra en formación.

19. La jurisdicción estatal en Colombia es una de las más avanzadas, en comparación con las del viejo continente de orientación francesa, en tanto que sin traumatismos, nuestra justicia estatal es una verdadera jurisdicción en su contenido, características y finalidades. Mientras que en la mayoría de países donde existe la jurisdicción administrativa todavía queda una zona para judicializar, “una parcela todavía no conquistada por los mecanismos coercitivos –y efectivos– del derecho”, gracias a que el Ejecutivo, cabeza de la administración, no ha delegado en el poder judicial todas las funciones jurisdiccionales.<sup>1</sup> Así, mientras la justicia contenciosa en los países del viejo continente, un proceso que se limita a controlar la legalidad del acto administrativo, ya que, es un requisito de procedibilidad para formular pretensiones ante la jurisdicción contenciosa en contra de la administración, que se plantee previamente ante la propia administración la solicitud de reconocimiento de un derecho<sup>2</sup>; en Colombia la jurisdicción estatal cum-

1 Miguel BELTRAN DE FELIPE. El poder de sustitución en la ejecución de las sentencias condenatorias de la Administración, Madrid, 1995, pág. 76-77, citado por Francisco GONZALEZ NAVARRO, Cooperación Judicial Internacional en el Proceso Administrativo, Aspectos Transnacionales del Derecho Procesal.

2 GARRIDO FALLA. La materia contencioso-administrativa (actos impugnables y pretensiones de las partes) en el Contencioso Administrativo y la Responsabilidad del Estado, editorial Abeledo-Perrot, 1986, pág. 49 y siguientes.

ple la misma misión, pero va más allá. El Juez del Estado tiene por cometido la composición del conflicto de pretensiones procesales, tengan su origen en un acto o una conducta material. En Colombia el límite de la jurisdicción estatal está determinado por los justiciables con sus pretensiones, significando, que en Colombia no existe limitación sobre el contenido de las pretensiones. Por manera que, mientras en los países europeos, la jurisdicción estatal cumple la misma misión, pero va más allá. El Juez del Estado tiene por cometido la composición del conflicto de pretensiones procesales, tengan su origen en un acto o una conducta material. En Colombia el límite de la jurisdicción estatal está determinado por los justiciables con sus pretensiones, significando, que en Colombia no existe limitación sobre el contenido de las pretensiones. Por manera que, mientras en los países europeos, la jurisdicción administrativa todavía se encuentra en la fase o estadio de la "justicia delegada" que hace permisible expresiones como la del primer Ministro de Justicia francés MICHEL DEBRÉ en 1968: "En mi opinión la magistratura administrativa no existe; hay solamente funcionarios administrativos que juzgan". En Colombia, la jurisdicción estatal se encuentra legal y estructuralmente alejada de la administración (aunque cercana en los efectos y comprensión) y en consecuencia existe una mayor garantía de la imparcialidad frente a los sujetos titulares del litigio.

20. Sin embargo, los legisladores y los aplicadores colombianos, so pretexto de ser fieles a la doctrina francesa han desconocido el carácter judicialista de nuestra jurisdicción estatal y se han dedicado a establecer barreras, límites infranqueables, a la labor del Juez de resolver el conflicto de pretensiones procesales, importando instituciones y doctrinas, como la exigencia del agotamiento obligatorio del recurso de apelación; el pago de lo previo; la no suspensión del acto como regla general cuando se acude ante el Juez; el término de fijación en lista (desconociendo que nuestro contencioso no sólo es un proceso al acto); la inadmisibilidad de las condenas de hacer (homenaje a la idea francesa de la separación de poderes, como imposibi-

lidad de interferencia del juez en el aparato administrativo); y, el exigente, hasta el abuso, plazo de caducidad que incluso es de días. Pero también existe mérito propio de nuestros legisladores criollos cuando establecen en el artículo 60 de la ley 446 que si no demanda a la administración temiendo un título ejecutivo dentro de seis meses “cesará la causación de intereses desde entonces hasta cuando se presentare la solicitud en legal forma”, norma que en justicia debería extenderse a todos los deudores del UPAC. Pero en la ley que venimos comentando, se hizo un exíguo esfuerzo por aminorar ciertas prerrogativas procesales de la administración pública como la posibilidad de ejecución inmediata de las sentencias condenatorias dictadas por el juez estatal (aunque ya se escuchan voces, que tratan de limitar tal ejecutabilidad estableciendo plazos, que se encuentran dirigidos no a la protección del Estado, sino al despilfarro y al abuso de ciertos administradores, quienes concedores que deben dinero por el actuar ilegal, arbitrario o ilícito de la administración, prefieren pagar altos y costosos intereses que, cubrir a tiempo sus obligaciones), la posibilidad de la condena en costas y la limitada consulta.

21. Es importante resaltar que, pese a los intentos privatizadores que buscaron asignar a la administración pública el derecho privado y transformarla en empresas o en sociedades para que de esta manera el juez fuera el ordinario, y vivir en carne propia lo que los autores foráneos han llamado como la huida del derecho administrativo. Con la ley 446 se hace claridad que en Colombia la huida del derecho administrativo, como la exclusión de ciertas actividades a la regulación del derecho administrativo, no implica que la jurisdicción por ese solo hecho haya cambiado, sino que la jurisdicción del Estado conoce de todos y cada uno de los conflictos que surjan con una entidad pública o privada que cumpla funciones estatales independientemente del derecho aplicable, sin reparar que era por la presencia de ese derecho especial, el motor que servía de fundamento a la dualidad de jurisdicciones. De todas maneras, no se puede saber a priori, si va a resultar benéfico este cambio, lo cierto es, que la mal llamada juris-

dicción administrativa, no va a estar de acuerdo con esta interpretación que implica para ella un aumento inusitado de trabajo que ellos entienden como la razón y causa de la morosidad judicial. Y van a rechazar tal postura, y tal vez ello sea lo mejor, porque además del aumento de trabajo, causa de por sí suficiente para no aceptarla, impondrá a los jueces estatales estudiar otros derechos diferentes, al ya extenso derecho administrativo, que tal vez habían aprendido en la universidad, pero que olvidaron por la práctica judicial.

22. Antes del repudio a la existencia de la jurisdicción estatal por las implicaciones que ello comporta, quiero defender anticipadamente esta doctrina con dos consideraciones de tipo constitucional, a ver si ello le da un mayor peso a la argumentación. La primera es que la constitución ordena que los funcionarios públicos, y los jueces del Estado (lo son sin ninguna duda) están obligados a cumplir la Constitución y la ley. Y, la competencia a ellos atribuida por ley y sólo por ley no puede ser ampliada o restringida por la interpretación, o mejor dicho, acudiendo a un criterio interpretativo distinto del gramatical exegetico, porque como se sabe, ello comportaría una extralimitación de las funciones públicas. De tal suerte, en nuestro derecho la jurisdicción estatal es una jurisdicción especial en oposición a la ordinaria y esto significa que aquella sólo conoce de los asuntos que especialmente le estén atribuidos por la ley, sin que pueda acudir a criterios distintos a los establecidos en ella. Y si bien en sus orígenes la tarea de la jurisdicción contenciosa consistió en delimitar su propia órbita de acción o competencia, y era permisible que ésta acudiera a distintos criterios para atribuir o excluir asuntos de su competencia con la expedición del decreto 01 de 1984, la competencia queda delimitada por los alcances fijados por el artículo 82 de la citada normatividad, esto es, el juzgamiento de las entidades públicas o privadas que cumplan funcione administrativas y estatales. La segunda razón, "robada" si así puede llamarse de la doctrina de la Corte Constitucional que denominan "principio de la conservación del derecho", según el cual los tribunales constitucionales y cualquier tribunal que ejerza jurisdicción,

deben siempre buscar conservar al máximo las disposiciones emanadas del Legislador, en virtud del respeto al principio democrático.

### **C. LA COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN ESTATAL CONFORME A LO ESTABLECIDO EN LA LEY 446**

23. Como lo hemos expresado en múltiples oportunidades a través de este escrito y ahora repetimos, la jurisdicción conocida en otrora como jurisdicción administrativa porque sólo conocía los conflictos relacionados con la función administrativa, por obra de la ley 446 conoce de lo mismo, pero también de toda controversia o litigio originado en ejercicio de la función estatal y allí se incluyen no sólo la administrativa, sino que se extiende a todas las funciones que cumple nuestro Estado como la de control, la jurisdiccional o la de fomento. Aunque podría hablarse también de la función legislativa, no se incluye no porque no sea posible el control, sino porque no es hasta hoy posible su ejercicio por los particulares.
24. Lo anterior, en la práctica, conlleva dos consecuencias: La menos importante es que los Jueces estatales no tendrán que hacer en adelante trucos de magia o malabarismo jurídico para atribuirse competencia para juzgar a ciertas entidades públicas que por del proceso privatizador habían quedado excluidas de su control, al haberseles asignado como derecho propio el privado o cambiado de naturaleza jurídica de ser establecimientos públicos a convertirse en empresas industriales y comerciales o sociedades de economía mixta. Se recuerdan dos de estos trucos: El Seguro Social, quien desde 1992 cambió su naturaleza jurídica de establecimiento público a empresa industrial y comercial del Estado, siendo el juez ordinario el competente por expresa disposición legal (artículo 31, decreto 3130 de 1968) pero acudiendo a artilugios, que no tiene nada de legales, en 1996 se atribuyó una competencia por vía interpretativa para establecer que podía juzgar a un sujeto de derecho que por ley, era del juez ordinario. Y lo mismo puede decirse de las Empresas prestatarias de servicios públicos

domiciliarios, en decisión de junio 7 de 1996<sup>3</sup>, la Sección Tercera, para sólo citar un fallo sostuvo que como la ley 142 ni la 143 de 1994 no hacían una expresa sobre la jurisdicción competente, sostuvo que hasta tanto no se presentara la transformación de la misma en sociedad de economía mixta o empresa industrial y comercial del estado, el juzgamiento corresponde a la jurisdicción administrativa y posteriormente<sup>4</sup>, donde se declaró la nulidad de un proceso adelantado en contra de un establecimiento público prestador de servicios públicos domiciliarios por falta de jurisdicción, la Sala Plena del Consejo de Estado sostuvo, sin ninguna claridad que los actos de las empresas prestadoras de servicios públicos al ser privados, la competencia es la jurisdicción ordinaria y que no obstante pueden dictar *actos administrativos* y celebrar *contratos del derecho privado con cláusulas exorbitantes* cuyas controversias serán propias de la jurisdicción administrativa. Cuando, la ley 142 repartió, y no es de extrañar de forma confusa las competencias entre la jurisdicción ordinaria y la contencioso administrativa. Porque la ley, aunque equivocadamente habla de actos administrativos, porque creyó el legislador que el único sujeto habilitado para dictar actos unilaterales, es la administración, pero este error lo corrige cuando habla de los procedimientos para los actos unilaterales y no actos administrativos, establece que cuando ellos comparten el uso de una exorbitancia como la expropiación o servidumbre por el interés general que deben cumplir, el juez competente es el administrativo y lo mismo ocurre cuando en un contrato celebrado por ella, por ese mismo interés general incluía una cláusula exorbitante como la caducidad. Pero, precisando, si que por sólo hecho de que se incluyeran tales cláusulas exorbitantes en un contrato, por sí mismas la competencia perteneciera a la justicia administrativa, sino que solamente lo sería cuando se dicten actos jurídicos unilaterales en ejercicio de tales privilegios, por ello la com-

---

3 Sección Tercera, Consejo de Estado, Consejero Ponente: Carlos Betancur Jaramillo, Actor: Luz Cortés Quiroz. Demandada: Empresas Públicas de Pereira. Exp.: 11658

4 Sala Plena, Consejo de Estado, Consejero Ponente: Carlos Betancur Jaramillo, Actor: Diego Giraldo Londoño, Demandada: Telehuila.

petencia general para el conocimiento de los conflictos debía ser la ordinaria.

27. La segunda consecuencia es que para determinar los casos en los cuales la competencia es del Consejo de Estado, Tribunales Administrativos y Jueces Administrativos, es preciso identificar si una de las partes demandante o demandado es un Ente Estatal o Público o un particular que cumpla las mismas funciones. Entonces, para saber si un conflicto surgido por la prestación de un servicio público es competencia del juez estatal u ordinario debe determinarse si una de las partes es un ente u órgano del Estado y en su defecto si se trata de un particular si las funciones que cumple también son realizadas por un órgano o ente estatal. Entonces, el legislador que emprendió una política privatizadora al determinar que el derecho de estas actividades era el privado y modificar la estructura jurídica de algunas entidades estatales transformándolas en sociedades o en empresas industriales y comerciales, y en consecuencia reduciendo el campo de acción de la jurisdicción administrativa al precisar directa o indirectamente que sus conflictos serían resueltos por el juez ordinario, con la ley 446, estas empresas o entidades de carácter público pueden no regularse por el derecho administrativo y no ser propiamente administración pública, pero el juez es el Consejo de Estado, Tribunales Administrativos y Juez Administrativo. Pero ello, no debe incomodar a quienes eran juzgadas por este juez pero por obra de esta huida del derecho administrativo o privatizador ya no lo eran porque es de mayor agrado ser juzgado por un juez que afectivamente es más cercano, que por uno que no lo sea y no sienta esa especial conmiseración de ver a la administración como un incapaz relativo. Pero, si bien esto otorga un alivio para los entes públicos, y es una felicidad muy grande para los privados, quienes ingresarán en un proceso lleno de privilegios y prerrogativas que a no dudarlo les brindará la misma protección que a la administración pública, protegiéndolos de los desalmados litigantes, quienes con su voracidad quieren esquilmar todo patrimonio sea público o privado. Lo que sí es bueno advertirles, es que en ocasiones en materia de indemnizaciones se le

reconoce por su exceso en justicia, que es mirada como una generosidad sin control y límites que tiene a nuestro pobre estado en la ruina.

## CONCLUSIÓN

28. La ley 446 extiende el objeto de la jurisdicción conocida como administrativa pero que ya es una jurisdicción estatal. Y el criterio para la delimitación de su competencia se circunscribe a determinar si una de las partes es un ente público o estatal o un particular que cumple las mismas funciones.
29. Desde un punto de vista teórico, la reforma es plausible porque era una verdad a gritos que la jurisdicción estatal no justificaba su existencia por conocer de litigios o controversias originados en el derecho administrativo, sino en conocer de conflictos en los cuales intervenga un sujeto de derecho que se encuentra en una posición jurídica de superioridad, por la finalidad de interés general que debe cumplir, y revestida con todos los medios jurídicos y materiales para conseguir ese resultado.
30. Pero, no se puede decir lo mismo del administrado que será juzgado por un juez que afectivamente está al lado de los poderosos, y del juez quien su trabajo que se encontraba limitado por el derecho administrativo, ahora conocerá de todo lo que involucre a una entidad estatal o a un particular que cumpla sus mismas funciones.

## BIBLIOGRAFÍA

- GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ. Curso de Derecho Administrativo. Editorial Civitas.
- LUNA BENÍTEZ, LUIS ALBERTO. Lo contencioso Administrativo, Ediciones Librería del Profesional, 1981.
- PROSPER WEIL. Derecho Administrativo. Editorial Civitas.
- JEAN RIVERO. Derecho Administrativo. Editorial Universitaria. Caracas.



**EFFECTOS DE LA POLÍTICA DE  
DESJUDICIALIZACIÓN DE CONFLICTOS**  
**VII SIMPOSIO NACIONAL DE JUECES Y FISCALES**  
**“JUSTICIA HACIA EL NUEVO MILENIO”**  
**Cartagena de Indias 26, 27 y 28 de Agosto de 1998**

*Jairo Parra Quijano*<sup>1</sup>

**1. Introducción**

El título de la disertación, literalmente nos permitiría formularnos las siguientes preguntas:

- 1.1. ¿Habrá sido en efecto una política, tomando esta última palabra en el sentido de diseño a desarrollar, o por el contrario ha sido algo coyuntural?
- 1.2. ¿Se habrán desjudicializado conflictos?
- 1.3. ¿Cuál ha sido el resultado, positivo o negativo, mirando al necesitado del servicio de “justicia”?

---

1 Doctor en Derecho y Ciencias Políticas. Abogado litigante. Presidente del Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Profesor Universitario (25 años de docencia), Distinción Académica “Docencia Excepcional” otorgada por la Universidad Nacional de Colombia en cuatro (4) oportunidades: 1992, 1994, 1995 y 1997. Autor de las siguientes obras: “Las Facultades de Derecho por Dentro”, “Tratado de la prueba Judicial (5 tomos: El Testimonio, La Confesión, Los Documentos, Indicios y Presunciones, La Prueba Pericial e Inspección Judicial), “Los Terceros en el Proceso Civil”, Manual de Derecho Probatorio”, “Derecho Procesal Civil-Parte General” y “Derecho Procesal Civil-Parte Especial”.

## 2. POLÍTICA DE DESJUDICIALIZACIÓN DE CONFLICTOS

### 2.1. Aspectos Generales:

No podemos en una disertación de este tipo, hacer una larga inquisición de tipo histórico, por ello, es preferible referirnos a la Constitución Política de Colombia de 1991 y a la Ley 270 de marzo 7 de 1996. En el artículo 1 de la C. P. se establece que Colombia es un Estado Social de Derecho y en el propio preámbulo se dice que uno de los fines de éste es la justicia.

La Corte Constitucional<sup>2</sup>, al referirse al artículo 1° de la Ley 270 de marzo 7 de 1996, estableció la carnadura ideológica de la justicia; en efecto, dijo:

- 2.1.1. Que es presupuesto esencial del Estado Social de Derecho contar con una debida administración de justicia.
- 2.1.2. Que a través de la administración de justicia se protegen y se hacen efectivos los derechos, las libertades y las garantías de la población entera; y se definen igualmente las obligaciones y los deberes que le asisten a la administración y a los asociados.

Como se puede observar, la Corte ratifica lo que en el campo del proceso civil siempre se ha dicho, pero que es necesario repetirlo hasta la saciedad: "La justicia civil es el instrumento para asegurar la actuación efectiva de los derechos que la ley reconoce a todos los ciudadanos"<sup>3</sup>.

El artículo 1° de la Ley 270 de 1996, señala en forma nítida que la función de administrar justicia es hacer efectivos los derechos, obligaciones, garantías y libertades (consagrados en la Constitución y la ley) y al hacerlo se logra el fin de ella:

---

2 Sentencia No. C-037/96.

3 Michele Taruffo, *Corrupción y Estado de Derecho, El papel de la Jurisdicción. La justicia Civil: ¿Opción residual o alternativa posible?* Editorial Trotta. Madrid (España). 1996. Pág. 135.

Realizar la convivencia social y lograr mantener la concordia nacional.

**2.1.3.** La sentencia de la Corte igualmente señala la conquista de la legitimidad de la administración de justicia. En efecto dice: "Resulta indispensable la colaboración y la confianza de los particulares en sus instituciones y, por lo mismo, la demostración de parte de éstas de que pueden estar a la altura de su grave compromiso con la sociedad. Así, en lo que atañe a la administración de justicia, cada vez se reclama con mayor ahínco una justicia seria, eficiente y eficaz en la que el juez abandone su papel estático como simple observador y mediador dentro del tráfico jurídico, y se convierta en un partícipe más de las relaciones diarias de forma tal que sus fallos no sólo sean debidamente sustentados desde una perspectiva jurídica, sino que además, respondan a un conocimiento real de las situaciones que le corresponde resolver".

Se puede concluir, que la finalidad de la administración de justicia y concretamente de la civil, es asegurar la tutela y la actuación de los derechos que el ordenamiento jurídico consagra y mediante ese aseguramiento lograr la paz y la convivencia social.

### **3. REDUCCIÓN DEL PAPEL DEL ÓRGANO JURISDICCIONAL, EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA, COMO CONSECUENCIA DE LA REDUCCIÓN DEL PAPEL Y DE LAS TAREAS DEL ESTADO**

Es bien cierto, que el Estado debe abandonar ciertas tareas que no le son propias y dejar al juego del mercado las mismas. Sin embargo, y por sobre todo en épocas de crisis el órgano jurisdiccional debe ser más abarcador en la aplicación del derecho por ser más garantizador.

Los estudiosos de la justicia, han afirmado que cuando se presentan crisis en la misma, se trata de echar por la borda el ordenamiento jurídico en perjuicio de los débiles. El Ministe-

rio de Justicia y del Derecho muestra esta crisis en los siguientes términos: “En efecto, resulta posible pensar que muchas personas, para quienes la justicia tradicional no actúa de manera ágil y efectiva o no responde eficazmente a su necesidad de solucionar problemas de carácter jurídico, acudan a soluciones ajenas a la institucionalidad y, en muchas ocasiones, generadoras de mayores conflictos. Por lo anterior, se evidencia la necesidad, cada vez mayor, de dotar al Estado y a los particulares de medios que le permitan encarar sus conflictos en forma más positiva, ya que desde antiguo se ha reafirmado que la ley del talión no debe encontrar eco dentro de las sociedades civilizadas. Es así como el derecho cumple una función aseguradora y garantizadora de la vida en sociedad, que trata de armonizar los intereses, las voluntades y las acciones humanas”<sup>4</sup>.

Frente a la crisis que el mismo Estado reconoce, no se propugna por la vigorización del órgano jurisdiccional, ni por la defensa franca de la conciliación dentro del proceso, sino que se dice: “Es así como el Derecho Procesal moderno abre las puertas a mecanismos alternativos de solución de conflictos e impulsa a los ciudadanos, y al Estado mismo, a componer sus controversias por medio de procedimientos que reporten aquellas ventajas que la paz conlleva y que hacen que se renuncie espontáneamente a los riesgos de la guerra”<sup>5</sup>.

Se puede concluir que en épocas de crisis, de congestión, de ineficiencia del órgano jurisdiccional, la solución no es mejorarlo, invertir en la preparación de los jueces, sino en buscar formas alternativas de administrar justicia, alineando el proceso civil dentro de una de las muchas formas de solución de conflictos, haciéndole perder su identidad y por consiguiente su prestigio.

El artículo 8 de la Ley 270 de marzo 7 de 1996, establece la alternatividad, no cabe duda que en desarrollo del artículo 116

---

4. Proyecto de Ley 234 de 1996 (Cámara). Publicación Presidencia de la República. Ministerio de Justicia y del Derecho. Marzo de 1997. Pág. 28.

5 Justicia Alternativa para lograr la paz. Ob. Cit. Pág. 29.

de la C.P.; sin embargo, se palpa una deformación y un exceso que atenta contra el ofrecimiento que siempre debe hacer el órgano jurisdiccional de los pueblos civilizados del mundo de estar pronto a administrar la justicia, sin establecer mayores requisitos de procedibilidad, como recurrir a órganos administrativos par que intenten conciliaciones y después poder acceder al órgano judicial. Lo ciudadanos y asociados en general del estado social de derecho, puede acceder directamente a la que pudiéramos llamar la sede natural de la reclamación de sus pretensiones: El órgano judicial. El artículo 116 de la C.P. establece que excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas, esa excepcionalidad debe ser eso y no la regla general, porque reiteramos, las personas tienen derecho a acceder a un órgano jurisdiccional dispuesto, pronto y atendido por quien encarna ese poder. El funcionario administrativo, no es el que le hemos ofrecido a los asociados para que administre justicia. Tampoco el que hemos ofrecido para que intente por regla general conciliaciones como requisito de procedibilidad y mucho menos hemos ofrecido con carácter de obligatorio las conciliaciones intentadas por particulares. No se debe olvidar que la sociedad vuelca en el proceso judicial sus valores éticos, políticos y sociales.

#### **4. EL PROCESO EN GENERAL Y EL PROCESO CIVIL EN PARTICULAR, ES UN INSTRUMENTO PARA LA APLICACIÓN DE LA LEY Y NO PARA SOLUCIONAR CONFLICTOS Y MUCHOS MENOS EN CUALQUIER FORMA**

Como lo sostiene Taruffo<sup>6</sup>, para alguna concepción la justicia no es más que el resultado de la confrontación. Ya en una forma más sofisticada y tomada de la sociología, "se encuentra la teoría según la cual el proceso en general y el proceso civil en particular, es un instrumento para la resolución de conflictos, y no para la aplicación de la ley o la obtención de otros fines. Esta teoría encuentra amplia difusión especialmente en la cultura jurídica de lengua inglesa, pero está presente con

6 B. Cit. Pág. 137.

algún matiz de escaso relieve también en las culturas procesalistas de Europa Continental, donde incluso no es raro que aparezca como la versión actualizada de la tradicional ideología liberista del proceso civil. Es la que emerge cuantas veces se define la función de la jurisdicción civil en términos de eliminación, composición, superación de un conflicto de intereses, o en términos de solución de controversias”.

En Colombia, lo que menos conviene es alinear y vender la idea de que el proceso civil es para solucionar conflictos. Si esa fuera su misión y no la de reconocer los derechos a quien los tiene, se generaría encono y brotes de violencia peores que los que se tratan de evitar. Esa forma de presentar el proceso civil estimula los conflictos, ya que se sabe de antemano que el funcionario tratará de terminar con él en cualquier forma y eso conviene a quien no tiene la razón.

Cuando se le da la razón a quien la tiene, no negamos que hay desazón, pero esa decisión se transmutará en paz con justicia social, porque los asociados entenderán que entrar en conflicto no es conveniente cuando no se tiene la razón, porque el ordenamiento jurídico descenderá con todo su rigor sobre ellos y esto educa a los demás. Pero solucionar el conflicto de cualquier forma, significa terminarlo formalmente, pero dejarlo para siempre latente en quien tenía la razón y se vio obligado a cederla. Se puede afirmar: Conciliar en cualquier forma es dejar vivo el conflicto y la insatisfacción para siempre, aplicar el derecho implica dejar algún tiempo vigente el conflicto, el cual desaparecerá cuando el perdedor decante su análisis.

El proceso civil no tiene como finalidad solucionar conflictos, sino administrar la justicia, por tanto no puede ser alineado junto a las maneras alternativas de resolverlos.

## **5. YA EL PROCESO CIVIL NO ES SIMPLEMENTE INSTRUMENTAL O MEDIO**

Siguiendo de cerca el trabajo ya citado de MICHELLE TARUFFO, se puede decir que tradicionalmente se ha considerado, que el individuo tiene un catálogo de derechos subjetivos y cuando éstos son vulnerados o por lo menos discuti-

dos, puede con legitimidad recurrir al órgano jurisdiccional. En esta perspectiva: "El proceso representa entonces un *posterius*, o sea, un instrumento al que se recurre sólo cuando un derecho que existe como *prius*, haya sido negado, en efecto, la necesidad de que un juez determine que aquel derecho existía, poniendo así fin a la situación de incertidumbre y de ilegalidad, es decir, a la controversia suscitada sobre aquél derecho"<sup>7</sup>.

El juez se limita a declarar el derecho que ya existía. Este modo de pensar la función del juez, es por lo menos incompleta, ya que si colocamos los nuevos fenómenos sociales como en una especie de tubo de ensayo, llegamos a las siguientes conclusiones como lo sostiene Taruffo:

- 5.1. Muchas de las relaciones sociales y situaciones subjetivas, no toman relevancia jurídica por la intervención del legislador del derecho sustancial, sino gracias a la jurisdicción civil.
- 5.2. Muchos de los nuevos derechos tienen su origen en creaciones jurisprudenciales, como por ejemplo: El derecho a la salud, a la vida en un ambiente no contaminado, al resarcimiento del daño biológico y a la privacidad<sup>8</sup>.
- 5.3. El juez es más abierto y disponible que el legislador a captar las tendencias y necesidades que emergen de la realidad social y de las condiciones de vida en los sistemas económicos actuales.
- 5.4. Si se mira la realidad, apartándose de la dogmática se llega a la conclusión que en muchos casos "remedies precede rights", es decir: "Que sólo existen verdaderamente los derechos que resultan afirmados y reconocidos a través del empleo de remedios jurisdiccionales"<sup>9</sup>. La jurisdicción en esta perspectiva se convierte ella misma en creadora de derechos.

---

7 Taruffo. Ob. Cit., pág. 135.

8 Ver obra citada, Taruffo.

9 Taruffo. Ob. Cit.

5.5. La sociedad expresa necesidad de derecho, que el legislador de derecho material no es capaz de satisfacer y es la jurisdicción la que concede el remedio, que muchas veces sirve para que se legisle con sustento en él.

5.6. Igualmente si la jurisdicción puede lo más como es crear rights, igualmente se puede afirmar que muchos rights, llegan a ser vigentes, en la medida que los remedios jurisdiccionales sean adecuados. En el sistema del civil law, es suficiente recordar la astreinte francesa, creada por la jurisprudencia para asegurar la actuación concreta de los derechos y disciplinada por el legislador después de más de un siglo de práctica jurisprudencial.

## **6. NUEVAS FUNCIONES DEL PROCESO DISPOSITIVO, PARA ATENDER LOS DESAFÍOS DE SER RESPUESTA ACOMPASADA A LAS NECESIDADES DE JUSTICIA, CUANDO EL LEGISLADOR DEL DERECHO MATERIAL NO LAS ABASTECE**

Con relación al proceso dispositivo, que es el que tiene la jurisdicción civil, para responder a los desafíos que se plantearon con anterioridad, se puede decir que ya Carnelutti, se había planteado el problema y escribió: "Cuando por no existir una norma material, una norma instrumental consienta al juez el poder de componer un conflicto de intereses, la finalidad a que sirve el proceso es muy diferente: Entonces no se acierta ("accerta") un estado jurídico preexistente, sino que se forma ex novo un mandato concreto para la composición de un conflicto que no está directamente regulado por el derecho<sup>10</sup>.

Ese proceso de que habla Carnelutti, es el que la jurisdicción ofrece para estos nuevos derechos, pero en una forma si se quiere más audaz, ya no se requiere que exista una norma procesal o medio que faculte al juez para la creación de la norma material, es suficiente que exista con relación a deter-

---

10 CARNELUTTI, Francisco. Sistema de Derecho Procesal Civil. Editorial Uteha. Argentina. Tomo 1, pág. 159.

minada situación necesidad de derecho, para que la jurisdicción a través del proceso mencionado abastezca esa necesidad.

## **7. PARA ABASTECER LA NECESIDAD DE DERECHO SE REQUIERE UNA JURISDICCIÓN TOTAL Y EFECTIVA**

Escribe Taruffo: "Dentro de la ya rica experiencia relativa a las garantías constitucionales de la justicia civil, que ha ido desarrollándose desde hace tiempo en los ordenamientos más evolucionados, hay dos aspectos que merecen ser aquí objeto de alguna consideración, uno es el de la totalidad o generalidad de la tutela jurisdiccional, el otro es el de su efectividad"<sup>11</sup>.

La garantía constitucional de la justicia, debe estar abierta y pronta a resolver las reclamaciones de justicia, sin exigir el presupuesto de haber sido consagrado el derecho por el legislador del derecho sustancial. Sobre la razón de esa necesidad de tutela jurisdiccional se resolverá en la sentencia.

Igualmente para nosotros, no cabe duda que también la jurisdicción es capaz de ser eficaz, si se regulan de acuerdo con las necesidades, las medidas cautelares.

## **8. MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS Y DESJUDICIALIZACIÓN**

La ponderada y seria CORPORACIÓN EXCELENCIA EN LA JUSTICIA<sup>12</sup>. sostiene:

1. Que la violencia y la judicialización de los conflictos, se ha convertido en las formas predominantes de resolver las controversias entre los colombianos.
2. Se sostiene que los métodos alternativos de solución de conflictos [M.A.S.C.] no deben ser aprehendidos como respuestas meramente coyunturales a la crisis de la violencia, congestión o atraso judicial, sino que deben ser manejados como aportes estructurales para el rediseño de la función de garantizar la justicia y la convivencia.

11 Taruffo. Ob. Cit.

12 Justicia para el nuevo siglo: Una agenda de investigación. Año 1, No. 8, enero de 1998.

3. Que se debe replantear el paradigma, de asignar únicamente a los jueces el cumplimiento de la función jurisdiccional.
4. Que en últimas, la finalidad de los Estados modernos, es el establecimiento de reglas claras para solucionar con eficacia y equidad las disputas que surjan entre los asociados.
5. Con relación a la consolidación de los métodos alternativos de solución de conflictos<sup>13</sup>, se han venido desarrollando en especial a partir de la década de los años noventa no sólo como respuesta a la congestión de los despachos judiciales, y a la cultura de respuesta violenta ante el conflicto, sino para contrarrestar los enfoques puramente procesalistas y litigiosos de los abogados y facilitar la participación de la sociedad civil en la solución de sus diferencias”.

---

13 Dice: “Los M.A.S.C. han venido desarrollándose en especial a partir de la década de los años noventa no sólo como respuesta a la congestión de los despachos judiciales y a la cultura de respuesta de violencia ante el conflicto, sino para contrarrestar los enfoques puramente procesalistas y litigiosos de los abogados y facilitar la participación de la sociedad civil en la solución de sus diferencias. Como es sabido, éstos mecanismos constituyen instituciones jurídicas que los ciudadanos tienen a su disposición para solucionar conflictos sin necesidad de sentencia o fallo judicial.

Al respecto se ha venido insistiendo que la opción judicial resulta ser una alternativa formal, viable preferiblemente cuando se hayan agotado las instancias extrajudiciales.

El método alternativo extrajudicial de solución de conflictos de mayor desarrollo en Colombia, es la conciliación. Por una parte, la ley 23 de 1991, creó la figura de la conciliación en equidad con gran importancia para las organizaciones comunitarias populares.

Hasta fines de 1996, se habían capacitado y nombrado cerca de 2.000 conciliadores en equidad en 11 departamentos y 66 municipios. Por otra parte, la misma Ley 23 facultó a las asociaciones, agremiaciones, corporaciones y cámaras de comercio para organizar sus propios centros de conciliación. Así mismo, los consultorios jurídicos tienen la obligación legal de contar con centros de conciliación. Actualmente existen formalmente unos 140 de estos CENTROS DE CONCILIACIÓN, ARBITRAJE Y AMIGABLE COMPOSICIÓN, distribuidos en 27 departamentos”.

Estadísticas sobre el tema, indican que hay más de 5.000 conciliadores autorizados en todo el país y que el porcentaje de casos conciliados hasta comienzos de 1995, era más alto que el de casos fallados en la rama judicial, con respecto a los casos recibidos. Estos indicadores deben perfeccionarse y actualizarse para evaluar más rigurosamente la eficacia de nuevas herramientas.

No se puede soslayar la necesidad de conciliar cierto tipo de reclamaciones en forma extrajudicial, pero la jurisdicción y el proceso no pueden ser mirados con desprecio. Entendemos la desazón por las insuficiencias de la administración de justicia, pero no hasta el punto que se pueda afirmar que los M.A.S.C. además sirven para “contrarrestar los enfoques puramente procesalistas y litigiosos de los abogados”, ya que en la forma que se ha explicado con anterioridad, lo que significa la tutela judicial, no queda duda que no es una opción o una alternativa, sino la forma más civilizada y seria que se pueda ofrecer para administrar el poderoso mecanismo de la justicia. Además, es la que debemos ofrecer por sobre todo, en países en crisis como el nuestro.

## **9. LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA Y LA DESJUDICIALIZACIÓN DE CONFLICTOS**

Somos conscientes que el tema no es pacífico, pero parte de la doctrina opinó que los asuntos de la jurisdicción voluntaria, eran de la administración y que sólo por ofrecer los jueces garantías de imparcialidad e independencia, se les habían a éstos asignado aquellos asuntos.

Así por ejemplo: Ugo Rocco escribió: “El nombre y el concepto de la jurisdicción voluntaria se han debido a que los órganos normales de la jurisdicción civil, por cuanto ofrecían particulares garantías de independencia y de capacidad se les encomendaban, desde los primeros tiempos de la evolución jurídica, tareas que por su naturaleza eran totalmente extrañas a la función que normalmente compete a tales órganos.

Surgió así, al lado de la jurisdicción verdadera y propia, que se le denominó, jurisdicción contenciosa, otra forma de jurisdicción, secundaria y accesoria que se denominó jurisdicción voluntaria”.

Y agrega: “Pero la semejanza entre dichas dos formas de jurisdicción no va más allá del nombre: La jurisdicción voluntaria se vincula a la función que la voluntad privada tiene en el campo del derecho<sup>14</sup>.

---

14 ROCCO, Ugo. Tratado de Derecho Procesal Civil. Parte General. Editorial Temis-Depalma. Buenos Aires 1965. Tomo I., pág. 121.

## **10. LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA Y LA DESJUDICIALIZACIÓN**

“La experiencia ha mostrado que los notarios han atendido este tipo de asuntos con especial diligencia y eficacia, contribuyendo en forma directa al descongestionamiento de los despachos judiciales y brindando a los interesados una vía y de fácil acceso para solucionar sus conflictos siempre que exista un acuerdo al respecto.

“Se aclara, sin embargo, que estas reformas no procuran erigir a los notarios en competidores de las jurisdicciones legales, sino en solucionar de manera ágil los problemas de quienes deban solucionar diversas situaciones en las que no hay conflicto. Este mecanismo resalta la autonomía de las personas para resolver dichas situaciones de la manera que estimen más deseable, aunque en todo caso con sujeción a las disposiciones legales”<sup>15</sup>.

Es cierto lo que aparece transcrito y predicado de la función notarial, en los asuntos de jurisdicción voluntaria, que por lo demás tiene respaldo doctrinal, hasta el punto de poderse afirmar que de conformidad con algún sector de ésta, se trataría de llevar esos asuntos a su sede natural que no es precisamente el órgano jurisdiccional, precisamente cuando hay otros funcionarios que para esos asuntos puedan ofrecer las mismas garantías de idoneidad e imparcialidad que la del funcionario judicial.

---

15 Comentarios al proyecto de Ley 181 de 1995.

## **11. CONCLUSIONES**

- 1.** El estado social de derecho, no puede alinear el proceso civil, al lado de las formas alternativas de solución de conflictos.
- 2.** El órgano jurisdiccional, siempre debe estar pronto para el necesitado de justicia.
- 3.** Determinados asuntos de la jurisdicción voluntaria, pueden ser desjudicializados. Pero no se debe olvidar que algunos de ellos tienen más necesidad de jurisdicción, que la propia jurisdicción contenciosa, presunción de muerte por desaparecimiento, etc.
- 4.** Las crisis del órgano jurisdiccional, deben ser afrontadas fortaleciéndolo y no desmontándolo o acreditando otros medios. Un estado social de derecho, no puede buscar soluciones coyunturales, que más bien son distracciones esperanzadoras que no hacen más que crear frustración cuando se confrontan con la realidad, por lo precaria que resulta la solución.



## LA COSA JUZGADA Y EL NUEVO DERECHO CONSTITUCIONAL

*Andrés Prieto Quintero*

### **1. *Cómo se puede reformular una teoría de la cosa Juzgada a partir de la concepción Constitucionalizada del derecho?***

Considero que la teoría clásica de la Cosa Juzgada no ha variado de manera alguna, ni necesita cambiar para ajustarse a la “nueva” concepción del derecho constitucionalizado.

Justifico así mi respuesta:

Desde luego, la pregunta del taller sugiere una respuesta difícil. La de la proposición de una hipótesis-teoría nueva en lo que toca con la cosa Juzgada, como sello característico de los actos que son fruto de la actividad jurisdiccional. Pero puede ahondarse aún más y dirigirse al quid problemático que justificó la formulación de la pregunta, puesto que ésta no pretende otra cosa que el estudiante intente resolver aquél. Ese problema no es otro que la posibilidad de revisar los fallos jurisdiccionales por medio de la acción de Tutela o Derecho de Amparo. Así pues, se plantea la hipótesis de hacer factible que la sentencia, efecto del Proceso Jurisdiccional, contenga aún injusticias graves, razón por la cual las normas de la Cosa Juzgada

Constitucionales consagradoras de los Derechos Fundamentales de las personas, que son de protección inmediata y eficaz mediante el ejercicio de la acción de tutela.

En síntesis, el problema que justifica el ejercicio no es impuesto con la pregunta radica en la inquietud sobre la revisabilidad o mutabilidad de una decisión jurisdiccional definitiva (sin recursos de ningún tipo) cuando se demuestra que ella es injusta o inconstitucional. Y es que el debate se ha hecho candente por el equivocado<sup>1</sup> conocimiento del fenómeno de la Cosa Juzgada que normalmente existe, puesto que se le ha atribuido injustamente el sino de la ceguera, afirmando que una vez que el Juez ha decidido, sin importar como lo haya hecho, es imposible la revisión o mutación de la sentencia, o de otra forma, que el Juez puede decir lo que quiera y como quiera en la sentencia y contra tal dicción no hay nada que hacer.

Insisto pues en que el asunto de la cosa juzgada en el Derecho Procesal es diferente del que se plasma en el párrafo anterior? y que por ende no es menester variar su significado para ajustarlo a la constitución Normativa de Colombia. Así lo entiendo:

La función Jurisdiccional, si regresamos a Enrico Tullio Liebman, es la actividad de los órganos del Estado "dirigida a formular y ejecutar la regla jurídica concreta que como norma de derecho vigente, reglamenta una determinada situación jurídica". Así entonces, el Proceso Jurisprudencial es, al decir de Kelsen, Derecho Dinámico porque regula la forma de creación y de aplicación del mismo derecho, o en términos más sencillos, el proceso jurisdiccional no es otra cosa que una serie dinámica de actos, para la producción de una "Norma Jurídica Concreta que regula una situación jurídica concreta" que es el conflicto que se resuelve con la sentencia. La sentencia Jurisdiccional no es más que una norma jurídica, creada con aplicación de las normas jerárquicamente superiores, mas generales, que tiene intención de inmodificabilidad en razón,

---

1 No se puede tildar de "equivocado" de buenas a primeras, simplemente "ese" es el concepto de la Cosa Juzgada.

precisamente de su mayor acercamiento a los actos concretos o regulación directa de los hechos. Trato de explicar esta última afirmación:

Hay dos mundos distintos, el del ser y el del deber ser, son ellos, para efectos de este ejercicio el mundo de los hechos y el del derecho. Kelsen informó que en la cúspide de la pirámide jurídica está la Constitución, y que, descendiendo se llega a las leyes, a los actos administrativos y a las sentencias jurisdiccionales, en penúltimo lugar antes de los actos de ejecución pura, es decir, el mundo real, fáctico puro. A medida que se desciende de la pirámide jurídica, uno se acerca más a la inmutabilidad, por lo menos cuando se desciende de la ley los actos administrativos y, en mayor grado cuando se llega a la sentencia, pues deja de ser una aplicación en abstracto, difícil de deshacer en cuanto se va tocando y "MODIFICANDO" el mundo de los hechos y se definen los intereses personales con identificación subjetiva. En realidad, los intereses intersubjetivos ostentan rigor jurídico, fuerza estatal, solo cuando se ha discutido al máximo de los actos administrativos y, más aún, cuando se ha llegado a la creación de la norma jurídica concreta potencialmente ejecutable y a la ejecución de la misma, que es lo que entraña el fenómeno jurisdiccional. Es aquí cuando se hace difícil o, tal vez, imposible, deshacer lo hecho.

El asunto es muy grave, puesto que se ha emitido una sentencia jurisdiccional, que es la creación, reitero, de una norma jurídica concreta que resuelve el conflicto particular de dos o más sujetos enfrentados es casi imposible volverla hacia atrás puesto que sería revivir el conflicto y, mas perjudicial aún, borrar de hecho la efectividad de las normas concretas en cuanto que son aptas para resolver el conflicto de forma definitiva y lograr así la paz social.

Es corriente, proferida la sentencia, una de las partes considere perdido su interés, se encuentre molesta y perturbada por el resultado adverso del proceso. Sin embargo, dadas las condiciones excepcionales de la creación de la norma que lo afectó, lo acepta. Esas condiciones, no son otras que las que circunscriben a la jurisdicción: terceidad o imparcialidad, igual-

dad de las partes en el proceso, investigación por parte del Estado-Juez del caso concreto, en fin, la esencia de la jurisdicción y el respeto del principio del debido proceso. Pero, si fuera posible y permitido deshacer la norma creada en estas condiciones normales procesales, nadie estaría dispuesto a aceptar la derrota en los tribunales y, estaríamos en el punto juzgado en estado de caos jurídico.

Pero es menester volver al problema inicial, y al qué hacer jurídico cuando la sentencia es equivocada? Para el efecto es pertinente tratar de encontrar los tipos de error en que puede incurrir el Juez en la creación de la norma que resuelve la situación jurídica concreta conflictiva. Ellos, a mi juicio, son:

- Errores en el procedimiento y errores en la decisión.

Entiendo por errores en el procedimiento a todos aquellos que vulneren el debido proceso, a luz del artículo 29 de la Constitución Nacional, como también los que procesalmente hacen imposible proferir una sentencia de mérito y que conocemos como presupuestos procesales, íntimamente ligados a aquel derecho fundamental prementado. Es comprensible que el Juez de la causa tiene un camino pretrazado, con requisitos indispensables que debe cumplir para poder crear válidamente una norma jurídica concreta, puesto que si no los satisface, es imposible que llegue a la meta de la resolución justa (conforme a derecho de Carnelutti) del conflicto. Si el Juez (único o plural) no conduce el proceso y lo agota como está dispuesto en las normas de superior jerarquía, no podrá pronunciar una norma válida que resuelva el conflicto. No podrá dictar una sentencia sana o legítima. En algunos casos no podrá siquiera proferir norma concreta y, si lo hace, estará viciada como se explicará luego.

Por errores en el juicio o In Iudicando (Me sirvo de la teoría de la Casación Civil para este asunto) comprendo los que tienen que ver con el error en la apreciación de los hechos, o de otra manera que el Juez aprehenda erradamente la verdad fáctica o que yerre en la elección de las normas generales que le sirven para crear la norma concreta o que, a pesar de elegir bien entre las reglas jurídicas generales sea torpe en la creación de la concreta sentencia que tiene que estar enmarcada en aquellas.

Y entonces a qué conduce todo lo anterior?

Pues la respuesta es bien fácil, y la entrega Kelsen cuando explica cómo se da un paso en el descenso de la pirámide y cómo también cada norma inferior tiene que estar comprendida en la generalidad de la superior, o el asunto de los ámbitos de validez de las normas jurídicas conocidos como validez formal y validez material. Así, el asunto es más bien sencillo puesto que los errores in procedendo informan que el Juez, en su labor jurisdiccional, ha creado una norma cuyo procedimiento no es el que las normas de superior jerarquía establecen; por ello, debe ser excluida del ordenamiento (ámbito de Validez Formal) en tanto que, los errores in Iudicando, merecen un análisis más profundo, como sigue:

Cuando se yerra en la apreciación de los hechos, o en la interpretación de una norma general superior, no hay nada que hacer, en razón de que es un falso yerro o, por lo menos no es posible calificar tal conducta como error en atención a la subjetividad o *arbitrium iudicis* de que goza el Juez. De otra manera, el Juez, en la creación de la norma jurídica concreta tiene que desplegar tareas de conocimiento y tareas volitivas, de elección subjetiva. Allí no hay más control que el de las partes y se ejerce durante el juicio o proceso de creación de la norma, no hay control posterior cuando la norma cabe o puede enmarcarse, cuando se desprovee de sus notas generales en las de superior jerarquía (ley y Constitución). Puede ocurrir en cambio, que el Juez cree una norma jurídica que, cuando se realiza la tarea intelectual de escindirla de sus ribetes concretos, no quepa en las normas superiores o, a la manera de Kelsen, que no tenga validez material por estar en desacuerdo o choque con normas jurídicas superiores en cuanto a su contenido.

### **EL CONTROL POSTERIOR DE LA SENTENCIA:**

De todo lo dicho resulta que la cosa juzgada no es otra cosa que la inmutabilidad de la norma jurídica concreta creada con validez formal y validez material. Así es fácil comprender que la acción de tutela no es más que la posibilidad de revisar esos dos ámbitos de validez cuando se afirma que por la invalidez de la norma jurídica concreta se han vulnerado derechos fundamentales. Así pues, la Cosa Juzgada no ha variado a mi juicio.

Es de resaltar sí, que los defectos procesales relevantes en la creación de la norma jurídica concreta vulneran el derecho fundamental del debido proceso, que, desde luego, será el caso mas frecuente de invalidez de la sentencia proferida puesto que es más escaso que se presente la hipótesis de una norma concreta jurídica que choque contra las generales superiores en cuanto a su contenido.

Para concluir, es evidente que el conflicto no tendría dos debates sino uno válido y uno invalidado, lo que es lógico y aceptado desde hace mucho por las teorías de las nulidades y los recursos extraordinarios. Se quita o extromite la norma concreta invalidada por el Juez de Tutela y se ordena que se cree otra, esta vez de forma válida.

Cabe si un problema adicional que no toco aquí : Y qué ocurre cuando la sentencia es inválida pero su invalidez no afecta o no toca con derechos fundamentales?. Parece que no hay órganos competentes para declararla inválida y extromitirla del ordenamiento, pero es un problema que apenas se mienta aquí.

## **2.- *Cuáles son los alcances de la cosa juzgada en los procesos de constitucionalidad que emite la Corte Constitucional?***

La tal cosa Juzgada constitucional en los procesos de constitucionalidad es un asunto diferente al de la Cosa Juzgada Jurisdiccional. No afirmo que sea más importante o lo sea menos, pero a mi juicio NO ES JURISDICCIÓN en razón de que no resuelve un conflicto creando una norma concreta para el caso concreto, ni hay verdaderas partes ni Terceidad, entre otras características interiores de la Jurisdicción. Es pues una asunto de plena función LEGISLATIVA, Legislador Negativo que en nuestro país se ha convertido en Legislador negativo y positivo en ocasiones excepcionales (cuando a él se le antoja). De manera que pienso que es incorrecto hablar de Cosa Juzgada en los procesos de Constitucionalidad puesto que esa es un a característica de la Norma Jurídica concreta que resuelve un conflicto concreto y que goza de una especial INMUTABILIDAD.

De cualquier manera, es comprensible que la pregunta refiere a un asunto similar, en lo que tangencialmente toca con la inmutabilidad de la decisión de la Corte constitucional cuando revisa si alguna norma jurídica esta o no en armonía con la Constitución Política o reutilizando los términos kelsenianos, da fe o revisa el a la norma en su ámbito de validez formal y material. (Proceso de creación de la norma y contenido).

Cuando la Corte emite un “fallo” que no es otra cosa que un juicio legislativo sobre si la norma examinada en su validez queda en el Ordenamiento por ser armónica con la constitución o sale de él por carecer de validez (estar en discordancia con la norma superior), tiene unos efectos, y hacia ellos se dirige el interrogante.

Me parece que los efectos preguntados son los que tienen que ver con el tiempo en primer lugar y con la posibilidad de someter la norma a un nuevo juicio de Validez en la Corte (o ante otro cualquier funcionario dado el control difuso traducido en este caso en el asunto de la excepción de Inconstitucionalidad).

Así dicho, el primer tópico es el de los efectos temporales de la “sentencia” de la Corte constitucional proferida en el proceso de constitucionalidad:

Las sentencias (desde aquí dejo de utilizar las comillas aunque términos como Sentencia y Cosa Juzgada los ameriten según la introducción a esta respuesta) emitidas por la Corte Constitucional “tienen efectos hacia el futuro a menos que la Corte Resuelva lo contrario”. Ocurre que la Corte, órgano Límite como ellos mismos se han dado en llamar es quien determina los efectos mismos de sus sentencias, así pues, en cada caso concreto indicarán si los efectos de la sentencia son exclusivamente hacia el futuro o si también afectan hechos consolidados ya o alteran la vigencia de la ley en el pasado.

Es tan reciente el asunto en Colombia y tan grande el poder de la Corte que parece difícil hacer teoría sobre este problema, quede él solucionado acudiendo a la misma grotesca afirmación de que la Corte, en cada caso, dará a la sentencia los

efectos que le vengan en gana y que el precio que habrá de pagar, si comete abusos con esta facultad, será el desprestigio y pérdida de legitimidad.

Me parece importante formular algunas preguntas relacionadas con la diferencia en los efectos, cuando la sentencia determina excluir a la norma del ordenamiento o cuando, en cambio, indica que es válida y que, por ende, sigue haciendo parte de él. Para el primer caso, es decir, cuando la Corte considera que la norma es válida o exequible y que insista en hacer regir su decisión también hacia el pasado. Que pasaría con las decisiones de los Jueces al inaplicar la norma en procesos jurisdiccionales concluidos?. Y, de igual manera, con la hipótesis de extromitir normas del ordenamiento con efectos hacia el pasado, además de los normales hacia el futuro, que pasaría con las decisiones judiciales que tuvieron como normas generales de sustento a las que son extromitidas?.

En cuanto al segundo punto, es decir, en lo que refiere a la posibilidad de debatir nuevamente sobre la Constitucionalidad de una norma, también la Corte ha determinado autónomamente los efectos de sus fallos, afirmando que por regla general son absolutos, es decir que la Corte, cuando se pide la exclusión de una norma por inconstitucionalidad, no está vinculada por el principio de congruencia, o, de otra manera se haya en un sistema puramente inquisitivo puesto que no se limita a analizar los argumentos del petente o de los intervinientes sino que la coteja o compara con toda la C.P. pero esta posición es variable de acuerdo con el antojo de la Corte misma, que ha dicho que en veces sus sentencias hacen tránsito a Cosa Juzgada RELATIVA, o de otra manera, que no se examinará la norma nuevamente si los argumentos futuros son idénticos a los del petente original o primero pero que, ante otros argumentos nuevos, se puede suscitar un debate sobre la validez de la norma ante el cotejo con la Constitución que culmine con sentencia que la extromita o que la deje en el ordenamiento. Es decir que es la Corte quien, en cada sentencia dirá si se puede promover otro debate o no. En todo caso parece que el problema está íntimamente ligado con la congruencia y con el sistema que utilice la corte, en cuanto al dispositivo o al inquisitivo, debido a que en ocasiones argumenta que requiere solicitud fundada de parte

para comparar el texto con toda la Constitución y, en cambio, otras no lo hace.

En cuanto al mismo punto pero con relación a los fallos de constitucionalidad emitidos por la Corte Suprema de Justicia, Organo competente antes de la vigencia de la Constitución de 1.991, la Corte Constitucional ha decidido que las sentencias que decidieron extromitir normas del ordenamientos son cosa Juzgada Absoluta, intocable y no permite un nuevo debate, que en cambio las que se acusaron de desarmonía con la constitución pasada, en cuanto a la validez Material, se pueden volver a acusar en razón de que el contenido de las normas superiores varió con la nueva C.P. en lo que toca con la validez formal, esto es su proceso de expedición, son irrevisables en la actualidad.



## EL IMPERIO DE LA LEY MOTIVOS PARA EL DESENCANTO

*Marina Gascón Abellán\**  
(Universidad de Castilla - La Mancha)

A los que ahora se dicen gobernantes los llamaré servidores de las leyes, no por introducir nombres nuevos, sino porque creo que ello, más que ninguna otra cosa, determina la salvación o perdición de la ciudad; pues en aquella donde la ley tenga condición de súbdita sin fuerza, veo ya la destrucción venir sobre ella; y en aquella otra, en cambio, donde la ley señora de los gobernantes y los gobernantes siervos de esa ley, veo realizada su salvación...<sup>1</sup>

**Desdichado el soberano que desprecie la ley, desdichado el pueblo que sea indulgente con el desprecio de la ley<sup>2</sup>.**

---

1 Platón, *Las Leyes*, ed. bilingüe de J.M. Pabón y M. Fernández-Galiano, Madrid, CEC, 1983, vol. I, Libro IV, 715, p. 145. Precisamente, con esta significativa cita de Platón, aunque en una versión diferente, abre C.S. Niño un libro no menos significativo al que tendremos que remitirnos en alguna ocasión. **Un país al margen de la ley**, Buenos Aires, Emecé, 1992.

2 D. Diderot, "Observaciones sobre la instrucción de la emperatriz de Rusia a los diputados respecto a la elaboración de las leyes", en **Escritos Políticos**, ed. de A. Hermosa Andújar, Madrid, CEC, 1989, p.184.

\* La Dra. Marina Gascón Abellán es profesora de filosofía del derecho de la Universidad de Castilla - La Mancha. Coautora de la obra *Lección de Teoría del Derecho*, publicado en Madrid, en 1997.

**El poder del hombre es injusto y tiránico: el poder legítimo está dentro de la ley<sup>3</sup>.**

Aun cuando las palabras no siempre mantienen el mismo significado en cualquier momento histórico, creo que los textos que acabamos de reproducir, tan distantes entre sí pero no tan distintos, constituyen una elocuente muestra del valor atribuido al imperio de la ley a lo largo de siglos de cultura política y jurídica. Ciertamente, las leyes en que pensaba Platón no eran las mismas que el ilustrado Diderot recomendaba a la emperatriz de Rusia ni, mucho menos, las que anhelaba el revolucionario Saint-Just, y ninguna de ellas hubiera coincidido, por ejemplo, con las leyes de la escolástica medieval, pero quizá haya un punto en común en todos esos testimonios: la idea de que la voluntad política cristalizada en normas con vocación de permanencia y generalidad (tanto mejor si además son justas, cualquiera que sea ahora el criterio de la justicia) resulta siempre preferible a una voluntad política particular, circunstancial y cambiante; y no cabe duda que la historia proporciona sobrados (y a menudo trágicos) ejemplos de las consecuencias que tiene el abandono de esta preferencia.

La vindicación del gobierno de las leyes frente al gobierno de los hombres puede haber estado presente en todos los tiempos, pero sin duda alcanza su cénit en el pensamiento ilustrado y liberal que sirve de sustrato ideológico a la revolución francesa y más tarde al modelo político que conocemos como Estado de Derecho. No es ocasión de describir el largo itinerario y las distintas influencias y corrientes de una filosofía política que a partir de mediados del siglo XVIII terminará desembocando en la consagración del "principio de legalidad" como piedra angular del poder y del Derecho legítimos<sup>4</sup>. Pero seguramente por ese origen heterogéneo donde confluyen la herencia iusnaturalista con la voluntad general y el propósito racionalizador de la monarquía absoluta con los planteamien-

---

3 Saint-Just, "Discurso sobre la Constitución que se tiene que dar en Francia", en **Dialéctica de la Revolución**, trad. de J. Fuster, Barcelona, Taber, 1970, p. 93.

4 Vid. sobre esa evolución L. Prieto, "Del mito a la decadencia de la ley. La ley en el Estado constitucional", en *Ley, Principios, Derechos*, Madrid, Dyckinson, 1998, pp.5 ss.

tos revolucionarios, lo cierto es que desde el principio la idea de "imperio de la ley" presenta un significado ambiguo y poco preciso, pues se usa para hacer referencia a exigencias diferentes y no siempre perfiladas. En lo que sigue intentaré distinguir algunos de estos significados; así como el valor que cada uno de ellos encierra y los peligros que los amenazan.

Nuestro objetivo, sin embargo, es muy modesto; y ello en un doble sentido. Primero, porque las consideraciones que se harán sobre el imperio de la ley no pretenden ser un ejercicio teórico válido para cualquier tipo de Estado, sino que tendrán como marco de referencia el modelo del Estado de Derecho democrático<sup>5</sup>. Segundo, porque no es nuestra intención aquí analizar cada aspecto de la legalidad. Pretendemos tan sólo dar cuenta de algunos fenómenos de la realidad política y jurídica que suponen una amenaza, cuando no claramente una quiebra del imperio de la ley. Además, tampoco entra dentro de nuestros objetivos articular (y ni siquiera esbozar) posibles respuestas a los distintos aspectos de la crisis. Su constatación, sin embargo, nos parece ya en sí misma importante, pues lleva implícita una llamada de vigilancia al escrupuloso cumplimiento de la legalidad si no se quiere renunciar a los valores que salvaguarda; y ello, desde luego, sin olvidar que cierto "legalismo" resulta a menudo un bello ropaje con el que el poder pretende imponer la absoluta superioridad moral de sus decisiones.

---

5 Laporta distingue entre "imperio de la ley", que se conectaría al valor de la legalidad frente a la arbitrariedad, y que por tanto no prejuzga el origen de la norma, y el "principio democrático", que se conecta al valor de la ley de origen democrático ("Imperio de la ley. Reflexiones sobre un punto de partida de Elías Díaz", en *Doxa*, 15-16, 1994, vol. I, p. 138). Para hacer referencia a una distinción semejante, L. Hierro prefiere hablar de interpretación "débil" del imperio de la ley e interpretación "fuerte" ("El imperio de la ley y la crisis de la ley", *Doxa*, 19, 1996, pp. 288-289.). Naturalmente, lo segundo no excluye lo primero. Nuestra reflexión pretende atender ambos aspectos del imperio de la ley en el contexto de la democracia; podría decirse, por tanto, que consideraremos el valor de la ley formal en cuanto expresión del "principio democrático", pero también el valor del "imperio de la ley" en democracia.

## I. Significados del "imperio de la ley"

Cabe distinguir al menos dos grandes acepciones de la expresión **ley**. La primera, más amplia, entiende por ley todo el Derecho o, a veces más limitadamente, todo el Derecho del Estado formulado mediante ciertos enunciados lingüísticos<sup>6</sup>; en todo caso, aquí la ley equivale a orden jurídico preconstituido, cualquiera que sea su origen. La segunda, más estricta, entiende por ley la norma que emana del Parlamento y es expresión de la democracia.

Cabe distinguir también al menos tres grandes acepciones de la expresión **imperio de la ley**. La primera y la segunda hacen referencia al cumplimiento efectivo del Derecho y al significado del Estado de Derecho, respectivamente; en ellas la palabra "ley" ha de entenderse en sentido amplio, o sea referida a todo el Derecho. La tercera tiene que ver con la posición especial de que goza la ley en tanto que norma emanada del poder legislativo democrático; en ella, por tanto, la palabra "ley" ha de entenderse en sentido estricto, o sea referida sólo a la ley formal.

1). La legalidad en sentido amplio.

### a). **Eficacia del Derecho**

En un primer sentido de la expresión, el imperio de la ley puede entenderse como eficacia de la ley; es decir, cumplimiento generalizado del Derecho. Del imperio de la ley deriva aquí la exigencia para sus destinatarios de cumplirla y para los jueces de aplicarla.

### b). **Actuación de los poderes del Estado conforme a reglas jurídicas preconstituidas: el contenido mínimo del Estado de Derecho.**

En un segundo sentido de la expresión, el imperio de la ley puede entenderse como la conformidad del poder con un

---

<sup>6</sup> Este último es el significado que tiene la ley en la enumeración de las fuentes que contiene el Código Civil: "las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho" (art. 1.1).

modelo normativo jurídico preconstituido. Por ello, también en este supuesto la legalidad se identifica con todo el Derecho; es decir no sólo con la ley en sentido estricto sino también con el reglamento y con la propia Constitución; en todo caso con regulaciones que, siendo más o menos generales y abstractas, no admiten una derogación singular por parte de los poderes públicos. Para hacer referencia a este sentido del imperio de la ley suele hablarse de **principio de legalidad** y constituye el contenido mínimo del Estado de Derecho. Del principio de legalidad derivan o pueden derivar los siguientes principios:

(i) Principio de legalidad en relación con el Gobierno y la Administración . Traduce la necesidad de que la Administración, en el ejercicio de las funciones que le son propias, actúe conforme a Derecho; es decir, a la ley formal y a la Constitución, pero también a las reglas que ella misma haya dictado en el ejercicio de su potestad reglamentaria . El tipo de vinculación a la ley por parte del poder ejecutivo ha conocido diferentes modalidades e intensidades en la historia constitucional europea de los dos últimos siglos<sup>7</sup>, pero hoy, en su sentido más vigoroso, significa que la Administración encuentra en la ley no sólo un límite **negativo** sino también una vinculación **positiva** a la que debe ajustar su actuación<sup>8</sup>.

---

7 Una síntesis de esa evolución puede verse, por ejemplo, en A. Garrorena, **el lugar de la ley en la Constitución española**, Madrid, CEC, 1980, pp. 17 ss.

8 Si se parte de que la Administración no tiene un poder originario y autónomo de actuación sino que se concibe fundamentalmente como "ejecución" de normas jurídicas previas (rasgo propio de los sistemas de monismo parlamentario que recogen la tradición de la revolución francesa -vid. R. Carré de Malberg, **Contribution a la théorie générale de l'État** (1920-22), reimp. del CNRS, París, 1962), entonces el contenido de la vinculación de la Administración a Derecho está constituido, por una parte, por la prohibición que pesa sobre la Administración de actuar antijurídicamente y de hacer lo que no le esté expresamente permitido; por otra, por la prohibición que pesa sobre el legislador de efectuar apoderamientos en blanco a la Administración. Como indica I. de Otto, precisamente de este principio así entendido "nace todo el Derecho administrativo y la sujeción de la Administración al control de los tribunales", **Derecho constitucional. Sistema de fuentes**, Barcelona, Ariel, 2a. ed. 1988, 2a. reimp. 1991, p. 158.

(ii) Principio de legalidad en relación con el poder legislativo. Es éste un rasgo propio del constitucionalismo y supone que la libertad política consustancial a la actuación legislativa deberá, no obstante, desarrollarse dentro del marco de posibilidades diseñado por la Constitución. Con todo, en este punto resulta más clarificador hablar de principio de constitucionalidad y representa, sin duda, la conquista más reciente del Estado de Derecho en Europa<sup>9</sup>.

(iii) Principio de legalidad en relación con el poder judicial. Supone la vinculación de los jueces y tribunales a la ley, en el sentido de que deberán ajustar su actuación a Derecho (Constitución, leyes y reglamentos).

2. La legalidad en sentido estricto: la ley en el principio democrático.

**c). Posición Privilegiada de la ley formal como norma que emana del Parlamento es expresión de la democracia**

Aunque hoy el principio de legalidad se halla conectado a la democracia política y aunque el principio de constitucionalidad parece necesariamente unido a la misma<sup>10</sup>, a efectos analíticos cabe distinguir entre el “imperio de la ley” como sometimiento de todo poder al Derecho y el “imperio de la ley” como sometimiento a una forma jurídica concreta, la forma legislativa; o sea a la norma jurídica que emana del

9 En la tradición europea, efectivamente, la fuerza normativa de la Constitución, en especial de sus preceptos materiales o relativos a derechos fundamentales, ha sido el fruto de una costosa evolución y ello por las mismas razones que explican su resistencia a una justicia<sup>9</sup> constitucional sobre el legislador; sobre ello puede verse E. García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1991. Ni siquiera en la revolucionaria Declaración de 1789 se llegó a concebir un auténtico principio de constitucionalidad; tal vez, como dice M. Fioravanti, porque para la mentalidad rousseauiana de sus redactores “el legislador no puede lesionar los derechos individuales porque es necesariamente justo”, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las Constituciones*, trad. de M. Martínez Neira, con presentación de C. Álvarez Alonso, Madrid, Trotta, 1996, p. 73.

10 La legalidad de la Administración como primera exigencia del Estado de Derecho es concebible al margen de la democracia y, de hecho, así fue inicialmente concebida. Creo, en cambio, que el constitucionalismo en sentido riguroso parte conceptualmente de una distinción entre gobernantes y gobernados, entre pueblo y Estado, que implica de forma necesaria la idea de democracia política.

Parlamento como representación del pueblo en quien reside la soberanía. El contenido del imperio de la ley se traduce ahora en que, precisamente como proyección de la superior legitimidad del órgano del que emana, a la ley se le atribuye una posición privilegiada en el sistema de fuentes que se expresa en el concepto de **fuerza de ley**, como supremacía frente al resto de las normas jurídicas, y en el **privilegio jurisdiccional de la ley**.

## II. Valor ético del "imperio de la ley"

### a) Valor ético de la eficacia del Derecho

Suele decirse que la eficacia del Derecho, con independencia de los contenidos concretos de sus normas, garantiza una serie de valores éticos o es un medio para conseguir fines moralmente buenos; precisamente en la consecución de estos valores encuentran muchas doctrinas fundamento moral suficiente para reclamar la obediencia al Derecho<sup>11</sup>. La primera de las argumentaciones (el Derecho protege valores éticos) se conecta a la teoría de la seguridad jurídica, que encuentra en el orden, la paz y la certeza en las relaciones humanas una garantía de justicia proporcionada por el Derecho<sup>12</sup>; pero de parecido carácter es el argumento de la gratitud: el Derecho no sólo proporciona orden y seguridad, sino que facilita además ciertos bienes y servicios que de otro modo no estarían al alcance de los individuos aislados y que es de justicia agradecer obedeciéndolo<sup>13</sup>. La segunda de las argumentaciones (el Derecho es un medio para conseguir fines moralmente buenos) se conecta a las teorías utilitaristas y consecuencialistas en general<sup>14</sup>: al Derecho habría que obedecerlo porque es útil

11 Se trata de las que podríamos llamar, con D.D. Raphael, "doctrinas teleológicas": Problemas de Filosofía Política (1976), trad. de M.D. González Soler, Madrid, Alianza, 1983, pp.118 ss.

12 Desde esta perspectiva, el Derecho se presenta como criterio seguro y estable que permite dirimir conflictos de intereses y facilita la previsibilidad de las acciones y el orden general de la sociedad. Vid. E. Díaz, Sociología y Filosofía del Derecho, Madrid, Taurus, 2a ed., 1988, pp. 39 ss.

13 Sobre el argumento de la gratitud, vid. A.J. Simmons, Moral Principles and Political Obligation, Princeton University Press, 1979, pp.160 ss; y J. Rawls, "Legal Obligation and the Duty of Fair Play", Law and Philosophy, S. Hook (comp.), New York University Press, 1964, pp. 9-10.

14 Puede verse, por ejemplo, D. Lyons, **Ética y Derecho** (1984), trad. M. Serra, Barcelona, Ariel, 1986, esp. p. 116; o R. Brandt, **Teoría ética** (1959), trad. E. Guisán, Madrid, Alianza, 1982, pp.408 ss.

para maximizar el bienestar general, o porque ello contribuye al logro de otros objetivos; por ejemplo, el desarrollo económico, social y cultural de una sociedad<sup>15</sup>.

Conviene advertir que algunos argumentos vinculados a la eficacia del Derecho, como la seguridad y el orden, por otra parte de clara evocación hobbesiana, no siempre se presentan como valores añadidos de forma contingente al orden jurídico, sino como rasgos conceptuales o constitutivos del propio Derecho o, mejor dicho, como valores que forman parte inseparable de la misma definición del Derecho; este es, por ejemplo, el caso de Soper o Alexy<sup>16</sup>. En todo caso, con independencia de que un mínimo grado de eficacia resulte indispensable para poder hablar de Derecho, por lo que ahora nos interesa es indudable que la consecución de los valores asociados a la eficacia resulta gradual y depende justamente de la fuerza con que se afirme el imperio de la ley, de la capacidad que ésta muestre a la hora de disciplinar efectivamente la conducta social.

#### **b) Valor moral del Estado de Derecho en su contenido mínimo.**

Como ya se ha dicho, en un sentido mínimo, el Estado de Derecho supone el sometimiento de todos los poderes públicos a normas previamente establecidas que contemplan casos genéricos y que no pueden ser exceptuados para un supuesto concreto. En principio, no interesa aquí el origen o fuente de tales normas ni su adecuación a ciertos criterios de justicia o moralidad, sino que lo decisivo es que los órganos del Estado actúen con sometimiento a una ley previa; en suma, que la

---

15 Así lo piensa y expone C.S. Nino en **Un país al margen de la ley**, cit., quien estima que "la tendencia recurrente de la sociedad argentina, y en especial de los factores de poder -incluidos los sucesivos gobiernos-, a la anomia en general y a la ilegalidad en particular, o sea a la inobservancia de normas jurídicas, morales y sociales"...se encuentra entre los factores que permitirían explicar la llamativa involución del desarrollo social y económico argentino en la segunda parte del siglo (p. 24).

16 Ph. Soper, **Una teoría del Derecho**, trad. de R. Caracciolo, Madrid, CEC, 1993; R. Alexy, **El concepto y la validez del Derecho**. Trad. de J. Malem Seña, Barcelona, Gedisa, 1994.

eficacia del Derecho se proyecte no sólo sobre los ciudadanos, ordenando las relaciones sociales, sino también sobre el poder que es la fuente del mismo Derecho. La siguiente caracterización que hace Weber del modelo de dominación legal se acomoda bastante bien a esta idea de legalidad: “se obedece, no a la persona en virtud de su derecho propio, sino a la regla estatuida, la cual establece al propio tiempo a quién y en qué medida se debe obedecer. También el que ordena obedece, al emitir una orden, a una regla: a la “ley” o al “reglamento” de una norma **formalmente abstracta**”<sup>18</sup>.

Conviene insistir en que el sometimiento del poder a la ley en el marco del Estado de Derecho no es a cualquier ley, sino sólo a aquella norma que reúna ciertos requisitos formales, que suelen resumirse en dos: generalidad y abstracción. Este es un aspecto que está muy presente en Rousseau<sup>18</sup>, pero que se repite en todas las caracterizaciones del Estado de Derecho<sup>19</sup>: la ley no es un mero revestimiento de cualquier mandato singular que pueda impartirse al juez o a la Administración; es todo lo contrario, una norma llamada a regular con vocación de permanencia un número indeterminado de casos futuros que reúnan ciertos rasgos, cualesquiera que sean las personas o circunstancias que concurren<sup>20</sup>.

Es evidente que la exigencia de que todos los poderes públicos actúen conforme a reglas jurídicas previas generales y

---

17 M. Weber, **Economía y sociedad**, ed. de J. Winckelmann, trad. de J. Medina Echevarría y otros, Madrid, FCE, 10a. reimp. 1993, p. 707.

18 “Cuando digo que el objeto de las leyes es siempre general, entiendo que la ley considera a los súbditos en conjunto, y las acciones como abstractas”. Este requisito, unido a la generalidad de la voluntad legisladora, conduce a Rousseau a proclamar la necesaria justicia de la ley: la ley no puede ser injusta, “puesto que nadie es injusto consigo mismo, **Contrato Social**, en **Escritos de Combate**, ed. de S. Masó, Madrid, Alfaguara, 1979, Libro II, cap. IV. pp. 431ss.

19 Vid., por ejemplo, para la compleja evolución alemana, D. Jesch, **Ley y Administración Estudio de la evolución del principio de legalidad**, trad. de M. Heredero, Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1978, pp. 32 ss.

20 Ciertamente, la abstracción y la generalidad no son cualidades “todo o nada”, sino cualidades graduales que se pueden realizar en mayor o menor medida. Por tanto, también el ideal de la ley en el Estado de Derecho puede ser más o menos perfecto.

abstractas incorpora ya en sí un valor ético que no puede soslayarse, pues actúa como freno a la posible arbitrariedad del poder y constituye, como poco, una garantía de los valores de seguridad y certeza en el conocimiento y aplicación del Derecho. La **abstracción** de la ley, al exigir que el supuesto de hecho de las leyes no se formule con referencia a situaciones particulares y concretas sino de manera indefinida, es una garantía de previsibilidad del Derecho. La **generalidad**, por su parte, supone que la ley no regule para ningún sujeto en particular, sino para todos los que se encuentren en su condición de aplicación. Y esto, por sí mismo, es también una garantía de justicia, pues “la ley puede ser mala, todo lo injusta que se quiera, pero su redacción general... reduce al mínimo ese peligro”<sup>21</sup>. Las leyes particulares son un riesgo de arbitrariedad de las asambleas políticas, y más concretamente, de aquellos que en un momento determinado constituyan la mayoría política. La generalidad fija así un límite al poder absoluto del legislador<sup>22</sup>. En suma, la vinculación del poder a normas generales y abstractas es garantía de seguridad y previsibilidad, pero también de igualdad formal y de justicia imparcial. No en vano; el principio de legalidad así entendido constituye el “contenido mínimo” del Estado de Derecho<sup>23</sup>; es decir, de un Estado enemigo de los excesos del poder, ideología jurídica que

---

21 L. Duguit, **Traité du droit constitutionnel**, vol. II, París, Fontemoing, 1923, p. 145.

22 C. Schmitt, **Teoría de la Constitución** (1928), trad. de F. Ayala, Madrid, Alianza, 1982, p. 150: “Un legislador cuyas medidas concretas, órdenes especiales, dispensas y quebrantamientos valgan también como leyes, al igual que sus normaciones generales, no está ligado a su ley en ninguna forma concebible; la “vinculación a la ley” es una expresión sin sentido para aquellos que pueden hacer “leyes arbitrarias”.

23 N. Bobbio define el Estado de Derecho, por oposición al Estado despótico, como aquél “en el que el poder coactivo no es ejercido por el soberano a su arbitrio, sino que existen las normas generales y abstractas, y por tanto no válidas caso por caso, que establecen quién está autorizado a ejercer la fuerza; cuándo, o sea en qué circunstancias, cómo, cuándo, o sea a través de qué procedimientos, y en qué medida”, **Crisis de la democracia**, Barcelona, Ariel, 1985. Esto es, en su formulación menos garantista, el Estado de Derecho traduce la exigencia de que el propio Estado “fije y determine exactamente los límites de su actuación, conforme a Derecho”, F.J. Stahl, **Philosophie des Rechts** (1878), reimp. Hildesheim, G. Olms, 1963, p. 137.

traduce el modelo de legitimidad del mundo moderno: la legitimidad por vía de legalidad.

Pudiera ser que el concepto de imperio de la ley tal y como aquí ha sido dibujado no agote el contenido mínimo del Estado de Derecho<sup>24</sup>, pero en cualquier caso creo que el conjunto de las condiciones que pueden ser atribuidas a ese modelo político se vinculan al mismo valor moral que está detrás de la primera acepción del “imperio de la ley”; esto es, al valor de la seguridad que promueve un Derecho eficaz. Al mismo valor moral, pero en grado sumo. La seguridad jurídica que en principio proporciona todo orden normativo que sea capaz de regular eficazmente la vida social alcanza su máxima expresión en la fórmula del Estado de Derecho, donde el poder sometido a la ley aparece limitado y controlado y donde, por ello mismo, el individuo goza de un ámbito de inmunidad y garantía<sup>25</sup>.

### c) Valor moral de la democracia

La bondad ética atribuible al principio de legalidad, en cualquiera de las acepciones referidas (a o b) no es en absoluto independiente de los modelos de legitimación del poder. En otras palabras, no es indiferente que la soberanía se predique del Estado o del pueblo<sup>26</sup>. En democracia, el “imperio de la ley” goza de un valor añadido: se refuerzan las razones morales que

---

24 Sobre los requisitos del contenido mínimo vid. E. Fernández, “Hacia un concepto restringido de Estado de Derecho”, **Sistema**, 138, 1997, pp. 101 ss.

25 Vid. A.E. Pérez Luño, **La seguridad jurídica**; Barcelona, Ariel, 1991, esp. cap. 2°.

26 Por eso, partiendo de una concepción amplia y no mínima de Estado de Derecho, dice E. Díaz que “no todo «imperio de la ley» es ya, por ello, Estado de Derecho: que no hay tal si la ley proviene de una voluntad individual absoluta y no de una asamblea de representación popular libremente elegida; es decir, que no hay Estado de Derecho si la ley no es expresión de la voluntad general”, **Estado de Derecho y sociedad democrática**, cito por la sexta reimp. de la octava ed., Madrid, Taurus, 1986, p. 32. Una noción más limitada de Estado de Derecho mantiene E. Fernández, para quien la democracia política es una saludable circunstancia histórica del actual Estado de Derecho, pero no parece representar un elemento conceptual del mismo, “Hacia un concepto restringido de Estado de Derecho”, cit., pp.107 ss.

sostienen la obligación de obediencia al Derecho en general y a la ley formal en particular y las que fundan la necesidad de que los poderes del Estado respeten los límites jurídicos en general y legislativos en particular.

a) Los valores morales que en distinto grado parece proteger y realizar todo Derecho, y que constituyen otras tantas razones para su obediencia, adquieren mayor fuerza en el marco de un sistema democrático. Ciertamente. Si se parte de que sólo la conciencia puede ser fuente de obligaciones morales absolutas<sup>27</sup>, las únicas instituciones político-jurídicas legítimas en sentido fuerte serán las construidas conforme a un modelo según el cual obedecer en ellas no difiere en realidad de obedecer los imperativos que uno se da a sí mismo. En otras palabras, pueden existir buenos motivos morales para obedecer al Derecho, pero una obligación moral en sentido fuerte, análoga a la obligación de conciencia, requiere suponer un modelo de organización política en el que en cierto modo se haya cancelado la escisión entre moralidad y legalidad. Este fue el anhelo, contrafáctico si se quiere, de Rousseau o de Kant y hoy sería el de cualquiera que intente fundar la obligación política en fórmulas de consentimiento<sup>28</sup>.

El modelo de organización política que permite alcanzar una síntesis entre autonomía y heteronomía, entre moralidad y legalidad, y que por tanto construye la obligación de obediencia como una obligación moral autónoma es el modelo democrático.

---

27 Naturalmente es este un punto de partida que no todos estarían dispuestos a asumir. Por ejemplo, no compartiría este postulado quien asumiera una moral objetiva heterónoma, es decir una moral que se exprese a través de imperativos dados al sujeto desde instancias externas, como sucede con la mayoría de las morales religiosas. Sobre los distintos modelos de fundamentación de la "obligación política" y en particular sobre el democrático, me permito remitir a mi **Obediencia al Derecho y objeción de conciencia**, Madrid, CEC, 1990; así como a "El principio democrático y sus límites", *Volubilis. Revista de Pensamiento*, 2, 1995, pp.70 ss.

28 La ética comunicativa, de Habermas representa quizá el modelo más depurado de obligación política de base consensualista; vid., por ejemplo, J. Habermas, **Conciencia moral y acción comunicativa** (1983), trad. de R. Cotarelo, Barcelona, Península, 1985.; y Th. McCarthy, **La teoría crítica de Jürgen Habermas** (1978), trad. de M. Jiménez Redondo, Madrid, Tecnos, 1987.

Y, en efecto, son muchas las razones que sustentan la legitimidad del sistema democrático y que son, a su vez, razones para postular la obligación ética de obediencia a un Derecho de base contractual. Por citar escuetamente algunas de ellas: la íntima conexión del modelo democrático con la idea de consentimiento de los ciudadanos; los valores de autonomía individual, libertad e igualdad, que constituyen un presupuesto del sistema democrático que, al propio tiempo, encuentran en el mismo el marco más idóneo para su protección y desarrollo; el hecho de que la democracia sea el régimen que más se ciñe a los requisitos y modalidades del contrato, pues solamente ella “permite la elección, experimentación crítica y revisión de los diferentes modelos de sociedad, acciones todas ellas propias de los individuos que pueden llevar a cabo el contrato social”<sup>29</sup>; y finalmente, la democracia, al igual que el modelo contractualista, presenta la virtud de concebir al individuo y a sus derechos como el fundamento del orden político, mientras que las instituciones políticas y el Derecho aparecen como un mero artificio cuya justificación reside precisamente en la mejor protección de tales derechos. En suma, la democracia -incluso la representativa- podría considerarse, si no como realización histórica del modelo consensualista, sí al menos como un sucedáneo bastante aceptable del mismo<sup>30</sup> y, por lo tanto, desde el punto de vista moral, merece una valoración superior a otros modelos heterónomos.

b) La obligación de actuación conforme a Derecho por parte de los órganos del Estado (contenido mínimo del Estado de derecho salvaguarda, sí, la seguridad jurídica; pero en democracia el Estado de Derecho tiene un contenido y un valor más amplio: el Estado se orienta también a la protección y realización de la libertad, la igualdad y el pluralismo político<sup>31</sup>. Y ello

---

29 E. Fernández, **La obediencia al Derecho**, Madrid, Civitas, 1987, p.142.

30 En tanto que caso de justicia procesal pura imperfecta, el procedimiento democrático es considerado como un “sucedáneo, del discurso moral” por C.S.Nino, **Ética y derechos humanos** Buenos Aires, Paidós, 1984, p.243.

31 Sobre el significado del Estado de Derecho en democracia puede verse E. Díaz, **Estado de Derecho y sociedad democrática**, cit.; A.E. Pérez Luño, **Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución**, Madrid, Tecnos, 1984, pp.187 ss.

porque, como indica Senese, la democracia de los modernos “se caracteriza esencialmente por el papel que en ella asume el individuo, el particular. Es hija de la secularización, del iusracionalismo de los siglos XVII y XVIII del individualismo, de la teoría de los derechos del hombre y de las Declaraciones de derechos”<sup>32</sup>, que constituyen el fin de, esa forma de asociación política.

La ley de origen democrático es expresión de la cambiante configuración de valores que en cada momento triunfa en la lucha política y garantiza así el pluralismo político e ideológico. Pero no sólo el pluralismo. Puesto que las constituciones de la democracia reservan para los ciudadanos amplias zonas de libertad, la exigencia de limitación del poder que deriva del Estado de Derecho se cierne también sobre el legislador vinculando su actuación a una ley más alta, la Constitución, y esta vinculación garantiza ya no sólo los valores de seguridad, certeza y previsibilidad del Derecho, sino también la libertad y la igualdad de los individuos; es decir, todo el conjunto de derechos y libertades que las constituciones democráticas incorporan y salvaguardan con el reconocimiento adicional de un sistema de garantías de las mismas. En otras palabras, la limitación al legislador que deriva del Estado de Derecho constitucional supone que la libertad política que se expresa en la ley está contenida por el respeto a los derechos, libertades, valores y principios reconocidos por la Constitución.

### III. Circunstancias que debilitan el imperio de la ley

Es claro que el “imperio de la ley”, en cualquiera de sus sentidos, puede venir realizado en un grado mayor o menor. En estas páginas pretendemos simplemente señalar algunos fenómenos de debilitamiento del imperio de la ley, y, paralelamente, de los valores que con él se protegen.

a) La crisis del imperio de la ley en su significado más empírico de eficacia del Derecho tal vez representa el grado más

---

32 S. Senese, “Democracia pluralista, pluralismo institucional y gobierno del poder judicial”, en **Corrupción y Estado de Derecho. El papel de la jurisdicción**, P. Andrés Ibáñez (ed.), Madrid, Trotta, 1996, p. 40

alto de ilegalidad en todos los sentidos, pues en sus manifestaciones más extremas se conecta a la propia desaparición del Derecho y del Estado y a su sustitución por organizaciones paraestatales. Se debilita el principio de legalidad entendido como eficacia de la ley cuando el Derecho deja de cumplirse y el Estado no interviene. Organizaciones delictivas que actúan impunemente ante la pasividad, cuando no la complicidad, de la policía, absoluciones judiciales injustificables (jurídicamente) aunque perfectamente explicables (socialmente), son ejemplos de esta abdicación de la legalidad que no sólo no contribuye a paliar el conflicto social, sino que además crea una situación en la que muchos ciudadanos no tienen protegidos sus derechos y enerva “de manera preocupante” la confianza de la población en un Estado que ni siquiera se muestra capaz de garantizar el orden y la seguridad. “De manera preocupante”: porque esa “falta de Estado” puede ser suplida por organizaciones paraestatales que imponen su propia ley y que conducen a situaciones en las que se muestra con toda dureza la validez del modelo hobbesiano de estado de naturaleza<sup>33</sup>.

Por lo demás, acaso tenga razón también C.S. Nino cuando señala que la tendencia generalizada a la anomia en general y

---

33 La proliferación en Colombia de grupos paramilitares y parapoliciales (las llamadas “milicias urbanas”), parece constituir un buen ejemplo de lo dicho. Según J.O. Sotomayor, el surgimiento de los grupos paramilitares habría que buscarlo, entre otras causas, en la debilidad estructural del Estado: en su incapacidad para hacer frente a la violencia generalizada, y en particular al fenómeno de la impunidad; lo cual crea un sentimiento de desamparo. Y con referencia al surgimiento de las milicias populares, que han tenido un especial auge en la ciudad de Medellín, aunque son varias las causas que explican su surgimiento, “la causa principal hay que buscarla en el abandono estatal al que han estado sometidos los barrios populares”, pues en ellos el Estado “nunca se hizo presente ni en lo social y ni siquiera para ejercer el control”.; J.O. Sotomayor, “Colombia: encrucijada de poderes estatales y paraestatales: paramilitares, milicias populares y reinstitucionalización autoritaria en Colombia”, en **Jueces para la democracia**, 24, noviembre de 1995, pp. 91 y 94; también, G.M. Gallego y G.P. Lopera, “Sobre el Derecho en Colombia: entre el escepticismo y el deber de no renunciar”, **Jueces para la democracia**, 19, 1994; o Germán Palacio (comp.): *La irrupción del Paraestado. Ensayos sobre la crisis colombiana*, Bogotá, Ilsa-Cerec., 1990.

a la ilegalidad en particular que se observa en Argentina sea cual sea el trabajo, estudio o actividad que encaremos, está detrás de muchos de los factores que se suelen señalar como relevantes para explicar la involución del desarrollo argentino. En otras palabras, la ilegalidad estaría íntimamente asociada al subdesarrollo<sup>34</sup>.

b) Pero, aparte de este fenómeno tan radical de ilegalidad, merece “especialmente” la pena resaltar una serie de patologías que afectan a la democracia liberal en los últimos tiempos y que han hecho mella en el imperio de la ley, en su sentido de Estado de Derecho, así como en la representatividad política propia de la democracia y en las características tradicionales de la ley “Especialmente”: pues algunos de estos fenómenos se han gestado al amparo de una ideología absolutista del poder obtenido en las urnas que mina las exigencias más básicas de la legalidad y la democracia.

Es claro que el “imperio de la ley” (en su sentido de sujeción del poder al Derecho) no’ debe presuponerse sin más por la sola proclamación constitucional del “Estado de Derecho”. Es, por el contrario, un rasgo histórico que será cierto en la medida en que todos los poderes constituidos se sometan efectivamente a la ley o, al menos, siempre que las infracciones de este principio resulten excepcionales y sean objeto de reproche, lo que tendrá lugar cuando los órganos encargados de fiscalizar todos los actos y normas del Estado para garantizar su pleno sometimiento a la ley (constitucional o no) desempeñen eficazmente su función. Una mirada al desarrollo político y jurídico de la democracia liberal en los últimos tiempos permite constatar cómo, junto a su indiscutible triunfo, se ha producido una degradación de sus elementos constitutivos; entre ellos la legalidad: “la sujeción a la ley de los poderes públicos, el control de legalidad de sus actuaciones y su funcionalización a la tutela y a la satisfacción de los derechos constitucionalmente garantizados”<sup>35</sup>. En lo que sigue haremos

---

34 C.S.Nino, **Un país al margen de la ley**, cit.

35 L. Ferrajoli, “El Estado Constitucional de Derecho hoy: el modelo y sus divergencias de la realidad”, en **Corrupción y Estado de Derecho. El papel de la jurisdicción**, cit., p.15.

un repaso de algunos de los fenómenos que han contribuido a esa degradación.

(i) Se infringe la legalidad, entendida como sujeción del gobierno y su Administración a Derecho, cuando el Estado, "lícita" o "ilícitamente", se sitúa al margen de la ley. Lo primero tiene lugar cuando el propio Estado, a través de la ley, se da a sí mismo instrumentos que le permitan situarse fuera de la misma. La doctrina de los actos políticos sin control jurisdiccional y la figura del secreto de Estado (en relación por ejemplo con los "fondos reservados", cuya falta de transparencia sólo se explica en buena lógica por su finalidad delictiva<sup>36</sup>) constituyen una muestra de este modo de "ilegalidad legal" que compromete el significado del Estado de Derecho y que, de consumarse, pondría de manifiesto una insuficiencia o quiebra del principio constitucional que postula el pleno sometimiento de todos los poderes públicos a la ley y al Derecho. Lo segundo, y más grave, tiene lugar cuando el Estado viola su propia ley; por ejemplo, cuando tortura, o cuando combate el delito con el delito, el terrorismo con el terrorismo, convirtiéndose así en **Estado delincuente** y justificando normalmente su acción con la suprema y legitimadora fórmula de la "razón de Estado"<sup>37</sup>. Gravísimo delito, pues no hay más reprobable infracción de la ley que la cometida por el propio Estado. Y gravísimo error, porque de este modo el Estado se deslegitima<sup>38</sup>.

Con todo, la manifestación más enfermiza de esta infracción del principio de legalidad desde las propias instituciones

---

36 No deja de ser significativo que cuando los jueces españoles pretendieron indagar en los "fondos reservados" en la investigación sobre los GAL, el gobierno se negara a colaborar amparándose en el "secreto de Estado".

37 "La apelación a la razón de Estado se da en los casos en que el poder político viola alguno de los fundamentos de su propia legitimidad, justificando esa actuación en aras de la conservación y mantenimiento del propio poder, que se considera excepcionalmente amenazado"; J.A. Estévez, "Razón de Estado y lucha por los derechos (a propósito de los GAL)", **Jueces para la democracia**, 22, 2/1994, p.14.

38 E. Díaz, **Curso de Filosofía del Derecho**, Madrid, M. Pons, 1998, p. 107: al actuar de esta forma, "el Estado pondría en cuestión su propia legitimidad: por acogerse a la razón de la fuerza perdería la fuerza de la razón".

estatales tal vez sean los casos de corrupción, fenómeno casi endémico en la mayoría de las democracias representativas durante las últimas décadas y que, entre otros, ha producido un efecto lamentable: la deslegitimación de lo público y la papanatas y acrítica beatificación de lo privado. La corrupción conoce formas muy variadas; desde cohechos, cobro de comisiones ilegales y extorsiones a los empresarios para garantizar su presencia particularmente en el mercado de las obras públicas, hasta falsedades contables para obtener fondos en beneficio propio o destinados a corromper; sin olvidar, desde luego, que en muchos casos la corrupción tiene como objetivo otra actividad ilícita: la financiación ilegal de los partidos políticos, “madre de todas las corrupciones” que se ha convertido en un “estilo de vida” que desplaza al ámbito de la ilegalidad la obtención de los medios económicos para el mantenimiento del poder real del partido de que se trate<sup>39</sup> y que en algunos supuestos enlaza incluso a la política con redes mafiosas de narcotráfico<sup>40</sup>. En suma, ilegalidades de todo tipo que, por lo demás, se han desarrollado al calor de una interpretación absolutizadora del poder político legitimado por las urnas.

Y es que, en efecto, al, menos en el ámbito europeo, ha terminado triunfando, ante la pasividad de una sociedad desarticulada, una concepción de la democracia que, identificándola con la regla de la mayoría “como dominio absoluto, según la lógica de las sociedades por acciones”<sup>41</sup>, ha deteriorado

---

39 P.A. Ibáñez, “*Tangentopoli* tiene traducción al castellano”, en **Corrupción y Estado de Derecho**, cit., p.102. Sobre el fenómeno de la corrupción en Italia, puede verse, en el mismo volumen, P.L. Zanchetta, “*Tangentopoli*: entre perspectivas políticas y soluciones judiciales”, pp.85 ss. Además, sobre la corrupción, F. Laporta y S. Alvarez (eds.), **La corrupción política**, Madrid, Alianza, 1997, y A.Nieto, **Corrupción en la España democrática**, Barcelona, Ariel, 1997.

40 Los partidos políticos se han hecho vulnerables, dadas sus necesidades financieras, a los ofrecimientos de soporte económico de los narcotraficantes y de las diversas organizaciones mafiosas... lo que introduce nuevos elementos en el fenómeno del narcotráfico y hace aumentar el pesimismo acerca de una lucha exitosa para erradicarlo”, J. Malem Seña, “Financiación de partidos políticos, democracia y corrupción”, inédito, pp. 40-41.

41 L. Ferrajoli, “El Estado constitucional de Derecho hoy” cit., p. 19.

notablemente el principio del Estado de Derecho, la legalidad del poder, y por ello la misma esencia de la democracia, que no es otra que la de un complejo sistema de garantías<sup>42</sup> que, consciente de la posición de las minorías, pretende evitar el despotismo de las asambleas legislativas. Precisamente esa nota de pesimismo antropológico que hace esperar del poder un potencial abuso que hay que neutralizar, está ya presente en Locke y en Montesquieu<sup>43</sup>, y es lo que llevó a este último a configurar el concepto de límite como factor esencial para asegurar la tutela de la libertad, y de ahí la necesidad de la “separación de poderes” que habrá de conseguirse a través de un sistema de frenos y contrapesos entre ellos<sup>44</sup>. La democracia es pues un complejo sistema de separación y equilibrio entre poderes, de garantías para la tutela de los derechos fundamentales, de instrumentos de control de sus posibles violaciones.

Operando, sin embargo, desde una concepción estrecha y procedimentalista del modelo democrático, el poder triunfante, y fundamentalmente el Ejecutivo, convencido de la posibilidad de imponerse absolutamente que las votos le confieren, tiende a ver como una agresión ilegítima e intolerable cualquier control de legalidad de sus actos. Con esta “lógica de la democracia” no sólo ha triunfado la corrupción en el seno del Estado, sino que, además, los políticos no se han caracterizado precisamente por su disposición a colaborar en la investigación de los hechos, ni judicial ni parlamentaria: desde dentro del propio poder político se tiende a obstruir la investigación judicial<sup>45</sup> y a presentar como ilegítimos estos intentos de fiscalización, y ello con el espúrio argumento de falta de legitimidad democrática.

---

42 **Ibidem**, p. 2 2.

43 La libertad política...aparece...sólo cuando no se abusa del poder . Pero es una experiencia eterna que todo hombre que tiene poder siente la inclinación de abusar de él”, **Del espíritu de las leyes** (1748), trad. de M. Blázquez y P. de Vega, Madrid, Tecnos, 1972, Libro XI, cap. IV, p. 150.

44 Vid. R. Blanco, **El valor de la Constitución**, Madrid, Alianza, 1994, pp.67 ss.

45 El trabajo de C. Rodríguez Aguilera, “Reacciones de los políticos ante la judicatura”, *Jueces para la democracia*, 22, 2/1994, constituye todo un vademécum de los casos producidos en la España de los años ‘80 y principios de los ‘90 en los que el gobierno (socialista) ha desautorizado u obstruido la investigación judicial sobre asuntos que claramente le salpicaban.

de los jueces<sup>46</sup>; y al propio tiempo, y paradójicamente, se han debilitado también los controles parlamentarios, ahora con el argumento de que la cuestión está *sub iudice*. Pero hay más, y acaso de más gravedad. Las actuaciones judiciales frente a los ilícitos del poder han producido un efecto más bien perverso: la huida hacia adelante del propio aparato del poder, urdiendo todo tipo de reformas institucionales y legislativas que suavicen su impacto con un marco de legalidad eventualmente actuable<sup>47</sup>.

Por si fuera poco, paralelamente a estos sucesos que suponen una ubicación del Estado al margen de la ley, desde el propio aparato del poder político, y como escenificación de una especie de esquizofrenia, se opera con un legalismo ideológico que, en el ámbito de la legalidad que "conviene" al poder, enarbola el principio *dura lex sed lex*, identificando la normatividad legal con la normatividad moral y produciendo así otro tipo de absolutismo: una especie de "confesionalismo laico, una enfermedad que asfixia la crítica y el pensamiento plural, que uniformiza las conciencias y que parece penetrar por todos los entresijos del sistema social. La confesionalidad laica... termina ahogando la participación y sustituyéndola por unos estándares homogéneos de comportamiento que tal vez propicien la integración social, pero al precio de sacrificar el pluralismo y la disidencia que, tanta veces en la historia, han sido el motor del progreso humano"<sup>48</sup>.

---

46 Esta invocación por parte del poder estatal (y, como suele ser más frecuente, del poder gubernativo) es recurrente en países donde, como sucede en España, Italia o Francia, los fenómenos de corrupción han teñido el panorama político en las últimas décadas.

Se olvida, sin embargo, que si bien el poder judicial carece de legitimidad democrática "de origen", sin el control de legalidad que le está encomendado la democracia no pasaría de ser una palabra vacía.

47 Vid. P. Andrés Ibáñez, "Introducción" a *Corrupción y Estado de Derecho*, cit., p. 13, donde especifica el autor: "de ahí que junto a reacciones ya producidas -autoamnistía francesa, reforzamiento de privilegios procesales en nuestro país- se perfilen en el horizonte reformas procesales nada tranquilizadoras, como la sugerida por el interés de Berlusconi en dotarse de un ministerio fiscal "a la española", es decir, políticamente dependiente; o la que se encuentra en curso en España, de intensificación de la presencia de esa institución -o sea, implícitamente, del ejecutivo- en el proceso penal".

48 L. Prieto, *Ética y política*, Ciudad Real, Universidad de Castilla-La Mancha, 1992, pp.26-27.

(ii) Pero no es sólo en las relaciones ley/Administración donde se debilita el principio de legalidad, aunque sí sea éste el ámbito donde más patológico resultó el fenómeno. También en las relaciones Constitución/ley (en sentido estricto) cabe apreciar una crisis de la legalidad; o mejor, en este caso, de la constitucionalidad.

De crisis de la constitucionalidad puede hablarse cuando los Tribunales constitucionales, en el desempeño de su función de control jurisdiccional de la ley, argumentan y fallan atendiendo más a consideraciones sociales o políticas consecuencialistas (cuando no partidistas) que a las estrictas exigencias normativas de la Constitución. Es cierto que ningún juez, y menos uno constitucional, puede concebirse como la "boca muda de la ley, y es cierto también que la ideología y las particulares concepciones del bien tienen una irremediable presencia en la actuación de los tribunales, pero en este capítulo toda cautela es poca, en particular toda cautela por parte de los demás poderes del Estado. En este sentido, y con independencia de que efectivamente se comprometa la independencia y neutralidad de los magistrados, resulta bochornosa la reiterada trifulca entre los partidos políticos cada vez que hay que nombrar a los jueces del Tribunal Constitucional en España, pues constituye un indicio (si no una prueba plena) del interés de aquéllos por sentar en el Tribunal a posibles defensores de sus intereses políticos. Pero con ello sólo se contribuye, en el mejor de los casos, a depauperar la imagen de un órgano de control cuyo buen funcionamiento es tan necesario para la salud constitucional y democrática; en el peor, a convertir efectivamente el Tribunal Constitucional en un reflejo de la composición de fuerzas políticas del Parlamento que termine actuando con su misma lógica.

Pero la causa principal del debilitamiento del principio de constitucionalidad no nace de acciones positivas de vulneración no debidamente corregidas, sino más bien de una actitud omisiva a la hora de establecer las regulaciones que son necesarias para la plena virtualidad de ciertos preceptos constitucionales; lo que se revela de modo particularmente claro en relación con los derechos sociales, pero también en relación con los derechos políticos.

Los derechos sociales, en efecto, son en su mayoría derechos prestacionales<sup>49</sup>, es decir, derechos cuya satisfacción requiere la prestación de bienes y servicios económicamente evaluables que deben, por tanto, ser previstos por el legislador; de manera que, con el sacrosanto argumento de su carácter costoso y de la imposibilidad “consiguiente” de una protección plena de los mismos, el legislador se termina arrojando una función cuasi-constituyente, decidiendo en cada caso el grado de realización del Estado social que la Constitución instaura. Desde luego que la satisfacción de los derechos sociales requiere serios esfuerzos financieros y que admite por ello diversos grados de cumplimiento. Pero cuando estos grados de cumplimiento son tan bajos en algunos capítulos que no alcanzan a satisfacer, “un mínimo vital” para todos los ciudadanos<sup>50</sup> podría afirmarse que la política legislativa es (en este caso, por omisión) inconstitucional; más aún, la falta de garantía de los derechos sociales no deja indemne la garantía efectiva de la libertad, pues la participación en los bienes materiales es un presupuesto necesario para que la libertad jurídica pueda convertirse en libertad real: los derechos sociales son condición de la libertad<sup>51</sup>. Por lo demás frente a la carencia de realización,

---

49 Esta es una caracterización frecuente de los derechos sociales. A título de ejemplo: J.R. Cossio, **Estado social y derechos de prestación**, Madrid, CEC, 1989, p. 45. E.W. Bockenforde, **Escritos sobre derechos fundamentales**, trad. de J.L. Requejo e I. Villaverde, Baden-Baden, Verlagsgesellschaft, 1993, p. 75; y L. Prieto, “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, en **Revista del Centro de Estudios Constitucionales**, 22, 1995, p. 12.

50 Sobre la posibilidad de construir ese derecho a un mínimo vital vid. R. Alexy, **Teoría de los derechos fundamentales**, trad. de E. Garzón Valdés, Madrid, CEC, 1986, PP. 421 ss. Y 494 ss.

51 Así E.W. Böckenförde, **Escritos sobre derechos fundamentales**, cit., p. 237; L. Prieto, **Escritos sobre derechos fundamentales**, Madrid, CEC, 1990, p. 188: los derechos sociales se orientan “a remover los obstáculos económicos y culturales que impiden o dificultan a una buena parte de los individuos el ejercicio de sus libertades”. Se trata en el fondo de que el valor de la libertad para cada individuo se aproxime a la igual atribución jurídica de esa libertad para todos. Sobre la distinción entre la libertad y el valor de la libertad vid. J. Rawls, **Teoría de la justicia** (1971), trad. M.D. González, Madrid, FCE, 1979, p. 237.

efectiva de los derechos sociales, no cabe decir que éstos no pueden exigirse absolutamente porque son costosos y su articulación jurídica resulta complicada, pues, aparte de no ser éste un argumento “fuerte” desde el punto de vista constitucional, tal vez ni siquiera se haya considerado seriamente la puesta en marcha de fórmulas legislativas de reconocimiento universal de algunos de tales derechos<sup>52</sup>.

En segundo lugar, por lo que se refiere a los derechos políticos, no cabe duda de que -salvo algunas excepciones que no es el caso comentar como, por ejemplo, las limitaciones que pesan sobre jueces, militares o policías- existe una adecuada atribución jurídica de los derechos ciudadanos más estrechamente conectados a la acción política democrática, como la libertad de expresión, reunión y asociación, los derechos de huelga y participación, etc. Sin embargo, creo que se debilita el principio de constitucionalidad cuando el legislador deja de establecer las garantías sociales e institucionales necesarias para la eficacia de los derechos políticos; lo que incide y enlaza, a su vez, con la pérdida de representatividad de los partidos políticos que termina minando el carácter democrático de la ley.

En una sociedad dominada por los medios de comunicación, donde no en vano se atribuye a la prensa el estatus de cuarto poder, la falta de una normativa que garantice el pluralismo informativo así como la opacidad de los partidos políticos a la

---

<sup>52</sup> Que las técnicas de garantía de los derechos sociales sean más complejas, no significa que sean imposibles. “Nada impediría, por ejemplo -afirma Ferrajoli- la introducción en las Constituciones de vínculos a las políticas del gasto público a través de la formulación de una escala cuantificada de prioridades, asegurada mediante la reserva de cuotas mínimas del presupuesto estatal a cada una de las partidas del gasto social (salud, educación, subsistencia, seguridad social y similares); y; por consiguiente, la extensión del control de constitucionalidad...a las leyes de presupuestos y, por tanto, a la desatención o a la inadecuada satisfacción de los derechos sociales”, L. Ferrajoli, “El Estado constitucional de Derecho hoy”, cit., p. 26. Sobre la posibilidad de construir posiciones subjetivas iusfundamentales de naturaleza prestacional, vid. L. Prieto, “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, cit., pp.9 ss.

regulación y al control jurídico constituyen sin duda una tara democrática graves<sup>53</sup>. Esta falta de regulación, en efecto, propicia el monopolio de la libertad de expresión por los periodistas y de los derechos de participación por los políticos, con la consiguiente profesionalización del ejercicio de estas libertades y el preocupante divorcio entre los ciudadanos y las instituciones; “un preocupante e inducido desinterés hacia los problemas colectivos, que a la larga se traduce en ese encumbramiento un tanto papanatas de las virtudes privadas frente a lo público y de lo que, a su vez, más tarde se lamentan los profesionales de la política y de la libertad de expresión<sup>54</sup>. Las consecuencias de todo ello no pueden ser más adversas: el debilitamiento del carácter representativo de los partidos políticos y de la naturaleza plenamente democrática de la ley.

El debilitamiento del carácter representativo de los partidos políticos es señalado por Ferrajoli como el segundo de los aspectos que, junto con la quiebra de la legalidad, definen la crisis actual de la democracia<sup>55</sup>. En realidad, es ésta una denuncia bastante frecuente y está ya presente en los estudios empíricos de la teoría de las élites desarrollados en los años cincuenta y sesenta a partir de la famosa obra de Schumpeter **Capitalism, Socialism and Democracy**<sup>56</sup>. Y es que la insatisfactoria realización del modelo democrático, según esta corriente, no responde sólo a la independencia de que gozan los representantes frente a los electores, sino a que éstos han perdido incluso la iniciativa en el proceso democrático para convertirse en espectadores pasivos de una representación que

---

53 Se produce así, además, “la extraordinaria paradoja consistente en que los mismos fundamentos del Estado democrático y de Derecho [los partidos]...se encuentran en el exterior de ese mismo Estado que la Constitución establece”, M.A. Aparicio, “Modelo constitucional de Estado y realidad política”, en **Corrupción y Estado de Derecho**, cit., p. 35.

54 L. Prieto, **Ética y política**, cit., p. 23.

55 Vid. L. Ferrajoli, “El Estado constitucional de Derecho hoy: el modelo y sus divergencias de la realidad”, cit., pp.15 ss.

56 La segunda edición del libro de J. Schumpeter es de 1942. Hay traducción castellana en **Capitalismo, Socialismo y Democracia**, Barcelona, Orbis, 1983; parcialmente en A. Quinton, **Filosofía política**, Madrid, FCE, 1974, pp.234 ss.

discurre casi totalmente ajena a su participación; es decir, a la degeneración del sistema de partidos. Estos son algunos de sus más conocidos argumentos: la democracia es una competición entre líderes que no son promovidos por el pueblo, sino que simplemente se presentan ante él, a veces con programas idénticos o muy parecidos; las opciones políticas no son elegidas por los ciudadanos, sino que éstos simplemente aceptan algunas de las que se proponen; los partidos políticos están dominados por minorías oligárquicas, en ocasiones vinculadas a intereses privados, y distan de ser organismos vivos de discusión, debate y conexión entre Estado y sociedad; el sistema político funciona de tal modo que no da las mismas oportunidades a todos los grupos sociales, quedando algunos al margen de cualquier posibilidad de influencia, etc.<sup>57</sup>. Si los argumentos mencionados no son demasiado exagerados -y, desgraciadamente, no parece que lo sean- resulta en verdad difícil atribuir a la ley una verdadera naturaleza democrática.

Por último, de **crisis de la ley** se habla también para aludir no ya a la inconstitucionalidad del poder legislativo o al debilitamiento del carácter democrático de la ley, sino al declive de su centralidad en el ordenamiento jurídico y a la quiebra de las características de generalidad, abstracción y racionalidad que habían constituido su “marca de fábrica” en el Estado de Derecho.

La ley ha perdido hoy su posición central en el sistema de fuentes no sólo como consecuencia “directa” del carácter normativo de la Constitución -lo cual, por lo demás, resulta obvio-, sino también como consecuencia “indirecta” de la crisis, más general, de la estatalidad del Derecho. Los fenómenos de **supraestatalidad** normativa (incidencia en el sistema de fuentes de poderes normativos de origen supraestatal) y de **infraestatalidad** normativa (incidencia en el sistema de fuentes de poderes normativos de origen infraestatal) llevan aparejada una pérdida de la centralidad del Derecho del Estado

---

57 Resumen en el párrafo del texto una de las conclusiones de L. Prieto “Los derechos fundamentales tras diez años de vida constitucional”, **Sistema**, 96, mayo de 1990. Vid. también P. Bachrach, **The Theory of Democratic Elitism**, Londres, London University Press, 1968.

y, por consiguiente, de la ley, que constituye su máxima expresión. En adelante, el Derecho de origen estatal, y en particular la ley, deberá convivir (y en ocasiones ceder completamente el paso) con manifestaciones jurídicas distintas: normas de otras organizaciones internacionales o supranacionales (piénsese, en particular, en la incidencia de las normas de Derecho comunitario en los países de la Unión Europea), normas regionales o en las autonómicas y, por último, normas resultantes de la atribución de poderes de autonormación en el ámbito profesional (como las que derivan del pacto entre sindicatos y organizaciones empresariales) o en otros ámbitos, como el religioso o el deportivo<sup>58</sup>. Sin duda, el resultado puede ser valorado desde distintas perspectivas; algunas optimistas, por lo que tiene de pluralismo jurídico, descentralización y acercamiento del Derecho a los protagonistas del conflicto, pero desde la óptica del "imperio de la ley" la consecuencia parece clara y preocupante: la ley ha dejado de ser la única fuente suprema, regulación uniforme y heterónoma a la que todos están sometidos por igual en el marco del Estado, para convertirse en una fuente más, en polémica competencia con otras<sup>59</sup>.

Pero la crisis de la ley obedece sobre todo a que ha perdido hoy esos rasgos de generalidad y abstracción que contribuyeron a su prestigio. El fenómeno de las leyes-medida da buena cuenta de este hecho: la esencia de la ley se ha transformado y, en multitud de ocasiones, en vez de reflejo de principios generales de regulación que se proyectan sobre la sociedad, es expresión de reglas temporales o excepcionales construidas en medio de un desorden de ideas<sup>60</sup>. En estas circunstancias, la ley deja de ser factor de ordenación para convertirse en una

---

58 Vid. A.E. Pérez Luño, **El desbordamiento de las fuentes del Derecho**, Sevilla, Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia; 1993, pp.76 ss.

59 Vid. L.Prieto, "Del mito a la decadencia de la ley", cit., pp. 28 ss.

60. Ya G.Capograssi ("L'ambiguità del diritto contemporaneo y G. Ripert *Évolution et progrès du droit*") en A.A.VV., **La crisi del diritto**, Padova, Cedam, 1953. Y, aunque con un discurso "judicialista", O. Bachof también levantaba acta en 1959 de la crisis de la generalidad y la abstracción de la ley, **Jueces y Constitución**, trad. R. Bercovitz, Madrid, Civitas, 1985.

simple medida ocasional que muchas veces expresa el puro juego de las relaciones políticas de fuerza<sup>61</sup>. Además, la crisis de la ley obedece también a que la intervención estatal en problemas de la vida económica y social que antes eran competencia de la autonomía privada ha provocado una inflación legislativa, con el consiguiente peligro no sólo para la certeza de la ley sino también para su justicia y racionalidad. La sobreabundancia de leyes, ciertamente, produce dos efectos igualmente negativos: por un lado, hace que el hombre de la calle y los mismos operadores jurídicos (abogados, funcionarios y jueces) estén cada vez más desorientados ante la vasta y cambiante variedad de leyes, con el consiguiente déficit de certeza en el conocimiento del Derecho vigente en cada momento; por otro, es evidente que la superproducción de leyes disminuye también la posibilidad de su formación esmerada y ponderada, y propicia, por el contrario, la creación de leyes confudentes, ambiguas, farragosas, y en este sentido irracionales, lo que alimenta también la falta de certeza, y con ello la primera condición de la justicia<sup>62</sup>.

(iii) Por último, cabe hablar también de debilitamiento del principio de legalidad en relación con el poder judicial, lo que sucede cuando se abandona el imperio de la ley para pasar al imperio de los jueces; es decir, cuando éstos actúan con una discrecionalidad extrema, sin sujeción a reglas, y en especial sin sujeción a la ley del Parlamento. No obstante, con la expresión “gobierno de los jueces”, tan usada en los últimos tiempos para dar cuenta de esta idea, se puede estar haciendo referencia a dos situaciones que conviene distinguir.

En primer lugar, el debilitamiento del principio de legalidad en relación con los jueces es en muchos casos la consecuencia patológica de una mala legislación, cuando no la lógica

---

61 Vid. la denuncia que Zagrebelsky hace del “mercado de las leyes”, lo que le lleva a desconfiar de la capacidad de la ley para representar intereses generales, para no sucumbir al partidismo y evitar el absolutismo de las eventuales mayorías políticas, **El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia** (1992), trad. de M. Gascón y epílogo de G. Peces-Barba, Madrid, Trotta 1995, pp.36-37.

62 Esto es algo que ya advertía F. Carnelutti en 1953: “La morte del diritto”, en A.A.VV., **La crisi del diritto**, cit.

consecuencia del principio de constitucionalidad que obliga a los jueces a realizar un examen de la propia validez de las leyes en presencia de los casos concretos, y de ahí la fórmula de la cuestión de inconstitucionalidad. De un lado, en efecto, la insuficiencia de la ley o su deficiente formación (omisiones, contradicciones, redundancias, vaguedad, ambigüedades, etc.) ha producido en la práctica un redimensionamiento de las tradicionales funciones del juez, que se ve compelido a llenar, con y desde la Constitución, los márgenes de decisión que la ley deja; de otro, ocurre que la Constitución se convierte en el único parámetro de enjuiciamiento cuando se trata de verificar la validez de la ley.

Pues bien, a diferencia de las normas legales, las constitucionales son preferentemente normas de principio, lo que se traduce "en la omnipresencia de la máxima de proporcionalidad y su tendencia incita a reemplazar la subsunción clásica bajo reglas jurídicas por la ponderación según valores y principios constitucionales"<sup>63</sup>. y es que los principios, en efecto, por tener carácter abierto, pero sobre todo por estar impregnados, más que las reglas, de valoraciones morales, no resuelven el caso de manera concluyente; razón por la cual, cuando en la resolución de un caso se proyectan normas de principio se exige del intérprete una actividad mediadora entre éstas y el caso más intenso que cuando de aplicar reglas se trata<sup>64</sup>. Con todo, este redimensionamiento de la función judicial no supone necesariamente una inversión del principio de legalidad en relación con los jueces, o en todo caso ésta no sería achacable a los mismos. Tan sólo pone de manifiesto la incidencia que tienen en la actuación del juez las condiciones reales en las que está llamado a operar en el marco el Estado constitucional y la necesidad de que en estos casos se esmere la argumentación para no renunciar a valores como la previsibilidad, la imparcialidad, la seguridad, la igualdad en la aplicación de la ley

---

63 R. Alexy, **El concepto y la validez del Derecho**, cit., p. 159. Señala la incidencia de los principios en la crisis de la ley, L. Hierro, "El imperio de la ley y la crisis de la ley", cit., pp. 300-304.

64 Sobre la polémica distinción entre "principios" y "reglas", vid. L. Prieto; Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico, Madrid, CEC, 1992; y M. Atienza y J. Ruiz Manero, **Las piezas del Derecho**, Barcelona, Ariel, 1996.

y el carácter no arbitrario, de la decisión judicial. Por lo demás, así como en las últimas décadas se ha prestado un especial interés a los procesos argumentativos judiciales, sigue aún pendiente una reflexión seria sobre el papel institucional de ese poder ante las nuevas funciones que se ha visto obligado a asumir<sup>65</sup>.

Pero sí creo, sin embargo, que cabe hablar de un auténtico abandono del principio de legalidad en relación con el juez cuando se pretende dar carta de naturaleza a la transformación de la magistratura en sujeto político. Intentos de este tipo, que constituyen una variante del realismo jurídico, tal vez puedan verse en los "Critical legal studies", en el ámbito estadounidense, y en el "Movimiento de Derecho Alternativo", en el ámbito sudamericano. Y, sin llegar a una propuesta política de anulación del legislador en favor del juez, Zagrebelsky ofrece en "El derecho dúctil" una construcción teórica a partir de las constituciones "de principio" que resulta sin duda seria y sugestiva, pero que también puede servir de base a la justificación de soluciones judicialistas que rozan, si no sobrepasan, los límites del imperio de la ley<sup>66</sup>.

Partiendo de la preocupación por algunos problemas serios que afectan a las sociedades europeas actuales<sup>67</sup>, Zagrebelsky propone una nueva visión del Derecho de las sociedades

---

65 No sólo no se ha reflexionado seriamente, sino que las reacciones han sido por lo común de descalificación pura y simple para reafirmar el principio democrático. Lo que muchas veces tiene lugar, por cierto, desde una forma de "politicismo" hipertrofiado; como si el control jurisdiccional no fuese una condición de la democracia; y como si muchas de las aperturas decisionistas de los jueces no estuviesen propiciadas por una mala legislación.

66 G. Zagrebelsky, **El derecho dúctil**, cit. Y es que, ciertamente, se está convirtiendo en un lugar común asumir que "la importancia de los principios...corre paralela a la progresiva judicialización del Derecho", M. Atienza y J. Ruiz Manero, **Las piezas del Derecho**, cit., p. 19.

67 Las desigualdades económicas y sociales, agudizadas por las propias contradicciones del modelo capitalista; la degradación del medio ambiente, propiciada por una visión acrítica de la relación del hombre con la naturaleza; el racismo y totalitarismo que asoman con el resurgimiento de grupos e ideologías neofascistas; los problemas planteados por la aplicación de nuevas tecnologías a las ciencias biomédicas, etc.

pluralistas que supone -entre otras cosas- un cambio en las tradicionales relaciones ley-jurisdicción. En concreto, si, de un lado, las constituciones del pluralismo juridifican una gran variedad de valores materiales de justicia contrastantes entre sí y, de otro lado, la ley, manifestación de la lucha política que se desarrolla en el sistema, en ciertos supuestos se corresponde más con pactos de intereses que con objetivos racionales de regulación, resulta que son los jueces (los constitucionales pero también los ordinarios), hombres prudentes capaces de mitigar en el caso concreto los posibles excesos de la ley, quienes se convierten en guardianes del contenido de justicia material de la Constitución, frente a las posibles veleidades partidistas del legislador: el juez sólo está vinculado a la ley si entiende que la solución aportada para el caso concreto es la más adecuada o justa desde el punto de vista constitucional; de no ser así puede "sortearla"<sup>68</sup>. En definitiva, la unidad constitucional ya no se produce en los términos lineales del pasado, de arriba abajo, sino al revés. Pero todo ello supone una reformulación del principio de legalidad, que de ser tradicionalmente entendido como sumisión de los jueces a todo el Derecho pero sobre todo a la ley, termina ahora, paradójicamente, por entenderse como sumisión a los derechos y a la justicia, pero no a la ley en sentido estricto: el principio de legalidad se debilita y el activismo judicial puede estar servido.

No cabe duda que un cierto incremento del activismo judicial puede estar justificado en los sistemas jurídicos de tradición continental; es más, resulta indispensable si se quiere realizar de modo efectivo el principio de constitucionalidad y la defensa de los derechos fundamentales incluso frente al legislador, esto es, al margen y por encima de la decisión parlamentaria. Pero no cabe duda también que ese activismo puede desembocar en un modelo decisionista, cuyos riesgos son evidentes; entre otros que, si como afirma Zagrebelsky la ley ya no merece confianza por representar tan sólo la victoria circunstancial de intereses de grupo, ¿qué es lo que induce a confiar en la actuación de unos jueces guiada por categorías constitucionales de justicia?. También los criterios por los que

---

68 "Las exigencias de los casos cuentan más que la voluntad legislativa y pueden invalidarla. Debiendo elegir entre sacrificar las exigencias del caso o las de la ley, son estas últimas las que sucumben en el juicio de constitucionalidad al que la propia ley viene sometida", G. Zagrebelsky, **El derecho dúctil**, cit., p. 134.

los jueces escogen unas u otras categorías de justicia son, o pueden ser, "interesados". Pero existe, además, otro motivo de preocupación que afecta al fundamento mismo de legitimidad en un sistema democrático.

En democracia, en efecto, el modelo de legitimidad reside en el pueblo, cuya expresión normativa es la ley. Ya sabemos que en su plasmación práctica la democracia se aparta de ese modelo, y en este trabajo no hemos ahorrado las críticas a quienes pretenden recabar la obediencia a la ley "como si" ésta encarnase efectivamente un imperativo moral autónomo al estilo kantiano, por ejemplo. Sin embargo, el decisionismo judicial representa una "huida hacia adelante", pues no propone un modelo de legitimidad mejor, sino que sencillamente termina por arruinar el modelo democrático en el que descansa el imperio de la ley. No importa reiterar que en el Estado constitucional es la Constitución, y no la ley, la norma que representa la expresión más directa de la soberanía popular, y por tanto la validez de la ley viene ahora sometida a un Derecho más alto. Pero dentro de los márgenes diseñados por la Constitución, la ley, en cuanto expresión normativa de la lucha política que se desarrolla en democracia, ocupa un lugar principal en el sistema que no puede serle arrebatado por decisiones políticas de ningún otro signo o condición; mucho menos, porque esto sería peligrosamente ideológico, si tales decisiones se camuflan bajo el áureo manto de unos jueces que realizan la Constitución en la resolución de los casos concretos. No será necesario glosar aquí los peligros que encierra para la democracia un abierto activismo "judicial"<sup>69</sup>. Baste recordar el trágico, pero significativo episodio que la Alemania de Weimar representó en la historia constitucional europea.

---

69 Precisamente por ello, A. E. Pérez Luño critica las tesis judicialistas que se formulan desde el uso alternativo del Derecho y los "Critical legal studies", pues "la historia constitucional muestra que la tesis alternativa no implica la asunción necesaria de posiciones jurídicas progresistas, sino que esa instrumentalización puede degenerar en fenómenos regresivos de neonazismo jurídico. En las democracias pluralistas el uso alternativo del derecho puede incubar "abusos alternativos del Derecho", en los que el asalto a la seguridad jurídica se traduzca en agresión a las garantías esenciales del propio Estado de Derecho", **El desbordamiento de las fuentes del Derecho**, cit, p.60.