

GABRIEL MORA RESTREPO, *JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y ARBITRARIEDAD DE LOS JUECES. TEORÍA DE LA LEGITIMIDAD EN LA ARGUMENTACIÓN DE LAS SENTENCIAS CONSTITUCIONALES*, Madrid, Marcial Pons, 2009, 455 pp. (ISBN 978-987-24941-0-0)

*Ignacio Covarrubias Cuevas**

El libro de la referencia es una obra que concierne al papel preeminente que cumple la razón práctica (la prudencia del caso concreto) en la justificación y fundamentación de las sentencias constitucionales. Su motivación central responde a la interrogante acerca de si es posible una o varias respuestas racionalmente correctas y sustantivamente justas en materia de justicia constitucional.

291

La pregunta formulada es del todo pertinente en un contexto en el que se ha afirmado que las particularidades de la interpretación constitucional –*v.gr.* normas abiertas, valores plurales e, incluso, contrapuestos, acusado carácter político de las jurisdicciones constitucionales– contribuiría a que las decisiones articuladas en este ámbito no fueran tan racionales ni controlables como aquéllas emanadas de la jurisdicción ordinaria. Aquéllas se encontrarían especialmente condicionadas por las consecuencias políticamente relevantes de los fallos, por el orden axiológico contenido en los textos fundamentales o, bien, por las valoraciones personales de los jueces o la noción de éstos acerca del Derecho.

Las aludidas particularidades –advierte el autor– darían pie para que la toma de decisiones judiciales se preste para ser “indiscriminadas” o sean propensas “para un juego de manipulaciones” con el riesgo que

* Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad del Desarrollo. Correo electrónico: icovarrubias@udd.cl

ello conlleva de convertir a la Constitución en el centro de “una lucha ideológica” o, bien, en

“un instrumento puesto al servicio de intereses personales y parcializados, en lugar del instrumento jurídico para realizar la justicia que en realidad es” (p. 23).

El libro se adentra en la problemática surgida con ocasión de las señaladas dificultades ilustrando, con algunos casos resueltos por la Corte Constitucional de Colombia, de qué manera, bajo la cobertura de diversos argumentos y técnicas interpretativas, terminan imponiéndose determinadas ideologías y convicciones personales cuyo resultado no es otro que la producción de sentencias que no se encuentran debidamente justificadas en Derecho. Lo expuesto constituye el primer objetivo de la obra. El segundo y principal consiste en explorar y proponer vías alternativas para juzgar las cuestiones constitucionales según criterios sustantivos de justicia.

Así, Gabriel Mora Restrepo procura responder a la interrogante arriba formulada luego de ir descartando, mediante un exhaustivo estudio y análisis, las principales escuelas de interpretación jurídica: las tesis representadas bipolarmente por el *positivismo exegético* y el *realismo estadounidense* así como también aquella corriente que, equidistante de una y otra, aparece con fuerte influjo hoy y cuyo pensamiento se conoce como el de la *discrecionalidad judicial*, expuesta en sus distintas manifestaciones doctrinales del Derecho Continental europeo (Robert Alexy principalmente) y anglosajón (Herbert Hart).

En dicho afán el autor exhibe, en primer lugar, las insuficiencias de una interpretación meramente semántica de la Carta Fundamental, en sus vertientes textualistas como de discrecionalidad controlada, entre las que el libro destaca la apelación, paradójica, a razones esgrimidas con ninguna referencia a lo escrito en los textos constitucionales.

Luego, da cuenta de las principales teorías sobre la interpretación jurídico-constitucional, a partir de los planteamientos de Herbert Hart (los desacuerdos de los jueces son en buena medida semánticos) y de Ronald Dworkin (las controversias jurídicas versan sobre cuestiones normativas), en que el autor critica el modelo interpretativo en virtud del cual la interpretación debiera estar “vinculada” al Derecho, aunque este compromiso pareciera diluirse con un ejercicio interpretativo más político y abierto, estimulado ello por escuelas que ofrecen un amplísimo margen de discrecionalidad judicial (en la interpretación conforme a “principios” según la doctrina de Robert Alexy y Ronald Dworkin).

En este contexto de textura abierta y vaguedad de las normas jurídicas expresadas bajo la forma de “principios” cobra particular interés la categoría, cada vez más difundida, de los “casos difíciles”, denominados así por la dificultad que conllevaría en ellos la mera *aplicación* –al más puro silogismo formalista (propio de los “casos fáciles”)– de preceptos indeterminados o ambiguos.

Expuestas las dificultades evidenciadas en el campo de la interpretación constitucional por el formalismo jurídico así como por el escepticismo de la escuela del derecho libre y del realismo estadounidense, la teorías sobre la discrecionalidad judicial (en los casos difíciles) se situarían en el justo medio para superar las referidas falencias y

“mostrarían a un juez *efectivamente político o estratégico*, pero al mismo tiempo a un juez *vinculado* al ordenamiento jurídico en el que opera el ejercicio discrecional” (p. 126).

El marco de referencia teórico en materia de discrecionalidad judicial es abordado a través de los más connotados exponentes del referido modelo hermenéutico: Hans Kelsen y Herbert Hart, cuyos planteamientos son sometidos a las críticas tradicionales –*v.gr.*, la carencia de soportes sustantivos que permitan distinguir entre respuestas justas más allá de la habilidad argumentativa o el “buen criterio” del juez– y a otras novedosas objeciones formuladas por el autor en este estadio y que luego se profundizarán al final de la obra.

293

Entre tales falencias cabe destacar aquella en que afirma:

“[l]a insistencia de ambos [Hans Kelsen y Herbert Hart] en que los jueces están sujetos a un marco jurídico ‘general’, o que ejercen virtudes y principios racionales de justificación, a su turno también ‘generales’ o ‘indeterminados’, termina por ofrecer la figura de un juez que podría eventualmente fallar los denominados casos difíciles del modo que quisiera, siempre y cuando haga un relativo uso de enunciados ‘generales’ (...) provenientes del Derecho válido”.

De este modo –prosigue Gabriel Mora Restrepo– un juez discrecional

“no podría sostener la permisión de la pena de muerte cuando tiene una norma jurídica tan clara como la del art. 11 de la Constitución Colombiana. Pero sí podría sostener la constitucionalidad del consumo de sustancias alucinógenas –o lo contrario–, sobre la base de una norma tan abierta como la del art. 16 sobre el desarrollo de la personalidad” (pp. 134-135).

A modo conclusivo expresa que el modelo de discrecionalidad judicial

“tiene una pretensión legitimadora de las decisiones judiciales que no logra, sin embargo, llevar hasta sus últimas consecuencias. Intenta superar los vestigios de irracionalidad que se encuentran en aquellas posturas que afirman que los jueces ejercen una actividad sometida a reglas o estándares normativos previos (...) [p]ero no logra sortear los inconvenientes de las posturas irracionales, toda vez que termina por asimilar el mismo elemento justificador, por sí mismo incontrolable, de la simple voluntad de los jueces” (p 137).

Finaliza la primera parte de esta obra exponiendo las aporías y dificultades de las teorías imperantes sobre la interpretación judicial –las concepciones personales de los jueces, la tesis conflictivista de la Corte colombiana y el escepticismo epistemológico de las teorías en boga, entre otras– de cuya revisión se desprende que

“la tesis de la discrecionalidad judicial no puede ser sostenida si no va acompañada de ulteriores soportes o explicaciones que permitan su comprensión racional, aunque fuera mínima, de la realidad referida por las normas constitucionales” (p. 184).

294 De lo contrario, afirma, los mismos supuestos epistemológicos del positivismo jurídico refutan la existencia de “sentencias de Derecho” en los casos difíciles, por la ausencia de un sustrato que permita discriminar entre respuestas normativamente admisibles de aquellas que no lo son.

Sobre la proposición –y rescate– de tales referentes epistemológicos y metodológico-jurídicos, que contribuyen a discernir lo justo de lo injusto, trata la segunda parte de la obra. Subyace aquí la noción de que, si bien las normas jurídicas están contenidas en enunciados lingüísticos, no se quedan en dichas manifestaciones comunicativas, sino que remiten a la propia realidad referida por ellas.

En lo metodológico, se aborda la comprensión del lenguaje normativo y su incidencia en los casos judiciales. Allí sobresale la idea de que los jueces habitualmente llevan a cabo las actividades racionales de *aplicación* e *interpretación* de manera indistinta y frente a un mismo caso (incluso en los denominados “fáciles”), de donde se desprende que la función judicial siempre es, en esencia, valorativa y creativa, aunque ello no debe hacer perder de vista las limitaciones de dicha creatividad a fin de no incurrir en la arbitrariedad. “Una cosa es ‘crear’ derechos y obligaciones y otra bien diferente es ‘inventarlos’ afirma (p. 269).

Lo que resta del libro –ya de lleno en su parte propositiva– está destinado al estudio de los modelos de razonamiento práctico y de las

condiciones para arribar a decisiones justas. Sobresale aquí el estudio epistemológico para explicar que el razonamiento jurídico, al formar parte de la razón práctica, es el resultado de una operación inteligente y reflexiva que, si bien parte de una realidad “dada” (el ordenamiento jurídico), al mismo tiempo es una realidad operable que reclama su justa realización en un caso concreto: el efectivo goce, posesión y disfrute de bienes humanos valiosos.

De aquí se sigue que esta actividad racional no necesariamente exige un compromiso con una sola respuesta correcta: pueden ser varias, pero en ningún caso cualquiera, puesto que en muchas hipótesis están en juego cuestiones moralmente relevantes, lo que se debe ni más ni menos a que las decisiones judiciales se pronuncian sobre el orden de la conducta humana que constituyen aspectos *valiosos* para sus destinatarios o para la misma sociedad (p. 276 y ss.). De ahí que la posibilidad de articular varias respuestas que dimensionen aspectos del bien práctico es muy diferente de la cuestión a si es posible plantear respuestas verdaderas sobre bienes humanos a pesar de ser ellas contradictorias. Esta contradicción “implicaría necesariamente la negación y afirmación, al mismo tiempo, de bienes humanos” (p. 322).

A este modelo de razonamiento práctico lo denomina –siguiendo los aportes clásicos del Derecho Natural y, asimismo, los contemporáneos de Javier Hervada, John Finnis, Andrés Ollero y Rodolfo Vigo, entre otros– el “modelo prudencial” (en oposición al “modelo procedimental”, representado fundamentalmente por Robert Alexy), que supone un juicio racional que opera como instrumento condicionado, también metodológicamente, por la búsqueda de una finalidad concreta (el bien o derecho humano), por lo que la decisión alcanzada no sería sólo racional o correcta por el mero hecho de haberse seguido dicho procedimiento, sino por manifestar existencial y concretamente el aludido objeto (pp. 312-313).

La parte final del texto –el último capítulo– constituye una recapitulación de los elementos estudiados a lo largo del trabajo con la pretensión de *integrar* en ambas escuelas de razonamiento práctico (la procedimental y la prudencial) lo expuesto con anterioridad, *profundizar* y *concretar* en aquellos aspectos estimados cruciales para contribuir a evitar, mediante la sujeción a determinados criterios que se formulan, un ejercicio arbitrario por parte de los jueces constitucionales.

Advierte que, aunque resultan claves la justificación interna (derivaciones lógicas de las premisas) y externa (construcción de los principios que sustentan premisas) para detectar decisiones judiciales formalmente incorrectas o indebidamente justificadas, se observan, empero, insuficientes para diferenciar en todos los casos las buenas de las malas razones. En la

búsqueda y análisis de criterios sustantivos de justicia en pos de la aludida finalidad descarta aquellos sostenidos por Robert Alexy (entre otros, “el criterio de la injusticia extrema”) por estimar que en ocasiones

“su propia generalidad las hace ser portadoras de tantas alternativas (...) que por sí solas no logran llevar a cabo su propuesta original de discriminación entre buenas y malas razones” (pp. 389-390).

De ahí la necesidad de proponer una fundamentación situada *previamente* al desarrollo de las premisas justificativas. ¿Cuáles son estos puntos de partida adicionales a la justificación? Se plantea el “fundamento ontológico” de cuya especificación derivan dos principios: el primero, consistente en una *limitación*, manifiesta que no se puede decidir en contra de un bien humano básico; el segundo, una *directriz*, que consiste en el compromiso de promover los derechos fundamentales vinculados a una mayor plenitud humana.

296

Entonces, el autor se encarga de exhibir en qué sentido estos presupuestos son más firmes y racionales que las “convicciones normativas fácticamente existentes” o las “formas de vida comunes” –propias de las tesis procedimentales– toda vez que aplican para todos los casos y su relevancia es planteada para todos los bienes humanos básicos o derechos fundamentales al margen de su carácter “controversial” en una coyuntura determinada (*v.gr.* la legislación que prohíbe la discriminación por motivo de color hoy prácticamente no genera controversia, aunque sí la produjo hace cincuenta años). Esto es crucial porque el fundamento ontológico “opera sobre la base de bienes humanos objetivos, no sobre la base de bienes humanos controvertidos” (p. 399), este último según el estándar de Robert Alexy.

Dichos criterios sustantivos vienen dados, en sentido *limitativo*, por la prohibición de atentar en contra de un bien humano básico y, en sentido *directivo*, de la exigencia de promover los derechos fundamentales como una dimensión de la plenitud humana. Sin estas bases

“como ámbitos *reales* de fundamentación, en lo que finalmente termina convirtiéndose el razonamiento jurídico es en un simple *juego de argumentos*, donde lo fundamental es el lenguaje y no la realidad implicada en ese lenguaje” (p. 403).

Así, una o varias “respuestas correctas” serían posibles a condición que éstas se encuentren calificadas sobre la base de una ulterior discriminación: la plenitud humana o la dimensión valiosa de su existencia en el contexto de la concreción en un acto específico que consiste en dar una cosa debida

a su titular, ejecutar una acción o abstenerse de una prohibición respecto de alguna persona (p. 408).

En fin, la obra reseñada –un trabajo intelectualmente atractivo, bien escrito y abordado con rigurosidad– presenta el innegable provecho de dar cuenta de los singulares problemas y tensiones que habitualmente enfrentan los jueces constitucionales en su función deliberativa y de adjudicación de bienes y derechos. El otro gran aporte del libro estriba en ofrecer fundamentos y herramientas para superar las aludidas falencias con decisiones que junto con estar vinculadas a Derecho y a las circunstancias particulares del caso se encuentran circunscritas por márgenes inamovibles de respeto a bienes sustantivos de la persona humana.