

EL CONSTITUCIONALISMO DESDE EL POSITIVISMO. LOS DERECHOS INNOMINADOS Y LA PRAXIS JURÍDICA¹

Jorge Enrique León Molina

A partir de la ubicación del constitucionalismo en el marco del positivismo, se hace necesario determinar qué garantías jurídicas se otorgan para los individuos, en la medida en que se plantean formas —por vía de la función judicial— de dinamización, comprensión e interpretación de nuevos derechos, respecto a circunstancias que, antes no siendo consideradas como tal, podrían hacer parte del orden jurídico. Estos son los Derechos Innominados, que surgen de la praxis misma del Derecho y amplifican significativamente su operatividad

Por otro lado, la práctica jurídica constitucional distingue las reglas que proveen derechos a los individuos en el entorno social; estos son los Derechos Fundamentales que, como garantías últimas otorgadas por parte del Estado, se hacen exigibles en la medida en que se puedan dar, universalmente, a todos los sujetos de la nación. Desde la teoría del Derecho, el estudio de dichos principios permite un análisis tanto de su aplicabilidad, como de sus vicios. Estos últimos están sustentados en la toma a la ligera, por parte del operador judicial, de decisiones en las que no se implican las verdaderas razones por las cuales estos, en

.....
¹ El presente capítulo es un avance de investigación realizado en el marco del proyecto *Metodología del positivismo jurídico. Metateoría y constitucionalismo moderno*, desarrollado por el Grupo de Estudios Legales y Sociales Phronesis, de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia.

razón de su funcionalidad, se constituyen a sí mismos como garantías inherentes a los hombres.

Además, desde el positivismo metodológico, también se plantean reglas que permiten implicar las garantías constitucionales. Es menester aclarar que no son todas aquellas que se presentan textualmente en la Constitución, sino que se extienden a todas aquellas prácticas que, por ser universales a todos los hombres, se pueden presentar en el marco de su sociabilidad. Así las cosas, los principios nominados se dan cuando se tienen catálogos de Derechos Fundamentales, aun así se den momentos de “insatisfacción con la autoridad constitucional, por cuanto amplificar las garantías supone una vulneración al núcleo duro de la Constitución misma” (Waldron, 2014, p. 148).

En el presente escrito se plantea la existencia constitucional de los Derechos Innominados, su distinción con los nominados y su determinación judicial como garantía constitucional de implicación de Derechos Fundamentales. Además, se enuncia desde los vicios propios del positivismo, que posibilitaron un estudio neoconstitucional de la teoría del Derecho. Finalmente, se plantea un punto más allá del clásico constitucionalismo rígido que tradicionalmente regula las relaciones legales en el Estado.

La apuesta, por lo tanto, está en demostrar dos cosas: la primera, que el estudio constitucional debe, necesariamente, partir de una visión de la teoría del Derecho que permita las interrelaciones políticas y jurídicas de los derechos, ya sean nominados o innominados. Y, la segunda, la forma en la que la función judicial extiende el ámbito de aplicación de derechos que, inicialmente, no se entendían como tales. La exigencia es desarrollar una “pedagogía de los Derechos Fundamentales, de las garantías constitucionales, y una estructura de implementación del desarrollo jurisprudencial del sistema constitucional actual” (Graber, 2011, p. 37).

Teoría Jurídica, axiomatización y reconocimiento de derechos

El Derecho, a lo sumo, constituye un sistema estructurado de garantías que, de la Constitución hacia abajo, determina las formas jurídicas de los derechos de los individuos. Esto implica, no solo lo que normativamente constituye una garantía de acción, sino que además también implica la nominación de principios que,

inicialmente, podrían no estarlo en la historia del ordenamiento jurídico. Esta facultad de axiomatización permite la dinamización del ordenamiento hacia un punto en el cual esa garantía innominada, se convierta en parte fundamental de todo sistema jurídico. Siguiendo a Neal y a Schmidt (2015), la práctica “judicial determina las prácticas axiomáticas de delimitación, conservación y los cánones de interrelación futura de preceptos constitucionales” (p. 215).

Sin embargo, como lo plantea Ferrajoli (2004), el reconocimiento de los derechos no está exento de sufrir la crisis propia del positivismo jurídico, en cuanto la visión que se tenga del Derecho fundamenta la forma en la que los sistemas jurídicos garantizan derechos a los individuos. Esta crisis, según Ferrajoli, tiene tres momentos:

1. Crisis de Legalidad. Esta se fundamenta en que haya ausencia e ineficaci de controles o ilegalidad del poder, con sede en la corrupción de la función judicial. Para el autor, esto es una crisis constitucional, dado que hay “degradación del valor de las reglas de juego institucional, y del conjunto de límites y vínculos que las normas imponen al ejercicio de los poderes públicos” (Ferrajoli, 2004, p. 15).

Por ello, el principio de legalidad no es más que toda aquella regla o norma que sirve para el reconocimiento o la fuente de legitimación del Derecho vigente y que exige de los sujetos dos cosas, tanto una personalidad jurídica, como la titularidad de los Derechos Fundamentales consagrados por el Estado (Ferrajoli, 2011).

2. Crisis de inadecuación estructural de las formas del Derecho. Esta crisis se da en el Estado nacional, porque se origina un carácter selectivo en el Estado de bienestar; es decir, cuando existe una aparente contradicción entre el tipo de Estado que soporta el estudio jurídico del caso y el tipo de Estado que, se supone, se desarrolla constitucionalmente. En otras palabras, cuando chocan el Estado de Derecho y el Estado Social de Derecho.

Un Estado de Derecho es aquel en virtud del cual los límites y prohibiciones impuestos a los poderes públicos se expresan en forma clara, general y abstracta. Así mismo, está destinado a tutelar los derechos de libertad de los ciudadanos, y todos aquellos derechos conexos. Por el contrario, un Estado Social de Derecho es aquel en el cual se demanda de los poderes públicos la satisfacción de ciertos Derechos Sociales, mediante prestaciones no siempre generales y abstractas, sino

“direccionales, contingentes, legalistas, producto de una actividad burocrática y partidista” (Ferrajoli, 2004, p. 15).

La manifestación de esta crisis se evidencia en la inflación legislativa, ya que, por ocasión de ésta, se menoscaban los sistemas de garantías de los Derechos Sociales, dejando un “amplio espacio para la corrupción” (Ferrajoli, 2004, p. 16).

3. Crisis del Estado nacional. Se da cuando hay una alteración en el sistema de fuentes del Derecho, lo cual provoca un debilitamiento del modelo constitucional en el orden jurídico. Ocurre en eventos en los cuales hay un desplazamiento de los centros de decisión de los Estados nacionales, y exige de los mismos, la creación de fuentes de Derecho Constitucional que vayan más allá de las tradiciones jurídicas del Estado.

Estas tres crisis, que surgen en el seno del positivismo como modelo teórico, implican dificultades en la democracia, en cuanto afectan directamente el principio de legalidad, al delimitar que está sujeto al imperio de la ley. En Ferrajoli esto es peligroso, dado que podría fundamentar “formas neoabsolutistas del poder público” (Ferrajoli, 2004, p. 15).

El producto de la crisis, derivada de la creciente complejidad de las sociedades contemporáneas, posibilita “la incoherencia, falta de plenitud, imposibilidad de conocimiento e ineficacia del sistema jurídico” (Ferrajoli, 2004, p. 17). Además, genera una debilidad en la función normativa, que permite la interrelación del sistema jurídico con la política, ya que el quiebre de dicha función también implica una fractura en la garantía de los Derechos Fundamentales, ya sea de libertad, igualdad, u otros Derechos Sociales.

Para la determinación de principios a la luz de la teoría del Derecho, se debe iniciar un estudio a partir del método axiomático, en donde el modelo de ciencia permita la diferenciación entre fundamentos y prácticas jurídicas menos generales. La denuncia presentada por Ferrajoli radica en que, muchas veces, las prácticas jurídicas son ilegítimas o arrojan principios inefectivos. Es importante señalar la necesidad de establecer la genericidad o no de la regla para determinarla como principio, así como también su ámbito de aplicación, su relación con la normatividad, y sus vínculos sintácticos, es decir, comprobar el objeto y el campo de la teoría. La semántica se refiere, entonces, al lugar en el que se dan las relaciones entre el objeto y el campo de investigación y la pragmática tiene que ver con el

entendimiento del papel nominativo, explicativo, formulativo o procedimental de la ciencia jurídica (Ferrajoli, 2011).

Desde la garantía de Derechos Fundamentales, es necesario ahondar en la semántica de la teoría del Derecho, entendiéndola como un conjunto orgánico de enunciados respecto al universo normativo. Es menester comprender estos enunciados como una teoría empírica, en donde tanto el Derecho, como la teoría, se dinamizan en pro de una garantía común. Así el primero es un conjunto de fenómenos o experiencias dadas en un contexto jurídico-normativo, y el segundo es un conjunto de tesis verificables y formulables respecto a un enunciado jurídico determinado (Ferrajoli, 2011).

Estado constitucional y garantismo

Ferrajoli (2004) retoma a Bobbio para exponer dos fuentes ideológicas que tienen como finalidad proponer diferentes visiones de la teoría del Derecho respecto al Estado. Estas fuentes son, por un lado, el positivismo jurídico teórico, desde la corriente de Kelsen, en virtud de la cual se entiende la teoría del Derecho como “una disciplina autónoma y sistemática, enfocada a identificar y analizar las estructuras formales de los razonamientos jurídicos; con independencia de los valores que los informan y de sus concretos y variables contenidos prescriptivos” (Ferrajoli, 2011, p. 3). Y, por el otro, el método de la filosofía analítica, heredado directamente de Bobbio.

Por ello, se podría denominar a Ferrajoli (2004) como un “normativista realista-crítico” (p. 11), dado que, por esta metodología, se permite la demostración de la naturaleza del Derecho actual, el cual, es producto de la tensión existente entre el ser del Derecho (praxis), y el deber ser del mismo (jurídico-constitucional). Estos elementos derivan en mínimos aplicables al sistema constitucional del Estado, en donde, “las cuestiones semánticas y los diversos modos de construcción de derechos, implican los conceptos teóricos y dogmáticos de los Derechos Fundamentales” (Ferrajoli, 2001, p. 143).

Desde el positivismo, se amplió el sistema y el orden jurídico del constitucionalismo rígido, el cual se caracteriza porque “blinda la constitución en caso de que ésta sea susceptible de modificación o derogación, haciendo el proceso para ello un poco más complejo y difícil tanto política como jurídicamente, evidenciando

así, la supremacía de la constitución” (Tomas, 1996, p. 54). Esto implica una ampliación del deber ser normativo, labor denominada como dinamismo.

Por otro lado, la filosofía analítica, aunque se nota su influencia en la obra de Ferrajoli, se aleja del purismo o formalismo que está inscrito en el seno del positivismo, el cual está basado en descripciones y teorizaciones más amplias de los planos normativos que componen los sistemas jurídicos.

A su vez, Ferrajoli plantea una propuesta de metodología de estudio y análisis del Derecho, equiparándolo al nivel de las dos ciencias explicadas anteriormente y que está basado en los siguientes fundamentos:

1. Cambio de paradigma constitucional. Es necesaria la trasmutación de un Estado legislativo de Derecho a un Estado constitucional de Derecho. En virtud de esta, se vincula el poder judicial como un medio de implantar límites al poder legislativo. Este modelo garantista de democracia constitucional implica tanto cambios políticos, como cambios jurídicos. La neutralidad constitucional está en riesgo, dado que “un Estado contestatario permite la edición de las decisiones de la mayoría, a través de las cortes, para modificar la visión legalista del Derecho” (Strauss, 2013, 1538).

Esta neutralidad no permite la construcción del modelo constitucional, sino que, por el contrario, detiene el dinamismo de la toma de decisiones jurídicas. Es importante, por lo tanto, determinar experiencias empíricas que repliquen ajustes importantes en el dinamismo del sistema jurídico que es objeto de estudio (Kahan, 2011).

La dimensión sustancial del Derecho está dada por la rígida consagración normativa de los Derechos Fundamentales, lo que implica que el denominado Constitucionalismo de Derechos determine las condiciones de validez de las leyes positivas que consagran a los mismos, ya sea en procesos de creación normativa, como en la coherencia entre imperativos de orden sustancial (de corte político). Es menester aclarar que, en este punto,

[...] el manejo práctico del Derecho debe estar abocado a la descripción de una realidad circundante, a modo que el sistema no se convierta en un modelo, y su dinámica se instrumentalice a tal punto que, se haga completamente mecánica. Los derechos deben, por lo tanto, abstraerse de las relaciones entre el sistema y la realidad (Guibourg, 2010, p. 73).

2. La racionalización de la legalidad del Estado legislativo de derecho.

Se evidencia en la determinación de la función garantista de la jurisdicción y la ciencia jurídica. Esta función no es más que la calificación de la interpretación, como el examen de validez de las normas a la luz del ordenamiento constitucional, esto quiere decir que “en un sistema, con primacía judicial, todos los poderes públicos están vinculados a la doctrina constitucional del tribunal supremo, y al orden legislativo” (Niembro, 2013, p. 193).

Por lo tanto, el cumplimiento de las normas constitucionales se da en la medida en que se otorguen las garantías que las hagan efectivas por parte de la jurisdicción, ya que, desde esta perspectiva, la Constitución supone el conjunto de los axiomas inobjetables desde toda práctica jurisprudencial, garantizados, en todo momento, por los operadores dentro del orden jurídico. Es entonces donde la observancia de la Constitución implica un límite al espectro de las interpretaciones posibles, fundamentado en que se está sujeto tanto a las normas constitucionales, como al deber de motivación de las decisiones judiciales (Ferrajoli, 2004).

3. La ciencia jurídica como criterio normativo del Derecho vigente.

Desde esta perspectiva, se plantea una discusión, a la luz de la teoría kelseniana del positivismo metodológico, respecto al papel que tiene la relación entre derecho subjetivo y garantías. Es allí donde Ferrajoli, siguiendo a Kelsen, afirma que un derecho subjetivo es “tener el poder de influir en la generación de una norma positiva (jurídica individual) por medio de la demanda” (Ferrajoli, 2004, p. 13).

Así, la relación entre derechos y garantías es aquella, en virtud de la cual, se plantea una implicación normativa y no solo una mera contrastación de hechos jurídicos. Esto, dado que las garantías implican una posibilidad de creación de derechos subjetivos, los cuales, a partir de la norma que los estatuye son posibilitados para el sistema, de acuerdo al procedimiento para su exigibilidad. Se puede afirmar, entonces, que la obligación del legislador, ya sea jurídica y coherente, va más allá de la satisfacción de expectativas de acción al respecto de la garantía o no de un derecho, ya que “desde lo interno, los principios surgen [como] una función integradora, en donde se justifica agregar elementos no previstos en otros principios y reglas, en cuanto a que sea buscado, el principio debe darse” (Ávila, 2011, p. 87).

Haciéndose una dignificación de la función legislativa y del principio de legalidad, es posible el reconocimiento de derechos, fundamentado en el entendimiento

del carácter normativo-vinculante propio de los mismos. Los principios lógicos que permiten esto son uno interno y uno externo.

En el interno, se utilizan las garantías propias del sistema jurídico en el caso de soluciones de lagunas o antinomias. Es un momento en el cual, por extensión, se aplican criterios normativos que, previamente, no se tenían como tales. La innominación de los mismos se debe, a lo sumo, a cuestiones propias de la dinámica del sistema jurídico, su implicación social o su praxis.

Por otro lado, en el externo se hace necesario determinar el diseño de unas herramientas teóricamente novedosas, con el fin de superar lagunas y antinomias en el sistema jurídico. Para los norteamericanos, es en este punto donde opera el anti-canon constitucional, el cual plantea “un discurso constitucional que va más allá de la dimensión jurídica o política, que exige un tratamiento metodológico que pueda llegar a vincular Derechos innominados al ordenamiento jurídico” (Greene, 2011, p. 382).

Reglas, principios y reconocimiento: el caso de los Derechos Innominados

A partir del reconocimiento constitucional que se le da a las garantías jurídicas otorgadas para los ciudadanos, es necesario diferenciar la naturaleza jurídica de la distinción entre reglas, principios y directrices políticas.

En *El Imperio de la Justicia*, Ronald Dworkin (2012) plantea que el razonamiento legal es un ejercicio de interpretación constructiva, en el cual se entiende al Derecho como una narrativa que optimiza las prácticas jurídicas en pro de la obtención de un interés. Este, tiene su base en la historia no escrita en la Constitución, que establece “previsiones de qué podría darse en qué momento y bajo qué circunstancias, fuera de lo que efectivamente se garantiza en el actual momento de la constitución” (Strauss, 2013, p. 1532).

Así, en la actividad judicial sobre la cual se construye el concepto de Derecho, se pueden presentar dos casos, el compensatorio y el moral. En el primero, se determina tanto la responsabilidad en la comisión de una conducta antijurídica, como la forma en la que se ha de resarcir un daño. El segundo es imposible de tasar económicamente y en responsabilidad. Es la determinación como justo/injusto de una decisión jurídica a partir de sus efectos en quien la soporta. Ambos casos, tanto el compensatorio como el moral, resultan pertinentes, en la medida

en que sean tomados como criterios de decisión en casos futuros, ya que alcanzarían cierto rango cuasi legal que les permitiría ser imputables a un número indeterminado de individuos.

A su vez, Dworkin (1992) afirma que la distinción entre Derechos Innominados y Derechos Nominados obedece a un “malentendido semántico” (p. 386). Por un lado, los primeros son aquellos derechos que hacen parte de un conjunto de derechos controversiales, dejando a los segundos como aquellos derechos que tienen un cierto rango “constitucional”. Aunque la diferencia entre ambos sea compleja, podríamos plantear que los Derechos Nominados son fácilmente argumentables dado su carácter positivo.

En concordancia, los Derechos Fundamentales surgen en el marco de valores particulares, presentes temporalmente en el sistema jurídico. O sea, surgen como garantías personalísimas inherentes al sujeto mismo. Este concepto adolece de un vicio: es un concepto vacío, que requiere de ser llenado de un contenido tanto formal, como material, atendiendo al contexto político, así como al contexto jurídico en el cual se desarrolle. Lo que Marcelo Neves (2004) señala al respecto es que “este uso dado a los Derechos es arbitrario, y obedece al sentido que predomine en un entorno social determinado” (p. 144).

Estos derechos constituyen una herramienta que es producto de conquistas sociales alcanzadas en la modernidad. Se entienden como derechos que suplen una demanda normativa y que permiten estructurar lo social a partir de eslabones del sistema jurídico que pueden proyectarse hacia el futuro. Así mismo, estos derechos deben garantizar la autonomía dado que son inherentes al individuo.

Sin embargo, estos derechos también pueden ser colectivos, en la medida en que tienen la pretensión de ser universalmente válidos. Como expone Neves (2004), pueden ser definidos como “expectativas normativas de inclusión jurídica de todas y cada una de las personas en la sociedad (mundial) y, por consiguiente, de acceso universal al derecho en cuanto subsistema social (autónomo)” (p. 147). Podemos afirmar entonces que, en cuanto a su colectividad, los Derechos Humanos apuntan a validarse ante el orden nacional y los órdenes jurídicos internacionales.

Este universalismo obedece a la pluralidad de personas y grupos presentes en un entorno social determinado, lo cual implica la amplificación del potencial humano, así como las necesidades, intereses, valores y expectativas de esa

colectividad. Esto dota al sistema de cierta contradicción, la cual gira en torno, precisamente, a los Derechos Humanos, dado que pueden procurarse tanto una autonomía de valores, necesidades, intereses, etcétera, como una relación entre personas con intereses similares que son contradictorios al inicialmente planteado.

Así las cosas, la validez de los Derechos Humanos, como Derechos Innominados (en la terminología de Dworkin), están cargados de una suerte de fuerza simbólica que, lejos de dotarlos de un refuerzo de carácter legal, evidencia un detrimento a la hora de iniciar su proceso de positivización. Esta ausencia de validez normativa reforzada, posibilita su argumentación en cada caso concreto, lo cual permite su axiomatización jurídica a partir de la labor interpretativa de un juez constitucional. Además, es importante anotar que

[...] esta ausencia de validez normativa reforzada también puede llegar a permitir la manipulación política de dicha axiomatización por parte de autoridades políticas que podrían usarlas para encubrir posibles realidades que se puedan llegar a presentar en el marco de su positivización. Así las cosas, la innominación de los Derechos Humanos puede conducir: o a un total desprendimiento de esas situaciones garantizables jurídicamente, o a un total compromiso de las masas con el refuerzo legal de los Derechos Humanos Innominados (Neves, 2004, p. 146).

También pone sobre la mesa un asunto importante: el papel de los jueces a la hora de garantizar derechos. Los jueces prefieren, por comodidad metodológica —más que por seguridad jurídica—, garantizar ciertos derechos positivizados de antemano, dejando para un ámbito un poco más argumentativo la discusión acerca de derechos inherentes al ser humano, que no consten por escrito en el ordenamiento jurídico. Interpretaciones judiciales que, en palabras de H.L.A Hart (2012), “establecen qué es Derecho, modifican derechos y deberes, y determina los efectos jurídicos que ese derecho en discusión atañe a una circunstancia fáctica determinada” (p. 176).

La innominación de derechos es un fenómeno que obedece al carácter abierto de los mismos, así como a la universalidad de los hombres en el marco de su comportamiento social, por lo que es virtualmente improbable nombrar todas las posibilidades de acción, en virtud de la “necesidad, el balance constitucional, incluso de la determinación de los valores jurídicos en juego” (Snead, 2007, p. 10).

Dworkin plantea que las constituciones (en su caso, el Bill of Rights), son un compendio de principios abstractos de moralidad que, de alguna forma, demuestran las dimensiones morales de prácticas políticas culturalmente arraigadas en los ciudadanos. Esto conformaría el primer criterio de distinción entre Derechos Nominados e Innominados, dado que el garantizar argumentos constitucionales culturalmente arraigados, pero no positivizados, se acompasa con ciertos principios políticos que son inherentes a las personas.

Es decir, “la fundamentación de derechos es producto tanto de la distinción de principios universalmente válidos e inherentes a los individuos, como también son producto de prácticas políticas analizadas por medio de la llamada moralidad pública” (1992, p. 387). Así las cosas, la implicación de los Derechos Innominados en casos concretos, obedece a criterios interpretativos que posibilitan su determinación práctica y conceptual sin afectar, de paso, su eficacia. Dworkin plantea que “pueden hacerse coactivos en la medida en que se demuestre un nexo con un derecho legalmente garantizado” (1992, p. 389).

Estos principios en pugna, tanto los nominados como los innominados, unos garantizados por la mera fuerza de la ley, otros garantizables por medio de una interpretación constructiva realizada por el juez, permiten determinar un razonamiento jurídico-legal en el marco de la aplicación de una solución a un caso concreto, en la forma en que “las interpretaciones de origen jurisprudencial, constituyen el núcleo más importante de algunos sistemas jurídicos” (Nino, 2007, p. 292).

Es importante interpretar que la innominación o no positivización de principios, obedece a un proceso en el que el sistema conforma un cuerpo legislativo más amplio que el que tenía inicialmente, en la medida en que admite nuevos Derechos Fundamentales que garanticen la libertad o la igualdad de los individuos. Es entonces el proceso jurídico-político en virtud del cual un tribunal constitucional garantiza la eficacia jurídica de un Derecho Innominado que tenga cierta implicación en un caso concreto, en la medida en que “se aprovechan razonamientos judiciales en pro de plantear un originalismo jurisprudencial” (Reed, 2013, p. 200).

Este ámbito político implica la función judicial a la hora de avalar la eficacia de Derechos Innominados, y tiene que ver con la labor intelectual desarrollada por un juez, capacitado por el sistema, para garantizar y guarnecer la integridad

del mismo. Así, podemos ver que la innominación de dichos “principios positivizables, es una noción básica de la llamada derechos humanos, dado que, ambos son producto de la mera adjudicación de derechos para el individuo en razón de ser eso mismo; un individuo” (Dworkin, 1992, p. 393).

Se plantea entonces, una tesis de reconocimiento de derechos, basada en una razón práctica presente en la historia de un sistema determinado y que tiene una validez moral, sustentada en una *Norma Fundamental* que exige igualdad y respeto a todos los ciudadanos. Esta norma, al igual que el *Principio de Derecho* de Kant y el *Principio de Justicia* de Rawls, establece que, conforme a los derechos, también asisten libertades subjetivas de acción. Sin embargo, Dworkin refuta el planteamiento de Rawls, en cuanto a la admisión de las partes en las condiciones de todo acuerdo nacional. De tal forma, se entiende que la *Norma Fundamental* “tiene un status de derecho natural, dado que es propio de los seres humanos proyectar planes y practicar la justicia” (Habermas, 1997, p. 272). Sin embargo, para Dworkin, dicha norma no posee un status iusnaturalista, sino deontológico, en la medida en que la validez de los derechos es transferida a principios institucionalmente vinculantes (o políticos), blindando las pretensiones jurídicas de incondicionalidad. De esta manera, el autor “defiende los Derechos subjetivos como medios entre los cuales se justifican pretensiones frente a fines colectivos” (Habermas, 1997, p. 273).

De esta manera, Dworkin afirma que en virtud de la administración de justicia, ciertos preceptos morales desempeñan un papel importante, en la medida en que el derecho positivista ha asimilado este tipo de contenidos que, al ser traducidos al lenguaje jurídico, sufren una variación en su significado. Al respecto, Habermas afirma que los contenidos morales aparecen en el marco de las normas primarias, es decir, de las pautas que regulan el comportamiento humano. Esta regulación sufre una paulatina variación en su proceder y va disminuyendo poco a poco, hasta un estado mínimo en el que, en relación a las normas jurídicas, se espera obediencia respecto al Derecho así como al contenido de la norma, en tanto que estos se ven impregnados por los criterios morales que sirven al legislador para juzgar una política y en las formas en que se hace dinámica.

En este sentido, “los argumentos que hacen referencia a fines, pueden tener impresionantes referencias morales” (Habermas, 1997, p. 275). Esto significa que la moral, como criterio del Derecho, comienza tanto en la voluntad política del

legislador, como en la comunicación política del espacio público. Así, se justifica la aplicación de esta y se circunscribe a la traducción de contenidos morales a un determinado código constitutivo de Derecho, otorgándole un tipo especial de validez.

La interpretación jurídica de los argumentos que versan entre objetivos políticos y principios morales se puede llevar a decisiones bien fundamentadas, dado que los que están basados en principios sirven para justificar una decisión política al garantizar un derecho, ya sea individual o grupal. Sin embargo, para Kelsen, el elemento sobre el que se basa la unidad de un determinado número de normas, es decir, la validez de una norma jurídica, se sitúa en otra regla de orden superior. A pesar de esto,

[...] no excluye la posibilidad de situar la validez de una norma en el hecho de haber sido establecida por alguna autoridad, pero, vale recordar que la competencia dada a la autoridad para establecer las normas viene dada en normas de competencia. De esta manera la norma que valida las demás se entiende por presupuesta a pesar de no ser promulgada (Kelsen, 1986, p. 201).

Dworkin describe así una teoría de la aplicación judicial del Derecho, en la que afirma que los jueces siempre deben decidir los casos que les sean sometidos a estudio mirando hacia el futuro, tomando la decisión más beneficiosa para el sistema jurídico, sin tener en cuenta decisiones jurídicas anteriores. Esta concepción pragmatista debe estar influida por un consecuencialismo, es decir, que el juez al fallar debe intentar generar las mejores consecuencias con su decisión para el sistema jurídico. Dicho consecuencialismo, a su vez, puede apoyarse en otras concepciones tales como

[...] las del Utilitarismo del acto, que afirman que las decisiones políticas deben propender por incrementar el bienestar de un grupo social determinado; o una concepción no bienestarista, que procura las mejores consecuencias para el grupo social, basada en la eficiencia económica, o en maximización de la riqueza, para justificar así, en virtud de cualquiera de estas versiones más específicas del consecuencialismo, una versión más precisa del pragmatismo (Dworkin, 2007, p. 31).

Así las cosas, el juez que se apoya en el pragmatismo jurídico debe tener en cuenta aquellas restricciones instrumentales que, el legislativo o los jueces en precedentes judiciales, hayan dispuesto previamente. En este caso, el juez debe,

en general, tanto obedecer a las disposiciones del legislador, como honrar las decisiones judiciales previas, debido a

[...] la capacidad tanto del legislador, como del juez para prever futuros comportamientos [pues] es necesaria para que las decisiones judiciales sean eficientes. En caso que, tanto las leyes como los precedentes fuesen ignorados en las decisiones judiciales tomadas por una determinada autoridad judicial, la capacidad de prever comportamientos futuros se vería seriamente afectada (Dworkin, 2007, p. 32).

Dworkin plantea, de esta manera, que el juez puede llegar a fallar hacia el futuro como exigen los pragmatistas, haciendo un análisis exhaustivo del caso a la luz de los cuatro estadios de la teoría política: primero, semánticamente podría argumentar que el concepto doctrinal del derecho vulnerado es de carácter interpretativo; segundo, iusfilosóficamente podría sostener que la mejor explicación del derecho vulnerado se evidencia a la luz de la integridad del sistema jurídico; tercero, doctrinariamente tendría en cuenta la mejor interpretación de la práctica judicial contemporánea, la cual, a la luz de la aplicación judicial, estaría relacionada con hacer depender el valor de verdad de una proposición jurídica, únicamente de valores consecuencialistas, que se proyectan hacia el futuro. En contraposición a estas afirmaciones, la escuela del Realismo Jurídico afirma que una proposición jurídica no es susceptible de ser calificada de verdadera o falsa, sino solo de acuerdo a la expresión subjetiva, esto es, de acuerdo a la carga emotiva que efectúe la autoridad que emite la sentencia judicial (el Juez), argumentando así que buscar tanto la verdad como la falsedad de una proposición jurídica es un absurdo, haciendo de ese concepto doctrinal del Derecho una noción errónea. Esto es refutado vehementemente por Dworkin, quien expone que dicho concepto está “basado en un “equivoco” filosófico en el que presuntamente incurren filósofos políticos como Richard Rorty y Stanley Fish, que no conducen a nada más que a auto-refutar sus propias tesis” (Dworkin, 2007, p. 33).

Los valores que justifican la práctica judicial, en la medida en que estos sean variados y complejos, conforman un conjunto integrado, junto a los principios y derechos que deben ser encausados en niveles, tanto doctrinales, como de aplicación judicial del Derecho. Teniendo cuidado con no pecar, a lo sumo, de un radicalismo popular que “podría viciar la corrección de las decisiones imparciales de una corte a la hora de garantizar un determinado derecho” (Gargarella, 2012, p. 104).

Sin embargo, es importante aclarar que los valores políticos fundamentales, es decir, los valores de libertad e igualdad, no conviven de forma pacífica en el interior del sistema, sino que, por el contrario, estos presentan conflictos en virtud de sus relaciones. Estos radican en que no hay un modelo de decisión que permita determinar entre normas, principios o valores, cuál de estos es más fundamental, reduciéndose esa elección al ámbito subjetivo del operador, es decir, del Juez. Al final, toda elección de alternativas en caso de conflictos entre valores fundamentales, principios o derechos, es decidida por arbitrio del Juez, es decir, que la decisión política que soluciona el caso concreto depende de la elección subjetiva del operador, en la medida en que

[...] esta subjetividad, se aclara, no es por mera discrecionalidad, sino que radica en un juicio de carácter moral empleado por el juez, para elegir, en virtud de los límites normativos, la respuesta que le parece más justa, en su propia opinión (Dworkin, 2007, p. 36).

Según Robert Alexy (2013), la justificación de los Derechos Fundamentales se da en el marco de “la operatividad de la pretensión de corrección”, en donde se determinan los distintos tipos de discusión que pueden darse en el ejercicio propio del Derecho, ya sea desde la dogmática jurídica o desde la labor nomotética del legislador. La primera implica la concepción del Derecho como producto de una discusión científico - jurídica encaminada a la solución de casos sometidos a estudio por parte del ordenamiento jurídico. La segunda, de creación normativa, implica las discusiones académicas, las funciones de los abogados, etcétera. En medio de estos niveles de discusión respecto al Derecho, se puede evidenciar un punto de semejanza entre ellos, que consiste en su vinculación al sistema jurídico, lo cual, en palabras del autor, se denomina argumentación jurídica.

Luego de esta delimitación del problema, Alexy plantea que la diferencia entre la argumentación jurídica y la argumentación en general es que la primera implica un elemento denominado “vinculatoriedad”. A esta se le define como la relación existente entre el razonamiento respecto a algo y el Derecho vigente en un lugar determinado, lo cual implica una limitación frente al tipo de argumentos usados, dado que la ciencia jurídica está enmarcada en procedimientos que varían dependiendo del sujeto procesal (juez, acusado, defensa...) que vaya a realizar la

demostración. También contiene límites temporales en el marco de las acciones permitidas al interior del proceso.

Todos estos factores hacen que dentro del discurso práctico general, el jurídico sea un caso especial, puesto que, primero, los asuntos propios de las discusiones jurídicas hacen referencia a cuestiones que hay que hacer o no hacer, es decir, en palabras de Alexy, serían cuestiones prácticas. Segundo, la discusión jurídica implica una pretensión de corrección. Tercero, porque se encuentra limitado por las condiciones inherentes al proceso judicial (espaciales, temporales, etcétera).

Sin embargo, frente a los factores anteriores se pueden presentar ciertas objeciones, que también son refutadas por Alexy. Por un lado, existe el reparo de que en materias jurídicas la discusión no versa sobre cuestiones prácticas. Frente a esto, el autor plantea que la argumentación jurídica no solo tiene un papel en la praxis legal, sino también en la construcción y desarrollo de una ciencia jurídica, dado que abarca tanto la comprobación de hechos, como la Sociología Jurídica, la teoría del Derecho y otros métodos de estudio que le dan a éste el carácter de ciencia, encaminada a la solución de casos prácticos sometidos a estudio.

Por otro lado, existe la objeción de que no se suscita “ninguna pretensión de corrección”. Ante esto es importante entender que lo que busca la argumentación jurídica no es que el enunciado que se realice sea racional *per se*, sino que su racionalidad sea producto del contexto propio de un ordenamiento jurídico vigente que sirva para fundamentarlo. Así, Alexy plantea que, debido a que las decisiones de los jueces deben contener una justificación del porqué son tomadas, sí es posible, en medio de la praxis jurídica, una pretensión de corrección en el marco de los enunciados jurídicos y de los enunciados normativos generales, los cuales están fundamentados a través del Derecho Positivo.

A partir de esto, se plantean dos posiciones problemáticas. La primera tiene que ver con si es posible que la pretensión de “corrección” sea necesaria en el marco de las decisiones judiciales. Es decir, ¿puede el concepto de pretensión de corrección estar incluido en la decisión judicial? Según el autor, no. Puede existir decisión judicial ajena a una pretensión de corrección sin que esto afecte su carácter de decisión jurídica válida, pero sin su condición de cumplimiento y aceptación moral, por ejemplo.

La segunda posición cuestiona si es posible tomarse en serio la pretensión de corrección planteada en una decisión jurídica y en qué medida influye en la aceptación de fallos judiciales. Para Alexy, esta es constitutiva de la praxis jurídica, al menos en su fundamento y decisión, atendiendo a la órbita de dichas discusiones.

De esta forma, hay pretensión de corrección, pero los límites presentes en la discusión jurídica no permiten que esta llegue a considerarse discurso. Para Alexy, las proposiciones normativas no pueden ser debates dilatados, sino que, bajo unos claros márgenes, sean planteados como un conjunto de argumentos racionales. Sin embargo, esas limitaciones pueden llegar a implicar los intereses de los intervinientes en el proceso judicial, determinando “las elecciones de los actores, quienes acuerdan, mediante un proceso de interpretación, la extensión teórica del campo de acción de las garantías constitucionales” (Vermeule, 2009, p. 7).

Por ello, la decisión jurídica no es más justa, sino más ventajosa, razón por la cual Habermas la considera una acción estratégica. Así, los argumentos jurídicos difieren del espacio en el cual se presentan, ya sea un proceso judicial, o un acto de liberalidad de los individuos. Esto determina, partiendo del tipo de proceso, el uso del discurso para ese caso, aun si el primero necesita imperativamente al segundo, lo cual es posible porque el discurso permite que las partes del proceso argumenten racionalmente.

Así, se busca que todo argumento presentado en un proceso, bajo sus propias condiciones, tenga la facultad de lograr consenso entre un grupo de seres racionales, lo cual posibilitaría y fundamentaría el uso de la argumentación. En este caso, es tal su importancia, que “los sistemas que no planteen corrección no pueden ser considerados sistemas jurídicos” (Alexy, 2013, p. 40). La fundamentación de la pretensión de corrección en los discursos jurídicos obedece a identificar las proposiciones normativas planteadas en el marco de un ordenamiento jurídico vigente.

Conclusiones

El carácter interpretativo de los Derechos Innominados, aunque es problemático, surge de su vocación como garantías propias, en virtud de las cuales, se entiende el desarrollo de una teoría del Derecho como una composición global del

problema del constitucionalismo, a la luz de lo dispuesto en la forma como se presentan dichos principios, tanto en el orden social como en el orden jurídico.

Siendo así, la distinción entre las reglas y principios no es más que una distinción de corte instrumental, en virtud de la cual, se determina la implicación de ciertos derechos a circunstancias en las cuales inicialmente, dentro de la praxis jurídica, no estaban abocadas. Este análisis lo hace un Juez, quien tiene una función dual: determinar la aplicación de los derechos a implicar, o determinar nuevos derechos al conjunto existente de los mismos.

Finalmente, los principios y Derechos Innominados se constituyen a sí mismos como criterios que amplían el espectro normativo del sistema jurídico, en donde, a partir de su aparición, se plantea una nueva forma de comprender el Derecho, así como también se hacen evidentes los límites y vacíos del positivismo y se dinamiza el sistema jurídico.