

Legitimidad de la producción jurídica de las sentencias de los tribunales constitucionales: un análisis desde la teoría política

*Mario A. Forero Rodríguez**

Resumen

La problemática que se propone en este artículo, consiste en estudiar la producción jurídica que realizan los jueces constitucionales a través de sus fallos judiciales y las implicaciones que pueden llegar a tener tanto en la validez, como en la legitimidad política.

Palabras clave: derecho, producción jurídica, legitimidad política, validez jurídica, sistema político, teoría política, política pública.

* Abogado, filósofo y magister en desarrollo regional, profesor asociado de la Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano. Correo electrónico: mario.forero@utadeo.edu.co

Abstract

The problematic that proposed in this article consists of studying the juridical production that the constitutional judges realize across his judicial sentence and the implications that can manage to have so much in the validity, as in the political legitimacy.

Keywords: law, juridical production, political legitimacy, juridical validity, political system, political theory, public politics.

1. Exordio

La problemática que se plantea en este artículo, consiste en analizar la producción jurídica que realizan los jueces constitucionales a través de sus fallos judiciales y las implicaciones que pueden llegar a tener tanto en la validez, como en la legitimidad política. Por la trascendencia de tales fallos así como sus consecuencias teóricas y jurídicas, lo cual ha generado fuertes cuestionamientos por los sectores conservadores, pero también aprobación por los grupos liberales, es conducente estudiar desde la teoría política sus alcances, pero sobre todo determinar los fundamentos que sustentan su pretendida legitimidad. Estas sentencias tienen como objeto diversos temas, entre los cuales se puede señalar: los fallos económicos;¹ las decisiones sobre el sistema político, y el régimen presidencial;² igualmente, las sentencias sobre las relaciones de personas y sus derechos, particularmente los vínculos jurídicos de las personas del mismo sexo y su derecho a la adopción.³ En concreto, el análisis se contrae a resolver:

- Si los tribunales constitucionales en general, en su calidad de órganos que velan por la integridad de la Carta Suprema, con sus fallos de alcance político están desbordando los límites que la misma Constitución les ha señalado y en este sentido las competencias asignadas en la separación de funciones estatales, para asumir competencias que le corresponden a otras ramas del poder público, en particular de los órganos ejecutivo y legislativo. En este sentido, se busca establecer si los

1 Como ejemplo de estos fallos, podemos relacionar los siguientes emitidos por la Corte Constitucional colombiana: Sentencia sobre los créditos hipotecario y las tasas de interés para créditos de vivienda tanto en sistema UPAC o en UVR: Sentencia C-955 de 2000. Sentencia sobre deudores de créditos individuales de UPAC y los estímulos para los que se encuentran en mora (S. C-136/99). Sentencia sobre la inexequibilidad del sistema UPAC y sus efectos *erga omnes* (S. T-597/06) 57. Sentencia sobre la inexequibilidad del sistema UPAC-Efectos ultraactivos (S. C-700/99, T-597/06. Sentencia de tutela, sobre la competencia excepcional para garantizar derechos a usuarios del sistema UPAC (S. T-258/06).

2 Sentencia sobre la reelección presidencial que reforma el sistema político C-141/10 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, por medio de la cual se decide sobre la constitucionalidad de la Ley 1354 de 2009, de convocatoria a un referendo constitucional.

3 Sentencia C-577/11, Sentencia SU-617/14, Sentencia C-075/07.

tribunales rompen con la armazón liberal de la separación de poderes (Habermas, 1998).

- Si es viable la producción jurídica que realiza este órgano constitucional, teniendo en cuenta que los miembros de estos tribunales no son de elección ni de representación política, por lo que sus fallos y la producción jurídica carece de legitimación democrática (Habermas, 1998).
- Si como consecuencia de este tipo de fallos de los tribunales, en la actualidad se está cambiando de una dominación legal estatal a una dominación judicial estatal, en donde el nuevo legislador se pronuncia a través de sentencias y en este sentido estaríamos ante una nueva forma de Estado (Habermas, 1998: 326).
- Por último, si los tribunales constitucionales que se proponen defender la autonomía personal sustentada jurídicamente en los derechos fundamentales, termina paradójicamente vulnerando esta autonomía al inmiscuirse en la libertad de los asociados (Habermas, 1998: 326).

Es preciso que antes de plantear la problemática, establezcamos el sentido de dichos cuestionamientos, para así y con base en ello formulemos el problema central, para luego determinar los argumentos que de alguna manera den respuesta tanto a los cuestionamientos como al problema que se plantea.

2. Problemática

Como referente clásico y que da origen a los puntos señalados, lo podemos encontrar en la Sentencia C-1433/2000 proferida por la H. Corte Constitucional de Colombia, en la que se plasma tal universo conceptual, cuyo efecto implicó un posicionamiento frente a los derechos, la economía y el Estado, con unas consecuencias que inciden en el bienestar colectivo, la prosperidad pública y más aún en las condiciones de existencia social, referidas estas sobre todo al trabajo y al salario.

Los cuestionamientos que se le hacen a este fallo constitucional y los similares a él, como es el caso de los que finiquitaron el sistema del UPAC, se pueden concretar a dos aspectos nucleares y que podemos puntualizar en la relación entre producción del derecho y las políticas públicas, que en el fallo en cuestión es más que notable.

La sentencia citada establece una obligación al Estado, de incrementar los salarios de un sector de servidores públicos (los que devenguen más de dos salarios mínimos) acorde con la inflación; y en este sentido, declara inexecutable la ley que había omitido este tal incremento salarial, en razón a la política económica y trazada por el gobierno que buscaba un ajuste en las finanzas públicas.

Con este fallo la Corte Constitucional produce un derecho a favor de los trabajadores, en el sentido de imponer un deber al Estado de incrementar los salarios de sus funcionarios cualquiera que sea la situación económica, y desde este punto de vista, negar cualquier política económica que vaya a contar con este recurso. Pero bien observadas las cosas, en una sana lógica, significa también una política pública implícita, consistente en aumentar los salarios cada año calendario.

Esta producción del derecho, al juzgar de sus críticos, invade, por una parte, las orbitas del legislativo, pues es a este quien le corresponde determinar los incrementos salariales a través de leyes; y, de otra, usurpa la esfera del ejecutivo al determinar factores y condiciones de las políticas públicas, en este sentido se constituye en una constante inmodificable dentro del diseño de políticas, cuando en ellas operan otros factores que no son propiamente los tenidos en cuenta por la Corte. De aquí que se viniera la andanada de cuestionamientos, como los antes anotados, no solo producto de reflexiones teóricas, sino de imagen a través de los medios de comunicación.

Para efecto de la reflexión propuesta, se puede plantear la problemática en los siguientes términos: ¿qué legitimidad (además de validez) política tiene la producción del derecho realizada por la Corte Constitucional?; si ella es posible, ¿sobre qué bases fundar dicha legitimidad y que de plano conduzca de una manera válida a orientar las políticas públicas del Estado?

3. Fundamentos de legitimidad política en la producción del derecho

Al empezar a abordar la problemática, se detecta un tensionamiento entre la competencia y función del órgano constitucional propiamente dicho y la producción de derecho que realiza; además, al introducir el ámbito de la política, en cuanto a políticas públicas, se presenta a su vez otro tensionamiento entre la producción misma del derecho y la política. Este tensionamiento se trasluce al postular el concepto de legitimidad, pues en él esta implícita la relación entre los extremos tensionados o contrapuestos, de tal manera que se es legítima en la medida que viable y aceptable dicha relación. Este tensionamiento lo observa Jürgen Habermas y lo plantea como la relación existente entre facticidad y validez (Habermas, 1998: 200).

Para avanzar en la construcción de una solución razonable a la problemática asumida, se debe precisar, en primer lugar, un concepto de legitimidad política que permita establecer un análisis de los extremos de la relación propuesta. Luego, en segundo lugar, analizar por aparte cada uno de los extremos de la relación y precisar en sus propios fundamentos de legitimidad, a fin de observar su nivel de oposición y si es cierto que esta existe. Para finalmente, en tercer lugar, fundamentar la viabilidad legítima y la resolución

de los extremos problemáticos, para con ello establecer la procedencia política del tipo fallo sujeto a análisis en este escrito.

3.1. Bases conceptuales de la legitimidad política

La legitimidad tiene que ver con el ejercicio del poder político y así mismo con la dominación, en cuanto que se determina la dominación y el poder en ella latente como aceptable o no, esto es, si merece el acatamiento u obediencia. En este planteamiento, la legitimidad no es una finalidad en sí, ni lo que asegura el mejor ejercicio de un poder, sino es lo que emerge como elemento condicionante y de reconocimiento al de la relación dominante-dominado, es decir, que la legitimidad transforma la dominación en la relación autoridad-subordinación, en la cual se ubican los diferentes sujetos adscritos en el orden interno de esa relación.

La legitimidad es un efecto de las relaciones de dominación misma, no su causa, asegura la articulación de los niveles de estratificación internos a ellas y determina el carácter de la autoridad. Así se entiende por legitimidad, a la luz de lo manifestado por Norberto Bobbio (1996), como “un poder que condiciona el comportamiento de los integrantes de un grupo social emitiendo ordenes que se acatan porque se aceptan como norma de actuación” (pág. 120). En definitiva, esta descansa en los aspectos mentales y de representación del grupo que se afirman bajo lo que se denomina creencia o aceptación.

Es de enfatizar que estos aspectos de legitimidad, según este esquema conceptual, tienen como ámbito lo interno las relaciones, pero no tienen ninguna vigencia al exterior de ellas. Con esto también se indica, que la legitimidad supone siempre un poder previo, que al fin de cuentas como tal está integrado a una relación de poder y que se transforma en virtud de la legitimidad en dominación. Lo que en consecuencia lleva a pensar que la legitimidad será acorde al régimen de poder, es decir, como este sea le dará los contenidos a aquella. En este marco se pueden entender las llamadas formas de dominación de Weber, es decir: tradicional, legal y carismático, que no serían sino contenidos de la legitimidad (Weber, 1984).

En el Estado de derecho moderno y en los términos comentados de Weber, la legitimidad está conectada con el derecho, este en cuanto orden racional, abstracto e impersonal, de tal manera que el motivo de obediencia “deriva de la creencia racional de un comportamiento conforme a leyes, esto es, normas generales y abstractas que instituyen la relación impersonal entre gobernante y gobernado (Bobbio, 1996). En esta perspectiva la legitimidad del orden jurídico se traduce en validez normativa, de tal manera que ella condiciona el acto de obediencia.

Para Niklas Luhmann (1995) en las sociedades complejas, cuyo fundamento es el poder político expresado bajo la forma jurídica, ya exento de cualquier valor o axiología, la legitimidad es el producto de aplicación de procedimientos establecidos para producir

relaciones vinculantes, y en cuanto los sujetos participan de los mismos procedimientos. Lo que indica que la aceptabilidad emerge en el sistema como prestación de él, en virtud al cumplimiento de los procedimientos fundados como reglas.

Para precisar los alcances conceptuales de la legitimidad en este trabajo, la aproximación más viable es la realizada por Luhmann (1995), en cuanto que propone su concepto enfatizando el carácter procesal en el que se da la acción política, esto es las forma y mediaciones en que esta se produce, de tal manera que su aceptabilidad queda atada al proceso que permite asumir una decisión o acto producto de la acción, a más de que el procedimiento por su carácter mediado, tiene una perspectiva universalizante y en este sentido vinculante para los miembros plurales de una comunidad que posee divergencias culturales entre sí. Las otras formas de legitimidad, se asumen con arreglos a ciertos valores, que por su raigambre cultural o de creencias, caso Deutsch o Weber, dan lugar más bien a la deslegitimidad si se trata de sociedades complejas y multiculturales, precisamente por la diversidad de creencias. Se pudiera pensar que escapa a ello el tipo racional-legal planteado por Weber, pero aún este se inserta en el valor de lo racional que precisamente en los contornos de esta época está cuestionada por la presencia multicultural y multirracia. Más bien lo racional puede ser asumido como procedimiento para establecer la voluntad política, como es el caso de ciertos modelos de política pública.

3.2. La producción del derecho en general

Precisado los alcances conceptuales de la legitimidad, se puede abordar el estudio de la producción del derecho. Ella en general se puede entender como la actividad de originar y crear normas o reglas jurídicas, signadas por su carácter general y abstracto, obligatorias y en este sentido coactivas, las cuales ordenan y regulan a la comunidad jurídica (Recasens, 1970: 297). Desde esta perspectiva el derecho se perfila como el medio que asegura la integridad de la sociedad en su conjunto (Dowrkin, 1995: 154). Dichas normas constituyen la esencia legitimadora del Estado de derecho, pues ellas dan la forma jurídica al poder político del Estado y este a cambio sirve al derecho para efectivizar su poder sancionatorio. Desde este punto de vista, el Estado acude al derecho como instrumento para autoorganizarse, en competencias, procedimientos, etc., pero también da bases de cumplimiento, y bajo los cuales se rige, a un sistema, a de derechos fundamento de la comunidad jurídica. Ello puede resumirse en los términos de una “dominación organizada en forma de derecho, cuyo ejercicio ha de estar ligado al derecho legítimo” (Habermas, 1998: 203).

Vistas así las cosas el derecho cumple una función institucionalizadora, estabilizadora y organizadora del conjunto de relaciones que se dan al interior del Estado, entre este y sus ciudadanos, que pueden ser resumidas en el concepto de seguridad jurídica, pues sobre ella los ciudadanos juzgan lo legal o ilegal y ponen en perspectiva sus comportamientos; en este sentido estabiliza las expectativas (Habermas, 1988: 200) de la comunidad jurídica, que interactúa sobre la base de un sistema de derechos.

Para que algo sea derecho debe ser producido en forma legítima y se puede además cualificar como válida. La teoría jurídica ha entendido dos formas claves de producción: la primera de ellas se ha catalogado como la originaria y que proviene directamente en términos sustantivos del poder político, sin que exista mediador alguno y desde este aspecto como generador del mismo orden jurídico, y ha sido conceptualizado como el poder constituyente (Negri A, 1994: 17). La segunda, se ha determinado como derivada, pues funda su producción en el sistema jurídico mismo instituido por el constituyente originario, que dentro de un orden de división de funciones y competencias se ha atribuido esencialmente al órgano legislativo del poder público, que acorde con procedimientos produce normatividad válida. Tal validez se establece por el cumplimiento de las competencias y procedimientos, reglados por el mismo derecho (Recasens, 1970: 297).⁴

En la perspectiva del positivismo jurídico, se diría que tal manera de producción de normas es legítimo, por cuanto se ha cumplido con las competencias y procedimientos de la forma jurídica, entendiendo que para esta escuela el derecho se contrae a las normas positivas o instituidas dentro los parámetros anotados. Pero en verdad tal aceptabilidad no se sujeta tan solo a lo formal que reviste el derecho, sino que más bien él deriva su legitimidad de la comunidad jurídica que lo instituyó. En este orden de ideas, la producción legislativa deriva su legitimidad de la calidad de ser un órgano representativo popular, elegido a su vez acorde con los procedimientos reglados por el derecho. Esta calidad da lugar, dada su representación, a que profiera normas generales, legítimas, vinculantes y obligatorias, surgidas en el marco de la deliberación y discusión política. Esto quiere decir, que dicha normas son aceptables no solo por la competencia y procedimiento que posibilitaron su emisión, sino que también por el ámbito de representación de la comunidad jurídica, en el que la deliberación, discusión y aprobación política llevan los contenidos de su origen, lo cual significa, que detrás de ello están los procesos democráticos que dan sustento a estos actos de producción. Habermas resalta en este punto el carácter comunicativo y de aceptación racional que conlleva el procedimiento: “solo puede tenerse por legítimo el derecho que pudiese ser racionalmente aceptado por todos los miembros de la comunidad jurídica en una formación discursiva de opinión y la voluntad comunes” (Habermas, 1998: 202).

Otra de las formas de producción normativa es la prevista en las actuales circunstancias de la participación popular. De acuerdo con ella, la comunidad jurídica profiere en forma directa y sin mediaciones representativas la normatividad. En ella la política es también inherente al proceso de formación de la voluntad, al igual que en la representativa, pero el énfasis está dado por la dinámica de la democracia participativa, lo cual induce a una interpretación, fundada no tanto en el carácter comunicativo y de aceptación racional, propuesto por Habermas, sino a lo esbozado por Negri en su teoría de producción continua y siempre presente del poder constituyente (Negri, 1994: 18). Ello es posible, a

4 También se puede ver la idea en Habermas (1998).

pesar de que la teoría jurídica asuma esta forma de producción jurídica de participación directa, como derivada y no originaria dado que ella debe también producirse en el marco de la forma jurídica de las competencias y los procedimientos.

Cualquiera sea el punto de vista aceptado, es necesario colegir de lo dicho que la producción normativa, funda su legitimidad en las competencias y procedimientos instituidos por el mismo derecho, pero a su vez, también, ella subyace en la democracia, asumida como un procedimiento que da presencia política y contenido a la voluntad creadora, bien sea del legislador-representante o del legislador-directo.

Estas formas de producción normativa, asumen su total contenido de derecho, en la medida que se fundan sobre un sistema de derechos que posee la comunidad jurídica, que originados en forma subjetiva, puestos como fundamentales se constituyen como derecho objetivo. Ellos posibilitan el ejercicio democrático que subyace a una de las esferas de legitimidad ya señaladas en la producción normativa, en el sentido que establecen las libertades e igualdades inherentes a los procesos democráticos y a las relaciones de la comunidad jurídica. Este sistema de derechos atraviesa todo el proceso de producción, por lo que es tenido en cuenta a la hora de calificar la validez y aceptabilidad de dicho proceso.

Dado este carácter del derecho con un contenido normativo abstracto y general, fundado en un sistema de derechos, que implícitamente debe cumplir con el test de universalidad a la hora de cualificarlos, conlleva una indeterminación del derecho mismo, que se constituye en un ámbito de discrecionalidad y de posibilidad para quien concretiza el derecho, que presentado bajo este aspecto se manifiesta como una ambigüedad e incertidumbre de la forma jurídica, lo cual hace necesaria a la justicia y a su organización, a fin de corregir y dar certidumbre a las aplicaciones y concreciones del derecho.

Es en esta perspectiva que se observa la producción de derecho realizada por los jueces, pero referida a la corrección en casos concretos, con base en principios de justicia tomados del sistema de derechos. Este tipo de producción si bien es normativa, en principio no debe trascender la esfera del caso en disputa, el cual decide con fundamento en la indeterminación del derecho. La producción se origina precisamente al momento de determinar el derecho aplicable, con fundamento en la hermenéutica jurídica y en este sentido el asunto es de mera interpretación. De aquí que la problemática judicial se contrae a generar decisiones correctas y bajo este aspecto decisiones con altas probabilidades de certidumbre. Pero a su vez, este afán de decisiones correctas (la más correcta posible), puede conducir a la inestabilidad jurídica, por lo cual afectar la seguridad jurídica, en la medida de existir una diversidad de decisiones muchas veces encontradas, que se juzgan a sí mismas como correctas; o también corregir con nuevas decisiones las anteriores por su carácter erróneo (que en su momento histórico fueron catalogadas como correctas).

Si se entiende el derecho, de acuerdo con la definición en sentido amplio de Luhmann (1995), como “un subsistema que está especializado en la estabilización de las expectativas del comportamiento” (Habermas 1998: 265), puede deducirse que este acto de las decisiones judiciales, pone en juego la estabilidad de esas expectativas, ya que ante el posible desorden decisional se pierde el norte orientador de la acción. Para la teoría jurídica positivista, el problema se deshace si se considera que las normas determinadas (el asunto es de lenguaje), no tienen vacíos, ni contradicciones, pero a más de ello el juez debe limitarse a los juicios lógicos del principio de subsunción, esto es, limitarse a inscribir unas normas en otras, para así deducir de lo abstracto a lo concreto. (Recasens, 1970: 641)⁵.

El asunto se agudiza más, si se analiza el fenómeno en los Tribunales de Control Constitucional, pues ellos determinan la validez de la ley a través de los procesos de exequibilidad, en los que básicamente se contrastan los preceptos legales con la Constitución, para decidir si se cumple con los parámetros constitucionales, lo cual lleva a declarar la ley como exequible o no. Este punto es más tensionante, pues tal declaratoria puede conllevar la sustitución de la ley (y del legislador), sobre todo cuando se produce las inexequibilidades parciales, como en el caso de la Sentencia de la Corte Constitucional C-1433/2000, puesta como ejemplo, toda vez que entra a regir el criterio rectificador del juez corporativo.

Si se piensa en el carácter falible de la decisión judicial, que tiene como parámetro derechos indeterminados, en este caso señalados por la Constitución, genera una incertidumbre que afecta la señalada estabilización de expectativas o en otras palabras la seguridad jurídica. Pues sí, en este caso concreto, la decisión fue en un sentido, es probable que en un próximo caso similar la decisión vaya en otro sentido. Desde esta perspectiva, es conducente preguntar: ¿qué garantiza la estabilidad de las decisiones judiciales, esto es, que no haya cambios repentinos en su jurisprudencia?; ¿qué límites tiene la producción del derecho judicial, sobre todo si en virtud del caso tiene el mismo carácter de la ley, esto es abstracta y general?

Estas preguntas no son más que reiteración en otras palabras de la problemática inicial, pues se configuran alrededor del carácter legítimo de la producción del derecho por vía de los jueces. Hasta este punto, se puede señalar que la validez de la normativa judicial, se funda en las competencias y procedimientos fijados por la forma jurídica, en el caso de la Corte Constitucional por la misma Constitución. Es posible señalar, en un sentido más profundo, que dicha validez, aparte de lo anotado, reposa en el carácter razonable y debidamente sustentado (en una tradición decisional) de la decisión correcta, en este sentido la del mejor argumento, ante la evidencia existente.

Para sintetizar esta primera parte de la producción de derecho, la validez legislativa y judicial se sustenta en las competencias y procedimientos dictaminados por la forma

5 También se puede ver la idea en Habermas (1998).

jurídica misma. Pero en el caso del legislador, dicha validez se transforma en legitimidad que viene a su vez signada por lo político, en este caso por los procesos democráticos que sustentan dicha producción, pero se pone en cuestión su carácter de imparcialidad, autonomía y de garantía de los derechos, como se verá más adelante. En el caso judicial, ante la ausencia de lo político, la validez en la producción del derecho se fija en las competencias y procedimientos de la forma jurídica, pero a su vez, ella se funda también en la seguridad jurídica que las decisiones judiciales otorguen y en su carácter correcto o acertado del contenido decisional. Lo que tiene a su favor esta producción judicial, es el carácter imparcial y autónomo de sus decisiones por su aislamiento de lo político y en este sentido solo se atiene a su argumentación netamente jurídica, pero se pone en cuestión su legitimidad como está planteado en la problemática inicial.

3.3. La política y las políticas públicas

Examinado uno de los extremos de la legitimidad, como es la producción del derecho, es pertinente aproximarnos a estudiar el otro extremo: el de las políticas públicas, así como lo que hay de político de ellas.

En la búsqueda de construir una teoría que dé unidad y sentido al pluralismo heterogéneo de las acciones gubernativas, se han esbozado diversas posiciones conceptuales en torno a las políticas públicas, que estratifican cada vez más los varios niveles en que opera el gobierno. Así se ha diferenciado en esta perspectiva lo político de lo administrativo, para ubicar de una manera cada vez más clara el lugar de la toma de decisiones (gobierno-política), que la diferenciaría de lo administrativo como el lugar de las ejecuciones. Esto bajo la creencia de que “la política pública, se circunscribe a la toma de decisiones del ente gubernativo”, lo que se constituiría en el rasgo que en definitiva permitiría establecer una unidad conceptual. Desde otro punto de vista, se mira que lo fundamental es la “acción misma”, lo cual lleva a comprender la política como “curso de acción”, que sería lo esencial a la definición misma. En general, se intenta rescatar, algún ítem que se considera fundamental, sea este la institución, los fines, las causas o sus acciones, para establecer las definiciones pertinentes que permitan describir, analizar o prever la política pública.

Se puede notar en los variados estudios que existen sobre política pública, una serie de niveles alrededor de los cuales se puede enfocar el análisis y las definiciones. Cada uno de ellos asume ciertos supuestos en forma *a priori*, que no esclarecen debidamente o simplemente los asumen, no importando las consecuencias que pudieran desencadenar al interior de los análisis. Así se tiene que las políticas públicas, se pueden abordar con referencia a ellas mismas, es decir, asumirlas como su propio objeto de estudio sin inmiscuirlas con problemáticas ajenas, enfatizando ciertos rasgos definitorios, para luego emprender un proceso meramente descriptivo. Este nivel que pudiera ser considerado como “en sí” o interno o autorreferencial, presupone la autonomía e independencia de las políticas y de las instituciones u órganos que las producen. Claro está, que este supuesto no es plantea-

do por el análisis como un problema, sino que simplemente se asume como una “factum” más, propio del análisis. En realidad, la problemática se cierne sobre la misma política, más que alrededor de la institución que la produce, luego el interés se traslada al “cómo” se produce, elabora, ejecuta y se da a conocer; para por último, evaluar sus impactos o consecuencias. De aquí que el entorno o lo ajeno sea previsto más como insumo o afección de la intencionalidad de la política, que a tenerlo como variable clave de la definición.

La metodología con la cual se abordan en este nivel las políticas públicas, debe ser adecuada para situar los problemas en modelos explicativos y con relaciones causa-efecto, para lo cual la aproximación es conceptual o empírica, es decir, acorde con la generalidad o particularidad del esquema. En este sentido, se puede proponer un modelo conceptual único que dé explicación a la política pública no importando su diversidad o heterogeneidad. O por el contrario se puede dar un acercamiento particular y empírico a una de las tantas políticas existentes sin ir más allá de estos ámbitos, luego el enfoque teórico se circunscribe solo a ella.

La otra manera de analizar las políticas públicas, es pensarlas no como “causa de sí”, sino como efecto, es decir, desde la perspectiva de los elementos o factores que la implican o posibilitan su expresión, precisando que dichos factores o elementos son coetáneos a la formación, proposición y ejecución de la política pública. Esto indica que tales elementos o factores, dan el sentido y la esencialidad que define la política (tomada como única). Esta manera de proceder, es acatada por los especialistas en ciencia política, ya que para la mayor parte de ellos “el proceso de decisión y puesta en práctica de las políticas no ocupó centralidad alguna. Las teorías sistémicas, marxista, elitista o pluralista explicaban las decisiones del gobierno desde fuera del gobierno mismo. El secreto de la decisión y su efectución radicaba en fuerzas y estructuras sociales, exteriores y superiores, que determinaban exhaustivamente la materia y la forma de la decisión” (Aguilar, 1992: 15).

Esta posición conceptual, parte de la base de considerar que las políticas públicas, bien sea pensadas como toma de decisiones o como curso de acción, no son explicables por sí mismas, sino que son consecuencia de la acción, transformación o tendencias de otros conceptos que están por fuera del ámbito mismo de la decisión o acción gubernativa. En este sentido, si queremos construir un modelo se tiene que partir de la base conceptual previa, que es la que va a dar el punto de partida explicativo. El *quid* reposa en saber conectar lógicamente estos elementos o factores con la decisión, que es en lo que se traduce finalmente como política pública.

En esto parece existir cierto acuerdo entre las diversas variantes surgidas al interior de esta posición conceptual. La divergencia que surge en ellas, es alrededor del énfasis que se le quiere dar a tal o cual elemento factor. Así se tiene, por ejemplo, a ciertas concepciones que consideran como relevante el Estado y el régimen político como elementos conceptuales explicativos de las políticas públicas, y por ello las consideran como una expresión gubernativa. Otras simplemente acogen el Estado y de su análisis se decide el ser de la

política pública. O más bien, se van por algún factor considerado como relevante, sea este social (conflicto de clases), económico (estructura) o cultural, que se constituye en la razón que explica de fondo la problemática (Medellín, 1996: 10).

En esta diversidad teórica a que da lugar este posicionamiento, se puede notar en el fondo, con relación a lo observado en primer lugar, un cuestionamiento que puede ser considerado como global y presente en todas estas consideraciones teóricas. Este cuestionamiento consiste en considerar si la política pública es autónoma o no, lo que se traduce en pensar si el gobierno (lugar institucional de la política) tiene autonomía o por el contrario es simplemente una expresión de algún elemento o factor central de la teoría.

En esta idea se transita de concebir al proceso gubernamental como “un evento reactivo o instrumental más que propositivo, en un hecho subalterno y auxiliar: simple variable dependiente. El gobierno carece de iniciativa propia, no tiene capacidad de elegir propósitos y acciones” (Aguilar, 1992: 16). A también considerarlo como absolutamente autónomo, con plena suficiencia y considerar la política pública como de elección racional, bien para responder a las problemáticas sociales y que quiere configurar; o bien aprovechando circunstancias, implementar acciones para conseguir metas futuras. En estos extremos, se esbozan posiciones intermedias, aduciéndola como autonomía relativa: demasiado tarde se reconoció la “autonomía relativa” del gobierno como para revertir la tendencia dominante, destacar la especificidad e importancia de la elaboración de políticas y reconocer su causalidad propia en el conjunto social y en el proceso político. Hoy parece que ciencia política está más dispuesta a concederle un mayor margen de maniobra a los gobiernos nacionales y locales, obviamente sin caer en oportunismos decisionales.

De lo expuesto se puede inferir, que para el enfoque teórico que concibe las políticas públicas como efecto o consecuencia de elementos o factores externos al gobierno, siempre estará presente definir qué se entiende por gobierno y cuál es el grado de su autonomía, antes de deducir los contenidos mismos de la política pública. Como es de esperarse la metodología de esta última posición o nivel teórico, es estrictamente conceptual, lo cual indica que lo empírico se deja como prueba o contrastación del modelo teórico. En este sentido, el modelo conceptual que se construya, puede ser de corte racional-explicativo o racional-comprensivo. En el primero, se pretenden establecer relaciones conectivas de causa-efecto, en los diversos niveles de la problemática. Por ejemplo, establecer la relación lucha de clases con el Estado-instrumento, para deducir de allí un modelo que dé cuenta de la elaboración y acción de las políticas públicas. En el segundo, se buscan las “estructuras” o formas fundamentales que están implícitas en el objeto o problema, no intentando establecer relaciones explicativas entre unas y otras, sino hacer una descripción constructiva de su formación, con el fin de mostrarlas en su totalidad tanto en lo implícito como en lo explícito. El modelo muestra lo implícito y en forma comprensiva enuncia el objeto en sus diversos niveles, penetrando más allá de los simples nexos o conexiones lógicas del

modelo explicativo, con ello consulta los orígenes y formaciones tanto en su facticidad como en los supuestos del objeto o la problemática.

Como es obvio, cada una de estas perspectivas metodológicas conduce a resultados diferentes, unos más completos que otros, más o menos aceptables. La diferencia estriba, en el posicionamiento epistemológico del investigador o en la finalidad que pretenda conseguir, para lo cual escogerá la mejor herramienta metodológica y teórica que le permita investigar y exponer el objeto o problema. Sin embargo, mirando de fondo cada una de estas definiciones, que son las comúnmente aceptadas por la literatura especializada, son en sí mismas problemáticas, pues suponen una serie de conceptos que deben ser explicitados antes de cualquier definición. Conceptos tales como autoridad, colectivo, decisión, Estado, sistema político, gobierno, etc. Esto sin pensar, lo que en sí mismo significa lo político y lo público, presentes en la misma expresión de políticas públicas.

Bien apunta en esta dirección Luis Aguilar (1992), cuando manifiesta que la “política pública es una acción con sentido, es decir, es intencional y propositiva a ciertos fines”. Pero estas intenciones se glosan a las fuerzas políticas y a las intenciones de los gobernantes. Al respecto anota que:

“Hay que incorporar las muchas y diversas decisiones de los muchos actores participantes, gubernamentales y extragubernamentales, que en sus diversas interacciones han preparado y condicionado la decisión central, le dan forma y la lleva después a la práctica haciéndola y rehaciéndola, con el resultado muy probable que los resultados finales no se asemejen a las intenciones y planes originales. En este sentido, es un curso de acción que involucra todo un conjunto complejo de decisores y operadores (Aguilar, 1992: 24).

Lo anterior conduce a pensar que los fundamentos de las políticas públicas los da la teoría política, como dice Aguilar: “el acercamiento teórico a lo que realmente es una política pública es tan decisivo como variado (...). La definición de política es, entonces, en sus elementos básicos deducible de las proposiciones básicas de la teoría politológica (Aguilar, 1992: 29).

Las políticas públicas por sus mismos contenidos políticos, las media la incertidumbre, la contingencia, los intereses, presiones, resultados y relaciones de poder que están presentes en el mismo concepto de acción política. Por lo que no siempre están previstas como supuestos en la normatividad, para juzgar su validez o no. Por el contrario, los esquemas y modelos de las políticas públicas se dan con base en ellas como su previo o la finalidad. De otra parte, en este mismo sentido, las políticas públicas por su carácter eminentemente político, siempre se piensan como una relación medios-fin, por lo que resalta su carácter técnico, estratégico y pragmático que las ilustran. Por ello su punto de partida o según el caso su resultado, se configure en una transacción, acuerdo o consenso, en el que se ponga fin a la incertidumbre, contingencia o intereses de la acción.

Desde esta perspectiva la legitimidad reposa en los procedimientos jurídicos de transacción, acuerdo o consenso, pero que en la mayoría de los casos se dejan de lado por el mismo carácter estratégico de la política pública. Si esto sucede, por pura lógica la validez jurídica de la política pública es cuestionada, por falta de legitimidad procedimental, por lo que se hace necesaria la intervención del control judicial a fin de corregir esta desviación de principios y valores. Como en muchos casos sucede, al hacer esta corrección judicial de la política pública, termina por destruirse o cambiarse la misma política pública y con ello los acuerdos y transacciones que sirvieron de base o finalidad.

La política pública en su producción debe revestirse de la forma jurídica legal, pues se introduce en los ámbitos de la validez jurídica y desde esta perspectiva es juzgada. Al suceder esto, como consecuencia, da lugar en este mismo momento al tensionamiento en la legitimidad que hemos analizado y que se presenta entre la acción política como tal y la forma jurídica fundada en el sistema de derechos. Esto se puede apreciar en el proceso de formación de la voluntad legislativa que origina la ley, pues en ella se medía la deliberación, los acuerdos, el juego de intereses y presiones, que desatienden en el mayor de los casos lo que se debe por hacer por lo que conviene. En esta perspectiva, el órgano judicial que cumple la función de corrector, lo que lleva a cabo con arreglo a los criterios que señala la Constitución y el derecho internacional.

De lo enunciado, y analizando los extremos problemáticos planteados, se puede colegir:

- Que la producción de derecho se deshace en un problema de legitimidad. Por un lado, en el legislativo al originar normas con fundamento en una actividad política, que dado su carácter estratégico, de concertación y consenso, choca con los fundamentos del sistema de derechos que rige la comunidad jurídica. Si bien puede ser desde el punto de vista de la actividad legítima, resulta desde el punto de vista del derecho en no válida. Pero por otro lado la producción judicial, en cumplimiento de su función correctora con arreglo a principios del sistema de derechos y que anula la actividad legislativa fundada en lo político, conlleva su propio tensionamiento de legitimidad al realizar este procedimiento con fundamento en decisiones probablemente correctas, poniendo en riesgo la seguridad jurídica del mismo sistema de derechos dada la indeterminación de los principios con arreglo a los cuales cumple su función correctora.
- Las políticas públicas al ser investidas de la forma jurídica, a fin de organizarlas, planearlas, implementarlas y ejecutarlas, por su mismo origen político, enfrenta al mismo tensionamiento aludido en la producción legislativa, pues al fin y al cabo su misma fijación requiere de este trámite. Por ejemplo, en el caso de la sentencia C-1433/2000 de la Corte Constitucional colombiana, que deja sin vigencia una política pública económica revestida jurídicamente en una ley, la cual se acusa de

romper con los principios del sistema de derechos reconocidos constitucionalmente.

4. Soluciones propuestas por la teoría política al tensionamiento en la legitimidad de la producción de derecho en general y de la judicial en particular

Las soluciones que ha dado la teoría política al tensionamiento entra el contenido y la forma, entre la política y el derecho, podemos ubicarlas en cuatro perspectivas: a) la teoría de derechos, b) el republicanismo, c) la teoría de la acción comunicativa, y d) el poder constituyente.

- a. La teoría de derechos, que establece Ronald Dworkin (1984). En ella se propone como solución la reconstrucción racional del derecho vigente. Consiste en la introducción de los contenidos decisionales en el ámbito del derecho y en la historia institucional del sistema jurídico, a fin de encontrar en ellos los principios que rigen al sistema jurídico y que por su propia esencia no dan posibilidad a que se dé un conflicto entre principios. Los conflictos de interpretación y aplicación se dan es entre reglas, pues ellas establecen las condiciones de aplicación y tienen referencia a asuntos concretos, todo lo contrario a los principios, que son abstractos y fundacionales.

Desde este punto de vista, se trata de reconstruir y en este sentido de integrar y ordenar con base en principios el mismo derecho como sistema integrador, lo cual da lugar a postular una teoría del derecho que en su debida aplicación solo produzca una decisión correcta e infalible. Esta teoría que integra y ordena los principios, permite establecer una coherencia y sistematicidad interna del derecho y de sus decisiones (Dworkin, 1984).

Este planteamiento de Dworkin buscaría no solo dar validez al carácter decisional de los jueces, sino que además proporcionaría un pleno nivel de legitimidad de ellas, toda vez que descansaría en el carácter evidencial y razonable de los principios, sobre los cuales no es posible por su mismo carácter disputar y cuestionar. Teniendo en cuenta eso, la política pública se orientaría de acuerdo con los principios y conduciría a una mayor infalibilidad. Estos principios son propuestos en forma jurisprudencial por los mismos jueces (Kymlicka, 1995).

Analizando esta propuesta, podemos anotar que desborda el trabajo mismo de los jueces, como indica irónicamente Habermas (1998) al puntualizar dicho trabajo como una obra propia de Hércules (pág. 282), a más de que no se tiene en cuenta que este organismo judicial es plural por su misma organización y por esta razón conllevaría precisamente una diversidad decisional.

Podemos acotar al respecto, que la filosofía política liberal, tanto en el igualitarismo como en el libertarismo, sujetan la actividad política y en este caso la política pública al cumplimiento de principios morales-políticos, so pena de deslegitimar la misma acción. En este sentido, el control judicial es una garante de la vigencia de dichos principios, por lo que la actividad política entendida en términos estratégicos sobrepasa estos principios político-morales a la hora de establecer lo conveniente para el colectivo (Kymlicka, 1995).

- b. El republicanismo defiende la actividad judicial, en cuanto ella debe estar encaminada a la creación de ámbitos públicos, entendido este como el lugar de encuentro y generación de la opinión pública, que está fundado en los principios de libertad. El bien común solo puede definirse en este ámbito comunicativo y por sí mismo esta exento de cualquier dominación externa, incluyendo lo social. Este escenario de expresión de la autonomía personal y del autogobierno, es lo que define al ser humano en sus niveles de condición y también de esencia (Arendt, 1993: 37), requisito procedimental y sustantivo en la búsqueda del bien común.

Este ámbito público no puede ser interferido por el Estado con sus políticas públicas, que son más bien de orden administrativas, propias del *oikos-nomos* (Arendt, 1993). Por el contrario, el Estado debe preocuparse por la preservación de lo público y con el de la política y su acción (Gargarella, 1990).

Ante la creciente socialización del Estado y su carácter más administrativo que político esta esfera tiende a extinguirse, por lo que es al control judicial el encargado con sus funciones preservar lo público con sus fallos, dado su carácter corrector con fundamento en principios. Su legitimidad procede del carácter de lo público, sus principios y procedimientos. Por ello debe tener más injerencia y presencia la actividad judicial frente a las políticas públicas, pues es la única garante de lo público que le queda a la república.

- c. Habermas incorpora las anteriores concepciones a su teoría de la acción comunicativa, a más de ello constata “el tensionamiento jurídico-político-judicial” anotado, poniéndolo en términos de “facticidad y validez”, ubicando lo político preferentemente en lo fáctico y lo jurídico, así como la legitimidad, en la validez. Con fundamento en esta distinción, se entiende el derecho como un componente de la teoría del discurso, en el cual la validez está dada por la argumentación y su carácter racional, constituyéndose en unos de los ejes de su validez.

Este derecho es legitimado en los ámbitos públicos de la comunicación (opinión pública), que posee sus propios circuitos de conexión y se expresa en los discursos ciudadanos elaborados con base en libertades comunicativas. Estos ámbitos de comunicación esbozan el poder comunicativo que es expresado tanto en el derecho como en el Estado.

La legitimidad está dada por los procedimientos comunicativos, esto es, las formas como se canalizan el discurso y la elaboración argumentativa. La base de este procedimiento es la democracia, pues en ella están las formas de deliberación, discusión y análisis de los argumentos, que son la base de la formación de voluntades políticas colectivas y decisionales.

A modo de comentario, podemos enunciar que la legitimidad de la producción del derecho, deviene de cumplir con los procedimientos democráticos-deliberativos, en los que vale el mejor argumento racional, este de por sí representa un poder comunicativo que es aceptable desde su libertad comunicativa por cualquier ciudadano, dado que constituye la mejor solución en términos de razón comunicativa. Luego el problema de tensionamiento entre facticidad y validez y con ello los fallos judiciales de producción de derecho, encuentra su solución en los nuevos paradigmas comunicativos y especialmente en la política deliberativa y la democracia entendida en términos procedimentales (Habermas, 1998).

- d. Por último, desde la perspectiva del marxismo radical, expuesto por Antonio Negri (1994) en su obra *El poder constituyente*, se puede colegir que el tensionamiento aludido, no más que la expresión de la falacia jurídica del constituyente derivado, en cuanto que quiere encerrar (disecar) en la forma jurídica, la potencia siempre abierta del poder constituyente. Más bien el problema no es tanto de legitimidad entre la política pública y la producción del derecho, o entre política y derecho, sino de hegemonía entre el poder constituyente y sus derivaciones jurídicas. La forma jurídica es insuficiente para contener el desborde decisional de lo político.

El poder constituyente encuentra su realización en la democracia, pero esta entendida en sus connotaciones sociales, la cual viene a ser interpretada y definida por la participación popular directa y sin mediaciones, que se expresa como “multitud libre”.

La solución a la problemática no puede entenderse en términos de legitimidad o de validez, pues esto es quedarse en el interior de los poderes constituidos, sino que por el contrario hay que romper el formato, para permitir el libre obrar democrático de la “multitud”. Desde esta perspectiva el fundamento normativo está siempre presente en la vigencia de la democracia, luego la referencia en forma directa es ella. Los tribunales deben ser intérpretes de los fundamentos siempre latentes y presentes del poder constituyente que tiene materialidad propia en la multitud, por ello no debe desviarse en procedimientos racionalistas y formales, sino tener en cuenta la sustancia y la materialidad del constituyente.

Haciendo un balance de las diversas soluciones enunciadas, se puede afirmar que las propuestas de la teoría de derechos, republicana y comunicativa, enfatiza más lo formal y sus fundamentos en principios filosóficos. Ello en el afán de la coherencia, universalidad

e integralidad del discurso, por lo cual dicha legitimidad queda absorbida o bien en los derechos, en lo público o en los procedimientos que median la comunicación. De tal manera que el fenómeno político es formalizado a uno de estos sentidos, pero perdiendo con ello sus contenidos, fuerza y materialidad que lo denota como acción.

De otra parte, la propuesta de Antonio Negri, se va al otro extremo al abolir lo jurídico mismo, deshaciéndolo en la actividad misma de lo político. De tal manera que queda entredicho la función de lo jurídico, lo cual lleva a pensar en los aspectos de organización, señalamiento de competencias y procedimientos que hagan viable la fuerza de lo político. Desde este punto de vista, la fuerza queda en un manantial sin canalización siempre en desborde, lo cual lleva a que su fundamento esté en la incertidumbre y las contingencias que ella misma implica. Esta posición teórica conduciría a inquietudes tales como: ¿de qué forma garantizamos los límites al despotismo, la dictadura y la arbitrariedad, que indudablemente se funda en la pura facticidad?; ¿cómo evitar la violencia, la intolerancia entre los grupos pluri y multiculturales? Son preguntas que se deben hacer a la hora de asumir la radical expresión directa de lo político.

Podemos considerar que el tensionamiento aludido como problemática, es posible pensarlo en el ámbito de la ciudadanía y es en este sentido que encuentra su solución. Esto quiere decir, que ella es el referente normativo y decisional tanto para la política como para el derecho. Desde esta perspectiva, el carácter decisional debe proscribir lo que amenaza tanto en sus condiciones, acciones y el ejercicio de la democracia real y sustantiva. En ella juegan las condiciones de existencia que posibilitan el buen desarrollo de la vida ciudadana, por ejemplo la economía, el salario, el trabajo etc., lo cual a su vez son condiciones mismas de la democracia.

Desde nuestro punto de vista, el tensionamiento no se resuelve poniendo un exclusivo énfasis en lo formal jurídico, sino que también hay que tener en cuenta los contenidos políticos, en este caso la materialidad de la acción ciudadana que es la base de la legitimidad. Desde esta perspectiva los fallos de los tribunales constitucionales, como en el caso de nuestra Corte Constitucional, se adecuan al sentido antes indicado. Se puede observar que sus sentencias tienen en cuenta las condiciones de existencia de la ciudadanía para el buen desarrollo de la comunidad jurídica, en este sentido la política pública encuentra sus propios límites, fundados no en una desvinculada separación de las ramas del poder público, sino en cuanto que ella en su estrategia, negociación, transacción, planeación, debe tener como presente los contenidos ciudadanos y en este sentido los principios y procedimientos de la democracia participativa.

Así pues, los tribunales judiciales en la producción del derecho, asumen como parámetro los principios de una democracia participativa, la cual desborda lo público y lo colectivo mismo, entendido en los términos liberales. Por ello la legitimidad se da al interior de una nueva teoría social del derecho, cuyos nuevos paradigmas tienen como puntual

no solo la comunicación sino también el desarrollo ciudadano, la participación y lo local como ámbitos privilegiados de lo colectivo.

Referencias bibliográficas

- Aguilar, L. F. (1992). *El estudio de las políticas públicas*. México: Porrúa.
- Arendt, H. (1993). *La condición humana*. Barcelona: Paidós.
- Bobbio, N. (1996). *Estado gobierno y sociedad*. México: FCE.
- Dworkin, R. (1984). *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel.
- Gargarella, R. (1999). *Las teorías de la justicia después de Rawls*. Barcelona: Paidós.
- Habermas, J. (1998). *Facticidad y Validez*. Madrid: Trotá.
- Kymlicka, W. (1995). *Filosofía política contemporánea*. Barcelona: Ariel.
- Luhmann, N. (1995). *Poder*. Barcelona: Anthropos.
- Medellín, P. (1996). *Inestabilidad, incertidumbre y autonomía restringida de las políticas pública en países de baja gobernabilidad*. Bogotá: Cider-Andes.
- Negri, A. (1994). *El poder constituyente*. Madrid: Libertarias prodhufi.
- Recasens, L. (1979). *Tratado general de filosofía del derecho*. Argentina: Porrúa.
- Weber, M. (1984). *Economía y sociedad*. México: FCE.