

La hermenéutica y el operador jurídico en el nuevo esquema constitucional. Pautas a considerar para el logro de una adecuada interpretación jurídica*

Luis Ociel Castaño Zuluaga**

Recibido: marzo 10 de 2009

Aprobado: abril 2 de 2009

Resumen

A partir de un estudio teórico analítico se alberga el propósito de contribuir a la sensibilización y al respeto por el trabajo del operador jurídico. El ensayo cobra importancia en cuanto introduce en la discusión académica planteamientos que contribuyen al posicionamiento del derecho, dando visos aleccionadores sobre aplicación que del mismo ha de hacerse. Recoge postulados del nuevo derecho y se ocupa en señalar cómo la interpretación normativa debe realizarse bajo la perspectiva del respeto por los principios jurídicos. Resalta el aporte que a la aplicación del derecho hace la “teoría estructurante del derecho”, con su metódica jurídica, determinante en el proceso de concreción de la norma jurídica propiamente dicha, entendida como “norma de decisión”. Teoría con la que se depura y complementa la forma clásica como el operador jurídico aborda su trabajo, amparado en los cánones savignianos de interpretación legal y que han dejado de ser por sí solos criterios suficientes para asumir la interpretación constitucional en particular. Introduce en la discusión jurídica algunas directrices sobre la forma como se debe realizar la interpretación constitucional resaltando el trabajo de un iusteórico contemporáneo como es Friedrich Müller.

Palabras clave

hermenéutica; interpretación constitucional; jurisprudencia; metódica jurídica; principialismo; Estado social, democrático de derecho.

* Este artículo constituye un avance de investigación; adscrita a la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín, iniciada en el segundo semestre de 2007 y encaminada a la obtención del título de magister en derecho procesal, titulada “Hermenéutica y práctica judicial: la función de administrar justicia del juez en el Estado Social, con énfasis en el justicia constitucional”.

** Doctor en Derecho, Universidad de Cantabria-Santander (España); Abogado de la Universidad de Antioquia; Historiador de la Universidad Nacional de Colombia; Profesor de tiempo completo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín. Miembro de Número de la Academia Antioqueña de Historia. locastano@udem.edu.co

Hermeneutics of what is juridical in the new constitutional scheme, guidelines to be taken into account for achieving an appropriate juridical interpretation

Abstract

From an analytical theoretical study, there is an intention to promote awareness and respect for the legal practitioner's work. The essay becomes important when in the academic discussion it presents some statements which help positioning law, teaching about its application. The article refers to postulates of the new law and makes emphasis on how interpretation of norms should be carried out taking into account the respect for juridical principles. It also highlights the contribution of the "law structuring theory" to law application, with its juridical method which is a vital factor in the process for making a juridical norm real, understood as a "decision norm." This theory refines and complements the classic way how the legal practitioner tackles his work, supported by Savignian legal interpretation guidelines which have stopped being enough criteria for assuming constitutional interpretation. The article also introduces some guidelines about the way how constitutional interpretation should be made, making emphasis on the contemporary iusteórico Friedrich Müller.

Key Words

hermeneutics, constitutional interpretation, jurisprudence, juridical method, social state, democratic right state

INTRODUCCIÓN

La pregunta esencial que guía nuestro trabajo se halla centrada en torno a la manera como se asume la interpretación y aplicación de la norma por quienes están llamados a ostentar la jurisdicción en Colombia. De ahí que el objetivo que se persigue tienda al análisis de la forma como el juez realiza la delicada e importante función de administrar justicia en el Estado social. El estudio es de carácter teórico con un método cualitativo comparativo de tipo analítico.

Teoría de la Constitución y teoría de la interpretación constitucional son temas ineludibles al momento de abordar cualquier trabajo que se adelante sobre el control judicial de constitucionalidad moderno o sobre los órganos encargados de ejercer el control normativo en un Estado democrático¹. La tradición hermenéutica cobra inusitada actualidad cuando el mundo del derecho de hoy se abandona a una concepción interpretativa del mismo, a la luz de las teorías estructurantes del derecho, neo-constitucionalista y/o garantista. Tema bastante azaroso, por lo demás, en especial por la polémica que genera en un país como Colombia, en el que buena parte de su dirigencia se halla seducida por un discurso estatalista, anclado en la prédica del autoritarismo y del orden. Elite política que enfoca toda su capacidad ofensiva en contra del poder judicial, en la pretensión de desdibujar aún más su independencia, su autonomía y su facultad de interpretar, aplicar e incluso crear la norma jurídica². Como si en un Estado

social, democrático y de derecho no fuese natural función suya el asumir la defensa del ordenamiento e incluso llegar a juridar el fenómeno político³.

La manera como se ha asumido la campaña de arrinconamiento y desprestigio de los órganos judiciales colombianos no deja de ser más que un mediocre remedo, un sucedáneo, una caricatura de los grandes debates que con criterio académico se suscitaron en otros hemisferios y en otras épocas, y que contrasta con el mero debate político que se realiza aquí.

1 Como bien lo anota Landa (2005, p. 731-733) la interpretación jurídica se ha convertido en un factor principal de interés y de movilización de la teoría constitucional en una dinámica que la llevado a la construcción de una propia teoría de la interpretación constitucional; ello es así como consecuencia de la evolución que en el mundo del Derecho actual ha sufrido la norma política suprema, convertida ahora en norma jurídica exigible de cumplimiento directo por los ciudadanos, pues la Constitución al legitimarse como norma jurídica por excelencia presenta un carácter vinculante tanto para los poderes públicos como para los ciudadanos.

2 Cabe anotar a este respecto como los neoconstitucionalistas asumen la defensa de las funciones de los Tribunales Judi-

ciales, en particular de los Constitucionales, mientras éstos se muestren independientes, pero a medida que empiezan a ser interferidas por los poderes políticos tendrán que enfrentarse a ellos. Así ocurre para el caso colombiano, en el que una Corte Constitucional llegó a despertar la admiración y el apoyo de los académicos durante sus primeros diez años de funcionamiento pero que ante el hecho notorio de que este tribunal se ha alineado al compás que le han impuesto los poderes políticos constituidos la apreciación de los juristas independientes empieza a tornarse recelosa frente a la omnipotencia de este tribunal. Ahora las simpatías las atrae la Corte Suprema de Justicia colombiana, dado que el Ejecutivo Nacional y el Legislativo no han podido interferir en su sistema de elección (Botero, 2006, p. 19-52.) (Botero, 2007, p. 33-61).

3 Algo que fue evidente en relación a la Corte Constitucional hasta el año 2002, cuando este órgano empezó a apartarse paulatinamente de la línea que mantuvo durante una década, como cediendo a las presiones del poder, acoplándose en una actitud entre complaciente, ambigua y tímida en sus pronunciamientos a la hora de efectuar el control de los actos del Ejecutivo y de la legislación.

Lo menos que se puede exigir por los ciudadanos, y, sobre todo, por los justiciables es que las líneas jurisprudenciales de las altas Cortes de Justicia se mantengan lo más estable posible y lejos de las injerencias de los poderes políticos en ellas. A una jurisprudencia constitucional de avances (1992-2001) ha sucedido una de estancamiento y aún de retrocesos (2002 hasta el presente), y que genera no solo inseguridad jurídica sino que desdice del ámbito de la administración de justicia, dejando maltrecha ante los ciudadanos y ante los juristas la buena imagen que debería reinar de los tribunales, quienes retornan a revivir las viejas tesis del decisionismo schmittiano que ya creíamos superadas. El actual Tribunal Constitucional colombiano pareciera decantarse por el tipo de "constitucionalismo legalista" prohijado por Ernest Forsthoft y por Carl Schmitt, en el que Estado Social y Estado Constitucional parecieran resultar incompatibles en el plano constitucional, un cierto legalismo en el que los jueces se caracterizan por su conservadurismo y por tener un papel recortado, mostrando ante todo deferencia por el legislador y su voluntad, desligándose en su actuación de la llamada por el segundo de los teóricos "tiranía de los valores", tan propia del Estado Social.

En un medio como el colombiano no podemos hablar en propiedad de la existencia de un “Estado judicial” o en terminología clásica de un “gobierno de los jueces”⁴, como lo han proclamado los enemigos del poder judicial; ni siquiera podemos hablar de un “Estado legislativo”, que al menos dejaría en claro la legitimidad democrática del poder político, sino que lo que se configura es un anómalo “Estado personalista” que se impone desde el Ejecutivo, mostrándose como un poder de estirpe hiperpresidencialista que acapara todo, pues no solo administra sino que también legisla, ejerce control de constitucionalidad e incluso pretende juzgar en la sombra, desbordando una injerencia indebida en los asuntos propios de las altas cortes de justicia⁵. Mientras que en el mundo occidental se asiste al aumento de la función de control judicial en detrimento de los poderes políticos, en Colombia el fenómeno resulta a la inversa. De ahí la importancia de subrayar que el poder del juez no radica en las mayorías políticas que sea capaz de movilizar, ni en la burocracia y recursos que logre manejar, sino en la capacidad argumentativa de que disponga, apegada a una hermenéutica y a una metódica jurídica que evidencien la independencia y racionalidad de su función.

Es desde esta perspectiva que las páginas siguientes estarán dedicadas, a partir de la experiencia europea, a señalar el papel y el alcance que como intérpretes les cabe en Colombia a las altas cortes de justicia y en especial a la Corte Constitucional en el nuevo contexto en que debe no solo entenderse sino desarrollarse el derecho. Un nuevo derecho que reivindica su autonomía del poder político, en el sentido pleno de que el gobernante no puede estar por fuera o por encima del derecho, puesto que el

derecho en modo alguno existe gracias a la voluntad del gobernante, sino todo lo contrario, es el derecho el que hace al gobernante. Un nuevo derecho concebido como medida del poder, en el que, como lo recoge Otto Bachof, el valor jurídico debe vincular la voluntad política (Bachof, 1985).

Los jueces no están más llamados a tener en cuenta, al momento de adoptar sus decisiones a las mayorías políticas, sino que se deben es a la institucionalidad democrática, a las formas del derecho. Se erigen en un poder garantizador, garantizado por las formas, y son quienes finalmente pueden precaver frente a los excesos irracionales de las mayorías. Cuando se dice el derecho y se realiza la justicia se debe atener exclusivamente a criterios de racionalidad, razonabilidad y metódica estrictamente jurídica, aún cuando sus *dictum* aparezcan contrarios a los propósitos de las mayorías políticas. Si bien la lucha por el derecho inicia en el Parlamento, termina en los tribunales de justicia. Desde este punto de vista, el papel del juez debe estar al lado de la democracia real y de la realización de la justicia, no necesariamente de parte del gobernante ni de sus coyunturales mayorías políticas. Los tribunales de justicia, cuando se muestran autónomos, éticos y profesionales, se erigen en salvaguarda contra todo totalitarismo, ya político, ideológico o religioso.

Es así como a partir de un estudio teórico analítico albergamos el propósito de contribuir a la sensibilización y al respeto por el trabajo estricto del operador jurídico, y para ello retomamos las tesis de connotados iusteóricos de actualidad. En tal sentido, este ensayo cobra importancia en cuanto introduce en la discusión académica nacional planteamientos un tanto desconocidos, pero que contribuyen al posicionamiento del derecho, dando visos aleccionadores sobre la interpretación y aplicación que del mismo debe realizarse.

4 Término que institucionalizó Lambert en 1921 en su trabajo sobre el sistema judicial norteamericano (Lambert, 1921).

5 Como bien lo hace notar Botero (2008, p. 42-58), la lucha contra el terrorismo, ese nuevo enemigo mundial que se agazapa en la sombra y sin que se identifique plenamente pone en jaque todo el sistema, termina traducida en un fuerte estatalismo, convertido, de contera, en el principal escollo para el neoconstitucionalismo.

1. EL PROBLEMA DE LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL DE LA NORMA Y DE SU ALCANCE

Frente al problema de la interpretación normativa se presenta una variedad de escuelas que siguen los jueces constitucionales, con diverso grado de acierto, si hemos de tener en cuenta que las decisiones, los fallos o la jurisprudencia en general dependerán de las tendencias ius teóricas en las que aquéllos se matriculen. Es así como coexisten diferentes concepciones de la interpretación constitucional que han sido puestas de moda al momento de realizar una teoría de la interpretación, principalmente de los derechos fundamentales, que en el fondo no es más que una parte de la reflexión general que sobre la interpretación constitucional se verifica. Las más conocidas se deben, en buena medida, a los aportes de la doctrina y jurisprudencia alemanas.

Como lo reseña Gallego (1994, p. 35) para el caso español, siguiendo lo desarrollado por Böckenförde en Alemania, ante el hecho notorio de que la interpretación de las disposiciones de derechos fundamentales, en casi todas las Constituciones de los Estados de derecho modernos, se realiza conforme a la literalidad y morfología de sus palabras, recurriendo a “fórmulas lapidarias y preceptos de principio que carecen en sí mismas, además, de un único sentido material” (Böckenförde, 1993, p. 44). Métodos o formas difíciles de reducir a una interpretación única, que han permitido el surgimiento de algunas teorías al respecto, como medios de solución, y que obedecen a la determinada concepción que del Estado o de la teoría de la Constitución pueda tener el intérprete⁶.

6 Petev anota al respecto que “la interpretación jurídica consiste en el análisis de una complejidad de normas y conductas sociales, pero de una práctica social de organización institucional que, a su turno, procede a la interpretación de normas que le conciernen. Desde entonces se exigen trámites metódicos apropiados, a tiempo que surgen nuevos problemas” (Petev, 2001, p. 33).

En la crítica que Böckenförde realiza a Robert Alexy se considera que una interpretación descifradora y en especial concretadora como es la axiológica del derecho, con su invocación a los valores como fundamento del derecho pueden dar pie a que peligrosamente se transite de un Estado parlamentario legislativo a un Estado judicial de derecho constitucional, en el que el juez constitucional, cuando no es lo suficientemente ético e independiente, cuando no atiende exclusivamente al imperio de los criterios jurídicos al momento de tomar sus decisiones, puede conducir a un “nuevo totalitarismo constitucional”⁷, centrado en lo que ya Schmitt catalogara como el de la “tiranía de los valores” (“die tyrannie der werte”) (Schmitt, 1961, pp. 67-75).

Böckenförde (1993, p. 67) ha llegado a sintetizar las principales teorías de los derechos fundamentales, desde las cuales se interpretan los referidos derechos, en cinco grupos, a saber: i) la teoría liberal o del Estado de Derecho burgués; ii) la institucional; iii) la axiológica; iv) la democrático-funcional y v) la del Estado social. Distintas teorías éstas de los derechos fundamentales que han sido utilizadas, con mayor o menor fortuna, como puntos de vista para la resolución de los problemas

7 En este sentido, cabe una crítica al papel de la Corte Constitucional colombiana actual, pues si atendemos al criterio que ha tenido de su poder y de sus alcances en relación con las demás altas cortes y respecto del resto de los jueces, estaríamos cayendo en lo que el autor en comento señalara en su tiempo para el caso alemán, cuando refería al nuevo totalitarismo constitucional que se abría cuando el sistema de valores positivizado en la Constitución quedaba al albur de quienes ejercían el monopolio de la interpretación de tales postulados/valores, o se los apropiaban. Algo nocivo en un Estado como el colombiano, en el que funge desde casi ocho años como juez constitucional supremo una corte de la que cada vez más se predica su grado de politización, en la que se hace evidente la injerencia del ejecutivo y del legislativo. En un Estado como el colombiano en el que, siguiendo la terminología de Bernhard Schlink, solo hay una “fachada constitucional” y en el que la Constitución es semántica, atendidos a la clásica definición que realizara Karl Loewenstein en su Teoría de la Constitución (Loewenstein, 1965). Böckenförde (1993) en su momento resaltó que cuando no se daba una fundamentación racional de los valores se abría la puerta en la interpretación, aplicación y desarrollo del Derecho a las opiniones e ideas subjetivas e incontrolables del juez y del teórico del Derecho, así como a los valores y valoraciones que coyunturalmente se pudiesen mostrar como dominantes en una sociedad.

constitucionales “con el fin de alcanzar en el caso concreto un resultado ‘óptimo’ según la correspondiente precomprensión” que al respecto se tenga.

La doctrina internacional, y sobre todo la alemana, intenta en la búsqueda de una teoría de los derechos fundamentales constitucionalmente adecuada seguir una combinación o integración correlativa de algunas de éstas teorías, hasta el punto de que se puede concluir que los intérpretes más adelantados se muestran eclécticos al respecto, sin que se decanten en específico por una sola de ellas; así, por ejemplo, la doctrina jurisprudencial sentada por los tribunales constitucionales alemán y español, paradigmas señeros del nuestro.

A su vez, la interpretación constitucional se efectúa en el contexto colombiano, por lo general, bajo los cánones o criterios tradicionales de la hermenéutica jurídica decimonónica savigniana⁸. Esto es, mediante los métodos ya clásicos: gramatical, lógico-sistemático, histórico, teleológico, etc., aunque un doctrinante alemán de reconocido prestigio como Häberle, a manera de complemento a estos cuatro métodos de interpretación preconizados en 1840 por Savigny ha venido a proponer un quinto método, como es el de la comparación entre los derechos fundamentales. Es decir, se acude como recurso al derecho comparado, a la “comparación valorada del derecho”,

8 Estimamos que aunque la Constitución se erige en la principal norma jurídica del ordenamiento, la interpretación que de ella se pueda hacer no debe realizarse al tenor de los métodos de interpretación de la ley, pues en modo alguno se halla subordinada a las reglas de interpretación válidas para aquella. La visión tradicional del juez ha sido superada a la luz del nuevo constitucionalismo mundial. Ya no son extensivas las palabras de Montesquieu o de Beccaria al respecto. Para el primero, como lo exponía en su principal obra, “L’ esprit des lois”, los jueces no eran más que “el instrumento que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes”. A su vez, Beccaria en su obra “Dei delitti e delle pene”, reducía, por su parte, la actuación judicial a una mera actividad lógica, “en todo delito debe hacerse por el juez un silogismo perfecto: la premisa mayor debe ser la ley general; la menor, la acción conforme o no con la ley; la consecuencia, la libertad o la pena”.

aprovechándose el fenómeno político de la integración europea, pues resulta visto que en aquel espacio sea común el que los tribunales constitucionales nacionales practiquen la comparación, sin que sea sólo típico del Tribunal de Justicia europeo. En el mismo sentido se expresa al respecto el también profesor alemán Thomas Würtenberger (2005, p. 1386), cuando refiere a la cooperación de las jurisdicciones en la interpretación constitucional. Así pues, el Tribunal Constitucional alemán, por ejemplo, a menudo consulta los reglamentos jurídicos extranjeros en relación con cuestiones de derechos fundamentales. En palabras del autor en comentario, en Europa “crece una comunidad supra-nacional de derecho fundamental, que recomienda el ‘mirar hacia un lado y otro’, por encima de las fronteras nacionales” (Häberle, 1994, p.110)⁹.

Lo que sí queda claro, siguiendo a Prieto (1999, p. 38-41), al tenor del constitucionalismo contemporáneo, de estirpe principialista, es que la aplicación del derecho ya no puede reducirse a un proceso mecánico, agotado en la tesis de la subsunción, sino que, por el contrario, queda superada bajo la idea de que las decisiones judiciales presentan siempre un componente valorativo, que se matizan a partir de conceptos o juicios caros a las construcciones jurisprudenciales como son el de proporcionalidad, ponderación, razonabilidad¹⁰. Hoy día el razonamiento se ha convertido en una exigencia constitucional, con lo que se derrumbó el viejo esquema de interpretación positivista, pues la Constitución y los valores y principios en que se fundamenta exigen el

9 La línea que sigue Häberle la podemos enmarcar dentro de lo que ha sido conocido como el método tópico orientado hacia problemas, en el sentido en que concibe a la Constitución con un contenido en buena medida indeterminado, por lo que ella vivirá de la interpretación que se haga del propio texto constitucional. Desde su punto de vista la interpretación no puede ser estricta sino amplia, e, incluso es ella la que actualiza a la Constitución misma, concediéndole participación democrática a los ciudadanos, a los grupos sociales y a los órganos estatales, no únicamente al Tribunal Constitucional.

10 Amplíese igualmente en el maestro directo o indirecto de estos autores que van más allá de la subsunción (Alexy, 1994, pp. 159-177).

desarrollo de una nítida racionalidad jurídica, de sólida argumentación de la mano de una hermenéutica o metódica jurídica, mediante un procedimiento racional y controlable.

De manera que no cabe duda acerca de que el saber jurídico no se entiende agotado en la mera actividad mecánico-descriptiva, sino que, por el contrario, resulta enteramente valorativa en cuanto se encamina a la aplicación e interpretación del Derecho. En las normas y principios de todo ordenamiento jurídico subyacen valores, que serán evidentemente de mayor amplitud en aquellos Estados que cuentan con un régimen democrático más efectivo¹¹. Algo que cobra firmeza en el medio colombiano si se ha de considerar que como lo sostiene Estrada, la obra realizada por el constituyente de 1991, además de intentar la transformación de las costumbres políticas significó, sobre todo, “una mutación en cuanto al modo de percibir los fenómenos jurídicos y la forma de dar explicación a los mismos” (Estrada, 2007, p. 17). El Derecho colombiano desde entonces debe ser entendido sistemáticamente, a partir de la adopción de criterios materiales como son los principios/valor, expresa o implícitamente contenidos en el Estatuto Superior (Estrada, 2007, p. 152).

Hoy se puede hablar sin tapujo alguno de la “omnipresencia de la Constitución” e incluso –algo que genera resistencia y escándalo a los positivistas extremos- de lo que Alexy denomina la “omnipotencia de los Tribunales” –*Omnipotenz der Gerichte*- en el Estado constitucional, en el que se evidencia un desplazamiento del protagonismo desde el legislativo hacia el

11 Así lo concibe uno de los grandes doctrinantes españoles modernos de la teoría de la argumentación como es Atienza, por ejemplo en *Introducción al Derecho* (Atienza, 2005, p. 249). Tal es la razón por la cual la interpretación, en cuanto al sistema “científico” impuesto a partir de la escuela histórica y de los desarrollos savignianos haya variado. Gracias a la nueva hermenéutica constitucional y a los alcances logrados por la doctrina de la argumentación jurídica la interpretación es otra, de carácter más publicista, finalista y axiológica, centrada en torno a la ponderación de principios constitucionales.

judicial¹². Es evidente el contenido material que dimana de ella e informa no sólo el papel que debe asumir el Legislador, sino también el quehacer del Estado y de los tribunales de justicia. Es tal el sentido de su omnipresencia que todos los poderes constituidos pierden autonomía, ganando, por el contrario, una mayor injerencia el intérprete natural de la Constitución, que precisamente son los tribunales constitucionales de tipo kelseniano. La Constitución irradia y orienta la vida estatal, social, política y jurídica, pero bajo la sabia y prudente guía del tribunal constitucional, quien es el que en última instancia realiza, en una evaluación de carácter judicial a la luz del propio texto constitucional, la pertinencia de la producción o actuación de los diversos órganos del Estado¹³.

Si bien la práctica jurídica es un ejercicio de interpretación, ello no implica que el mundo del derecho se reduzca, en terminología dworkiniana, a una “cuestión profusa y profundamente política”. Antes bien por el contrario, lo que buscamos prioritariamente es que

12 A este respecto vale recordar la crítica que Habermas le hace a Alexy justo por la simpatía de este último por una Democracia instaurada desde las decisiones de los Tribunales Constitucionales (Habermas, 1998, p. 331-332).

13 Como mejor lo expresa el tratadista español Prieto (2005), la Constitución ofrece hoy día un “denso contenido material compuesto de valores, principios, derechos fundamentales, directrices a los poderes públicos, etc., de manera que es difícil concebir un problema jurídico medianamente serio que no encuentre alguna orientación y, lo que es más preocupante, en ocasiones distintas orientaciones en el texto constitucional: libertad, igualdad –formal, pero también sustancial-, seguridad jurídica, propiedad privada, cláusula del Estado social, y así una infinidad de criterios normativos que siempre tendrán alguna relevancia. Es más, cabe decir que detrás de cada precepto legal se adivina siempre una norma constitucional que lo confirma o lo contradice. Por ejemplo, la mayor parte de los artículos del Código Civil protegen bien la autonomía de la voluntad, bien el sacrosanto derecho de propiedad, y ambos encuentran sin duda respaldo constitucional. Pero frente a ellos militan siempre otras consideraciones también constitucionales, como lo que la Constitución española llama ‘función social’ de la propiedad, la exigencia de protección del medio ambiente, de promoción del bienestar general, el derecho a la vivienda o a la educación, y otros muchos principios o derechos que eventualmente pueden requerir una limitación de la propiedad o de la autonomía de la voluntad. Es lo que se ha llamado a veces el efecto ‘impregnación’ o ‘irradiación’ del texto constitucional y en la misma medida la ley deja de ser el referente supremo para la solución de los casos” (Prieto, 2005, p. 132).

mediante un cuidadoso proceso hermenéutico, anclado en una metódica jurídica sólida, se aleje cualquier incidencia de la política al momento de asumir la interpretación normativa por parte del operador jurídico llamado a concretar el derecho¹⁴.

La hermenéutica no es más que la actividad encaminada a la comprensión e interpretación de una realidad o de un problema jurídico, bajo la perspectiva de sacar a flote lo que en un primer análisis se hace esquivo al operador jurídico. No es más que, sencillamente, una determinada búsqueda de sentido, pero lejos de la dogmática, mediante un proceso de interpretación no basado en la autoridad del poder (o en la facultad que éste otorga) sino en la comprensión. Se parte de la idea de que si bien el objeto del derecho es uno solo, no obstante incide de diversa manera sobre las sociedades atendiendo a la valoración o interpretación que de él tengan los estudiosos, los jueces o doctrinantes, los ius-teóricos; en cuatro palabras, los “trabajadores del derecho”¹⁵. La comprensión a la luz de la hermenéutica es cambiante con los tiempos, con las sociedades y con los hombres que la realizan¹⁶.

La labor de la justicia constitucional debe estar pues orientada a una interpretación creativa, que no libre, en tanto condiciona-

14 Aunque un iusteórico de gran vuelo y de obligada referencia como Ronald Dworkin considere, por el contrario, que resulta imposible separar la política no solo de la interpretación sino prácticamente de todos los campos del conocimiento, de la literatura, de la estética, e incluso de la ciencia. (Dworkin, 2002, p. 143 - 180).

En otra vía parece colocarse el profesor Andrés Botero Bernal cuando en uno de sus trabajos concluye que el discurso principalístico, tal como se ha desarrollado, “es fundamentalmente una estrategia política de supervivencia del ideal democrático, re-creada por hombres y mujeres con poder—saber—decir qué son estos postulados, quienes juzgan muchas veces por fuera del reconocimiento de la historia y de las construcciones sociales de los conceptos utilizados” (Botero, 2005, p. 29 - 68).

15 “Rechtsarbeiter”, para recurrir a una expresión mülleriana.

16 Para un autor como Gadamer, quien trabaja en la perspectiva que lo hará igualmente Müller, la hermenéutica jurídica busca la cabal comprensión de normas y textos jurídicos en su real alcance, llegando a completar el sentido del texto original en la búsqueda del juicio y del Derecho correcto. Para él no es más que “operar la concreción del derecho” (Gadamer, 1993, p. 170).

da por elementos normativos analizados en un modelo de razonabilidad, que implicará, necesariamente, “un juicio valorativo y prudencial del que sólo puede ser responsable el propio intérprete” (Prieto, 2005, p. 922-923). Los jueces, según expone Asis Roig en la doctrina española, tan cercana a la nuestra, son creadores de dos tipos de normas: una de carácter general y otra individual (Asis, 1995, p. 17). Ya no se puede ocultar que el derecho como ordenamiento es una realidad interpretativa, es decir, en toda la labor del operador jurídico habrá siempre una interpretación de la realidad. El juez que requiere la sociedad actual no puede quedarse atrapado en el gusto de las generaciones pasadas.

El nuevo juez por el que se clama no puede ser como los caballos cocheros que atienden a una realidad o panorámica social restringida por efecto de las anteojeras que se les impusieron desde las epígonos de la Revolución Francesa —y aún desde antes, desde las tesis montesquianas que hicieron del magistrado un eunuco de la norma—; el juez no puede tener por norte ciego en su derrotero operativo cotidiano lo que le señalen sus superiores funcionales inmediatos; debe racionalizar jurídicamente sus decisiones, no solo emitir las, amparado en el criterio de la autoridad orgánica; debe interpretar la norma y las decisiones previas que puedan darse y no solamente aplicarlas mecánicamente.

En el medio colombiano un amplio sector de juristas y académicos, por no referir a los sectores políticos, se oponen con reiterado énfasis a la corriente renovadora del derecho, iniciada por la primera Corte Constitucional colombiana y que pretendió fortalecer la actividad judicial, que indudablemente resultó robustecida, durante un lapso preciso, a partir de la adopción de la doctrina del precedente. Algo que mantiene aún encendida polémica puesto que no falta quienes vean en ella una desvirtuación de la función judicial; se afirma,

en consecuencia, que los operadores jurídicos sólo se deben al derecho legislado, y se decantan por la primacía de ley y su aplicación mecánica por parte del juez¹⁷.

En la doctrina española, Osuna Fernández-Largo ha señalado al respecto que la hermenéutica se presenta como un diálogo entre el intérprete y lo que esconde el texto, confrontándolo con una experiencia humana, cual es la de decidir un determinado comportamiento, que otorga el debido realce a la “dimensión experiencial del derecho, ya que no hay comprensión jurídica (de las leyes) sin la referencia aplicativa a lo situacional del sujeto obligado a las leyes o del juez que dictamina su aplicación” (Osuna, 1992, p.117).

Menudo problema, pues, el que se genera en el mundo del derecho actual, de clara vertiente principialística, cuando se trata de darle materialización a la disposición jurídica por parte del intérprete. Un intérprete que ha llegado a construir principios¹⁸, más exactamente, no

17 Frente a este tema, a la égida del nuevo Derecho que aparece y que contribuyó a extender la Corte Constitucional es claro que si bien la jurisprudencia entre nosotros tiene fuerza vinculante como regla general, puede darse, de manera excepcional, que frente a un caso concreto en el que el precedente no se ajusta a sus condiciones específicas, o con hipótesis diferentes, no se puede aplicar mecánicamente dicho precedente. En este aspecto ha sido piedra angular la Sentencia C-836 de 2001 de la Corte Constitucional para arrojar luz a los operadores jurídicos. En tal evento el juez del caso particular se puede alejar de la línea jurisprudencial o del precedente de la propia Corte Constitucional, pues lo contrario implicaría nada menos que “petrificar” no sólo la jurisprudencia sino también el Derecho, cuando lo lógico, lo racional es que ambas deben avanzar al ritmo que evoluciona la sociedad (Corte Constitucional, Sentencia C-863 de 2001, 2001).

18 Resulta conveniente recordar que los principios se distinguen por la posición que ostentan en el ordenamiento jurídico o por la función que cumplen en él. Los hay de Derecho positivo y de Derecho natural, con diverso grado normativo por tanto; los hay de tipo expreso, implícito o supremo del ordenamiento (fundamentales). Las disposiciones principio expresas fueron denominadas así por valoración directa del propio constituyente, hallando en él la fuente; los implícitos, por el contrario, no constituyen el significado de disposiciones específicas, sino que son fruto de la integración del Derecho por obra de los intérpretes; y finalmente los hay supremos, esto es principios “inmodificables”, es decir, que no son susceptibles de ser modificados, derogados o subvertidos de ninguna forma legítima en su contenido esencial, que tienen un peso superior respecto de las otras normas o leyes de rango constitucional, como lo dice Guastini, “estando sin más sustraídos a la revisión constitucional” (Guastini, 1999, p. 142-178).

tanto a descubrir como a describir, a tornar evidentes aquellos principios que aunque implícitos al ordenamiento jurídico, gracias a la labor inductiva del intérprete se les inyecta vida jurídica expresa. Algo consustancial al common law pero innovador en un medio como el colombiano. Hay que tener en cuenta que cuando en sede de interpretación se argumenta mediante principios la superioridad o se fija el significado de una disposición jurídica determinada, no se debe realizar concediéndole relevancia al estatus jerárquico del órgano o sujeto particular que realiza la interpretación (Corte, tribunal, juez inferior), sino en consideración a la superioridad axiológica del principio considerado, independientemente de la persona o corporación que lo realice. Lo importante es que la interpretación se efectúe conforme a los principios constitucionales, ateniéndose a la jerarquía axiológica que se presente en la ponderación o balance de los mismos en criterio del intérprete.

En este análisis jurídico siempre estará presente, de manera inevitable, una tensión entre el intérprete y el texto¹⁹, puesto que resulta evidente el hecho de que no hay un único modelo de interpretación definitiva –si aceptamos, desde luego, que el positivismo

Frente a la construcción de principios, en la concepción del Derecho por principios, se aprecia la aspiración del académico de que el juez, vigilado públicamente por los juristas, de contenido a los principios, logrando de esta manera controlar a un Estado al que se mira con desconfianza, muchas veces justificada, sobre todo en el ámbito latinoamericano.

19 Tensión que se hace mucho más álgida si se considera la que se da, en ocasiones, entre el intérprete y judicial y el legislador respecto a la creación y a la aplicación que se hace del Derecho. Problema de magnitud en el medio colombiano apegado mayoritariamente a un formalismo jurídico que se resiste a otorgarle poder al juez en un mundo en donde el nuevo Derecho si bien reconoce la preferencia creativa del legislador al mismo tiempo le concede al Poder Judicial el control último sobre aquél. Como lo expone Cruz: “las decisiones del legislador siguen vinculando al juez, pero a través de una interpretación constitucional de principios que efectúa este último. La validez de las normas del Estado depende, en último término, de un juicio de conformidad con la Constitución, lo cual supone siempre una cierta interpretación de la Constitución misma y de los principios constitucionales. Y esto representa un peligro real, a saber, que los jueces tienen la posibilidad de hacer triunfar sus propias concepciones sobre las del legislador y sobre las de la Constitución misma” (Cruz, 2005, p. 134).

jurídico extremo ha quedado superado-. Está visto que toda interpretación se realiza desde horizontes paradigmáticos diferentes que no pueden ser valorados dogmáticamente. En el intérprete concurren no sólo los esquemas teóricos de su formación jurídico-política, sino también estándares culturales, sociales y hasta actitudinales. El intérprete o el aplicador del derecho no deja de ser más que un sujeto permeado por su entorno social, por la realidad que lo circunscribe y frente a la cual no puede permanecer ajeno. Como diría Kaufmann (1992, p. 190), la aplicación del derecho no es meramente el acto pasivo de subsunción (al estilo savigniano), sino un acto conformador en el que entra, en el que participa activamente el aplicador del derecho; lo que significa “que el derecho no es nada sustancial, no está, como se dice en el poema de Stifter, ‘en las cosas’; antes bien todo derecho es algo relacional, se encuentra en las relaciones de los hombres entre sí y con las cosas”.

En la doctrina nacional, el profesor Agudelo (2006), en esta línea de pensamiento, un tanto bobbiana, estima que el intérprete debe moverse dentro de los límites racionales si aspira a mantener su decisión dentro de los linderos de lo jurídicamente correcto y de lo socialmente aceptado. Ocupándose desde el ámbito de lo procesal, aprecia cómo se da un evento dialógico por el cual el sentido que se asigne a la norma procesal no podrá desligarse de la situación espacio-temporal concreta de su comprensión. El análisis debe estar mediado por el presente y encaminado a una situación concreta²⁰. Desde esta óptica,

20 “La actividad hermenéutica exige de precisión, por lo que toda norma procesal debe ser interpretada en atención a unas determinadas condiciones de posibilidad del lenguaje y al sentido de comprensión que está determinado por la finalidad de los diversos procedimientos, que es la efectividad de los derechos sustantivos y su meta hermenéutica la principalística procesal (...) Desde la principalística procesal es donde se puede conciliar la norma procesal con una situación concreta, por medio de una actividad de comprensión en la que se logra una descripción de un observador que devela todas las posibilidades que se tienen para la aplicación específica. El núcleo fundamental del debido proceso impide que el sujeto

resulta que en la mirada del juez-intérprete deben concurrir al menos tres campos que tocan con su conocimiento y del que se nutrirá la decisión a adoptar al momento de resolver un caso específico sometido a su decisión: i) la “sociología jurídica”, como el observatorio de la realidad; ii) la “dogmática jurídica”, que lo ancla en la estructura normativa y iii) la “filosofía jurídica” que le permite asumir su función de manera integral mediante la axiología. En otras palabras, el juez no puede obviar la “realidad social”, así como tampoco puede desentenderse de la “realidad normativa” ni del “proceso de valoración” de las mismas. La experiencia en lo jurídico no puede quedar reducida a lo meramente normativo.

2. Contribución de la “teoría estructurante del derecho” a la comprensión de la interpretación de la norma y a su eficacia jurídica

De lo expuesto en el numeral anterior se colige que el ámbito de la concepción y aplicación del derecho en nuestro medio se ha modernizado a la luz de los planteamientos que desde Europa nos han llegado desde la segunda postguerra. Autores como Böckenförde y Häberle, antiguos magistrados del Tribunal Constitucional Federal alemán, recogen y a la vez critican la herencia de la llamada “jurisprudencia de valores” que desde la década de 1950 emanaba prolífica y hasta subvertidamente desde Karlsruhe²¹ y que en cierta forma se trasladó a nuestro medio, de manera un tanto tardía, con los desarrollos jurisprudenciales que la Corte Constitucional colombiana hiciera de 1992 a 2001 principalmente, mediante la adopción de los planteamientos

comprendedor del texto normativo procesal, para el caso concreto, aplique por fuera de los límites, acudiendo a una multiplicidad irreductible de significaciones, estableciendo un ruptura total con el enunciado normativo” (Agudelo, 2006, p.91).

21 Amplíese al respecto en el trabajo de Cruz (2005) dedicado al estudio del debate doctrinal y jurisprudencial sobre el proceso de rematerialización de la Constitución, surgido a partir de los planteamientos del Tribunal Constitucional Federal alemán que desarrollaron e interpretaron la Constitución como un sistema de valores.

esgrimidos por Zagrebelsky, Alexy, Atienza, Dworkin, lo mismo que por los de algunos de sus corifeos criollos que hicieron eco de sus tesis y las reprodujeron y adaptaron²².

Es por ello que igualmente resulta no sólo válido sino pertinente señalar otras ópticas que frente al quehacer del trabajo jurídico y sobre la reflexión del derecho concurren en la actualidad. Por eso nos detendremos un poco en resaltar la importancia de otras miradas que respecto a este tema se tienen, igualmente en Alemania, desde donde se ha irradiado a España y por esta vía indirectamente hasta nosotros. Refiero en especial a la llamada “teoría estructurante del derecho” (Strukturierende Rechtslehre) que sin oponerse del todo a lo antes referido, lo complementa, al aportar elementos valiosos a la hora de la aplicación y comprensión del derecho y al desarrollo de la teoría del mismo. Esta teoría halla en Friedrich Müller²³ a uno de sus exponentes. Plantea que

Por eso nos detendremos un poco en resaltar la importancia de otras miradas que respecto a este tema se tienen, igualmente en Alemania, desde donde se ha irradiado a España y por esta vía indirectamente hasta nosotros.

la interpretación jurídica contrasta, de un lado, con el modo retórico de argumentar, y de otro, con la tendencia reduccionista de efectuar una lectura moral de la Constitución, porque en su criterio la interpretación se concibe como el proceso capital de concretar, prevalido de un método que le posibilite el análisis del ámbito de la norma en el complejo proceso de concretar el Derecho²⁴.

Deviene Müller (2006) con su tópica hermenéutica en crítico de Alexy, lo mismo que del Tribunal Constitucional Federal alemán y de la “jurisprudencia de valores”, por lo que ha catalogado su falta de método, diciendo que ni en su historia ni en su actualidad presente forman los derechos fundamentales de la Ley Fundamental de Bonn un sistema clausurado de valores y acciones jurídicas, como un grupo propio de normas constitucionales encerrado en sí mismo.

La conjetura de un ‘sistema axiológico’ de los derechos fundamentales yuxtapuesto al ‘orden axiológico general de la Constitución’ –también discutible de

22 En este sentido baste, a mero título ilustrativo señalar de Robert Alexy su ensayo “Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático” (2005); y, de otra parte, su clásico libro *Teoría de los derechos fundamentales* (1993). En la doctrina nacional a Carlos Bernal Pulido con su libro *El Derecho de los derechos* (2005). No menos significativo papel ha jugado nuestro maestro, el profesor Hernán Valencia Restrepo, en especial con su obra *Nomoárquica, principalística jurídica o los principios generales del Derecho* (1999). Igualmente, desde otra vertiente, un autor como Diego Eduardo López Medina ha contribuido en buena medida a innovar la aplicación del Derecho nacional: *-Teoría impura del Derecho* (2005); *Nuevas Tendencias en la dirección del proceso* (2004); *El Derecho de los jueces* (2006).

Desde una temprana época se puede apreciar como de una manera ecléctica la Corte Constitucional colombiana hizo eco en su seno de los postulados de autores principalistas como Dworkin o Alexy, como por ejemplo se puede apreciar en el discurso del magistrado Ciro Angarita Barón, particularmente en la sentencia considerada hito “Sentencia T-406 de 1992 de la Corte Constitucional”.

23 Este ius teórico, profesor emérito de la Universidad de Heidelberg ha sido considerado por algunos, como “el jurista de la segunda mitad del siglo XX”, otros, como por ejemplo Dieter Shur, lo señalan como “la conciencia metodológica contemporánea”; otros han llegado a postular incluso que es en la actualidad el más grande cultor alemán contemporáneo vivo de la Teoría del Derecho y del Estado de Derecho. Este autor, bastante desconocido en nuestro medio, ha influido de manera notable y directa en los académicos ibéricos. El grueso de su obra permanece en alemán (y algo nos ha llegado en portugués gracias al Anuario Iberoamericano de Derecho Constitucional). En español se conoce como “Tesis acerca de la estructura de las normas jurídicas”, con traducción del profesor Luis Villacorta Mancebo (1989). Igualmente una resección de Pablo Sánchez-Ostiz de su Metodología jurídica: fundamentos;

Derecho público (2005). Marcial Pons ha dado, en buena hora, a la luz pública en 2006 su clásico texto *Métodos de Derecho Constitucional con la traducción, introducción y glosario de Salvador Gómez de Arce y Catalina*. En lengua portuguesa el profesor brasileño Paulo Bonavides, considerado uno de los mayores constitucionalistas de este país, se ha erigido en difusor de sus planteamientos en lo que tiene que ver con las hermenéuticas constitucionales.

24 La interpretación a que se alude se efectúa desde la tópica, esto es, ya no parte de concebir un canon de reglas de interpretación previamente establecidas, sino que “utiliza el contenido normativo y el sistema dogmático constitucional, en tanto puntos de vista que le acerque o permita la solución del caso a interpretar” (Landa, 2005, p. 739).

por sí- envuelve o una contradicción o un falso entendimiento o la afirmación de un pluralismo de los sistemas, que ni el Tribunal Constitucional Federal ha justificado ni puede justificarse de acuerdo con el Derecho constitucional vigente, y que es insostenible tanto en su consideración jurídico- material como en la jurídico-funcional. No es en la tendencia 'valorativa' de su jurisprudencia, sino en la serie de decisiones basadas en análisis de ámbitos de la norma, donde trata con acierto el Tribunal los derechos fundamentales de la Ley Fundamental de Bonn como garantías sustentadas materialmente en sus ámbitos de la norma, y el conjunto de ellos, no ya como un 'sistema' ficticio, sino como un orden conexo, comprensible por cuanto materialmente lleno de sentido, hecho de garantías de libertad: individual, política y real o material, cada una con un valor propio y un fundamento histórico diverso.

En su conjunto y en el presente estado de cosas dibújase en la jurisprudencia del Tribunal una evolución jalonada por una serie de nuevos empeños. Echa por el camino que lleva de un manejo lógico formal del texto, satisfactorio tan sólo en apariencia, a una labor de concretar la Constitución referida a la realidad y al caso individual. Más si se mira a la cuenta y razón hermenéutica y metodológica que de sí da su propio obrar, esa que le obliga a dar todo Estado de Derecho, muéstrase en aquella jurisprudencia la imagen de un pragmatismo sin rumbo, que profesa de modo global y acrítico 'métodos' tradicionales de interpretación, propios del positivismo legalista en su enunciada exclusividad, pero que rompe con esas reglas y se aparta de ellas, sin declarar los motivos, cada vez que se frustran prácticamente (Müller, p. 213).

Y si esto predicaba Müller del Tribunal Constitucional Federal alemán convertido en indis-

cutible paradigma del resto de los tribunales constitucionales, qué no podría decirse de una Corte Constitucional como la colombiana o de sus homólogas latinoamericanas, con un derecho más joven y con unos académicos que no cuentan con el rigor de aquéllos. Una jurisprudencia zigzagueante y una doctrina sin sólidas bases argumentativas son las que han pretendido fijar algunas directivas a seguir por los jueces al momento de asumir la interpretación constitucional, como se resume a partir de la experiencia argentina reseñada por el profesor Rodolfo Luis Vigo: 1) optimización de la eficacia jurídica de la Constitución; 2) la sistematización de la Constitución; 3) la Constitución como parte del sistema jurídico; 4) fidelidad no estática al poder constituyente; 5) contenido y proyecciones políticas; 6) contenido axiológico; 7) *self-restraint*; 8) fundamentación apropiada y trascendencia de los considerandos; 9) apertura del derecho comunitario e internacional; 10) medir las consecuencias del resultado interpretativo; 11) estabilidad relativa de los precedentes constitucionales (Vigo, 2005, p. 1339-1368).

La hermenéutica bajo la concepción mülleriana no solo se alza en contraste con la hermenéutica tradicional, sino que la supera, bajo el entendido de que aquella se halla restringida al lenguaje y a la interpretación de datos lingüísticos como referencia retórica del Derecho, o para expresarlo con amparo en la autoridad de Gómez de Arce y Catalina: "la teoría fundamental que, dejando atrás los por menores metódicos en el obrar de los juristas, se ocupa en analizar la estructura de la normativa jurídica y las condiciones básicas de la tarea jurídica de concretar. (...) Hermenéutica, en cuanto que a quien transforma normas se le ha de concebir como parte de ese proceso -precomprensión- en el sentido activo del "decir" (Gómez & Catalina, 2006, p. 371).

De ahí que haciendo nuestro este nuevo concepto de interpretación aceptemos que difiere

del clásico, pues no se agota en el tratamiento jurídico filológico de los textos de la norma; por el contrario, hay que entenderla en el planteamiento de Müller, en sentido dinámico, como guía, como el proceso de concretar, como una manera de trabajar el derecho, como entendimiento. Mediante el proceso hermenéutico el “trabajador del derecho” (*rechtsarbeiter*), el operador jurídico cualificado, esto es el juez, arriba a la normativa propiamente dicha, esto es a “la capacidad atribuida a las normas jurídicas de perfeccionarse en el trabajo con ellas hasta convertirse en normas de decisión y de justificar éstas. Puesto que normativa no corresponde sino a la norma jurídica y decisión ya concretada plenamente y se sigue, no de propiedades lingüísticas del texto de la norma, sino de hechos extralingüísticos en figura de fuerza que motiva el acatamiento y la observancia, y en caso de conflicto, de ejecución a cargo del Estado (Gómez & Catalina, 2006, p. 387).

Como lo expresa el propio Müller, la hermenéutica no se entenderá solo como problemática general de la interpretación, sino como “un concepto técnico en el sentido de un examen de las condiciones esenciales bajo las cuales se lleva a cabo la interpretación jurídica; como teoría de los requisitos de la metodología y la dogmática jurídicas, teniendo siempre presente el papel que desempeña la realidad normada en relación con el contenido de validez que hay en la norma jurídica” (Müller, 1989, p.112).

La disposición jurídica no es normativa en estricto sentido sino cuando entra a regular, a afectar un caso dado real y específico, y es normativa al momento de su aplicación en manos de juez que actúa como intérprete, previo proceso hermenéutico de concreción jurídica. Es decir, la disposición jurídica, si bien es creada o establecida por el constituyente o por el legislador, no entra a afectar, a regular la realidad sino cuando un representante del

Estado como en efecto es el juez le otorga dinamismo y la hace realizable convirtiéndola en normativa. Una cosa es la disposición jurídica que se contiene en el texto de la norma y otra cosa es la “norma jurídica” propiamente dicha²⁵.

Lo normativo no resulta ser propiamente la disposición jurídica, el arquetipo diseñado por el constituyente o por el legislador (según sea el caso), pues para llegar a serlo a cabalidad requiere del concurso del juez, puesto que como lo dice Müller, “ninguno de los ‘datos de entrada’ o ‘inputs’ del trabajo jurídico: ‘texto de la norma’ y ‘estado de hechos’, es normativo. Sólo lo son, merced a su concurso (el del juez) –*synergía*–, los resultados” (Gómez, 2005, p. 91). Tal es la trascendencia del operador jurídico al momento de decir de debida forma el derecho, al momento de concretarlo y de realizar justicia, pues interpretación es realización de la norma, es el efectivo quehacer del jurista.

Pero para arribarse a la realización de la norma jurídica se requiere de un previo y juicioso trabajo jurídico que en modo alguno es libre, sino que por el contrario, debe ser obediente y respetuoso a los principios del Estado social, democrático y de derecho, apegado al seguimiento de métodos. La realización del derecho le compete al juez como sujeto investido de funciones en sentido lato por el ordenamiento jurídico. La labor que desarrolla el juez debe estar en consonancia con el ordenamiento jurídico, esto es “*praeter constitutionem et legem*”, pero en todo caso nunca “*contra constitutionem*”.

25 Precisamente la teoría estructurante del Derecho se expone por Müller a partir de la claridad de que no cualquier prescripción o enunciado jurídico constituye una norma, como nos lo ilustra Sánchez-Ostiz en la recensión referida: “en la aplicación del Derecho se trata más bien de proceder a una concreción progresiva de la norma, que compete de forma desigual a las diversas instancias jurídicas; a la judicial, por supuesto, para la cual la motivación de las decisiones se convierte en imprescindible” (Müller, 2005, p.111).

En palabras del propio Müller:

El advenimiento de una interpretación entendedora del sentido, encauzada hacia componentes materiales, ha resutado a la ley constitucional racionalidad y evidencia. En parte está a punto de disolverse. La disolución de la ley constitucional en casuística se corresponde con la transformación del Estado de Derecho en Estado Judicial. Con la atención puesta en ese orden de valores que da por supuesto, se muda el juez cada vez más en señor de la Constitución (Müller, 2006, p. 223).

Postula que si se desea contar con verdaderas garantías en la aplicación del derecho, se hace necesario reformular la idea de Estado de derecho que lo libere de la metódica legalista de alcances reduccionistas. Por ello aboga y trabaja por la construcción de una metódica jurídica²⁶, lejos de la lógica formal y de la retórica, entendida como lógica material, entendida como “búsqueda de criterios de corrección y racionalidad en la aplicación del derecho orientada al texto de la norma” (Müller, 2005, p. 110). En palabras de Aguiló, el problema del método jurídico no es otro que el de la racionalidad de las decisiones jurídicas, que no puede reducirse a una mera cuestión de procedimiento como lo hacía la visión formalista del derecho, como el “conjunto de operaciones para descubrir, hallar encontrar soluciones jurídicas a los casos particulares” (Aguiló, 2004, p. 161).

El método jurídico no está concebido más ya para “descubrir” soluciones sino más bien para “justificar” decisiones. Müller rompe con las reglas de la hermenéutica tradicional al esti-

26 “Metódica jurídica” como supraconcepto para hermenéutica, interpretación, métodos de interpretación y metodología. Si “metodología” designa las reglas de interpretación del texto legal, “hermenéutica” es tomada entonces por Müller como referida a la estructura de la normativa jurídica y a los presupuestos científicos y de teoría del Derecho que están en la base de la metodología.

mar que el derecho, más que una ciencia del espíritu, es ciencia de la toma de decisiones. Para este autor la interpretación constitucional es todavía mucho más compleja y delicada, sui géneris frente a la interpretación jurídica, por la evidente correlación fundamental que se da entre normativa y facticidad, puesto que

... las normas constitucionales no aparecen en la práctica como juicios hipotéticos logificados, como órdenes idénticas a su tenor literal, sino como regulaciones que, además de los recursos metodológicos tradicionales, necesitan de numerosos elementos interpretativos procedentes de la realidad normada, que no puede extraerse mediante las reglas clásicas de la interpretación ni del precepto y de su génesis, ni del contexto sistemático de su significado” (Müller, 2005, p. 112).

Ello como corolario apenas lógico de la concepción de que la fuerza normativa del derecho es algo más que la mera articulación selectiva y generalizada de contenidos sociales “vigentes”, ya que resulta a todas luces claro para el autor en comentario que el problema normativo de la relación existente entre derecho y realidad “sólo puede ser entendido por una teoría de la práctica jurídica (aquí jurídico-constitucional) que investigue la condiciones esenciales de la realización del derecho, sin perderse en un análisis limitado exclusivamente a los pormenores de la técnica metodológica” (Müller, 1989, p. 112).

En palabras más claras, los cánones-regla de interpretación de Savigny a que centenariamente se acostumbraron nuestros doctrinantes y juristas no se hicieron para el derecho constitucional actual, no fueron concebidos para el derecho del Estado y de la Constitución (Müller, p. 207 y 223). Hoy Savigny no es suficiente al momento de concretar la Constitución mediante la labor del juez. La

Constitución en la doctrina mülleriana es el fundamento y cumbre de la racionalidad asequible. Ella deviene en la forja de los cánones y la planta de los intérpretes, como lo expresa el profesor Villacorta (1996, p. 231-267), es, sencillamente, trabajo de concretarse a sí misma. La concepción tradicional de norma jurídica y su aplicación no basta, ha fracasado; ahora hay que considerar la realidad, si se quiere arribar a una decisión correcta. Por ello hay que apelar a la estructura real o material que tiene el ámbito de la norma, como se realiza normalmente en los tribunales alemanes cuando se detiene en los alcances de la Ley Fundamental. Se hace necesario pues romper con el método de la interpretación clásica al momento de concretar el derecho constitucional, pues queda visto con suficiente ilustración que a la luz de la teoría estructurante del Derecho es mediante un proceso racionalmente encauzado que se llega a la realización normativa²⁷.

Conclusión

Como todo, los campos del derecho y el de la justicia se ubican dentro de lo deontológico/axiológico. Una cosa es el ideal jurídico, muchas veces sentido o visto como una

utopía y otra muy diferente la forma como se inscribe en el mundo real, más crudo y rudo. Son numerosas las sociedades nacionales que iniciando este tercer milenio apenas si están constituidas en "Estados de derecho". En muchas de ellas la Constitución representa más un manifiesto político que un texto rigurosamente legal que asegure a todos el respeto del derecho. Las estipulaciones jurídicas resultan preteridas en nombre un estatismo ramplón, de los intereses vitales del país o de la aún no extinta "razón de Estado" (Roldán, 1996, p. 20). Resulta que como en el derecho internacional, también en el interno hay colisión de principios nucleares, algo que dificulta un consenso en torno a los criterios de interpretación normativa, sobre todo en el campo del derecho constitucional.

De ahí que se exija por parte de los ciudadanos y de los justiciables a quienes integran o llegaren a integrar los tribunales judiciales, a los operadores jurídicos, ciertos criterios de racionalidad y una excelente metódica jurídica al momento de asumir su trascendental como delicada misión de decir el derecho. Solo si las decisiones judiciales arraigan en criterios serios de racionalidad y de razonabilidad jurídica se puede hablar de la autonomía e independencia del poder judicial.

La concepción tradicional de norma jurídica y su aplicación no basta, ha fracasado; ahora hay que considerar la realidad, si se quiere arribar a una decisión correcta. Por ello hay que apelar a la estructura real o material que tiene el ámbito de la norma, como se realiza normalmente en los tribunales alemanes cuando se detiene en los alcances de la Ley Fundamental.

²⁷ En el escenario iusteórico peruano el profesor Landa (2005) ha comprendido a cabalidad los planteamientos müllerianos de la interpretación constitucional, cuando se plantea como alternativa un método abierto de razonamiento concreto, orientado a la interpretar un problema específico y a los lugares comunes o topoi que convergen en el proceso de interpretación jurídica: "para asegurar la coherencia de la interpretación constitucional, la interpretación tópica plantea la necesidad de la precomprensión del problema y de la precomprensión de la norma constitucional. La precomprensión del problema y de la norma no se encuentra en sí misma, sino en función de la aplicación de un caso concreto. Por cuanto la precomprensión que realiza el intérprete está inserta en el consenso o conflicto social, en el cual se ubica el sujeto, el problema y la norma constitucional a interpretar; de ahí que, limitarse a postular sólo un catálogo de tópicos o de premisas utilizables en la interpretación resulta insuficiente. "Aquí aparece la argumentación racional político-constitucional, como delimitador del método tópico; incorporando las premisas jurídico-políticas del poder constituyente y de una estructura limitada y razonable del poder. Sin embargo, si bien la interpretación gana como norma política, el carácter de la Constitución como unidad del ordenamiento jurídico quedaría reducida a una función de puntos de vista orientadores del intérprete, en base a una precomprensión consensuada" (Landa, 2005, pp. 740-741).

En el mundo del derecho constitucional moderno cobra significativa importancia el papel llamado a cumplir por la ciencia jurídica, dado el hecho de que son los doctrinantes quienes están llamados a analizar la producción de la legislación, la actuación de la administración y el desempeño que en el campo de la aplicación y/o creación del derecho tiene el poder judicial en el Estado social, en particular en cuanto a la interpretación que hace de la Constitución y la guarda del ordenamiento jurídico. No nos podemos resignar sin más a aceptar que la Constitución no sea más que lo que el Tribunal Constitucional diga que es. Como lo plantea Prieto Sanchís para el caso español, "(...) nos acercamos bastante a un realismo moderado o metodológico que quiere hacer de la doctrina constitucional el centro del derecho constitucional" (Prieto, 2005, p.919)²⁸.

La tarea de la construcción del derecho es un asunto de todos, no es potestad exclusiva del Legislador ni de los tribunales constitucionales, pues no basta con la preferencia del primero ni con la supremacía que se le concede a los segundos en el sentido de que ejercen un control último sobre la voluntad del parlamento. Los teóricos tienen la misión de hacer ver las inconsistencias en que pueden incurrir aquéllos, en particular, la de cuidar porque los jueces no hagan valer sus propias concepciones sobre las del legislador, ni sobre las de la Constitución, ni que tampoco se plieguen a las presiones de los poderes políticos al momento de definir la validez de las normas del Estado.

Corresponde a los iusteóricos ejercer una especie de control público a las decisiones de los jueces, estando atentos a que estos, en especial los constitucionales, al momento de asumir la tarea de modular el derecho lo

hagan de manera metódica, fundamentada jurídicamente, racional y razonablemente en consonancia con los principios supremos sobre los que se cimienta el ordenamiento jurídico. Tal tarea resulta de vital importancia en un medio como el colombiano, donde el Tribunal Constitucional nada entre dos aguas, entre el mundo de la política y el del derecho. Por eso, en vista de que la Corte Constitucional en los últimos tiempos se ha mostrado más un órgano político, abogamos junto a Häberle por la interpretación constitucional como un proceso público cuando asume la tesis de "la sociedad abierta de la interpretación constitucional", con lo que se extiende el círculo de los intérpretes constitucionales del juez, legislador, administrador, operador del derecho, juristas, a todas las personas e instituciones integrantes de la sociedad y a todos los organismos del Estado; "en tanto que la Constitución es una obra democrática, abierta y pública" (Landa, 2005, p.741).

²⁸ O como con anterioridad lo había planteado uno de sus coterráneos cuando fijó la importancia del tema al decir que "el problema de la interpretación –y en particular el de la interpretación constitucional- parece estar en el centro de la teoría jurídica" (Atienza, 1997, p. 245).

Bibliografía

- Agudelo, M. (2006). *Filosofía del derecho procesal*. Bogotá, Colombia: Leyer.
- Aguiló, J. (2004). *La Constitución del Estado constitucional*. Bogotá, Colombia: Palestra -Temis.
- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales.
- Alexy, R. (1994). *El concepto y validez del derecho*. Barcelona, España: Gedisa.
- Alexy, R. (2005). *Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático*. En Neoconstitucionalismo(s). Edición de Miguel Carbonell. Madrid, España: Trotta.
- Asis, R. (1995). *Jueces y normas, la decisión judicial desde el ordenamiento*. Madrid, España: Marcial Pons.
- Atienza, M. (1997). *Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos en la vinculación del juez a la ley*. Anuario de la Facultad de Derecho de 1997. Madrid, España: Universidad Autónoma de Madrid.
- Atienza, M. (2005). *Introducción al derecho*. México D.F., México: Distribuciones Fontamara.
- Bachof, O. (1985). *Jueces y Constitución*. Madrid, España: Cívitas.
- Bernal, C. (2005). *El derecho de los derechos*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Böckenförde, E. (1993). *Escritos sobre derechos fundamentales*. (J.L. Requejo & I. Villaverde, Trad.) Baden-Baden, Alemania: Nomos Verlagsgesellschaft.
- Botero, A. (2005). La jerarquía entre principios generales del Derecho: la historicidad y la culturalidad del principio de justicia. *Revista de Derecho Universidad del Norte*, (23), 29 - 68.
- Botero, A. (2006). Ensayo sobre la crisis de la razón jurídica: Formalismo versus principios y/o valores. *Revista Opinión Jurídica* (9), 33 - 61.
- Botero, A. (2007). *Buscando el gris: Monólogo para evitar una radicalización del Derecho" en Vivencia y pervivencia del Derecho Natural*. Colección Memorias Jurídicas (6), 19 - 52. Medellín, Colombia: Universidad de Medellín.
- Botero, A. (Abril de 2008). Buscando el gris entre dos teorías del Derecho. *Revista Justicia Penal Militar. Ministerio de Defensa Nacional* (8), 42 - 58.
- Cruz, L. (2005). *La Constitución como orden de valores. Problemas jurídicos y políticos*. Granada, España: Comares.

Dworkin, R. (1997). *Cómo el derecho se parece a la literatura*. En *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*. (143 – 180). Bogotá, Colombia: Siglo del Hombre Editores. *Facultad de Derecho. Universidad de los Andes*.

Estrada, S. (2007). *Los principios jurídicos y el bloque de constitucionalidad*. Medellín, Colombia: Sello Editorial Universidad de Medellín.

Gadamer, H. (1993). *Verdad y método. Fundamentos de una hermenéutica filosófica*. Tomo I. Salamanca, España: Sígueme.

Gallego, A. (1994). *Derechos fundamentales y garantías institucionales: Análisis Doctrinal y Jurisprudencial*. Madrid, España: Ediciones U. Autónoma de Madrid. Madrid.

Guastini, R. (1999). *Los principios en el derecho positivo. Distinguiendo, Estudios de teoría y metateoría del Derecho*. Barcelona, España: Gedisa.

Häberle, P. (1994). El concepto de los derechos fundamentales. En J. M. Sauca (Ed.), *Problemas actuales de los derechos fundamentales* (pp. 81 –126). Madrid, España: Universidad Carlos III de Madrid. BOE.

Habermas, J. (1998). *Facticidad y validez*. Madrid, España: Trotta.

Hartmann, N. (1962). *Unveränderte Auflage*. Berlin, Alemania: Walter de Gruyter,

Kaufmann, A. & Hassemer, W. (1992). *El pensamiento jurídico contemporáneo. Filosofía del derecho. Teoría del Derecho. Dogmática Jurídica*. Madrid, España: Debate.

Landa, C. (2005). *Teorías de la interpretación constitucional*. En E. Ferrer. Mac-Gregor (Ed.), *Interpretación constitucional, Tomo II* (pp. 731-750). México D.F., México: Porrúa.

Loewenstein, K. (1965). *Teoría de la Constitución*. Barcelona, España: Ariel.

López, D. (2004). *Nuevas tendencias en la dirección del proceso*. Bogotá D.C, Colombia: Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.

López, D. (2005) *Teoría impura del derecho*. Bogotá D.C, Colombia: Legis, Universidad de los Andes, Universidad Nacional de Colombia.

López, D. (2006). *El derecho de los jueces*. Bogotá D.C, Colombia: Legis, Universidad de los Andes.

Monroy, C. (2005). *La interpretación constitucional*. Bogotá D.C, Colombia: Ediciones del Profesional Ltda.

Müller, F. (2006). *Métodos de trabajo del derecho constitucional*. (Gómez de Arteche, Trad.). España Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A.

Müller, F. (1989). Tesis acerca de la estructura de las normas jurídicas. (V. Mancebo, Trad.). *Revista Española de Derecho Constitucional*, (27), 111 – 126.

Müller, F. & Christensen, R. (2005). Metodología jurídica: fundamentos; derecho público. (Revisión de P. Sánchez-Ostiz). *Revista Diálogo Científico*, volumen 14 (1 – 2), 109-114.

Osuna, A. (1992). *Hermenéutica jurídica: en torno a la hermenéutica de Hans Georg Gadamer*. Valladolid, España: Universidad de Valladolid.

Petev, V. (2001). *Metodología jurídica en el umbral del siglo XXI*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.

Prieto, L. (2005). Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. En Miguel Carbonell (Ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid, España: Trotta.

Prieto, L. (1999). *Constitucionalismo y positivismo* (2ª Ed.). Biblioteca de Ética, Filosofía, Derecho y Política. N° 60. México D. F., México: Fontamara.

Prieto, L. (2005). Notas sobre la interpretación constitucional. En E. Ferrer Mac-Gregor (Ed.), *Interpretación constitucional*, Tomo II, (pp. 919-948). México D. F., México: Universidad Autónoma de México, Editorial Porrúa.

Roldan, J. (1996). *Ensayo sobre el derecho internacional*. Almería, España: Universidad de Almería.

Schmitt, C. (1961). La tiranía de los valores. *Revista de Estudios Políticos*. (115). 65-81.

Valencia, H. (2007). *Nomoárquica, principialística jurídica o filosofía y ciencia de los principios generales del Derecho*. Medellín, Colombia: Librería Jurídica Comlibros.

Vigo, R. (2005). Directivas de la interpretación constitucional. En E. Ferrer Mac-Gregor (Ed.), *Interpretación constitucional*, Tomo II, (pp. 1331-1368). México D.F., México: Universidad Autónoma de México, Editorial Porrúa.

Würtenberger, T. (2005). Interpretación del derecho constitucional (desde una perspectiva realista). En E. Ferrer Mac-Gregor (Ed.), *Interpretación constitucional*, Tomo II (pp. 1369-1390). México D.F., México: Universidad Autónoma de México, Editorial Porrúa.