

DERECHO Y POLÍTICA: “LA CONEXIÓN ARGUMENTATIVA” (NOTAS A PROPÓSITO DEL DEBATE SOBRE LOS DERECHOS SOCIALES)

JOSÉ JULIO LEÓN*
UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES, CHILE
jose.leon@udp.cl

RESUMEN: Frente a la tradicional separación entre Derecho y Política, que propone el positivismo jurídico, y a las teorías escépticas –que reducen el Derecho a la Política– este trabajo plantea que la irrupción del constitucionalismo requiere adoptar una concepción argumentativa del Derecho, que incluya –y supere al modo de una “síntesis”– las perspectivas sistemática, social y axiológica. Esto es particularmente cierto cuando se discute acerca del contenido, límites o aplicación de los derechos fundamentales (en particular, los derechos sociales); cuya acertada resolución implica ir más allá del texto positivo y conectar las fuentes formales con las materiales. El avance del Estado social (y democrático) de Derecho vuelve a poner el acento en la igualdad jurídica de los ciudadanos; en la justicia material de las soluciones y en el Derecho como instrumento de progreso social. Incluso la judicialización en diversos ámbitos puede ser vista como un signo del avance de la “cultura de derechos”. El riesgo de someter la política al Derecho –a la interpretación de él que hacen los jueces– se controla por la necesidad de justificar las decisiones judiciales (con base en premisas que hayan sido democráticamente sancionadas) y por el avance de la teoría de la argumentación jurídica.

Palabras clave: *Derecho, Política, Argumentación Jurídica, judicialización, derechos fundamentales.*

* Máster en Argumentación Jurídica de la Universidad de Alicante; Abogado; Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Secretario General y Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales. Director Académico del diplomado en Argumentación Jurídica de la UDP.

LAW AND POLITICS: “THE ARGUMENTATIVE CONNECTION” (NOTES ABOUT THE DEBATE ON SOCIAL RIGHTS)

ABSTRACT: Facing the traditional separation between Law and Politics, which proposes legal positivism, and the skeptical theories which reduce the Right to Politically this paper argues that the irruption of constitutionalism requires adopting an argumentative conception of law, including –and exceeds the manner of a “synthesis” – the systematic, social and axiological perspective. This is particularly true when discussing about the content, limits or application of fundamental rights (including social rights); whose successful resolution involves going beyond positive text and formal sources connected with the material. The progress of the Welfare (and democratic) State of Law again emphasizes the legal equality of citizens; the material justice of the solutions and the law as an instrument of social progress. Even the prosecution in various fields can be seen as a sign of progress in the “culture of rights”. The risk of subjecting the law –a political interpretation of it that makes the judges is controlled by the need to justify judicial decisions (based on assumptions that have been democratically sanctioned) and for the advancement of the theory of legal argumentation.

Keywords: *Law, Politics, Legal Argumentation, Judicialization, Fundamental Rights.*

1. INTRODUCCIÓN

El Derecho es un fenómeno social e histórico que puede ser estudiado desde diversas perspectivas. Una, desde el punto de vista sistemático, como un conjunto de normas relacionadas entre sí; otra, desde un punto de vista explicativo, como una técnica social que cumple determinadas funciones o fines; la tercera, en fin, desde un punto de vista ideal, como los valores –v.gr., la justicia– que debe realizar.

Hay preguntas fundamentales, sin embargo, que no se pueden responder adecuadamente si se adopta o se privilegia sólo uno de esos puntos de vista. Así, la pregunta: “¿Es democrática la Constitución?”¹) sólo puede responderse si se entiende

¹ Véase DAHL, Robert. *How democratic is the American Constitution?* New Haven, Estados Unidos: Yale University Press, 2001. Robert Dahl se pregunta –para el caso norteamericano– por qué se debe obedecer un documento producido hace más de dos siglos, por 55 mortales, firmado sólo por 39 y adoptado sólo en 13 Estados con los votos de 2.000 hombres, todos muertos. La Constitución –como es evidente– se funda en el consentimiento, al menos tácito, de quienes en lo sucesivo la han aceptado y no han decidido modificarla. Pero, aunque la Constitución de ese país “funciona”, ningún otro país democrático la ha imitado; ¿Qué cambios requeriría para ser más democrática?. Dahl se enfoca, fundamentalmente, en aspectos institucionales: el federalismo, el fuerte bicameralismo, la representación desigual en la Cámara alta, los sistemas de partido y electoral, la revisión judicial. Sustantivamente, empero, sólo aborda el tema de la igualdad política, dejando fuera el análisis de los

la Constitución como una parte del sistema político y jurídico –si se adopta un punto de vista interno– pero, al mismo tiempo, se analiza la forma en que es aplicada y “vivida” por la sociedad y se cuenta con algún “modelo ideal” o normativo desde el cual juzgar el texto y la práctica.

Qué esta es una pregunta relevante no admite discusión: la Constitución no es una realidad quieta, no es meramente un texto “sagrado” que permanece intocado a lo largo del tiempo. “Dado el rechazo solapado u oculto a la ideología de la elite de parte de los miembros de los grupos subordinados, un cambio en las condiciones –ya sea en las ideas, creencia, generaciones, estructuras o recursos– empieza a ofrecerles a los grupos subordinados nuevas oportunidades de expresar sus injusticias. Y (...) comienzan a forzar un cambio a través de todos los medios disponibles”². La Constitución chilena (cuyo origen se sitúa en 1980, en plena dictadura) ha sido modificada por alrededor de 30 leyes de reforma que alcanzan a $\frac{3}{4}$ partes de su articulado. Eso, sin contar todavía sus “cambios de significado”.

La pregunta acerca de los derechos sociales es del mismo tipo que la anterior: ¿Existen tales “derechos”?; ¿qué significa tener un derecho social; qué deberes implica para el Estado y en las relaciones entre las personas? Para responder esta pregunta, sostengo, el texto constitucional es una parte importante pero –apenas– un punto de partida. Ha de adoptarse también una perspectiva histórica y social: ¿cómo se ha interpretado en distintas épocas el rol del Estado en educación, en salud, etc.? Y se requiere además una “teoría política” (Dworkin), un cierto modelo ideal que provea la mejor justificación al sistema de derechos fundamentales y a la práctica que se desarrolla en torno a él; que sirva de base al jurista, al político y a los *policy-makers* para identificar zonas de penumbra, lagunas y contradicciones, y proponer soluciones eficaces y coherentes.

Para este propósito, propongo adoptar una perspectiva distinta de las tres enunciadas al comienzo, que de alguna manera las incluye y las vuelve operativas: la del Derecho como argumentación (Atienza). Según esta perspectiva, el Derecho se ve como un sistema de normas y como una práctica social compleja dirigida a cumplir ciertas funciones en la sociedad utilizando –entre otros– un discurso y “medios argumentativos”³. Ella nos permite dar cuenta de los fenómenos jurídicos en las sociedades democráticas y, en especial, en los Estados Constitucionales⁴, guiando y dando sentido a la práctica.

derechos fundamentales en su conjunto.

² *Ibid.*, p. 138.

³ ATIENZA, Manuel. *Curso de argumentación jurídica*. Madrid, España: Trotta, 2013, p. 180.

⁴ Como han señalado Atienza y Aguiló, entre otros, la concepción argumentativa del Derecho está estrechamente asociada al Constitucionalismo como fenómeno histórico y teoría del Derecho.

Mira al Derecho en todas sus instancias –legislativa, administrativa, judicial y doctrinal– “como un entramado muy complejo de decisiones –vinculadas con la resolución de ciertos problemas prácticos– y de argumentos, esto es, de razones a favor o en contra de esas (o de otras) decisiones”⁵. Se compromete con el diseño y mejora continua de “la ciudad” que habitamos –no se limita a verla como estructura o función– a partir de los hechos y circunstancias dadas.

Esta es, me parece, la manera más adecuada de resolver cuestiones que incluyen “conceptos interpretativos” (Dworkin) mediante un trabajo que es –y no puede evitar serlo– al mismo tiempo descriptivo y prescriptivo⁶.

Así, en este trabajo voy a exponer: la tradicional separación entre Derecho y Política o la reducción del Derecho a la Política en las teorías escépticas (1); los diversos puntos de unión –los “puentes”– entre Derecho y Política (2); la “juridificación de la política” (3) y la “conexión argumentativa” (4). Aunque, como dicen Calabresi y Melamed (1972) este tipo de análisis está destinado a ser sólo una de las pinturas de la catedral de Rouen que hizo Monet; para entender la catedral habría que verlas todas⁷.

2. POLÍTICA Y DERECHO

Existe una amplia tradición en el Derecho y las Ciencias Sociales de separar Derecho y Política (partiendo por Kelsen y Weber, nada menos). Se argumenta que pertenecen a dominios distintos, del conocimiento y de la acción, donde uno se relaciona con lo que “debe ser” y la otra con lo que “es”⁸. Por ello, el estudio acerca del Derecho se realiza también en disciplinas separadas, con objetos y métodos distintos: La teoría “pura” del Derecho se ocupa de las normas desde un punto de vista formal; las ciencias sociales se ocupan del contenido efectivo de las normas y de los procesos que explican

⁵ ATIENZA, *op. cit.* (n.3), p.20.

⁶ Me refiero a la concepción interpretativa del Derecho de Ronald Dworkin, expuesta especialmente en: *Justice for Hedgehogs*. Cambridge (MA), Estados Unidos: Harvard University Press, 2011; *El imperio de la Justicia*. Barcelona, España: Gedisa, 2005; *Los derechos en serio*. Barcelona, España: Ariel, 2002.

⁷ El artículo de Calabresi y Melamed (traducción CEP: 1996) se ubica al inicio de una tradición teórica que combina perspectivas propias del pensamiento jurídico y del análisis económico (el análisis económico del Derecho), y propone también la integración de problemas y relaciones jurídicas que usualmente se han estudiado por separado.

⁸ Conviene no olvidar que, para Weber, la política pertenece a un dominio distinto de la moral, estableciendo la distinción entre ética de la convicción y de la responsabilidad. A su turno, el buen juez es el juez “burocrático” o funcionario, que cumple su deber en un sistema de racionalidad formal; no el que sigue el modelo de justicia del “cadí”.

su surgimiento⁹ (en tanto que la moral se ocupa de su justicia desde una cierta "teoría sustantiva").

Esta tradición (que une, como hemos dicho, a Kelsen y Weber) se forja bajo el paradigma de la ciencia "neutra", avalorativa, distinguiendo las esferas de la validez empírica y la validez normativa; en contra de los partidarios del "derecho viviente" (Erllich) y del "derecho libre" (Kantorowicz) que incursionan en una batalla de "política del derecho"¹⁰. La Ciencia del Derecho se circunscribe así al enfoque sistemático¹¹.

De otro lado, hay una tradición opuesta, que es escéptica del Derecho y que reduce el Derecho a la ideología; bien a una "superestructura" que legitima las relaciones de dominación (Marx y sus seguidores) o bien a la política. Esta segunda tradición es eminentemente explicativa y no cree en la posibilidad del discurso justificativo; porque no está interesado en mejorar la práctica, sino reconstruirla sobre otras bases.

En los enfoques más recientes, la separación comienza a diluirse. Así, Dworkin denomina a la teoría positivista –para refutarla– una "teoría semántica del Derecho", basada en "la perspectiva del hecho evidente". El Derecho para esa teoría, según Dworkin, es "sólo lo que instituciones legales (...) han decidido en el pasado"; "existe como un hecho evidente" y "de ninguna forma depende de lo que debería ser". Para un positivista, los desacuerdos sobre el contenido de las normas versan en realidad sobre cuestiones empíricas, o bien, sobre cuestiones de moralidad y fidelidad, pero no sobre el Derecho y, cuando la ley nada dice sobre la cuestión o es vaga, "al juez no le queda ninguna otra opción que ejercitar la discreción de hacer una nueva ley"¹². La tarea del jurista o del juez no sólo se limita a identificar y aplicar una norma como jurídica porque ha sido producida de una cierta forma –siguiendo un procedimiento reconocido por el propio ordenamiento como fuente– sino que implica además determinar el contenido de esa proposición, el sentido "lógicamente correcto" en el contexto de un sistema normativo coherente y para resolver un cierto problema social.

⁹ Kelsen creía que la sociología del Derecho no es una ciencia del Derecho, porque ésta es una ciencia normativa y no explicativa de la vida social; y que no es una disciplina autónoma, ya que su objeto de estudio deriva del concepto normativo de Derecho que proporciona la Teoría Pura del Derecho (TPD) y no es capaz de decir, por sí misma, qué es Derecho.

¹⁰ BOBBIO, Norberto. *El futuro de la democracia*. Bogotá, Colombia: FCE, 1996, p. 118.

¹¹ Por cierto, ella no impide ver que –como dice Weber– la reglamentación normativa es parte importante –una parte causal– de la acción de consenso; pero ambos fenómenos se estudian por separado. Así, Jellinek divide la doctrina del Estado en dos: sociológica y jurídica, distinguiendo la "ciencia de las causas" de la "ciencia de las normas".

¹² DWORKIN, Ronald. *El imperio de la Justicia*. Barcelona, España: Gedisa, 2005, pp. 19-20.

Kennedy, a su turno, dice que Hart separa totalmente el proceso de aplicación y creación judicial del Derecho: “todo caso se ubica *o bien* en el área de determinación *o bien* en la penumbra”; en su tesis del razonamiento legal no hay lugar para lo que el propio Kennedy denomina el “trabajo jurídico”, entendido como “la transformación de una aprehensión inicial (...) de lo que los materiales jurídicos exigen”¹³. Es decir, aún desde una perspectiva “crítica” se reconoce la vinculación entre Derecho y Política, sin negar una cierta autonomía al discurso jurídico¹⁴.

También para Ackerman “la actividad de dar razones es central para dilucidar el concepto de derecho”¹⁵. Siempre que no pueda decirse algo inteligible para justificar un determinado poder, su ejercicio es ilegítimo. Por ello, las sociedades viven momentos de política normal (en que nada más se aplican las reglas vigentes) y momentos constitucionales, en que se discuten las reglas básicas de la organización. La transformación del Derecho, principalmente de la Constitución y de los derechos fundamentales, se produce mediante ciclos en que la confrontación entre movimientos políticos –resuelta por el pueblo mediante las elecciones– determina los significados jurídicos claves en la esfera pública. De esta forma, ni la Constitución ni de los derechos deben entenderse como normas estáticas, sino como estructuras jurídicas “vivientes”¹⁶. La maquinaria constitucional depende de la vida misma, y de las transformaciones que esta sufra en el terreno de la política¹⁷.

¹³ KENNEDY, Duncan. *Izquierda y Derecho*. Madrid, España: Siglo XXI, 2010, pp. 89-90

¹⁴ Para Kennedy buena parte del conflicto ideológico versa sobre las normas jurídicas, en cuyo desarrollo los jueces desempeñan un rol importante. Por eso, se propone examinar el impacto que tiene la decisión judicial en una sociedad dividida ideológicamente. Dado que los jueces son actores ideológicos, al menos parte del tiempo, analiza “de qué manera afecta el resultado de la disputa ideológica el hecho de que una cantidad significativa de la actividad de creación de normas se organice a través de actores cuyo rol ideológico está en discusión” (28). Los argumentos de los agentes jurídicos se presentan ante legisladores, funcionarios administrativos, jueces y jurados. La actividad de creación de derecho de los jueces tiene lugar en el contexto de una estructura de normas jurídicas (frente a una laguna, conflicto o ambigüedad en la misma). “Los jueces resuelven problemas interpretativos a través de una forma de trabajo que consiste en reformular alguna parte de esta estructura, y luego desplegar un repertorio de argumentos jurídicos para justificar sus soluciones. Una modalidad importante de la influencia ideológica en la decisión judicial proviene de la interpenetración entre esta retórica específica y técnica de la justificación jurídica y la retórica política general del momento”. *Ibid.*, p. 29.

¹⁵ ACKERMAN, Bruce. *La justicia social en el Estado liberal*. Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, 1993, p. 40.

¹⁶ ACKERMAN, Bruce. *La Constitución viviente*. Madrid, España: Marcial Pons, 2011.

¹⁷ Así, hoy se hace necesario comprender el discurso del derecho a partir de un cuerpo conceptual distinto del realismo (teoría carente de fuerza explicativa y de una dirección política transformadora del razonamiento jurídico), que Ackerman denomina “constructivismo jurídico”, con miras a edificar un nuevo lenguaje de poder que satisfaga las aspiraciones de justicia de los ciudadanos. Ver ACKERMAN,

El problema de autores como Hart y Kelsen es que no teorizaron sobre lo que hacen (cómo razonan) los jueces en la zona de penumbra; para Hart en algunos casos la solución está en las reglas (sin una “nueva valoración”) y en otros no (y entonces el juez es llamado a crearla). Pero, como cualquier abogado y estudioso del Derecho sabe, en ocasiones, los jueces dejan de aplicar reglas aunque su significado sea más o menos claro y a pesar de que el caso se subsuma en los supuestos de hecho de la misma. Hart es consciente de eso y da “otra vuelta de tuerca” a su tesis sobre la “textura abierta” de las reglas, señalando que esa característica se apoya en una razón de conveniencia: dado que “somos hombres y no dioses”, estamos limitados por “nuestra relativa ignorancia de los hechos” (futuros) y “nuestra relativa indeterminación de propósitos”¹⁸. En nuestro mundo, no todo puede estar resuelto de antemano. Ahora bien, compartiendo este último punto con Hart (y, dicho sea de paso, con Aristóteles), cabe reconocer que decidir qué está decidido de antemano y qué caso requiere de una “nueva evaluación” es claramente una cuestión política, por lo que no es la mejor solución dejarla –sin decir más– a la discreción de los jueces.

Al unir el “Derecho como orden” con el “derecho del caso”; es decir, las preguntas acerca de ¿qué entendemos por Derecho? y ¿qué dice el Derecho frente a este conflicto? –en otras palabras, ¿qué derechos tenemos?– se produce una conexión necesaria entre Derecho y Política, como sugieren desde puntos de partida distintos autores como Dworkin, Kennedy o Ackerman. Pues mientras el Derecho se pregunta ¿quién tiene la razón (en este caso)?, la misma pregunta en términos políticos se formula así: “¿la razón de quién debe, entonces, prevalecer?”. Y entonces la pregunta por el derecho que “es” se conecta directamente con la cuestión del Derecho como “deber ser”¹⁹.

2.1. Los “puentes” entre Derecho y Política:

Son múltiples las relaciones entre Derecho y Política. Partamos por la más obvia, propia de la época moderna: la vinculación y cuasi-identificación entre Derecho y Estado.

El Estado es una forma de poder y el Derecho es visto tradicionalmente como un conjunto de normas de conducta que corresponden al sentido de los “actos de voluntad” de sujetos investidos de un cierto poder²⁰. El avance del positivismo intentó

Bruce. “Transformative Appointments”, en: *Harvard Law Review*, 101, 1988, pp. 1164-84

¹⁸ HART, H. L. A. *El Concepto de Derecho*. Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot, 1977, p. 16.

¹⁹ Si un “deber jurídico” implica una posibilidad “garantizada” de utilizar la fuerza socialmente organizada para tutelar ciertos intereses, esa técnica coactiva que es propia del Derecho requiere de una justificación que la legitime.

²⁰ Recordemos el concepto de “soberanía” en AUSTIN, John. “Primera lección de “la delimitación del

trazar una línea divisoria entre Derecho y Política y, a la vez, estatalizar el Derecho y “juridificar” el poder estatal. Estado y Derecho se implican mutuamente y ambos se definen con base en el concepto de “monopolio de la violencia”²¹; el término común a ambos es la coacción. Kelsen da un paso más y los identifica en el marco del moderno Estado de Derecho. La TPD es “monista” y define el Estado como orden jurídico; todos sus actos son jurídicos, de producción o aplicación de normas jurídicas. El derecho es un orden coactivo y las “normas jurídicas” se definen por su pertenencia a ese tipo de orden; el contenido mismo de dichas normas es regular e institucionalizar el uso de la violencia, configurando el monopolio del poder coactivo por parte del Estado.

Ambos conceptos, con todo, están vinculados pero no se identifican en cuanto no todo el Derecho es creación estatal y no todo el poder estatal es regulado por el Derecho.

2.2. El Derecho es un medio de control social

Según Kelsen, el Derecho consiste en una “técnica social específica”, de motivación indirecta de la conducta –mediante la imputación de la sanción– que puede utilizarse para los fines más diversos (“cualquier contenido puede ser Derecho”). Nótese que esto no es incompatible con la afirmación de que las reglas como “mandato” expresan la voluntad de la clase, sujeto o grupo dominante. La función del Derecho es, entonces, esencialmente política: dirigir la conducta y solucionar conflictos mediante reglas orientadas a determinados objetivos (el “bien común” o el interés del gobernante²²).

Zanjar y prevenir conflictos es la propiedad definitoria del Derecho (Llewellyn). El medio característico de que se vale el poder político para influir la conducta de otros –a diferencia del poder económico e ideológico– es la fuerza (para impedir o “reprimir” la desobediencia). El objetivo del poder político es conservar el poder y ésta es la medida de maldad o bondad de la acción política²³. Por eso Schmitt define la esfera de la política como aquella en que se desenvuelven las relaciones amigo-enemigo; para este autor la expresión más distintiva de la política (las relaciones entre grupos políticos independientes) es la guerra. Si el Estado territorial moderno es el lugar en que se

ámbito de la teoría del derecho”. En: CASANOVAS ROMEU, Pompeu y MORESO, Josep Joan (coords.) *El ámbito de lo jurídico: lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*. Barcelona, España: Crítica, 1994, pp. 178-201.

²¹ BOBBIO, *op. cit.* (n.10), p. 127.

²² Incluso la definición de bien común varía históricamente dependiendo de la extensión que se asigne a la esfera pública respecto a la privada. *Ibid.*, p. 138.

²³ MAQUIAVELO, Nicolás. *El Príncipe*. Madrid, España: Planeta, 2012, Cap. XVIII

desenvuelve la voluntad de poder²⁴, la bondad de la acción política se juzga por los resultados y no por los principios²⁵.

En la teoría del derecho, se ha preferido realizar un análisis *estructural del derecho*, en detrimento de un análisis *funcional del derecho*. “Para Bobbio, como para muchos otros autores, el tema central de la sociología del Derecho es el de las relaciones entre el Derecho y la sociedad, es decir, el tema de las funciones sociales del Derecho; mientras que la ciencia del Derecho en sentido estricto se ocuparía fundamentalmente de la estructura del Derecho”²⁶. El análisis funcional de derecho cobra valor gracias, precisamente, al desarrollo de la sociología del Derecho, la existencia de funciones negativas del derecho y la reciente aparición de nuevas funciones del Derecho como consecuencia del paso de un Estado liberal a un Estado social de Derecho²⁷.

Desde la perspectiva funcionalista de la sociedad, que entiende a esta como un todo equilibrado en donde sus subsistemas se interrelacionan armónicamente, la principal función del derecho es la función de control social (donde la sanción es el instrumento característico). Las normas en general y las jurídicas en particular ayudan a solventar problemas de interacción: ayudan a modificar las preferencias, y a asegurar las expectativas (respecto al comportamiento de los demás).

En la clase de las funciones directas del Derecho –“aquellas cuya realización se encuentra asegurada al obedecer y aplicar el derecho”– Raz distingue entre funciones primarias y secundarias. Las funciones primarias visibles afectan a la población en general y en ellas se encuentra la razón y justificación de la existencia del derecho; a saber: alentar y desalentar conductas según su valoración social (la función más elemental que el Derecho realiza); facilitar acuerdos; prestar servicios y re-distribuir bienes (como función de poderes públicos) y resolver conflictos (no regulados). Por su parte, las funciones secundarias dicen relación con el mantenimiento del sistema jurídico; hacen posible su existencia y funcionamiento, y facilitan la realización de las funciones primarias. Raz identifica dos funciones secundarias: procedimientos para cambiar el derecho y procedimientos para reforzar el cumplimiento del derecho (regulación del funcionamiento de los órganos aplicadores del derecho). Así, proporcionar un servicio de salud nacional o garantizar la enseñanza obligatoria es una función primaria. Regular la operación de los órganos creadores del derecho o la organización de un Ministerio,

²⁴ BOBBIO, *op. cit.* (n.10), p. 145.

²⁵ WEBER, Max. *Economía y Sociedad*. México DF: FCE, 2008.

²⁶ ATIENZA, Manuel. *El sentido del derecho*. Barcelona, España: Ariel, 2001, p. 55.

²⁷ *Ibid.*, p. 53.

es una función secundaria. Las funciones secundarias son el rasgo propio de sistemas normativos *institucionalizados*²⁸.

Por su parte, para las teorías conflictuales de la sociedad y, particularmente, Marx, la función del derecho es más bien una función de conservación de las relaciones de producción actuales de una formación social determinada. Por tanto el derecho es un instrumento de dominación que tiene por objeto la supremacía de una clase por sobre otra²⁹. En realidad (según esta teoría), el Derecho (o, al menos, los sistemas jurídicos de las sociedades capitalistas) "es un conjunto de normas coactivas que utilizan el poder del Estado para asegurar la dominación de una clase sobre otra (función de dominación), al tiempo que enmascaran el hecho de la explotación capitalista (función ideológica)". Desde este punto de vista, cabría decir que "una concepción del Derecho como la de Kelsen es inadecuada ante todo porque es incompleta, pues no permite captar la función social e histórica del Derecho"³⁰.

Como se ve, ambas tradiciones están de acuerdo en considerar que el Derecho es un medio de ordenar la conducta humana; las diferencias surgen a la hora de interpretar cuál es el sentido de esa ordenación: ¿conservar una estructura social determinada o posibilitar su transformación?, ¿hacer posible la paz social o establecer y mantener un tipo de organización social basada en la fuerza y en la imposición de unos grupos o clases sobre otros?³¹

En clave sociológica (Parsons) la función *primaria* de un sistema jurídico es una función integradora, consistente en "mitigar los elementos potenciales de conflicto y lubricar el mecanismo de las relaciones sociales". Mas, para conseguir esto, es preciso resolver cuatro problemas fundamentales que dan lugar a otras cuatro funciones *secundarias* del Derecho: legitimación, interpretación, sanción y aplicación. Las funciones secundarias del sistema jurídico son, por tanto, los medios para conseguir un único fin (la función primaria). Si se entiende —en sentido funcionalista— que una *función social* es toda consecuencia observable producida por un elemento en el seno de un sistema social, que aumenta o mantiene su grado de integración, y que las *disfunciones* son las consecuencias observables que erosionan una cierta estructura social dada"; una

²⁸ Ver MORESO, J. J. y VILAJOSANA, J. M. *Introducción a la teoría del derecho*. Madrid, España: Marcial Pons, 2004. Los Sistemas Jurídicos pueden mantener unidad, continuidad, adaptarse a los cambios sociales y asegurar eficacia gracias a la existencia de reglas secundarias (Hart).

²⁹ Así, la definición del Derecho de Stuckta: "el Derecho es un sistema (u ordenamiento) de relaciones sociales correspondiente a los intereses de la clase dominante y tutelado por la fuerza organizada de esta clase". [...] (cit. por ATIENZA, *op. cit.* (n.26), p. 54).

³⁰ ATIENZA, *op. cit.* (n.26), pp. 54-55.

³¹ *Ibid.*, p. 53.

concreta institución jurídica, en consecuencia, puede producir efectos funcionales o disfuncionales en uno o varios elementos del sistema social³².

2.3. El Derecho es un "producto" de la política:

Tal como decía Hobbes, "no es la sabiduría, sino la autoridad, la que hace la ley"³³. La existencia del orden jurídico depende de la existencia de un poder político capaz de hacerse obedecer. Incluso el principio de justicia formal (Perelman) admite diversos contenidos³⁴; la decisión corresponde a quien detenta el poder político. Claro que, para conservar el poder, sobre todo en la era moderna e ilustrada, es necesario transformar "la fuerza en Derecho y la obediencia en deber" (Rousseau). Esto hace toda la diferencia entre el Estado y una banda de ladrones. La "autorización" (regla de competencia) transforma el poder simple en autoridad: en poder de Derecho y legítimo³⁵. Por eso, el poder legal en general es derivado, pero el constituyente originario es siempre un poder de hecho³⁶. Ahora bien, la institucionalización no depende sólo de la efectividad del poder (capacidad de imponerse por la fuerza) sino más bien de una práctica compleja que incluye la aceptación racional de las reglas (el "punto de vista interno" de que habla Hart).

La Teoría de las "fuentes sociales" del Derecho (del positivismo) paradójicamente se limita a un estudio de las "fuentes formales" del Derecho, que resulta útil pero incompleto para entender qué es Derecho: Primero, porque las fuentes sólo producen disposiciones; la norma jurídica es una ecuación de texto más interpretación. Segundo, porque los factores que inciden en la oportunidad y contenido de una norma jurídica (fuente material) son también importantes para la interpretación (argumento histórico,

³² *Ibid.*, pp. 66 y 73.

³³ BOBBIO, *op. cit.* (n.10), p. 149.

³⁴ Chaïm Perelman, trató de formular una noción válida de justicia de carácter puramente formal: "Se debe tratar igual a los seres pertenecientes a la misma categoría". Ahora bien, se necesitan otros criterios materiales de justicia que permitan establecer cuando dos o más seres pertenecen a la misma categoría. Perelman, entonces, distingue seis: a cada uno lo mismo; a cada uno según lo atribuido por la ley; a cada uno según su rango; a cada uno según sus méritos o su capacidad; a cada uno según su trabajo; a cada uno según sus necesidades. La introducción de estos criterios implica necesariamente la asunción de juicios de valor. Para algunos autores este es el anticipo de la distinción concepto y concepciones –en este caso, de la justicia– tan recurrida luego por la filosofía analítica. Véase PERELMAN, Chaïm. *De la Justicia*. México DF: Centro de Estudios Filosóficos UNAM, 1964.

³⁵ *Lex facit regem*; las dictaduras son eventos temporales y pueden durar sólo cuando dan lugar a un poder institucionalizado (BOBBIO, *op. cit.* (n.10), p. 151).

³⁶ GUASTINI, Riccardo. "Sobre el concepto de Constitución" *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 1, 1999, pp. 161-76. Weber cree que en momentos revolucionarios se echa mano, de nuevo, al Derecho Natural.

psicológico, teleológico). Tercero, porque sólo un estudio que trascienda la fuente formal puede servir de base para un análisis en perspectiva histórica (para observar la trayectoria o tendencia; la continuidad y la ruptura; y para distinguir los “momentos de política normal” de los “momentos” y “ciclos constitucionales”, en el sentido de Ackerman). Y, además, porque el contenido de la regla de reconocimiento respecto a cuáles son los métodos de producción normativa –vista como práctica social– determina en definitiva cómo se distribuye el poder político en la sociedad³⁷.

Bodenheimer efectúa un análisis de las fuentes materiales del derecho: las fuerzas políticas, psicológicas y económicas que constituyen y sostienen al derecho³⁸. “Todas aquellas teorías jurídicas que atribuyen el origen y desarrollo del Derecho a la actuación de un solo factor –sea la política, la economía o la psicología– son necesariamente unilaterales”³⁹. “*El Derecho surge de las tensiones y ajustes entre la sociedad y sus gobernantes. Ni es impuesto desde arriba, como creía Austin; ni crece desde abajo, como se inclinaba a pensar Ehrlich. La “sociedad” sin gobernantes no produciría Derecho, sino la anarquía. Los gobernantes, sin los frenos que les impone la sociedad, producirían no el Derecho, sino el despotismo. Sólo los contactos, luchas y compromisos entre la sociedad y sus gobernantes producen ese término medio o equilibrio que denominamos Derecho*”⁴⁰.

- i) Fuerzas políticas: Los cambios de poder se originan algunas veces en la conquista o la revolución. Por la necesidad de legitimación, se busca transformar al poder en derecho.

Oppenheimer llegó a definir el Estado como “una institución social, impuesta por un grupo victorioso a uno derrotado, con el solo propósito de regular el dominio del grupo victorioso sobre el vencido y de asegurarse contra la rebelión interna y los ataques exteriores”⁴¹.

“No hay medio mejor de conseguir la cooperación leal de las masas que dar a la comunidad política un orden jurídico que defina los derechos y deberes de cada uno y proporcione a todos un mínimo de seguridad personal”⁴². “El Derecho se origina no sólo del compromiso y el pacto entre grupos o partidos políticos contrapuestos, sino también de un acto de autolimitación o autorrestricción de un gobernante o de una oligarquía gobernante poderosos (...) Todo liderazgo inteligente percibe que una mayoría es generalmente más fuerte que un solo

³⁷ AGUILÓ, Josep. *Teoría general de las fuentes del derecho (y del orden jurídico)*. Barcelona, España: Ariel, 2000.

³⁸ BODENHEIMER, Edgar. *Teoría del Derecho*. México DF: FCE, 1994, pp. 227-269.

³⁹ *Ibid.*, p. 229.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 247.

⁴¹ *Ibid.*, pp. 227-8.

⁴² *Ibid.*, p. 231.

hombre y que por esa razón es preciso aplicar y satisfacer a la mayoría de una u otra forma”⁴³.

- ii) Fuerzas psicológicas: La fuerza de la costumbre es fundamental para comprender el sostenimiento a través del tiempo de las prácticas jurídicas. Tanto así, que algunos autores han afirmado que el derecho es esencialmente costumbre. Por otro lado, el deseo de orden y paz es un factor para el progreso del Derecho (se busca estabilidad y seguridad jurídica). “Los hombres se inclinan – señalaba Jellinek – a considerar sus modos habituales y tradicionales de vida no como meros hechos que puedan ser modificados cuando convenga, sino como normas obligatorias, creyendo intolerable toda conducta que suponga una desviación de aquéllas”⁴⁴.
- iii) Fuerzas económicas: Las relaciones entre Economía y Derecho son fundamentales para comprender el despliegue de un ordenamiento jurídico en la sociedad. Así, la argumentación marxista ha entendido que el Derecho es un producto de las fuerzas económicas, es decir, que forma parte de la superestructura construida sobre la base económica; y que es un Derecho de clase⁴⁵. “Con el establecimiento de instituciones jurídicas la clase victoriosa y dominante trata de dar una base firme a sus intereses económicos y una sanción formal a la explotación y opresión de las otras clases”⁴⁶. En cambio, Stammler rechazó el supuesto de que la vida social, en sus aspectos principales, fuese un producto de las fuerzas económicas y de que el Derecho fuese una mera superestructura del orden económico. “Para él la vida social significaba la coexistencia de seres humanos bajo la regulación externa del derecho. No podía haber orden económico sin Derecho; la vida económica solo podía ser objeto de adecuada consideración científica como proceso determinado y modelado por normas jurídicas”⁴⁷.

2.4. Pero el Derecho es también “parte” de la política, una actividad política en sí.

Cuando Aristóteles propone en la *Retórica* criterios para distinguir lo justo de lo injusto y distingue la ley “natural” de la convencional, y la justicia legal de la equidad; no aboga por unas u otras, ni propone un criterio externo a la política para descubrir la “verdad”. Sólo ofrece argumentos de uso alternativo, para persuadir (y, por medio de la

⁴³ *Ibid.*, p. 237.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 243.

⁴⁵ “Las relaciones jurídicas, así como las formas estatales, no pueden ser comprendidas por sí mismas, ni explicadas por el llamado progreso general de la mente humana, sino que tienen sus raíces en las condiciones materiales de vida... Con el cambio de fundamentos económicos se transforma más o menos rápidamente toda la inmensa superestructura” (cita de Marx).

⁴⁶ BODENHEIMER, *op. cit.* (n.38), p. 252.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 257.

decisión de autoridad, obligar) a otros acerca de lo que debe o no hacerse. Del mismo modo, la “objetividad” científica es también un argumento para obligar⁴⁸.

La neutralidad, en el ámbito de las “ciencias” sociales, políticas y jurídicas no es posible; por que los conceptos que utiliza no son neutros. Así, la doctrina del “Derecho natural” se ha usado para legitimar el Derecho Positivo⁴⁹ y, en su vertiente cristiana, sirve a la iglesia para tener “la última palabra”⁵⁰. La pretensión “positivista”, a su turno, sirve para independizar el Derecho de una cierta moral tradicional, pero reduce el carácter “dinámico” del Derecho a la existencia de reglas de competencia o de cambio. Derecho y moral (y política) son subsistemas sociales que, en la perspectiva del observador que toma una fotografía para examinarla, pueden ser relativamente distinguidos; pero en su dimensión dinámica (la práctica argumentativa que los une) están profundamente interconectados.

Las instituciones judiciales con sus decisiones producen diversos efectos políticos; pero también las decisiones judiciales son causadas por un razonamiento jurídico-político. Para Kennedy cuando los jueces toman decisiones, los diversos razonamientos a que recurren para fundamentarlas son ideológicos (aunque a veces niegan, o están semiconscientes de esto), pues se basan en una elección de carácter político: sea que opten por una decisión “conservadora”, por una decisión “liberal”, o por un “punto medio” entre ambas (estas opciones fijan el “marco decisional” al que recurre el juez)⁵¹. Ahora bien, que una decisión esté fundada en ideología, tiene como limitación fundamental lo que se puede denominar “fidelidad al texto”, de modo que aunque un juez pretenda ser un activista entre los distintos actores jurídicos, será un activista restringido⁵².

⁴⁸ MATURANA, Humberto. *La objetividad, un argumento para obligar*. Santiago, Chile: JC Saez Editor, 2004.

⁴⁹ Así ocurrió en los casos español y chileno, durante las dictaduras de Franco y Pinochet.

⁵⁰ Así, Tomás de Aquino, estima que una ley positiva que se opone a la ley natural “porque sea contraria al bien del hombre” debería en todo caso ser obedecida “para evitar escándalos y disturbios”. Pero si se trata de leyes que “se oponen al bien divino”, no deben tenerse en cuenta como se estipula en Actos v. 29: “debemos obedecer a Dios, no a los hombres” (convenientemente, es la Iglesia la que determina cuando se produce este conflicto y cómo debe resolverse).

⁵¹ KENNEDY, *op. cit.* (n.13), pp. 27-84.

⁵² “A veces resulta evidente que los jueces se sienten compelidos por los materiales a alcanzar determinadas soluciones sin tomar en consideración sus propias preferencias legislativas, o incluso contra ellas. Sin embargo, *siempre* aspiran a generar un efecto retórico particular: el de la necesidad jurídica de sus soluciones, sin considerar la ideología. Trabajan para lograr este efecto pese a que sabemos que el comportamiento estratégico es una posibilidad inerradicable de la interpretación, entendiendo por comportamiento estratégico la elección, fundada en motivaciones externas, de trabajar para desarrollar una de las posibilidades soluciones del problema jurídico en cuestión en lugar de otra”. KENNEDY, *op. cit.* (n.13), pp. 27-28.

Kennedy se inscribe en una tradición hermenéutica de sospecha en relación con la afirmación de que el discurso jurídico, y particularmente los argumentos jurídicos de la política pública (*legal policy argument*) “son autónomos respecto del discurso ideológico”. Dice: “Podemos al menos adivinar el impacto que produce sobre el corpus total del derecho el hecho de que gran parte esté a cargo de jueces que persiguen proyectos ideológicos bajo estas peculiares restricciones interpretativas. Esta difusión del poder de creación de derecho reduce el poder de las mayorías ideológicamente organizadas, ya sean liberales o conservadoras, para producir cambios significativos en cualquier área temática regulada por el derecho. Faculta a las fracciones jurídicas de la *intelligentsia* para decidir los resultados del conflicto ideológico entre ellas, por fuera del proceso legislativo, e incrementa la apariencia de naturalidad, necesidad y justicia relativa del statu quo, cualquiera que sea, en comparación con lo que prevalecería en un régimen más transparente. En cada caso, la decisión judicial funciona para asegurar ya intereses ideológicos particulares, ya intereses generales de clase de la *intelligentsia* relacionados con el statu quo social y económico”. Llama a éstos, efectos de moderación, de empoderamiento y de legitimación⁵³.

Hay elecciones estratégicas al decidir cómo desplegar el trabajo de investigación y razonamiento jurídicos. Cualquier operador jurídico, abogado o juez, puede influir en lo que el derecho “es” realizando trabajo jurídico y muy pocos tienen teorías consistentes acerca de lo que el deber de fidelidad al Derecho les exige⁵⁴. “Siempre es *posible* para el juez adoptar una actitud estratégica hacia los materiales, tratar de hacer que signifiquen algo distinto de lo que al principio parecía que significaban, o darles un significado que excluya otros inicialmente posibles”⁵⁵. Pero, *nunca es necesario* que lo haga y *nunca es seguro* que vaya a tener éxito si lo intenta. Además, en *general no es posible* saber si una decisión particular podría haber sido diferente si el juez hubiese adoptado una u otra

⁵³ *Ibid.*, pp. 29-30.

⁵⁴ Para los abogados, por ejemplo, es legítimo desplegar sus recursos para moldear el derecho a favor de sus clientes; el comportamiento estratégico en términos de cuánto trabajar en la interpretación jurídica y en qué dirección es un asunto cotidiano, que no viola el deber de fidelidad al derecho porque es constitutivo de él.

⁵⁵ Se parte de una preferencia en sentido psicológico, se consideran elecciones pasadas y se opta entre unidades argumentativas o modos retóricos disponibles con connotaciones ideológicas. “Hay argumentos jurídicos que de manera directa o analógica traducen el discurso político general en discurso jurídico. La retórica de la autosuficiencia es conservadora; la de la solidaridad, liberal. Éstas son marcas a partir de las que inferimos preferencias ideológicas”. Cuando se cree que un juez tiene una preferencia ideológica, se habla de “motivaciones ideológicas” y de “influencias ideológicas” respecto determinados resultados; “no significan que el actor tenga un compromiso interno con la ideología como proyecto, sino sólo una preferencia o predisposición para elegir los resultados asociados a ella”. *Ibid.*, pp. 35-36.

estrategia⁵⁶. “Siempre puedes trabajar en la manipulación pero tal vez no logres tu objetivo”⁵⁷. En el discurso jurídico, la evidencia de esta imputación de motivaciones casi nunca es flagrante (no se admite la intención) ya que es apenas una orientación semi-consciente. En las sentencias judiciales, los jueces *siempre* “niegan” que estén actuando por motivos ideológicos; en cambio, afirman explícitamente que el resultado fue alcanzado siguiendo procedimientos interpretativos impersonales que excluyen la influencia de sus ideologías personales. Concluye Kennedy: “Obviamente, se trata una convención y dice poco sobre lo que “realmente” está sucediendo”⁵⁸.

El CLS es una postura extrema y algo desechada en la academia legal norteamericana; pero sigue teniendo alguna resonancia en la academia latinoamericana (Ver, por ejemplo, “Teoría impura del Derecho” de Diego López⁵⁹). Sin duda, ha extremado un poco las cosas; en especial, porque no ve el Derecho como un orden “justificado” (Atienza). Pero eso no debe hacernos olvidar que algunas de las premisas de las que parte son ciertas y con poder explicativo. El problema es que no adopta el “punto de vista interno” y, por recurrir a una distinción extendida en teoría de la argumentación, se queda en el “contexto de descubrimiento” y no profundiza –por su escepticismo– en el “contexto de justificación”.

Posner plantea que existen muchas teorías positivistas (en el sentido de descriptivas) del comportamiento judicial⁶⁰. “Como podría esperarse, se centran especialmente en la explicación de las decisiones de los jueces. Las teorías son la actitudinal, la estratégica, la sociológica, la psicológica, la económica, la organizacional, la pragmática, la fenomenológica y, por supuesto, la que he venido llamando teoría legalista”. Elabora una

⁵⁶ *Ibid.*, p. 32.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 34.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 36.

⁵⁹ López critica el afán eminentemente normativista o legalista del Derecho Comparado; plantea que para entender los conceptos fundamentales de un derecho extranjero es necesario comprender las bases teóricas que los sustentan en la práctica (distinción entre lo público y lo privado, rol de los jueces, la función del derecho en el contexto sociopolítico, etc.). Para ello contraponen la teoría general del derecho con las teorías particulares o locales propias de un proceso de adaptación. A veces la propia teoría jurídica de un mismo autor se transforma, por situaciones de migración o crisis políticas (por ejemplo, Kelsen y Kantorowicz). De otro lado, las teorías jurídicas que informan a los sistemas legales particulares son corrientes transnacionales, transmitidas –y transformadas– desde “sitios de producción” a sitios de recepción, desde la literatura académica a una versión popular aplicada por jueces y abogados. Es de interés entre nosotros ya que explica, en especial, el predominio del clasicismo jurídico en Colombia desde la adopción del Código Civil de Bello.

⁶⁰ POSNER, Richard A. *Cómo deciden los jueces*. Madrid, España: Marcial Pons, 2011.

teoría de la decisión que intenta integrarlas en un planteamiento unificado y ecléctico de cómo los jueces adoptan realmente sus decisiones en los casos no rutinarios⁶¹.

Todo ello conlleva el declive del formalismo jurídico como concepción del derecho, en cuanto "tiende a aislar la dogmática del resto de los saberes sociales; es reacio a la incorporación de nuevos métodos procedentes de la lingüística, la economía, la lógica, etc.; subraya la función descriptiva y sistemática de la dogmática y tiende a negar (u ocultar) la de carácter práctico; presenta la dogmática como un saber neutral, estrictamente separado de la política y la moral; se centra en el Derecho formalmente válido y no en el Derecho en acción; se desentiende de los valores sustantivos del Derecho y privilegia ante todo el de la seguridad jurídica (los valores formales); propende al uso de argumentos basados en la autoridad y dirigidos a interpretar en forma preferentemente literal las normas, mientras que es reacio a la utilización de argumentos teleológicos y valorativos"⁶². Una manera más útil de entender el "trabajo jurídico" (desde la perspectiva argumentativa del Derecho que orienta este trabajo) es verlo como una *técnica social* encaminada, más que a una función teórica o sistemática (que serían funciones secundarias) a resolver problemas prácticos, conectado con la producción, interpretación o aplicación del Derecho; una empresa, en definitiva, dirigida a la elaboración de argumentos, que asume los límites característicos del Sistema Jurídico en cuyo marco se efectúan⁶³.

2.5. El Derecho como marco para la política:

Si la política es contingencia y conflicto entre posiciones antagónicas, el Derecho suele ser visto como la "síntesis" (en sentido dialéctico) cuya función es "poner orden en el caos", esto es, resolver el conflicto. De allí viene también la noción del Derecho como límite al poder y tiene que ver con la pregunta de Aristóteles: ¿qué es mejor, el gobierno de las leyes o de los hombres?⁶⁴ Cuya respuesta es "la ley", pues ésta "no tiene pasiones"⁶⁵.

⁶¹ Su teoría entiende al juez como actor en el mercado laboral, i.e., como un trabajador más, donde la explicación de las decisiones que adopta estriba, no en criterios legalistas, sino que en las múltiples relaciones con sus pares, sus posiciones y los diversos intereses que conviven en el quehacer judicial.

⁶² ATIENZA, *op. cit.* (n.3), p. 720.

⁶³ *Ibid.*, pp. 721-2.

⁶⁴ ARISTÓTELES. *Política*. Barcelona, España: Gredos, 2000.

⁶⁵ Weber opone al "político" el "funcionario profesional", cuyo paradigma es el empleado judicial dotado de "estabilidad" e "independencia". Luego de observar que desde 1789 la democracia y el abogado moderno están en estrecha relación, afirma: "El verdadero funcionario (...) no debe hacer política sino administrar imparcialmente. (...) El funcionario debe administrar *sine ira et studio*, sin ira y sin preferencias. (...) Tomar partido, apasionarse (*ira et studium*) son el elemento del político. WEBER, MAX.

La noción de Estado moderno se construye sobre la base de idear un sistema que sirva para garantizar la paz y la seguridad, limitar el poder y reconocer derechos cuyo cumplimiento los ciudadanos puedan reclamar al o a través del organismo colectivo (Locke, Rousseau, Montesquieu). Pero, en el concepto mismo de Estado hay elementos en tensión, que compiten entre sí: para tener libertad hay que limitar el poder del Estado; para tener orden y seguridad hay que restringir libertades; para asegurar ciertos derechos –como los llamados “derechos sociales”– hay que reconocer más poder al Estado y restringir libertades, etc. Desde Tomás de Aquino “dominación” es vista en un doble sentido. Uno, negativo, como opuesto a servidumbre; y otro, positivo, como opuesto a subordinación, quien tiene el cargo de gobernar y dirigir hombres libres para procurar el bien común de la comunidad política. Aristóteles había dicho que los ciudadanos libres deben ser capaces de participar en la conducción de la polis, tanto de gobernar como de ser gobernados. Ha seguido siendo un concepto ambiguo por influencia de Weber, donde totalitarismo y democracia, tiranía y Estado constitucional son llamados, sin distinción de los dos sentidos, “dominación”. Y esto, dice Sternberger: “vale tanto con respecto a la ciencia conservadora, que insiste en el carácter de dominación del Estado, como con respecto a la ciencia revolucionario o progresista, que aspira a la absoluta libertad de dominación”. Todas ellas se encuentran en “el costado agustiniano, no en el tomista”, i.e., el que sólo conoce el sentido negativo⁶⁶.

Weber, como es sabido, estudió tres tipos de “legitimidad” política: la dominación patriarcal, la burocrática y la conducción carismática (y sólo marginalmente se refiere al gobierno de un líder sobre bases plebiscitarias). Pero no tuvo en cuenta “la formación y conducción del Estado a partir de un acuerdo humano, civil”⁶⁷. La diferencia entre sometimiento y consentimiento –imposición y acuerdo– son fenómenos subjetivos sin relevancia para el análisis sociológico (para Weber, salvo acuerdo unánime hay imposición sobre la minoría). Aristóteles dijo que la justicia “es el alma de la sociedad política”, pues la justicia es el orden de la asociación política y la decisión acerca de lo justo es lo que constituye el derecho⁶⁸. El Derecho, para Aristóteles, hace posible la justicia –en la legislación o en la función judicial– a partir de una asociación cooperativa de ciudadanos libres e iguales. Weber cuando analiza la ciudadanía y el autogobierno ciudadano se centra más en la dominación que ejercen conjuntamente los ciudadanos más que en la asociación –y el consenso– que los posibilita. Por eso, para Sternberger, el gobierno del Estado de personas libres es un sistema de cargos que son encomendados,

Obras selectas. Buenos Aires, Argentina: Distal, 2003, p. 421.

⁶⁶ STERNBERGER, Dolf. *Dominación y acuerdo*. Barcelona, España: Gedisa, 1992, pp. 38-9.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 44.

⁶⁸ ARISTÓTELES, *op. cit.* (n.64), I.II.

no apropiados, y que están disponibles; y eso lleva a que “sólo pueden pretender verdadera legitimidad aquellos gobiernos que han surgido de elecciones regladas... constitucionalmente”⁶⁹. Se enlaza con la tradición del modelo del “contrato social”: la del gobierno ligado por la voluntad general que es la ley. “También un gobierno de consenso civil y de confianza civil imparte órdenes y ejerce coacción, pero lo hace en virtud de un acuerdo fundamental que llamamos Constitución. No domina sobre personas. El gobierno no es dominación”. Todo abuso de un cargo confiado conlleva pérdida de legitimidad civil y dominación en sentido negativo; pues la legitimidad civil “depende justamente no de la dominación sino del acuerdo, del consenso”⁷⁰.

Esto nos lleva al problema de la ambigüedad del concepto de Constitución⁷¹, que es vista: i) como límite al poder político; siguiendo la tradición que se inicia con el art. 16 de la Declaración de los Derechos del hombre y del ciudadano (1789), según la cual sólo existe Constitución allí donde están garantizados los derechos y la separación de poderes. Es el uso corriente en filosofía política. ii) La Constitución en sentido material es el conjunto de normas fundamentales que identifican y caracterizan un ordenamiento jurídico; corresponde a la “decisión política fundamental” sobre la forma del Estado y forma de Gobierno⁷² y la regulación de la producción normativa (potestades legislativa, ejecutiva y judicial). Algunos agregan principios y valores básicos y la garantía de los derechos fundamentales (relación de ciudadanos con el poder). iii) La Constitución en sentido Formal es el “código” específico, un documento normativo formulado en lenguaje natural, expresivo de normas jurídicas con ciertas características “formales”. iv) La Constitución “viva”: el modo en que es efectivamente interpretada, aplicada y actuada, por órganos y ciudadanos.

Schmitt ha propuesto una distinción entre cuatro concepciones del concepto: i) la absoluta es la más amplia posible de la idea de constitución; hace referencia al Estado mismo, como la forma que provee de unidad política a un pueblo determinado. ii) la relativa se refiere a la ley constitucional en particular, que tiene ciertas características externas y accesorias, esto es, “formales”; y pone énfasis en que se haya formado siguiendo ciertas reglas procedimentales (que implican la noción de “potestad constituyente”) iii) la positiva enfatiza que la constitución surge de un acto fundacional decisional, en que participa el titular del poder constituyente: el pueblo. Tal acto requiere de una unidad política previa y un sentimiento colectivo que permita hablar de un “pueblo” como sujeto consciente de sí, que decide. iv) la ideal, en que la norma constitucional trasciende

⁶⁹ STERNBERGER, *op. cit.* (n.66), p. 43.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 57.

⁷¹ GUAISTINI, *op. cit.* (n.36)

⁷² SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid, España: Alianza, 2001.

las categorías y propiedades características de las normas jurídicas; es la expresión de un ideal político y la manifestación de ciertos valores y principios propiamente políticos. Schmitt reconoce que la concepción dominante de Constitución de la modernidad es la defendida por el liberalismo político (en que las nociones de separación de poderes, protección de derechos fundamentales y positivización son, a la vez, requisitos de legitimidad y propiedades del concepto de Constitución) y este trabajo se inserta en esa tradición⁷³.

En efecto, poseemos una constitución en el sentido amplio, esto es, un conjunto de normas fundamentales de la comunidad jurídico-política⁷⁴. También podemos decir que poseemos una constitución normativa, en cuanto “sus normas dominan el proceso político o, a la inversa, el proceso del poder se adapta a las normas de la constitución y se somete a ellas”⁷⁵. Incluso, es dable afirmar que poseemos una constitución formal en el sentido que le atribuye el constitucionalismo político: está codificada; el procedimiento para la reforma del texto constitucional es un procedimiento agravado respecto de la ley ordinaria, y la Constitución posee una jerarquía normativa superior a la ley⁷⁶.

Como dice Aguiló, la constitución formal posee: i) una dimensión constitutiva, ya que crea las formas básicas de la acción jurídica y política –básicamente órganos y procedimientos–; ii) una dimensión regulativa, en cuanto regula conductas como obligatorias, prohibidas o permitidas, y iii) una dimensión valorativa, pues reconoce valores y principios que sirven para dotar de sentido a las formas de acción creadas por la constitución y operan como razones justificativas de los deberes que impone⁷⁷. La propia noción de ordenamiento jurídico –como sistema de normas– parece precisar de una Constitución que goce de cierta estabilidad, pues “la constitución opera como el puente entre la diversidad en la producción normativa y la identificación, la unidad y la permanencia del orden jurídico”⁷⁸. Así, sabemos que una norma es jurídica porque otra norma superior –que es jurídica– autoriza o reconoce su creación; y este razonamiento, aplicado recursivamente, nos lleva a la Constitución. La unidad del régimen jurídico se basa en el ordenamiento jerárquico de las normas y la Constitución como norma superior

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ Kelsen, Hans. “La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional). En DEL MISMO, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Madrid, España: Debate, 1998, pp. 114-5.

⁷⁵ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona, España: Ariel, 1982, p. 217

⁷⁶ AGUILÓ, Josep. “Sobre la constitución del Estado Constitucional”, en: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 24 (2001), pp. 441 y ss.

⁷⁷ AGUILÓ, Josep. “Sobre el Constitucionalismo y la resistencia constitucional”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* N° 26 (2003), pp. 289-317

⁷⁸ AGUILÓ, *op. cit.* (n.76), p. 434.

(y “fuente de fuentes”) es la pieza clave en la construcción e interpretación coherente del sistema de normas. El problema de la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico tiene que ver, como apunta Alexy, con el hecho que la comprensión de una norma supone la comprensión del sistema al que pertenece, así como la comprensión de un sistema de normas no es posible sin entender las normas particulares que lo integran⁷⁹.

La coherencia es uno de los criterios básicos para la interpretación y la argumentación en el derecho; tiene que ver con las ideas de unidad sistemática, orden y no contradicción. La unidad tiene que ver con la idea de explicar y justificar el orden sobre la base de unos pocos principios fundamentales. La coherencia es, asimismo, una condición del conocimiento del derecho como fenómeno normativo. Según Nino: “Si la ciencia jurídica propusiera que dos prescripciones conflictivas deben ser ambas observadas, habría una contradicción en los presupuestos de la propia ciencia jurídica (...). Esto implica que la ciencia jurídica debe, de alguna manera, reconstruir el sistema como un orden coherente antes de pasar a describirlo como un conjunto de normas jurídicas válidas”⁸⁰.

De consecuencia, conviene detenerse brevemente en el siguiente apartado en torno a lo que para muchos pensadores serios es una paradoja del constitucionalismo; esto es, que la noción de “democracia constitucional” sería un oxímoron, un matrimonio de opuestos o una contradicción en los términos, ya que: si un sistema político es democrático, entonces no admite la limitación constitucional a las decisiones de la mayoría y, si es constitucional, no admite la decisión democrática sobre algunas materias importantes⁸¹.

3. JURIDIFICACIÓN DE LA POLÍTICA: JUECES POLÍTICOS Y ESTADO DE DERECHO.

La relación entre derecho y política suele asociarse a la cuestión acerca de si los jueces toman decisiones políticas y si está bien que lo hagan. Un enfoque para estudiar este fenómeno es, por tanto, empírico y desde este punto de vista no hay dos opiniones: es una tendencia⁸². En efecto, es fácil observar la expansión global

⁷⁹ ALEXY, Robert. *Teoría del discurso y Derechos Humanos*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 42

⁸⁰ NINO, Carlos S. *Algunos modelos metodológicos de ciencia jurídica*. México DF: Fontanamara, 1993, p. 30.

⁸¹ HOLMES, Stephen. “El precompromiso y la paradoja de la Democracia”. En ELSTER, J. y SLAGSTAD, R. *Constitucionalismo y Democracia*. México DF: Fondo de Cultura Económica, 1999, pp. 217-262.

⁸² GUARNIERI, Carlo y PEDERZOLI, Patrizia. *Los jueces y la Política*. Barcelona, España: Taurus, 1999; EPP,

de la justicia constitucional y, con ella, la creciente importancia de las cortes en el campo político. Se debe al establecimiento de órganos judiciales facultados para anular leyes y decretos que se consideran contrarios a la constitución, y de introducir por vía interpretativa nuevos derechos fundamentales (la noción de “principios implícitos”). El mecanismo de la justicia constitucional o “revisión judicial” de la constitución (que ya existe, según Couso, en más de setenta países) resulta de la idea que la soberanía popular está limitada por derechos fundamentales que tribunales independientes deben cautelar, como condición *sine qua non* de todo Estado democrático de Derecho⁸³.

Couso explica que la consecuente “judicialización de la política”, que transforma a las cortes en potenciales “policy-makers”, surgió primero en democracias consolidadas (Estados Unidos, Alemania, Francia) y recientemente ha proliferado también entre las llamadas “democracias de la tercera ola”, contribuyendo –según algunos análisis– al éxito de los procesos de consolidación democrática de estos países. Tanto porque contribuye a crear controles horizontales para contener los abusos de autoridades elegidas; como porque ha ayudado a resolver los temas pendientes de las violaciones a los derechos humanos perpetradas por las dictaduras militares⁸⁴ y gracias al potencial de transformación socio-económica que ofrece la judicialización de los “derechos económicos, sociales y culturales”⁸⁵. Couso pone una nota de cautela sobre esta “esperanza”⁸⁶.

La otra causa que explica la judicialización es la “cultura de los derechos”: crecientes sectores sociales recurren hoy a los tribunales para presentar sus “demandas” (en sentido político) cuando los canales políticos tradicionales no las atienden; de modo que asuntos de interés público que antes eran resueltos por la administración o el congreso –en el contexto de políticas públicas– o de manera directa, autónoma y no formalizada entre particulares, en el marco de los contratos que celebraron, son ahora dirimidos por los jueces. Otra vía es la criminalización de la política por casos de “corrupción”. En Chile, se puede señalar como ejemplo del primer tipo, el caso de

Charles R. *La Revolución de los Derechos*. Madrid, España: Siglo XXI, 2013; en Chile COUSO, Javier “Consolidación democrática y Poder Judicial: los riesgos de la judicialización de la política”, en: *Revista de Ciencia Política*, Vol. XXIV, N° 2 (2004), pp. 29-48.

⁸³ Cfr. ELSTER, J. y SLAGSTAD, R. *Constitucionalismo y Democracia*. México DF: Fondo de Cultura Económica, 1999.

⁸⁴ HILBINK, Lisa y CORREA SUTIL, Jorge. “The Judiciary and the Political System in Chile: The dilemmas of Judicial Independence During the Transition to Democracy”. En: STOTZKY, I. (ed.). *Transition to Democracy in Latin America: The Role of the Judiciary*. Boulder, Estados Unidos: Westview Press, 1993.

⁸⁵ ABRAMOVICH, Victor y COURTIIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid, España: Trotta, 2002.

⁸⁶ COUSO, *op. cit.* (n.82).

los conflictos medioambientales⁸⁷; del segundo, lo ocurrido en el área de salud (como el “freno” judicial a las alzas unilaterales de los planes por parte de las isapres⁸⁸, y los temas de responsabilidad médica⁸⁹); y del tercero, la crisis del sistema de aseguramiento de calidad de la educación superior (Comisión Nacional de Acreditación). Mayormente, los estudios se han centrado en análisis dogmático de fallos del Tribunal Constitucional o de recursos de protección; con todo, en la literatura académica no se suele hablar de “judicialización”. El argumento ha sido esgrimido más bien desde los “think tank” de la derecha, en especial Libertad y Desarrollo (L&D).

Se habla de “activismo judicial”, cuando la jurisprudencia de los tribunales por vía de interpretación de la constitución “expande o crea nuevos derechos fundamentales” (Epp) o va más allá de la mera aplicación del Derecho existente, entrando en la formulación de políticas públicas. Un límite al “activismo judicial” es, precisamente, la menor “legitimidad democrática” de los jueces frente al legislativo o Presidente, lo que deriva en la aplicación de la doctrina de la “deferencia” (desde el punto de vista explicativo, para consolidar su legitimidad; desde el punto de vista argumentativo, aplicando una razón institucional). Otro límite es el procedimiento y el método

⁸⁷ Paradigma de esta especie es la Sentencia de la Corte Suprema (en adelante SCS) Rol N°1960-2012, de 28 de agosto de 2012, relativo al “Proyecto Puerto Castilla”, acumulado con el rol N° 2703-2012 concerniente al “Proyecto Termoelectrica Castilla”. Desde la derecha, el fallo ha sido criticado como ejemplo de “activismo judicial”, pues los jueces habrían resuelto según sus propias creencias o preferencias políticas o de política pública, adoptando medidas que van más allá de la norma legal. Véanse: Libertad y Desarrollo, “Activismo y accountability judicial” en *Temas Públicos* N° 1.080, septiembre 2012; L&D, “Caso Castilla: Cuando la justicia se transforma en regulador”, en *Fallos Públicos* N° 28, septiembre 2012 (Ambos disponibles en línea: <http://www.lyd.org>).

⁸⁸ El “leading case” en este ámbito es la sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante STC) que declaró inconstitucional algunos numerales del artículo 138 ter de la Ley de Isapres, Rol N°1.710-2010 de 06 de agosto de 2010 (antes, hubo fallo de inaplicabilidad, Rol N°976-2007, de 26 de junio 2008). Esta sentencia, junto con la STC 1.572 de 30 de octubre de 2010, cuestiona la posibilidad del funcionamiento de mercados desregulados cuando se trata de derechos fundamentales, y abre una vía para hacer justiciables otros derechos sociales. Al respecto, ver CODDOU, Alberto. “El nuevo Tribunal Constitucional y los derechos sociales: el caso de las Isapres”. En: COUSO, Javier (ed.) *Anuario de Derecho Público 2010*. Santiago, Chile: Ediciones Universidad Diego Portales, 2011, pp. 55-73 y MONTT, S. y CÁRDENAS, J. “La declaración de inconstitucionalidad del artículo 38 ter de la Ley de Isapres: Mitos y realidades de un fallo histórico”. En COUSO, Javier (ed.) *Anuario de Derecho Público 2011*. Santiago, Chile: Ediciones Universidad Diego Portales, 2012, pp. 17-53.

⁸⁹ Ya en el año 2003 se ingresaron en Tribunales más de 500 casos de responsabilidad médica. Hoy, existe abundante jurisprudencia en diversas clases de problemas. Véase: VVAA. “Responsabilidad Médica”, en: *Cuadernos de Análisis Jurídico*, Colección Derecho Privado, Ediciones Universidad Diego Portales, N° VI, 2010 y DELGADO, D., *Valoración del daño moral en la responsabilidad médica*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica Aremi, 2009. Ahora, se anuncia una nueva ola de judicialización a raíz de la promulgación de la ley N° 20.584, sobre derechos y deberes de los pacientes.

jurídico, partiendo del hecho de que las cortes no poseen iniciativa; su competencia queda enmarcada por las peticiones y alegaciones de las partes y deben justificar su decisión en pautas pre-establecidas. Por ello, los jueces suelen ser reactivos a lo actuado por las ramas políticas; y es conveniente que lo sean para evitar que se produzca una “politización de la justicia” por intervención de los otros poderes en el nombramiento y función de los jueces, con la consiguiente pérdida de independencia de éstos⁹⁰.

El estudio de las características y efectos “reales” de este fenómeno, que puede sintetizarse como el avance del discurso jurídico —originado ya en la academia legal o en la práctica judicial— como mecanismo de solución de conflictos o en la definición de agenda en la esfera pública, es de interés creciente en las ciencias sociales y políticas. Con todo, cualquier análisis de la práctica jurídica requiere adoptar un “punto de vista interno” (Hart). Sólo así es posible discernir si un tribunal es “deferente” o “activista”, o si actúa con independencia de las demás ramas del estado (como decía Kelsen, la sociología jurídica requiere un concepto de “Derecho” que es propio de la teoría legal). Y, como estamos viendo, es necesario superar la ideología que plantea una absoluta separación entre el derecho y la política. Epp, por ejemplo, sostiene que la democratización del acceso a la justicia no surgió “desde arriba” sino “desde abajo”: no fue el activismo judicial el principal motor del cambio, sino los movimientos de la sociedad civil, las organizaciones que se especializan en los derechos, y las políticas públicas que apuntan a financiar agencias u organismos que permitan contar con recursos para litigar a quienes carecen de ellos (Los derechos se ganan, litigando, y para ello se requieren, entre otros, recursos).

Couso tampoco ve algo negativo *per se* en el fenómeno de judicialización; sólo ve el peligro (más supuesto que empíricamente probado) de saltarse pasos en el avance gradual del Estado Constitucional y perder lo logrado en términos de autonomía del Derecho frente a la política. Sigue el análisis de Nonet y Selznick, que plantean un modelo de desarrollo en tres estadios evolutivos: i) dimensión represiva del derecho, propia de los estados autoritarios; que pone énfasis en el control social y el orden, uso de razonamientos legales ad-hoc y de la coerción, y subordinación del Derecho al poder. ii) Derecho autónomo: énfasis en la justicia procedimental; el razonamiento jurídico adhiere a la legalidad (silogismo y método de interpretación legal); uso controlado de la coerción e independencia judicial. iii) Dimensión sustantiva o “Derecho responsivo”: énfasis en la justicia material; razonamiento menos formalista; integración de aspiraciones jurídico-políticas en la práctica judicial. O sea, Couso no ve negativo el supeditar la política al Derecho, sino que sólo plantea una cuestión de oportunidad en el caso chileno.

⁹⁰ Couso, *op. cit.* (n.82).

El modelo de Bourdieu y Teubner⁹¹ también se inserta en la teoría neo-evolutiva sobre el Derecho (explora las causas y los efectos de la “legalización” o juridificación de varias esferas de la vida social) y observa el paso del sistema de Derecho “racional formal” – que usa el método para resolver problemas a partir de normas universales– a un mayor énfasis en el “Derecho racional material”, que ve al Derecho como instrumento para intervenir en la sociedad de manera finalista (Derecho que tiende a ser más abierto y particularista). Esta “re-materialización del Derecho” coincide con el avance del Estado social intervencionista; lo que algunos ven como amenaza en cuanto puede “levantar las barreras que se le habían puesto a la intervención burocrática en áreas de la interacción humana que hasta ese momento se encontraban localizadas en manos de la esfera privada (familia, vecindad, escuela)”⁹². Proponen una nueva perspectiva del cambio legal y social que denominan “derecho reflexivo” –que incluye pero supera el “derecho responsivo de Nonet y Selznick– en que el Derecho se convierte en un sistema para la coordinación de la acción al interior de subsistemas sociales semi-autónomos –y las relaciones entre éstos– de modo de explicar los procesos de transición y de crisis de la racionalidad formal (que necesita ser reformulada a la luz del avance de la teoría de argumentación).

La ampliación de funciones de la administración de justicia, en especial del Tribunal Constitucional, “fácticamente inevitable, pero normativamente dudosa”, se explica, uno, por la evolución que experimenta el Estado liberal de Derecho convirtiéndose en Estado intervencionista y Benefactor; y dos, por la importancia decisiva del “discurso relativo a los derechos fundamentales” en la argumentación jurídica y la jurisprudencia constitucional. En especial, esto significa que el sistema de derechos ya no puede fundamentarse en una sociedad emancipada, centrada en la economía, que se reproduce espontáneamente a través de decisiones individuales autónomas; sino que se garantiza mediante operaciones del Estado que controla en términos reflexivos, que disponga las infraestructuras necesarias, que prevenga riesgos, que regule, posibilite y compense⁹³. En otras palabras, los derechos ya no son definidos en términos negativos, como defensa frente a intervenciones indebidas del poder; sino que son entendidos como principios que fundan pretensiones a contar con garantías positivas y que cumplen, también, una función redistributiva (de justicia social). Lo que se vincula también con la idea de Marshall de la “ciudadanía” como condición de miembro igual de una comunidad

⁹¹ BOURDIEU, Pierre y TEUBNER, Gunther. *La fuerza del Derecho*. Bogotá, Colombia: Siglo del Hombre Editores, 2000.

⁹² *Ibíd.*, p. 85.

⁹³ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez: Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid, España: Trotta, 2005, pp. 312, 315, 320.

política fundada en la titularidad de derechos, primero civiles (en el S. XVIII), luego políticos (S. XIX) y finalmente sociales (a partir del S. XX).

Las críticas a esta visión de los derechos y del Estado social provienen, obviamente desde la derecha, por establecer restricciones injustificadas a la autonomía individual, fomentar una cultura de la dependencia y por ser ineficiente económicamente; pero también desde la izquierda, en cuanto induce en los ciudadanos una actitud no participativa, sino clientelística hacia el Estado y traduce sus demandas en derechos, acentuando la juridificación —y despolitización— de la vida, o sea, la “colonización de la política por el Derecho”⁹⁴. Todos los críticos ven con preocupación la creciente influencia política de los jueces, que pasan a ser “árbitros finales” en la satisfacción de necesidades y, en especial, de los tribunales constitucionales, que pasan a ser “árbitros” definitivos de lo que dice la Constitución, sin ser un órgano “democrático” y en desmedro del órgano representativo, el Congreso⁹⁵.

Algunos casos difíciles parecen dar la razón a quienes creen que la judicialización no está bien, en sentido normativo: Cuestiones constitucionales, como la STC sobre el concepto de “empresa”⁹⁶; la SCS sobre “reemplazo de trabajadores en huelga”⁹⁷; la SCS

⁹⁴ PEÑA GONZÁLEZ, Carlos. “El concepto de cohesión social. Debates teóricos y usos políticos”. En: VVAA. *Redes, Estado y Mercado. Soportes de la cohesión social latinoamericana*. Santiago, Chile: Uqbar, 2008, pp. 29-95.

⁹⁵ La crítica, ante lo inevitable del fenómeno, a veces se centra en privilegiar fórmulas de interpretación legal, como el “textualismo” y el “originalismo”, entendida como acción orientada al pasado; contra la “interpretación libre” o “consecuencialista” (orientada hacia el futuro), para evitar “tiranía de los jueces”. La otra es la vía “procedimental”; que la corte constitucional debe limitarse a garantizar el “proceso” democrático. A mi me parece que la crítica es contingente: si los jueces son elegidos se acaba el problema... Véase ELY, John H. *Democracia y desconfianza: una teoría del control constitucional*. Bogotá, Colombia: Siglo del Hombre Editores, 1997; HABERMAS, *op. cit.* (n.93); WALDRON, Jeremy. *Derecho y desacuerdos*. Madrid, España: Marcial Pons, 2005; GARGARELLA, Roberto. “Interpretación del Derecho”. En: VVAA. *Derecho Constitucional*. Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot, 2004, pp. 649-50.

⁹⁶ STC de fecha 21 de agosto de 2006 (Rol 534) que declaró la inconstitucionalidad del artículo 183 ter, que el artículo tercero del proyecto de ley que regula el trabajo en régimen de subcontratación pretendía incorporar al Código del Trabajo, por iniciativa parlamentaria. El Tribunal Constitucional dijo que las disposiciones sobre seguridad social, conforme a lo dispuesto en la Constitución, son de iniciativa exclusiva del Presidente de la República; lo que configura un vicio de inconstitucionalidad de forma del precepto legal. Sobre este fallo y las funciones del TC, ver LEÓN, José Julio. “De los criterios de argumentación que deben guiar las decisiones (contra-mayoritarias) del Tribunal Constitucional”, en: *Revista de Ciencias Sociales*, 2007.

⁹⁷ SCS rol N°4505-05, según el cual lo reprochado por el legislador es el reemplazo de los huelguistas “que realiza el empleador mediante la contratación de nuevos trabajadores”, no advirtiendo ilicitud alguna en el actuar de la empresa cuando el reemplazo se hace con trabajadores contratados en forma previa a la negociación colectiva. La SCS dictada el 15.05.2008 (rol 995) entiende que “corresponde

sobre el caso Atala, que defiende los valores “tradicionales” y hace valer los prejuicios sociales sobre la legalidad, invocando el principio de interés superior de las menores⁹⁸. En cualquier caso es claro que los jueces no deciden –no deben hacerlo– basándose en consideraciones de política partidaria (si lo hicieran estaría mal y la mayoría rechaza que lo hagan). Normalmente fundan su decisión en reglas o principios reconocidos por el derecho positivo. Lo que molesta a los críticos, básicamente, es que son decisiones políticas que deberían corresponder al órgano democrático (mayoritario) que es el parlamento.

Un exponente de esta línea que podríamos llamar legalista “normativista” en Chile, es Atria⁹⁹. Critica, desde Waldron, el argumento de “Ulises y las sirenas” (Elster). Primero descarta tres respuestas “incorrectas”: i) la supremacía constitucional; ii) los derechos como límite a la soberanía (siempre hay alguien que decide en última instancia); iii) el objetivo de evitar el terror (las dictaduras intervienen los tribunales por Decretos Leyes¹⁰⁰). Luego analiza una respuesta iv), la idea de sujetar la política al derecho (En el Derecho, sostiene, los conflictos son resueltos por un juez que aplica a las partes sus propias reglas; reglas que son comunes y públicas, dejando de lado todo lo demás; la decisión –entonces– refleja las reglas, no el desacuerdo; para lo cual el juez maneja un canon de argumentación jurídica distinto de resolver “en justicia”, es decir, no es justicia “del cadí”). En el conflicto político, en cambio, no vale la máxima “nadie puede ser juez en su propia causa” (el legislador busca maximizar su poder; el juez también). Política y Derecho no pueden ser descritos desde fuera (las prácticas sociales son también constituidas por las descripciones de la misma; por eso, las teorías no sólo se miden por su adecuación a realidad sino también por su influencia). En este ámbito, las reglas comunes –los derechos fundamentales– son constituyentes (un acuerdo político básico) y no expresan concepciones sino conceptos (son enunciados muy abstractos para evitar que puedan ser controvertidos). El conflicto se da entre concepciones de los derechos y, por tanto, el estándar no sirve para dirimir conflicto; éste sólo se puede resolver desde una concepción, reproduciendo el conflicto político

realizar una interpretación restrictiva de las disposiciones que la reglamentan, desde que dicha instancia (la huelga) compromete, ciertamente, el desarrollo económico del país”.

⁹⁸ Ver análisis y evaluación de este fallo en LEÓN, José Julio. “Justice, prejudice, and the basis for reasonable legal argument: the Karen Atala Case”. *COGENCY. Journal of Reasoning and Argumentation*, vol. 3, N° 2, 2011, pp. 125-145.

⁹⁹ ATRIA, Fernando. “El Derecho y la contingencia de lo político”, en: *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 26 (2003), pp. 319-347

¹⁰⁰ También aborda este punto en ATRIA, Fernando. “La hora del derecho: Los ‘Derechos Humanos’ entre la política y el derecho”, en: *Estudios Públicos*, 91, 2003, pp. 45-89.

(el juez, según Atria, es siempre “activista”). En estos casos, el razonamiento jurídico no se distingue del político.

Las soluciones a la objeción democrática, para Atria, son insuficientes: la del TC como legislador negativo (Kelsen); reducir los derechos económicos y sociales por su carácter “positivo” (o excluirlos del catálogo, la curiosa solución de Rosenkrantz, que ha encontrado al parecer eco en Chile¹⁰¹) o reconocer al legislador un margen de acción (Alexy). La solución de Atria es que la política es contingencia y el Derecho la supresión (autoritativa) de la contingencia; por eso no se deben mezclar, so riesgo de perder ambos: “el derecho porque se hace contingente, vulgarizándose; la política porque se hace no contingente, en el sentido que se transforma en una actividad puramente gerencial, reducida a simple racionalidad de medios, pues los fines a los que esa actividad se orienta ya están determinados por la constitución y sus intérpretes autorizados”¹⁰².

El problema de esta argumentación –a mi juicio– es que, conforme a ella, la Constitución no es Derecho, sino pura política y a su respecto no aplicaría el razonamiento legal. La Teoría de la Argumentación Jurídica sostiene que ella es parte del razonamiento práctico, pero con argumentos especiales y límites institucionales (Alexy, MacCormick); cosa que Atria no considera. Confunde, me parece, el concepto absoluto y relativo de constitución (Schmitt). La judicialización, además, no sólo ocurre en los grandes “casos constitucionales”; también hay “casos difíciles” de moral política, en la aplicación del Derecho de contratos y de responsabilidad: por ejemplo, casos de derechos de los consumidores en materia educacional.

Un punto de vista, entonces, considera que la tendencia hacia una mayor judicialización de la política es inevitable, aunque no deseable. El punto de vista opuesto (el positivismo hartiano) sostiene que es inevitable y correcto. Los jueces actúan en esos casos como legisladores y deben hacerlo, pero operan en las “intertiscios” de las leyes aprobadas por el congreso. Dworkin propone que “el vocabulario que se utiliza en el debate sobre política judicial es muy rudimentario” y que las dos perspectivas anteriores están equivocadas¹⁰³. Dworkin para mostrar claramente la relación entre Derecho y Política introduce una distinción teórica clave¹⁰⁴.

¹⁰¹ Javier Couso y Jorge Correa expresaron su conformidad con esta idea para evitar la judicialización, en 2012, en un seminario organizado por la Universidad Católica y El Mercurio.

¹⁰² ATRIA, *op. cit.* (n.98), p. 344.

¹⁰³ DWORKIN, Ronald. *Una cuestión de principios*. Madrid, España: Siglo XXI, 2012, p. 27.

¹⁰⁴ *Ibid.*, pp. 28–34.

Hay dos concepciones —dice Dworkin— del Estado de Derecho (como ideal político): Una, es la estatutaria, según la cual los jueces no deben resolver con base en sus propias convicciones sino en decisiones adoptadas y comunicadas (promulgadas) por el órgano político. Las personas poseen los derechos que el Derecho reconoce (la ley u otras decisiones de carácter oficial). Esta concepción es independiente de la justicia de la norma (el Derecho no es un instrumento de justicia social: ¡el argumento de Atria!). Sus herramientas prácticas frente a un caso difícil derivan de que las propuestas no son políticas sino históricas: ¿Qué dice la norma? Teoría semántica ¿Qué quiso decir el legislador? Teorías psicológicas ¿Qué habría dicho (si se hubiera representado el caso)? Contrafáctico y elemento lógico-sistemático (qué dijo el mismo legislador en otras leyes). Se trata de precisar, acotar o establecer lo que dice el estatuto (reglamento).

A esa concepción Dworkin opone la concepción centrada en los derechos. El derecho a que los tribunales velen por los derechos promulgados es un mínimo indiscutible en una democracia. El Estatuto (la ley y el decreto oficial) es “fuente”, pero no la única; también pueden serlo los principios, que son “correctos” y compatibles con los estatutos (los que justifican las normas promulgadas). Su herramienta práctica es la distinción entre “argumentos de principios” (basados en derechos) y “argumentos políticos” (o de política pública; fundados en alguna concepción del bienestar general o del interés públicos). Los jueces fundan sus decisiones —y deben hacerlo— en argumentos de principio¹⁰⁵.

Como he señalado antes, la contradicción entre principio democrático y supremacía constitucional sólo emerge cuando entendemos democracia en un sentido restringido, como el gobierno de las mayorías, y Constitución como un estatuto de Derechos pre-existentes al Estado que necesariamente se sustraen del debate político¹⁰⁶. Ambos conceptos, no obstante, pueden ser entendidos de un modo más amplio, que hace posible compatibilizar —en términos de Habermas— la autonomía privada y la pública¹⁰⁷.

Por ejemplo, en la teoría de los derechos fundamentales, Alexy propone una justificación de los Estados constitucionales y democráticos, según la cual ambos principios se presuponen mutuamente, es decir, son interdependientes¹⁰⁸. Para Alexy, existe un derecho de libertad general, cuya consecuencia es el derecho de todas las

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 27.

¹⁰⁶ LEÓN, José Julio. “Argumentación e Interpretación Constitucional”, en: *II Jornada Chileno-Argentina de Filosofía del Derecho y Filosofía Social*, 20, 21 y 22 de octubre de 2006.

¹⁰⁷ HABERMAS, *op. cit.* (n.93)

¹⁰⁸ ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

personas a la más alta autonomía posible (para juzgar libremente qué es conveniente y qué es bueno, y obrar en consecuencia); del que se derivan otros derechos, sea que estén conceptualmente contenidos en él –los derechos de libertad de opinión, reunión y prensa; y el derecho de participar en elecciones libres, iguales y secretas– o bien sean medios para un obrar autónomo, como los derechos sociales. El Principio del Discurso, a su turno, puede realizarse aproximadamente a través de la institucionalización jurídica de procedimientos democráticos de formación de la opinión y la voluntad, y sólo por este medio¹⁰⁹. Una democracia en la que las exigencias de racionalidad discursiva pueden realizarse aproximadamente sólo es posible si los derechos humanos y políticos fundamentales rigen y pueden ejercitarse con igualdad de oportunidades; y el ejercicio de tales derechos con igualdad de oportunidades presuponen el cumplimiento de algunos derechos fundamentales no políticos: derecho a la vida, al mínimo existencial y a la enseñanza¹¹⁰.

De otro lado, para Elster, “la tirantez entre el constitucionalismo y la democracia solo es, por así decirlo, la proyección bidimensional de un problema tridimensional¹¹¹. La tercera dimensión, que da hondura a esa tirantez, es el objetivo de una eficaz toma de decisiones liberada, que requiere tanto la participación popular como las restricciones constitucionales”. Su argumento central es que no todas las regulaciones son limitaciones al gobierno mayoritario; muchas son formas que lo estimulan y hacen posible. En la misma línea, Ackerman –comentando a *El Federalista*– esgrime su concepción dual de la vida política. Por un lado, existe la “política constitucional” –la más alta especie de política– que apela al bien común y que moviliza a las mayorías ciudadanas que expresan su consentimiento por medio de “formas institucionales extraordinarias”; a ésta sólo se le permite dominar la vida de la nación en los raros “períodos de exaltación de la conciencia política”. Por el otro, en las largas pausas que hay entre esos “momentos constitucionales” prevalece otra forma de actividad: la “política normal”, en que las facciones intentan manipular las “formas constitucionales de la vida política” para favorecer sus intereses. Esta segunda forma se tolera en nombre de la libertad individual, pero es democráticamente inferior a la política de los momentos de creación constitucional¹¹². Justamente para consolidar las realizaciones revolucionarias del pueblo se establece una Constitución y la institución de la revisión judicial.

¹⁰⁹ HABERMAS, *op. cit.* (n.93), pp. 172, 184 ss.

¹¹⁰ ALEXY, *op. cit.* (n.79), pp. 129 y ss.

¹¹¹ ELSTER, J. y SLAGSTAD, R. *op. cit.* (n.83), p. 33.

¹¹² *Ibid.*, pp. 185-186.

En otras palabras, el reconocimiento de los derechos fundamentales es la fuente de legitimidad del sistema jurídico político y la Constitución es la garantía de tales derechos y del correcto funcionamiento de dicho sistema jurídico político. Por ello, en un Estado democrático de Derecho el ejercicio del poder político se fundamenta y se encuentra limitado, *prima facie*, por tales derechos¹¹³.

Visto, entonces, en el contexto chileno, la judicialización puede ser incluso buena para la democracia (dados el fuerte presidencialismo, el sistema electoral binominal, la fragmentación y debilidad de los partidos, etc.); por lo demás, no se puede ampliar el ámbito de protección de los derechos y limitar el poder de los jueces, esa es la paradoja de la democracia constitucional. Tampoco debe perderse de vista que la delimitación de la política no sólo se ha dado por vía de juridificación –frente a los juristas– sino también frente a la religión, los intelectuales y la prensa –libertades de conciencia, enseñanza y expresión, etc.– y al poder económico (doctrina liberal del “Estado mínimo” y la mano invisible del mercado) en que el orden “natural” o espontáneo adoptado por la sociedad civil se impone o sustrae a las leyes del Estado¹¹⁴. Y en todos esos casos se puede recurrir al Derecho –y los jueces– como un medio para contener, o bien, para recuperar espacio para la Política.

De este modo, el interrogante práctico está unido a la cuestión teórica: los jueces deben decidir acerca de nuestros derechos y la pregunta acerca de qué derechos tenemos depende de la cuestión acerca de cuál es la concepción de Estado de derecho que debe prevalecer¹¹⁵. Asimismo, la cuestión de qué derechos tenemos en una democracia constitucional está vinculada a la pregunta acerca de qué derechos debemos tener: ¿Sólo los promulgados en leyes o también aquellos contenidos en principios coherentes con los promulgados? (es decir, ¿sólo derechos explícitos o también derechos implícitos?¹¹⁶).

¹¹³ Por ello, la Constitución chilena puede decir –sin incurrir en contradicción– en el artículo 4° que “Chile es una república democrática” y, seguidamente, en el Artículo 5°, inciso segundo, que: “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana...”; lo que se traduce en el principio de supremacía constitucional estampado en el artículo 6°.

¹¹⁴ Tanto en A. Smith –y sus seguidores– como en Marx se afirma la subordinación de la política al sistema económico; unos para permitir el desarrollo del sistema capitalista, el otro para negarlo (BOBBIO, *op. cit.* (n.10), p. 143).

¹¹⁵ DWORKIN, *op. cit.* (n.103), p. 35.

¹¹⁶ La tesis de Dworkin tiene aplicación a nuestra realidad. A veces, los políticos prefieren dejar los temas más complejos a los jueces. Así, tenemos el caso de las “tomas”, en que los jueces son llamados –y en ocasiones se han negado– a resolver el conflicto estudiantil. Igual, el caso de las universidades y el “lucro”: piénsese en el “gesto” de la nueva Ministra de Educación de entregar a los fiscales los antecedentes de 54 de las 59 universidades que tienen entidades relacionadas. Imaginemos que los tribunales dijeran: “si tiene operaciones con entidades relacionadas es lucro”; sería malo para la política

Las mismas preguntas (históricas) formuladas de modo distinto –evaluativo y desde la coherencia– son útiles para el juez que busca justificar la mejor decisión. El criterio de coherencia es compatible con la democracia, ya que la decisión se sigue de los principios que guiaron al congreso al promulgar la norma (si hay más de uno, el que más naturalmente se aplica a la decisión). Es cierto que los jueces a veces disfrazan la decisión con argumentos de tipo histórico, pero eso “es falta de reconocimiento, no de integridad”¹¹⁷.

Dworkin también rebate el supuesto de que al decidir el juez se perjudica la democracia. Se trata del conocido argumento epistemológico (Waldrom, Raz) que tiene raíz en Aristóteles¹¹⁸: el órgano legislativo es la mejor manera de decidir acerca de derechos. Dworkin elabora, en respuesta, una teoría institucional: El juez posee más información sobre los hechos; ha desarrollado más el “test de coherencia especulativa” y es más imparcial frente a intereses de los involucrados. La independencia e imparcialidad judicial aseguran una mayor probabilidad de llegar conclusiones acertadas acerca de derechos¹¹⁹. Con respecto a la ley y estabilidad del sistema político, esgrime: Los argumentos dependen de las actitudes de la ciudadanía frente al Derecho. Y concluye con el argumento de igualdad de poder político: no es “todo” el poder político el que se juega en la decisión judicial, sino casos acotados; en democracia no hay igualdad de poder (hay diferencias económicas; grupos organizados de presión versus minorías, etc.). A veces hay transferencias de poder a través del recurso judicial, a favor de los más

pública pues es conveniente distinguir una entidad relacionada creada para promover la investigación o la edición de libros, de otra creada para retirar utilidades. Imaginemos que dicen que no es delito, aplicando reglas penales; ¿se resuelve el problema de la política pública? No, la necesidad de regular y fiscalizar el lucro prohibido por ley en caso de universidades persiste. Lo mismo ocurrirá con el proyecto de ley de Suprintendencia: si se aprueba; los nuevos criterios, ¿se aplicarán o no a casos pasados?. Se propone para dar aplicación a la ley que rige desde 1980; pero seguramente el parlamento no dirá nada explícito (Tomar una opción es un problema político mayor, la derecha probablemente no aprobaría la ley si puede tener efecto retroactivo; la oposición no la aprobaría en caso contrario, si rige sólo para el futuro y legitima todo lo realizado antes). Por esto no es pertinente extraer del principio democrático un argumento a contrario: “si no está clara la intención en un sentido (por ejemplo retroactividad) está claro que el otro sentido manda”. Esa es una conclusión no pertinente. Los jueces tendrán que decidirlo pero aplicando argumentos de principio ... Si el legislador deja la cuestión abierta, no es culpa de los jueces!

¹¹⁷ DWORKIN, *op. cit.* (n.103), p. 42

¹¹⁸ Los individuos aislados –según ARISTÓTELES, *op. cit.* (n.64), 8,9 y 141)– quizás no juzgan con tanto acierto como los expertos; pero, reunidos en comunidad, serán mejores jueces o, al menos, no peores: “apreciar una casa no es sólo propio del que la ha construido, sino que la juzga incluso mejor el que la usa (y la usa el dueño); y un piloto juzga mejor el timón que el carpintero, y un banquete el invitado y no el cocinero”.

¹¹⁹ DWORKIN, *op. cit.* (n.103), p. 43.

débiles y en desmedro de los más fuertes (Derecho laboral, del consumidor, derechos de los estudiantes, etc.).

En la concepción (2), en suma, los ciudadanos poseen más derechos que en la (1) aunque el Congreso no haya tenido tiempo ni voluntad de ocuparse de ellos¹²⁰. Si algunos pierden más que otros, es sólo porque tienen más que perder¹²¹. Dado que la revisión judicial existe, siempre se llega a la cuestión “sustantiva” de qué derechos tenemos las personas. La solución: los jueces deben fallar con argumentos de principios y no de políticas. Traslada así la cuestión política desde el campo de batalla del poder al “foro de los principios” y hace la promesa que los conflictos entre individuo y sociedad se resolverán como cuestión de justicia. No lo llamaría religión ni profecía –dice Dworkin– “lo llamo Derecho”¹²².

Las preguntas acerca de qué hacen los jueces y cómo deben hacerlo, se resuelven así en el nivel de la teoría de la argumentación: Ambas pueden integrarse en una teoría argumentativa del Derecho.

4. LA “CONEXIÓN ARGUMENTATIVA” Y LA AUTONOMÍA RELATIVA DEL DISCURSO JURÍDICO.

Nótese que hay una diferencia fundamental entre la función del legislador y la del juez: mientras que el legislador –en tanto poder político– no está obligado a justificar sus decisiones, el juez (en tanto poder técnico) sí lo está. Como observa Bulygin “una sentencia que carece de justificación es una sentencia arbitraria, sujeta a la anulación o revocación”¹²³. En el Derecho, todo caso debe tener un juez competente (la competencia del conjunto de los jueces es exhaustiva); toda decisión judicial debe basarse en una norma general que se considera jurídica y los jueces siempre deben resolver la contienda, aunque no haya ley aplicable al caso. Ahora bien, las normas jurídicas que el Juez debe aplicar son condicionales (correlacionan casos genéricos, supuestos de hecho, con consecuencias jurídicas); mantienen relaciones sistemáticas entre sí (genéticas, jerárquicas, cronológicas, semánticas, etc.) y son “obligatorias *prima facie*” (i.e., “consideradas todas las circunstancias” pueden ser “derrotadas”, por esas múltiples relaciones).

¹²⁰ *Ibid.*, pp. 42-49.

¹²¹ *Ibid.*, p. 47.

¹²² *Ibid.*, p. 102.

¹²³ BULYGIN, Eugenio. “Los jueces ¿crean derecho?”, en: *Isonomía*, 18, 2003, p. 12.

Normalmente, los jueces son facultados por el derecho para solucionar los problemas de interpretación de las leyes (incluso suplir el silencio de ley), recurriendo a otras leyes que traten materias similares (analogía), a los principios generales del Derecho o a la equidad. Esto nos ofrece una imagen del Derecho similar a la que presenta Dworkin, para quien el material jurídico reunido en la “etapa pre-interpretativa” podría presentar problemas de indeterminación y contradicciones; pero luego, en la “etapa post-interpretativa” y gracias a la mejor teoría política que integre los principios, el Derecho surge como un conjunto de normas (reglas y principios) completo y coherente¹²⁴.

No obstante, en la práctica se da un margen de discrecionalidad para el juez. En efecto, hay ocasiones en que el Juez elige las premisas del caso (de entre varias alternativas que compiten para proveer la solución) o selecciona uno de los varios sentidos posibles en que las premisas pueden ser entendidas; así, puede darse que el Juez extienda la aplicación de normas legisladas a supuestos inicialmente no previstos por el legislador¹²⁵. Por ello debemos distinguir entre el contexto de descubrimiento y de justificación; y entre justificación interna y externa de la decisión. Son múltiples los factores que pueden “explicar” qué lleva al juez a adoptar una determinada decisión (en eso, los realistas estaban en lo cierto; pero tiene que ver con el contexto de descubrimiento); ahora bien, en el proceso de justificación lo que los jueces hacen (y deben hacer) es basar la decisión en alguna premisa general derivada de las fuentes del Derecho.

A veces basta con la justificación interna (el silogismo judicial); en otras, es necesario justificar la selección de las premisas (justificación externa). En tal caso, el juez debe exhibir las razones adicionales que fundan la decisión: mostrar cómo resolvió los problemas de prueba (hechos) y las imprecisiones lingüísticas (por ejemplo, mediante enunciados interpretativos o definiciones); las cuestiones sistemáticas (por ejemplo, resolución de antinomias; derogación vs. interpretación armónica); explicitar los principios implícitos que permiten apartarse de una regla; ponderar los valores en conflicto y emitir juicios de relevancia jurídica fundados en la idea de “coherencia”, etc. La argumentación jurídica cumple así, esencialmente, una función de justificación: Se logra una justificación conforme a Derecho si los argumentos están en conformidad

¹²⁴ DWORKIN, Ronald. *El imperio de la Justicia*. Barcelona, España: Gedisa, 2005.

¹²⁵ Por ejemplo, el famoso caso *Brown v. Board of Education* [347 U.S. 483 (1954)] en que la Corte Suprema de los Estados Unidos estableció el deber de los Estados de poner fin a la segregación racial en las escuelas públicas, para asegurar el derecho de los niños de grupos minoritarios a una igualdad de oportunidades educacionales, desechando la doctrina de “separados pero iguales” (según la cual bastaría asegurar igualdad de recursos a las escuelas segregadas, para cumplir con el principio de igualdad de trato [Plessy v. Ferguson, 1896]). Véase el Comentario de Dworkin (2005: 272 y ss.).

con los hechos establecidos y con las normas vigentes¹²⁶. El modelo del argumento de Toulmin¹²⁷ y, especialmente, su noción de *warrant* (garantía) sirven para explicar la idea de justificación (y evaluar si ésta es o no adecuada)¹²⁸.

Nada de esto quiere decir que las conclusiones sean un derivado "lógico" de las premisas (proposiciones de Derecho); basta que la justificación permita mantener el propósito de "certeza derrotable" que el Derecho debe perseguir¹²⁹. Justificar una decisión jurídica quiere decir, nada más y nada menos, dar razones que muestren que las decisiones en cuestión aseguran *la justicia de acuerdo con el derecho* y la imparcialidad del juez¹³⁰. Como criterio general, una decisión está justificada si se deriva de una premisa que sea una norma o proposición "universal", capaz de suscitar la adhesión o compromiso del juez en términos que otros casos similares tendrán que resolverse de la misma forma¹³¹. Es decir, la razón que justifica la decisión ha de ser *universalizable*, en el sentido de la regla de justicia de Perelman¹³².

¹²⁶ El silogismo por sí sólo no puede determinar el resultado de un caso difícil, pero proporciona el marco dentro del cual los otros argumentos cobran sentido como argumentos jurídicos; las "razones" del caso son razones a favor o en contra de una determinada lectura del silogismo. MACCORMICK, Neil. *Institutions of Law: An Essay in Legal Theory*. Oxford, Reino Unido: Oxford University Press, 2007, p. 332.

¹²⁷ TOULMIN, Stephen. *Los usos de la argumentación*. Barcelona, España: Península, 2007, pp. 132-154

¹²⁸ Toulmin distingue seis elementos en un argumento. Los cuatro elementos básicos son: la *conclusion*, significa tanto el punto de partida como el punto de destino de la argumentación; los hechos o *data*, son instancias de los descritos genéricamente en el supuesto de hecho de la(s) norma(s) aplicable(s) al caso; la garantía o *warrant* alude a los enunciados generales que autorizan el paso de los hechos a la conclusión; y el respaldo o *backing* se refiere al campo general de información, i. e., la "fuente" que da soporte a la garantía. Cuando la conclusión se sigue de las premisas, hay una "garantía" en términos lógicos, el respaldo –en la argumentación jurídica– está dado por fuentes formales de Derecho (un hecho social).

¹²⁹ Frente a un caso difícil es necesario argumentar a favor de la selección de las premisas, de modo que la decisión jurídica pueda "hacer sentido" en el mundo y en el contexto del sistema jurídico (MACCORMICK, Neil. "Defeasibility in Law and Logic". En Z. BANKOWSKI *et al* (eds.) *Informatics and the Foundations of Legal Reasoning*. Dordrecht, Holanda: Springer, 1995, p. 103). Aquí entran en juego los argumentos *consecuencialistas*, cuando se *evalúan* los efectos de las decisiones alternativas, en términos de "justicia", "sentido común", "política pública" y "conveniencia"; de *consistencia*, cuando se basa en premisas normativas que no entran en contradicción con otras normas válidas establecidas, y de *coherencia*, cuando se basa en la analogía o en principios y valores que configuran un conjunto dotado de sentido (*Ibid.*, pp. 105-108)

¹³⁰ *Ibid.*, p. 117.

¹³¹ *Ibid.*, p. 99.

¹³² PERELMAN, *op. cit.* (n.34), p. 32.

La norma general que el juez aplica para justificar la decisión es la norma aplicable, consideradas todas las circunstancias del caso. La universalidad significa un compromiso del juez con su emisión normativa: Todos los que compartan las propiedades relevantes del caso deben ser tratados igual. El deber del juez de actuar "conforme a Derecho" implica, pues, coherencia hacia el pasado (al basar su decisión en premisas generales derivadas de Fuentes reconocidas) y hacia el futuro (se impone la igualdad de trato, so pena de incurrir en arbitrariedad o discriminación). Las normas del Derecho objetivo cambian una vez que el juez toma la decisión; pero la función básica del juez no es modificar el contenido del Derecho sino hacerlo coherente, efectivo y aplicable.

La sentencia judicial tiene la fuerza del Derecho como un todo y ella sintetiza el paso de la diversidad de normas jurídicas (y de fuentes del Derecho) a la unidad del Derecho en la solución del caso. Este paso está mediado (y parcialmente controlado) por el método jurídico y la teoría de la argumentación.

Alexy distingue tres tipos de procedimientos jurídicos: El primero es el de la creación estatal de normas jurídicas, que sirve para seleccionar tan sólo algunas de todas las normas discursivamente posibles. Sin embargo, ningún sistema jurídico puede garantizar que todos los casos puedan resolverse en forma puramente lógica, mediante el uso tan sólo de las normas vigentes y de la información sobre los hechos; dadas la vaguedad del lenguaje jurídico, la imprecisión de las reglas del método jurídico y la imposibilidad de prever todos los casos posibles¹³³. Resulta por ello justificado un segundo procedimiento: la argumentación jurídica o discurso jurídico. Ahora bien, el discurso jurídico tiene también sus límites, en cuanto que no proporciona siempre una única respuesta correcta para cada caso. Se necesita por ello un nuevo procedimiento, el proceso judicial, que deja subsistente nada más una respuesta de entre las discursivamente posibles. A diferencia del procedimiento del discurso jurídico, los otros dos procedimientos tienen carácter institucionalizado (es decir, están regulados por normas jurídicas, de manera que ello asegura que se llegue a un resultado definitivo y que sea además obligatorio) y contienen no sólo un aspecto argumentativo, sino también un elemento de decisión¹³⁴.

¿Qué permite conciliar nuestra noción de Estado de Derecho, cuyo propósito central es la certeza jurídica, la separación de poderes y la seguridad de las expectativas, con el carácter argumentativo (y retórico) del Derecho? MacCormick, en *Retórica y*

¹³³ ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid, España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1989.

¹³⁴ ATIENZA, *op. cit.* (n.26), pp. 163-164.

Estado de Derecho (1999)¹³⁵, sugiere una respuesta: para que sea posible, dice, el Estado de Derecho debe existir un sistema de reglas enunciadas con claridad, que operen de manera prospectiva, que se expresen en términos generales, que establezcan exigencias de conducta realmente alcanzables y que formen un conjunto coherente y no arbitrario¹³⁶.

La argumentación jurídica es un caso especial del razonamiento práctico al que se le aplican las condiciones de racionalidad y razonabilidad de éste; de modo que toda afirmación debe fundarse en razones y cualquier afirmación puede ser cuestionada. Los principios o lugares comunes aceptados en el Derecho son necesarios como punto de partida de la argumentación, pero son “desafiables” (derrotables por el test de universalización y coherencia global). Si el Estado de derecho es una protección contra la intervención arbitraria de agentes estatales en la vida de la gente, dicha intervención debe basarse en reglas y, al mismo tiempo, asegurar el derecho de defensa (procedimiento contradictorio) para cuestionar la relevancia de la demanda o acusación, y discutir las pruebas e interpretaciones en que ella se base. Concluye MacCormick: “la certeza del Derecho es, por tanto, certeza derrotable” y “el carácter argumentable del Derecho no es la antítesis del Estado de Derecho, sino uno de sus componentes”¹³⁷.

Política, Moral y Derecho, es cierto, se pueden distinguir por el carácter institucional y coactivo del Derecho (las normas jurídicas son algo distinto de las normas morales y de las convenciones sociales); pero existe una conexión necesaria al nivel de la “Argumentación” (a la hora de aplicar las normas –asignándoles un determinado sentido– para imponer un cierto punto de vista, o pretensión)¹³⁸. Cuando se predica la “validez” de una norma jurídica necesariamente se plantea una “pretensión de corrección”¹³⁹. La argumentación jurídica (el discurso legal) es la continuación de la

¹³⁵ MACCORMICK, Neil. “Retórica y Estado de Derecho”, en: *Isegoría*, 21, 1999.

¹³⁶ Sigue a FULLER, Lon L. *La moral del derecho*. México DF: Trillas, 1967.

¹³⁷ MACCORMICK, *op. cit.* (n.135), p. 21.

¹³⁸ Aguiló advierte que justamente en el paso desde el Estado legal al Estado constitucional de Derecho se sitúa la explicación de la crisis del positivismo jurídico y del auge de la argumentación jurídica. A nivel superficial, puede sostenerse que dado que el concepto de soberanía entra en crisis en este nuevo paradigma de Estado, la simple apelación a la autoridad y a su voluntad ya no puede considerarse suficiente para justificar una decisión en cualquier ámbito del derecho. En el Estado constitucional las decisiones deben justificarse auténticamente y de allí la importancia de la argumentación jurídica. En un nivel más profundo, la cuestión gira en relación al papel que juega la argumentación jurídica en la conceptualización misma del derecho. Ver AGUILÓ, Josep. *Sobre Derecho y Argumentación*. Palma de Mallorca, España: Leonard Muntaner, 2008, pp. 11-28.

¹³⁹ ALEXY, Robert. *El Concepto y la naturaleza del derecho*. Madrid, España: Marcial Pons, 2008.

política, no por cualquier medio sino por un medio especial (una “razón técnica”)¹⁴⁰; uno que es capaz de movilizar la fuerza socialmente organizada para un propósito dado.

Cuando los derechos se consagran en la Constitución esto implica un impulso a la “cultura” de los derechos: los jueces deben resolver casos difíciles; se promueve una mayor igualdad y, en circunstancias favorables, una “revolución de derechos”. Esto, desde la perspectiva argumentativa, no es judicialización en un sentido negativo (pues no implica un “activismo ideológico” de parte de los jueces).

Hay derechos implícitos y los jueces pueden declarar inconstitucional una ley aprobada por el parlamento –expulsándola del sistema– por infringir estos principios. Los principios constitucionales son utilizados por los jueces tanto para justificar un derecho (en concreto) como para interpretar normas establecidas. El origen y peso de los principios depende del “sentido de adecuación” desarrollado por los miembros de la profesión legal y por los ciudadanos en el tiempo. Argumentar a favor de un principio es tejer una trama con un conjunto de estándares interrelacionados, “en constante movimiento y evolución” a la luz de prácticas institucionales, de criterios interpretativos y de una diversidad de fuentes (actos de autoridad) que se articulan entre sí.

La respuesta a la pregunta acerca de si tenemos o no un derecho es, entonces, una cuestión de principios y no una cuestión de políticas. Pero los derechos son inherentes a un sistema político, son creaturas de la historia y de la moral; su existencia en una sociedad depende “de la práctica y de la justicia de sus instituciones políticas”. La secuencia que este autor nos sugiere es: i) Analizar los objetivos políticos la sociedad (teoría de la sociedad); ii) deducir los principios inherentes a esa sociedad, de la totalidad de instituciones, leyes, objetivos políticos y estándares morales vigentes en ella (universo del discurso); iii) justificar los derechos (establecidos o implícitos) acordados por esa sociedad a los individuos que la integran con base en esos principios. Esta labor está guiada por los criterios evaluativos de integridad y coherencia¹⁴¹.

Los derechos constitucionales no son una “desfasada camisa de fuerza”¹⁴² que sólo puede renovarse por la vía de la reforma constitucional formal. Hay también reformas

¹⁴⁰ Por esto, no es tan profunda mi discrepancia con Ackerman, cuando dice que el Derecho no es política, él está tratando de apartarse de las posturas críticas; él –al igual que yo– no es un escéptico del Derecho.

¹⁴¹ Integridad, según Dworkin, implica imparcialidad –igual consideración y respeto–, justicia –ideales políticos– y cumplimiento estricto de los procedimientos; para “coherencia”.

¹⁴² [Ver opinión de J. Black en *Adamson v. California*, (1946) 332 US 46]

de significado (por la vía de interpretación y aplicación), que la adaptan a las teorías sociales y políticas de las sucesivas épocas en que ella se aplica.

Tomás y Valiente señala que: “La resistencia de la Constitución puede ser entendida como adaptabilidad a la dinámica política, permitiendo que las diversas opciones políticas puedan alcanzar el poder y convertir en derecho del Estado las distintas expectativas pragmáticas por ellas ofrecidas a los ciudadanos. También como su capacidad para ser interpretada de forma flexible y hasta cierto punto cambiante en función de nuevos problemas y sensibilidades o exigencias a propósito de los derechos fundamentales en ella positivizados pero no definidos. Y además, como resistencia a la reforma, haciéndola innecesaria”¹⁴³. Ahora bien, como advierte Ferreres, los derechos fundamentales deben reflejar el consenso de la sociedad, es decir, la mayoría de los ciudadanos y sus representantes han de estar de acuerdo con su contenido¹⁴⁴. Luego, “si la constitución es de difícil reforma, existe el riesgo de que, con el transcurso del tiempo se produzca el divorcio entre su contenido material y el consenso mayoritario de la sociedad (...). Puede ocurrir que la mayoría no considere “correcto” alguno de los derechos registrados en la Constitución. Y puede suceder también que la mayoría estime insuficiente el catálogo de derechos, por no incluir algún derecho “nuevo” que reputa fundamental”. La Constitución rígida puede evitar el riesgo de “deslegitimación” empleando términos abstractos al enunciar derechos y admitiendo excepciones implícitas en el ejercicio de los mismos, en función de otros derechos y bienes que hay que ponderar (otra vez, vía justicia constitucional).

Ahora bien, dado que rigidez y abstracción no siempre van de la mano y que algunas cláusulas podrían tornarse “cerradas” por decisión del Tribunal Constitucional, a mi juicio, la constitución debe abrirse a su desarrollo político-jurídico (legislativo y judicial), tanto por la vía de la modulación, ponderación o aplicación de sus principios –esas “ambigüedades gloriosas”– como por la vía de un procedimiento de reforma más flexible, si se la quiere liberar efectivamente de la tradición y el autoritarismo, y conciliar de manera coherente el principio de supremacía constitucional con el principio democrático¹⁴⁵.

Es tarea de la teoría jurídica proponer un método para descubrir qué derechos tenemos en una determinada sociedad. Ese método supone (elaborar y) adoptar una

¹⁴³ TOMÁS Y VALIENTE, FRANCISCO. “La resistencia constitucional y los valores”, en: *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho* N° 15-16 (1994), p. 639.

¹⁴⁴ FERRERES, VÍCTOR: “Una defensa de la Rigidez Constitucional”, en: *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho* N° 23 (2000), p. 33

¹⁴⁵ LEÓN, JOSÉ JULIO. “La Reforma Constitucional y el Principio Democrático”, en: *Revista de Derecho Público*, 69, 2007, pp. 45-58.

teoría política particular. Va más allá de la “retórica política” en cuanto busca precisar que facultades, poderes, libertades e inmunidades implica un derecho (en este caso la educación superior) en sentido jurídico estricto. Pero también va más allá del “discurso jurídico tradicional”, en cuanto va de las fuentes formales a las materiales, para analizar el discurso político que explica el surgimiento y objetivos de las normas jurídicas que tratan la materia; intenta reconstruir las “teorías políticas” que las dotan de significado y propone, finalmente, una “síntesis intergeneracional” de dichas teorías¹⁴⁶. Opera con los argumentos que permiten armonizar el principio constitucional y democrático.

El argumento de base es que sólo se puede justificar la imposición colectiva de un modelo de conducta cuando se basa en decisiones previas adoptadas por el pueblo en cuanto soberano (a través de las “instituciones” que representan esa voluntad); interpretadas adecuada y actualmente conforme a los criterios hermanos de integridad y coherencia, en el marco de una concepción del Estado de Derecho centrada en los derechos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAMOVICH, Victor y COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid, España: Trotta, 2002.

ACKERMAN, Bruce. *La Constitución viviente*. Madrid, España: Marcial Pons, 2011.

_____. *La justicia social en el Estado liberal*. Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, 1993.

_____. “Transformative Appointments”, en: *Harvard Law Review*, 101, 1988, pp. 1164-84.

¹⁴⁶ Ackerman plantea un patrón tripartito de soberanía popular, Movimiento, partido, presidencia. La agenda del movimiento se institucionaliza en un programa de gobierno que, mediante el apoyo electoral, logra promover “leyes estandarte” e instalar en el Tribunal Supremo a jueces simpatizantes del movimiento (44-46). Argumenta que las transformaciones constitucionales claves en la historia norteamericana han pasado por 5 fases: señalamiento, propuesta, detonación, ratificación (electoral) y consolidación. La Constitución viviente es el producto de ciclos de soberanía; la legislación constitucional es un proceso que incluye un debate público intenso, respuestas institucionales, y que culmina con una serie de textos legales clave que expresan la voluntad mayoritaria expresada antes en las urnas. Se consolida cuando la jurisprudencia sanciona esos textos como coherentes con la Constitución. Véase ACKERMAN, *op. cit.* (n.16).

AGUILÓ, Josep. *Sobre Derecho y Argumentación*. Palma de Mallorca, España: Lleonard Muntaner, 2008

_____. "Sobre la constitución del Estado Constitucional", en: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 24 (2001), pp. 441 y ss.

_____. "Sobre el Constitucionalismo y la resistencia constitucional", en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* N° 26 (2003), pp. 289-317.

_____. *Teoría general de las fuentes del derecho (y del orden jurídico)*. Barcelona, España: Ariel, 2000.

ALEXY, Robert. *Teoría del discurso y Derechos Humanos*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2004.

_____. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ARISTÓTELES. *Retórica*. Barcelona, España: Gredos, 2005.

_____. *Política*. Barcelona, España: Gredos, 2000.

ATIENZA, Manuel. *Curso de argumentación jurídica*. Madrid, España: Trotta, 2013

_____. *El sentido del derecho*. Barcelona, España: Ariel, 2001

ATRIA, Fernando. "El Derecho y la contingencia de lo político", en: *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 26 (2003), pp. 319-347

ATRIA, Fernando. "La hora del derecho: Los 'Derechos Humanos' entre la política y el derecho", en: *Estudios Públicos*, 91, 2003, pp. 45-89.

AUSTIN, John. "Primera lección de "la delimitación del ámbito de la teoría del derecho". En: CASANOVAS ROMEU, Pompeu y MORESO, Josep Joan (coords.) *El ámbito de lo jurídico: lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*. Barcelona, España: Crítica, 1994, pp. 178-201

BOBBIO, Norberto. *El futuro de la democracia*. Bogotá, Colombia: FCE, 1996.

BODENHEIMER, Edgar. *Teoría del Derecho*. México DF: FCE, 1994

BOURDIEU, Pierre y TEUBNER, Gunther. *La fuerza del Derecho*. Bogotá, Colombia: Siglo del Hombre Editores, 2000.

BULYGIN, Eugenio. "Los jueces ¿crean derecho?", en: *Isonomía*, 18, 2003, pp. 7-25.

CALABRESI, Guido y MELAMED, A. DOUGLAS. "Reglas de propiedad, reglas de responsabilidad y de inalienabilidad: Una vista desde la catedral", en: *Estudios Públicos*, 63, 1996, pp. 347-91.

CODDOU, Alberto. "El nuevo Tribunal Constitucional y los derechos sociales: el caso de las Isapres". En: COUSO, Javier (ed.) *Anuario de Derecho Público 2010*. Santiago, Chile: Ediciones Universidad Diego Portales, 2011, pp. 55-73.

COUSO, Javier "Consolidación democrática y Poder Judicial: los riesgos de la judicialización de la política", en: *Revista de Ciencia Política*, Vol. XXIV, N° 2 (2004), pp. 29-48.

DAHL, Robert. *How democratic is the American Constitution?* New Haven, Estados Unidos: Yale University Press, 2001.

DELGADO, D. *Valoración del daño moral en la responsabilidad médica*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica Aremi, 2009.

DWORKIN, Ronald. *Una cuestión de principios*. Madrid, España: Siglo XXI, 2012

_____. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge (MA), Estados Unidos: Harvard University Press, 2011

_____. *El imperio de la Justicia*. Barcelona, España: Gedisa, 2005.

_____. *Los derechos en serio*. Barcelona, España: Ariel, 2002.

ELSTER, J. y SLAGSTAD, R. *Constitucionalismo y Democracia*. México DF: Fondo de Cultura Económica, 1999

ELY, John H. *Democracia y desconfianza: una teoría del control constitucional*. Bogotá, Colombia: Siglo del Hombre Editores, 1997

EPP, Charles R. *La Revolución de los Derechos*. Madrid, España: Siglo XXI, 2013.

FERRERES, Víctor: "Una defensa de la Rigidez Constitucional", en: *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho* N° 23 (2000), pp. 29-47.

FULLER, Lon L. *La moral del derecho*. México DF: Trillas, 1967.

GARGARELLA, Roberto. "Interpretación del Derecho". En: VVAA. *Derecho Constitucional*. Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot, 2004.

GUARNIERI, Carlo y PEDERZOLI, Patrizia. *Los jueces y la Política*. Barcelona, España: Taurus, 1999.

GUASTINI, Riccardo. "Sobre el concepto de Constitución" *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 1, 1999, pp. 161-76.

HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid, España: Trotta, 2005.

HART, H. L. A. *El Concepto de Derecho*. Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot, 1977.

HILBINK, Lisa y CORREA SUTIL, Jorge. "The Judiciary and the Political System in Chile: The dilemmas of Judicial Independence During the Transition to Democracy". En: STOTZKY, I. (ed.). *Transition to Democracy in Latin America: The Role of the Judiciary*. Boulder, Estados Unidos: Westview Press, 1993.

HOLMES, Stephen. "El precompromiso y la paradoja de la Democracia". En ELSTER, J. y SLAGSTAD, R. *Constitucionalismo y Democracia*. México DF: Fondo de Cultura Económica, 1999, pp. 217-262

KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. México DF: UNAM, 1982.

_____. "La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional). En DEL MISMO, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Madrid, España: Debate, 1998.

KENNEDY, Duncan. *Izquierda y Derecho*. Madrid, España: Siglo XXI, 2010

LEÓN, José Julio. "Justice, prejudice, and the basis for reasonable legal argument: the Karen Atala Case". *COGENCY. Journal of Reasoning and Argumentation*, vol. 3, N° 2, 2011, pp. 125-145.

_____. "De los criterios de argumentación que deben guiar las decisiones (contra-mayoritarias) del Tribunal Constitucional", en: *Revista de Ciencias Sociales*, 2007.

_____. "La Reforma Constitucional y el Principio Democrático", en: *Revista de Derecho Público*, 69, 2007, pp. 45-58.

_____. "Argumentación e Interpretación Constitucional", en: *II Jornada Chileno-Argentina de Filosofía del Derecho y Filosofía Social*, 20, 21 y 22 de octubre de 2006.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona, España: Ariel, 1982.

LÓPEZ MEDINA, Diego. *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Bogotá, Colombia: Legis-Universidad de Los Andes-Universidad Nacional de Colombia, 2004.

MACCORMICK, Neil. *Institutions of Law: An Essay in Legal Theory*. Oxford, Reino Unido: Oxford University Press, 2007

_____. "Retórica y Estado de Derecho", en: *Isegoría*, 21, 1999

_____. "Defeasibility in Law and Logic". En Z. BANKOWSKI *et al* (eds.) *Informatics and the Foundations of Legal Reasoning*. Dordrecht, Holanda: Springer, 1995, pp. 99-117

MAQUIAVELO, Nicolás. *El Príncipe*. Madrid, España: Planeta, 2012

MATURANA, Humberto. *La objetividad, un argumento para obligar*. Santiago, Chile: JC Saez Editor, 2004.

MONTE, S. y CÁRDENAS, J. "La declaración de inconstitucionalidad del artículo 38 ter de la Ley de Isapres: Mitos y realidades de un fallo histórico". En COUSO, Javier (ed.) *Anuario de Derecho Público 2011*. Santiago, Chile: Ediciones Universidad Diego Portales, 2012, pp. 17-53

MORESO, J. J. y VILAJOSANA, J. M. *Introducción a la teoría del derecho*. Madrid, España: Marcial Pons, 2004

NINO, Carlos S. *Algunos modelos metodológicos de ciencia jurídica*. México DF: Fontanamara, 1993.

PEÑA GONZÁLEZ, Carlos. "El concepto de cohesión social. Debates teóricos y usos políticos". En: VVAA. *Redes, Estado y Mercado. Soportes de la cohesión social latinoamericana*. Santiago, Chile: Uqbar, 2008, pp. 29-95

PERELMAN, Chaïm. *De la Justicia*. México DF: Centro de Estudios Filosóficos UNAM, 1964

POSNER, Richard A. *Cómo deciden los jueces*. Madrid, España: Marcial Pons, 2011.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid, España: Alianza, 2001.

TOMÁS Y VALIENTE, Francisco. "La resistencia constitucional y los valores", en: *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho* N° 15-16 (1994), p. 639.

STERNBERGER, Dolf. *Dominación y acuerdo*. Barcelona, España: Gedisa, 1992

TOULMIN, Stephen. *Los usos de la argumentación*. Barcelona, España: Península, 2007

VVAA. "Responsabilidad Médica", en: *Cuadernos de Análisis Jurídico*, Colección Derecho Privado, Ediciones Universidad Diego Portales, N° VI, 2010.

WALDRON, Jeremy. *Derecho y desacuerdos*. Madrid, España: Marcial Pons, 2005.

WEBER, Max. *Economía y Sociedad*. México DF: FCE, 2008.

_____. *Obras selectas*. Buenos Aires, Argentina: Distal, 2003.

