

RACIONALIZACIÓN, RACIONALIDAD MATERIAL Y DECISIONES JUDICIALES

Wilson Yesid Suárez Manrique

*Maestría en Hermenéutica Jurídica, Universidad Industrial de Santander, Bucaramanga (Col); Especialista en Derecho Procesal, Universidad Santo Tomás (Col); Abogado, Universidad Santo Tomás, Bucaramanga; Docente; Universidad Santo Tomás, Bucaramanga; Docente Investigador Universidad Santo Tomás, Bucaramanga (Col).
E-mail: wilsonyesidsuarez@gmail.com*

Resumen

Según G. von Wright la actividad legislativa puede juzgarse de conformidad con reglas de racionalidad. Éstas permiten determinar si un instituto jurídico es satisfactorio. Es satisfactorio cuando “es posible que todos los estados de cosas que las normas del corpus hacen que sean obligatorios se den a lo largo de toda la historia del corpus, y es posible que todos los estados de cosas que las normas permiten se den alguna vez en la historia del corpus”. El objetivo de la ponencia es evaluar la racionalidad de las reglas de interpretación contractual establecidas en el Código Civil colombiano, con base en los parámetros de satisfactibilidad de la lógica deóntica de von Wright.

Palabras clave: Racionalización, racionalidad material, decisiones judiciales, interpretación contractual

Abstract

According to G. von Wright the legislative activity can be judged according to the rationality rules. These rules allow to determine if a juridical institution is satisfactory. It is satisfactory when “it is possible that all the state of things that the norms of the corpus make them obligatory are given along the whole history of the corpus, and it is possible that all the state of things that the norms permits will be given at some point in the history of the corpus”. The objective of this paper is to evaluate the rationality of the rules of contractual interpretation established in the Colombian Civil Code, considering the satisfiability parameters from the deontology logic of von Wright.

Keywords: Rationalization, substantive rationality, judicial decisions, contract interpretation

Résumé

Selon G. von Wright activité législative peut être jugée conformément aux règles de la rationalité. Ils déterminent si une règle de droit est satisfiable. Est satisfiable quand «il est possible pour tous les états de choses que les règles les rendre obligatoires corpus de se faire tout au long de l'histoire du corpus, et il est possible que tous les états de choses que les règles lui permettent jamais donner dans l'histoire du corpus. «Le but de cette étude est d'évaluer le caractère raisonnable des règles d'interprétation contrat établi dans le Code civil colombien, basée sur des paramètres de satisfiabilité logique déontique de von Wright.

Mots-clés: Rationalisation, la rationalité de fond, les décisions judiciaires, l'interprétation du contrat



Cañón del Chicamocha - Ceibas Barrigonas
Jorge William Sánchez Latorre

RACIONALIZACIÓN, RACIONALIDAD MATERIAL Y DECISIONES JUDICIALES*

Wilson Yesid Suárez Manrique

El objetivo del presente artículo es argumentar en favor del proceso de racionalización del derecho como un componente necesario para buscar la racionalidad de la toma de decisiones judiciales en la posmodernidad.

Lo preliminar supone cierta irracionalidad en la toma de decisiones judiciales. Esta irracionalidad se deriva del proceso de materialización del derecho que se produjo en el tránsito del Estado de Derecho al Estado Constitucional, en el paso de la racionalidad formal a la material, en la traslación de la mera legalidad a la estricta legalidad. El dotar de contenido sustantivo la función del legislador y del juez, hace, entre otras cosas, que éste ostente un material pre-teórico insatisfactorio que, en últimas, torna en incoherente su trabajo. Así pues, puede decirse que la racionalización material del derecho implicó una especie de irracionalidad juzgadora (No pueden derivarse conclusiones racionales de elementos, *prima facie*, irracionales, este es el principal problema actual para la toma de las decisiones judiciales).

Para desarrollar el objetivo planteado el escrito se divide en cuatro secciones principales. En la primera, se describen algunos aspectos elementales sobre la racionalización y la racionalidad en lo jurídico. En la segunda, desde diferentes perspectivas contextuales, se describen los rasgos básicos del cambio dado del Estado de Derecho al Estado Constitucional. En tercer lugar, se critica la racionalidad de la toma de decisiones judiciales en el Estado Constitucional debido al proceso de racionalidad material del derecho. Por último, a manera de conclusiones, se plantean algunos aspectos que bosquejan la intención de buscar la racionalidad de las decisiones judiciales a partir de la racionalización del derecho.

* El artículo reflexiona sobre la racionalización y racionalidad material en las decisiones judiciales. Se desarrolla en el marco de la Línea de Neoconstitucionalismo y Convivencia Pacífica, Grupo de Investigación Neoconstitucionalismo y Derecho. Universidad Santo Tomás Bucaramanga (Col).

1. LA RAZÓN Y EL DERECHO

1.1. La razón o la racionalidad como un concepto poco claro

Sobre el tema de la razón o la racionalidad se han dicho muchas cosas. Tantas que parecería confuso establecer un concepto lineal que pueda incorporar las diferentes nociones que, en contextos diversos, se han establecido sobre ella. Con posterioridad a la utilización filosófica de tal concepto, se ha producido una explosión de concepciones relativas a la racionalidad o temas afines, especialmente, en las ciencias sociales.

En economía resaltan las aportaciones de Stuart Mill y Neuman; en el tema de la elección racional, se recuerda a Elster; en la etnología a Winch; en la teoría de la ciencia no pueden pasar desapercibidos Popper y Feyerabend; en la Sociología y el derecho sobresalen, especialmente, Habermas, la racionalidad Weberiana y las aportaciones de Bobbio, Ferrajoli y von Wright; en la argumentación se realiza a Perelman y Toulmin.

Tanto enredo y términos diferentes para referirse a lo mismo con diferentes sustantivos o adjetivos, o desde diferentes perspectivas, conllevó a que se efectuaran esfuerzos para esclarecer el concepto de racionalidad. Quizás, uno de los más importantes para lograrlo haya sido el planteamiento de Herbert Schnádelbach. Autor que trató de tipificar las diferentes líneas de racionalidad en tres vertientes: como fundamentación en el lenguaje objeto, como argumentación y como seguimiento de reglas. En la primera línea,

“la racionalidad se caracteriza esencialmente por la capacidad de fundamentar, donde la expresión fundamentación no ha de entenderse, por lo pronto, mucho más que la respuesta a las preguntas que comienzan con la interrogación: ¿Por qué?”

Luego, la racionalidad viene a ser la respuesta fundamentada que se da, con base en un por qué¹. En la segunda línea la racionalidad se caracteriza por

“las fundamentaciones mismas en el nivel del lenguaje objeto que se refieren a dichos estados de cosas, y más concretamente a las pretensiones de validez vinculadas a dichas fundamentaciones”².

1 Esta primera línea general de racionalidad, puede disgregarse de forma específica en cuatro categorías, según la forma como se conviene los pares objetivo-subjetivo y teórico-práctico. La primera categoría, refiere a la racionalidad en el campo teórico-objetivo, la cual constituye una respuesta a la pregunta: ¿Por qué p existe? La segunda categoría refiere a la racionalidad en el campo práctico-objetivo, la cual constituye una respuesta a la pregunta: ¿Por qué debe hacerse p? La tercera categoría refiere a la racionalidad en el campo teórico-subjetivo, que responde a la pregunta: ¿Por qué dices que p existe? La cuarta categoría refiere a la racionalidad en el campo práctico-subjetivo, que responde a la pregunta: ¿Por qué haces p?

2 Esta forma de racionalidad se encuentra entremezclada con la crítica y la fundamentación en el nivel del lenguaje objeto.

En la tercera línea, la racionalidad se entiende como la capacidad que se ostenta a efectos de seguir ciertos parámetros preestablecidos. En este punto, una acción se considera racional cuando ha sido efectuada de conformidad con unas pautas previas (Schnádelbach, 2000, 397-422)³.

1.2. La razón en lo jurídico: racionalización y racionalidad

La proliferación de las nociones de razón o racionalidad en la teoría “general” se implicó en el derecho. Tratar de establecer cuál es el papel o los alcances de ellas en lo jurídico desbordaría el objeto de este modesto escrito y podría llevar a confusiones⁴. Para superar ello, habrá que tomarse un concepto más o menos estándar que explique el fenómeno y que sirva como presa de trabajo. De forma deliberada se decide tomar, como presupuesto, algunas elucubraciones dadas al respecto por Weber.

Así pues, se parte de la distinción entre racionalización del derecho y racionalidad formal y sustantiva. La racionalización del derecho alude a aspectos de carácter más estructural, de construcción coherente y armónica de estructuras junto con sus derivaciones. Por su parte, la racionalidad refiere más a la consideración o no, de aspectos sustantivos en el derecho.

1.3. La racionalización como dogmática del derecho

En la racionalización del derecho se encuentran tres conceptos fundamentales: la generalización, la sistematización y la previsibilidad. Los dos primeros son procesos de racionalización específicos, el tercero es un producto derivado de aquellos. La generalización refiere al proceso de “reducción de las razones determinantes de la solución del caso particular a uno o varios “principios”, los “preceptos jurídicos” (Munné, 2006, 74). Es decir, se entiende como un proceso inferencial de mayor abstracción en el cual se trata de establecer conceptos generales cuya amplitud pueda englobar un variado número de casos particulares⁵. A ello se alude, por ejemplo,

3 El seguimiento de reglas supone una reflexividad en la adecuación a previas pautas establecidas.

4 En Bobbio se entiende la razón como capacidad de razonar, cálculo, inferencia, argumentación, facultad cognitiva. BOBBIO, Norberto, *La Razón en el Derecho*. Ponencia inaugural del Congreso *La Ragione nel Diritto*, celebrada en Bolonia en 1984.

5 Empero, en caso contrario, “al contar con “preceptos jurídicos” cada vez más amplios se influye a su vez en el examen del caso concreto, se busca determinar cuáles de las particularidades de las situaciones de hecho pueden resultar relevantes”. La racionalidad ya no del orden normativo, sino del pensamiento jurídico (la cultura jurídica que comparten los operadores del derecho), Weber considera racional a la formación de conceptos generales por abstracción de lo sensible, interpretación lógica del sentido, generalización y subsunción, que después se deben aplicar silogísticamente, como normas (p. 590). Cuando se refiere a la racionalidad de los medios de prueba tiene relevancia su aptitud para el descubrimiento de la verdad (p. 606), se conecta así con su idea de la racionalidad en el sentido de utilización de recursos empíricos para la obtención de conocimiento objetivo y verdadero. Febbrajo, Alberto, “Capitalismo, stato moderno e diritto racionale-formale”

cuando se trata de establecer ciertos principios sistémicos del ordenamiento o en el caso de la *analogia iuris*⁶.

La sistematización refiere al proceso según el cual, con base en referentes de coherencia y armonía, se establecen relaciones de preceptos jurídicos con el fin de ordenarlos en un instituto racionalizado⁷. Se sistematiza el derecho, pues, cuando trata de eliminarse de él, las ambigüedades, indeterminaciones, lagunas, incoherencias, contradicciones y redundancias.

Esta forma de racionalización del derecho es análoga a la finalidad de la dogmática jurídica. La tarea de la investigación jurídica se ha denotado de diversas formas. Se ha entendido como: “describir las normas jurídico-positivas” (Melero, 2002)⁸, establecer el sentido de las normas⁹, o en explicarlas¹⁰; o en deducir y ordenar sistemática y conceptualmente las formulaciones jurídicas¹¹, o desde la función cognitivista y no cognitivista¹², desde el *in-put*¹³, desde el nivel empírico, analítico

en Treves, Renato, Max Weber e il diritto cit., pp. 43 y ss. Fariñas Dulce, María José La sociología del derecho de Max Weber, México, UNAM, 1989, p. 214

6 Ver Sentencia de la Corte Constitucional C 083 de 1995.

7 El derecho primitivo desconoce la sistematización y no todos los derechos modernos la incluyen como pretensión (verbigracia, el derecho inglés). Además, cuando esa pretensión existió, la sublimación lógica del sistema fue casi siempre muy imperfecta. Munné, Guillermo. Racionalidades Del Derecho Según Max Weber y El Problema Del Formalismo Jurídico. Santa Fe (Argentina): ISONOMIA 25. 2006. Pp 76 -77.

8 “La dogmática jurídica puede entenderse como el saber que trata de describir las normas jurídico-positivas”. Melero Alonso, Eduardo. La dogmática jurídica es política. La importancia de las concepciones políticas en el trabajo de los juristas: Un acercamiento desde el derecho público. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid. 2002, p, 37.

9 Karl Larenz dice que la dogmática jurídica es aquella ciencia acerca del derecho que se ocupa de él ante todo bajo el aspecto del concepto normativo y, por ende, del sentido de las normas. *Ibidem*.

10 “La función principal que se le atribuye a este saber consiste en explicar el contenido de las normas jurídicas”. *Ibidem*.

11 Según Kelsen la tarea de la investigación jurídica consiste “en deducir el contenido de las disposiciones jurídicas válidas con relación al sistema jurídico íntegro y, por último, ordenar conceptual y sistemáticamente, también con ese fin, el material jurídico, alivia al juez en la fundamentación de su decisión al suministrarle argumentos que son ampliamente aceptados como la respectiva doctrina dominante”. KELSEN, Hans, Teoría General del Derecho y del Estado, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1995, p, 59.

12 El modelo de Alchourrón y Bulygin distingue -en las prácticas teóricas de los dogmáticos del derecho- dos clases de actividades: las cognoscitivas, por un lado y las no cognoscitivas, por el otro. Las primeras son actividades en las que se cumplen reglas de control racional e intersubjetivo de las proposiciones identificadoras de los dogmáticos. Las segundas, no pretenden informar sino expresar las normas que los legisladores y jueces de un sistema definido deben tener en cuenta para la fundamentación de sus decisiones prácticas. Alchourrón, Carlos, y Bulygin, Eugenio, Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1974, p, 6.

13 Según Luhmann, la dogmática jurídica, en su forma clásica, se caracterizaba por su orientación hacia el input del sistema, es decir, hacia el pasado, hacia las normas, y de ahí que a la dogmática

y normativo¹⁴; no obstante, lo anterior, puede resumirse a grandes trazos en que la finalidad de la dogmática consiste en: identificar, reformular y sistematizar el derecho positivo. Lo cual, resulta ser una amalgama de actividades afines con el proceso de racionalización del derecho; por tanto, podría decirse que la finalidad de la dogmática jurídica¹⁵ es la racionalización del derecho.

El proceso de racionalización del derecho conlleva a dotar de estabilidad las disposiciones jurídicas¹⁶. Lo cual se traduce en la previsibilidad de las decisiones judiciales.

La previsibilidad, por su parte, no refiere a una racionalización del derecho desde adentro, sino más bien respecto de su aplicación (lo cual no indica que se encuentre la previsibilidad separada de la generalización y la sistematización). Entre más racionalizado esté el derecho más previsible es la toma de decisiones judiciales. Un derecho horadado de incoherencias y contradicciones restaría previsibilidad a las decisiones del juez. Así pues, este proceso

se la hiciera cumplir, fundamentalmente, funciones clasificatorias (los conceptos proporcionaban reglas para estandarizar y clasificar casos sometidos a decisión). Esta orientación venía reforzada por una concepción de la justicia como igualdad abstracta (la justicia consistiría en decidir de manera igual casos —formalmente— iguales) concepción que, a su vez, servía para valorar positivamente el proceso de autonomización (diferenciación) del sistema jurídico. Cfr. Atienza, Manuel. *El Futuro de la Dogmática Jurídica, Crítica de Libros*, Madrid: El Basilisco, 1980, p. 64.

- 14 En la dimensión analítica de lo que se trata es de la consideración sistemático-conceptual del derecho válido. El espectro de las tareas se extiende desde el análisis de los conceptos fundamentales, pasando por la construcción jurídica, hasta la estructura del sistema jurídico, y de la fundamentación sobre la base de los derechos fundamentales. En una dimensión empírica de la dogmática jurídica se puede hablar en un doble significado: primero, con relación al conocimiento del derecho positivamente válido y, segundo, con relación a la utilización de las premisas empíricas en la argumentación jurídica. El conocimiento del derecho positivamente válido es tarea de la dimensión empírica. El material dotado de autoridad obtenible de la dimensión empírica no basta, en todos los casos más o menos problemáticos, para fundamentar vinculadamente el juicio jurídico de deber ser. Ello hace necesario recurrir a valoraciones adicionales, y, así, a la dimensión normativa. Presupuesto de racionalidad de toda ciencia es la calidad conceptual, la no contradicción y la coherencia. ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Impreso en Solana e hijos, A.G., S.A., 2002. p. 30-34.
- 15 “La dogmática jurídica persigue de todos modos una actualización semejante de las disposiciones legales, que pertenecen a su objeto de investigación. Lo hace en verdad, la mayoría de las veces. A través de esto no sólo descarga al juez, sino al mismo tiempo lo limita, puesto que lo lleva a apoyarse exclusivamente en construcciones dogmáticas y a exteriorizar sus argumentos en toda dimensión.” Petev, Valentín. *Metodología y Ciencia Jurídica en el Umbral del Siglo XXI*. Traducción de Luis Villar Borda. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996. p. 59.
- 16 “El rasgo característico de la metodología tradicionalista era una cierta estabilidad y permanencia en cuanto a los objetivos que perseguía y los postulados que formulaba. El mayor deseo fue no sólo alcanzar una aproximación aclaratoria de los problemas que plantea la interpretación y la aplicación del derecho, sino también y sobre todo, elaborar un instrumento, una técnica segura que garantice soluciones correctas y justas.” *Ibidem*.

“se hace visible tomando en cuenta las relaciones de los individuos con el sistema y con los demás individuos, pudiéndose hablar entonces de una perspectiva intersubjetiva”¹⁷.

1.4. Las formas de racionalidad: de lo formal a lo sustantivo

Ahora bien, en el campo de la racionalidad formal y sustantiva¹⁸, no se trata de una perspectiva relativa a la composición (o sus derivados) del derecho, sino más bien de una forma de enfocar la racionalidad desde el punto de vista de la adecuación o no a ciertos contenidos, éticos, políticos o culturales. La racionalidad formal se toma como aquel punto de vista según el cual en la creación y aplicación del derecho no se toman en cuenta contenidos éticos políticos o culturales, sino determinados elementos calificativos no sustanciales. Es decir,

“se considera como formalismo jurídico al tratamiento especializado y autónomo de lo jurídico, recurriendo sólo a supuestos propios del derecho”.

En contrapartida, la racionalidad material se da cuando el derecho es horadado por conceptos éticos, políticos o culturales, es decir, se toma en consideración el contenido del derecho para determinar su racionalidad.

Estos dos tipos de racionalidad pueden revisarse en dos etapas diferentes: en la creación del derecho y en la aplicación del mismo¹⁹. La creación del derecho en la racionalidad formal tiene en cuenta que las normas hayan sido dictadas por el órgano

17 11Weber, Max, *Economía y sociedad*, trad. J. Medina Echevarría, J. Roum Parella, E. Imaz, E. García Máynez, México, Fondo de Cultura Económica, 2ª ed., 1964, pp. 509 y ss.

18 Estos tipos de racionalidad no ofrecen una sola perspectiva, de la obra del autor pueden extraerse múltiples significados de esas concepciones.

19 En otro momento se desea establecer la relación entre razón y derecho. El planteamiento se basa en el significado que puede ostentar la unión de los dos conceptos según se tomó el uno como sustantivo y el otro como adjetivo. En el primer caso, ley es el sustantivo y razón adjetivo, lo cual da como resultado, la expresión: “ley de la razón”. En el segundo caso, razón es sustantivo y derecho adjetivo, lo cual da como producto la expresión: “razón jurídica”. En el primer evento se diferencia un tipo de derecho respecto de otro, un derecho racional de otro que no es racional, y en el segundo evento, se diferencia una clase de razonamientos jurídicos de otra clase de razonamientos que pueden darse. En la expresión ley de la razón se utiliza el término razón en un sentido fuerte. Éste sentido concibe la razón como una facultad de “extraer la naturaleza de las cosas, de establecer nexos entre relaciones y recabar leyes vinculantes”. Esta noción puede ser llamada también razón sustancial. La cual, está vinculada con el momento de la producción del derecho. Luego, podría denominarse razón legisladora. Concepción que según los iusnaturalistas racionalistas ayudó a desligar al derecho de la teología, la voluntad y la historia. Pues, varió, respectivamente, la fuente, el fundamento y la forma de conocimiento. En la expresión razón jurídica se utiliza el término razón en un sentido débil. Éste sentido concibe la razón como “capacidad de razonar, como cálculo, inferencia, argumentación”. Esta noción puede ser llamada también razón formal. La cual, está vinculada con el momento de la aplicación del derecho. Luego, podría denominarse razón juzgadora. Concepción que ayuda a distinguir los razonamientos jurídicos de los razonamientos no jurídicos.

competente mediante el procedimiento establecido para ello. Luego competencia y ritualidad vienen a ser los presupuestos para la determinación de la racionalidad formal en la creación del derecho. Lo cual, puede llamarse razón legisladora formal. En donde, la noción de razón se utiliza en un sentido fuerte, desde la óptica de la trascendencia que se le otorga a la creación del derecho.

Por su parte, la aplicación del derecho en la racionalidad formal se caracteriza por la utilización de un método lógico deductivo. En donde, se hacen importantes las reglas de sustitución y de inferencia.

“La regla de sustitución determina que en una proposición se pueden sustituir las variables por constantes individuales que pertenecen al rango de las variables” (Schreiber, 1999, 82 y 85).

Mediante la regla de sustitución se establece, en la mayoría de los casos, los presupuestos para la aplicación de la norma. Mediante la regla de sustitución se obtiene de la proposición general una proposición individual pero que, sin embargo, no ha podido obtenerse la decisión jurídica en cuanto tal. Además, se hace necesaria una regla de inferencia mediante la cual se pueda pasar de la proposición individual a la decisión jurídica.

“La regla fundamental de inferencia dice que de la validez de una implicación y de su antecedente, puede inferirse la validez del consecuente²⁰”. Lo anterior puede llamarse razón juzgadora formal. En donde, la noción de razón es utilizada en un sentido débil, pues, de lo que se trata es de pasar de un caso general a un caso específico ciertas consecuencias jurídicas, se concibe la razón como “capacidad de razonar, como cálculo, inferencia”²¹.

La creación del derecho en la racionalidad material tiene en cuenta no sólo que las normas hayan sido dictadas por el órgano competente mediante el procedimiento establecido para ello, sino, además, que tales normas no contravengan las disposiciones de índole constitucional. Es decir, el derecho legislado es materializado. Luego competencia, ritualidad y respeto a principios constitucionales vienen a ser los presupuestos para la determinación de la racionalidad material en la creación del derecho. Lo cual, puede llamarse razón legisladora material. En donde, la noción de razón se utiliza en un sentido fuerte desde la óptica de la trascendencia que se le otorga a la creación del derecho y el esfuerzo adecuador.

Por su parte, la aplicación del derecho en la racionalidad material se caracteriza por la aplicación de un método constructivo. En donde, no se hacen tan importantes las reglas de sustitución y de inferencia, sino que se hace importante la proporcionalidad,

20 Expresada en símbolos, constituye la segunda regla de transformación del sistema de Russell. Es decir, la regla fundamental de inferencia tiene el esquema: $p \rightarrow q$, y p entonces q ; si vale la proposición si p entonces q y vale p , entonces vale también q .

21 Cfr. BOBBIO, Norberto, La Razón en el Derecho. Ponencia inaugural del Congreso *La Ragione nel Diritto*, celebrada en Bolonia en 1984.

junto con los sub-principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. La idoneidad desde el enfoque de la existencia de un fin constitucional, la necesidad desde la perspectiva de la inexistencia de medios más benignos, y la proporcionalidad en sentido estricto desde la óptica del peso de los principios. Lo anterior puede llamarse razón juzgadora material. En donde, la noción de razón es utilizada en un sentido fuerte, pues, de lo que se trata es de elaborar un proceso constructivo de argumentación para establecer una prevalencia, es decir, no es simplemente un proceso deductivo.

2. DEL ESTADO DE DERECHO AL ESTADO CONSTITUCIONAL

2.1. Del proyecto inacabado a la frustración de la posmodernidad

La modernidad fue alumbrada por ciertas concepciones provenientes de la ilustración. Así pues, la confianza desmedida en la racionalidad, la libertad, la igualdad, el universalismo y el cosmopolitismo, fueron los estandartes de éste periodo. Su punto de partida, pero no de llegada²². Los ideales modernos, en lo posible, se intentaron implicar en el derecho. Se predicó la confianza casi ciega en la racionalidad, la codificación, el principio de legalidad, y la libertad e igualdad en el derecho. No obstante, tales enunciados alegados se enfrentaron a rivales que los pretendieron derribar. Los cuales, de una u otra forma, estaban atados a concepciones empiristas o anti-formalistas que se contraponían a la base cimentada en la modernidad. Así pues,

“la teoría jurídica decimonónica y también la del siglo XX, ha consistido en un continuo flujo y reflujo de tesis que plantean la polémica entre el formalismo y el antiformalismo en el derecho; o sea, la controversia entre quiénes conciben el derecho como un conjunto de enunciados normativos que deben ser objeto de una elaboración lógica y sistemática, frente a quienes ven en el Derecho la expresión de determinadas conductas sociales y/o valores éticos materiales” (Domingo, 2004. 33-36).

Por el lado del formalismo resaltan las concepciones de la escuela de la exégesis en Francia y la Jurisprudencia de Conceptos en Alemania. Por el lado del antiformalismo resaltan la Libre Investigación Científica, en Francia, la Jurisprudencia de Intereses y la escuela del derecho libre en Alemania, y el realismo jurídico en Norte América y Escandinavia.

Las pretensiones de la modernidad no fueron cumplidas de la manera planeada. Ella fue, como se dijo, un proyecto inacabado. Lo cual, dio paso a la concepción de

22 Por tal motivo se ha referido a este periodo como un proyecto inacabado.

la posmodernidad. En este campo, la racionalidad se entendió limitada, la igualdad y la libertad se vieron inalcanzables o auto y hetero-contradictorias, el universalismo y cosmopolitismo se advirtieron remplazados por los nacionalismos y localismos. El centralismo en el conocimiento se convirtió en contingencia.

Tales cambios posmodernos se implicaron en el derecho. De cierta forma se variaron las principales concepciones de la modernidad sobre el tema. Se trató de recuperar lo establecido en la premodernidad, se pretendieron cambiar algunos enfoques característicos de la modernidad para hacer frente a las transformaciones acaecidas, y, se establecieron alternativas a las clásicas concepciones. Es decir, se pretendió, en distintos grados, el regreso del iusnaturalismo; el positivismo trató de modificarse para hacerle frente a sus errores; y surgieron movimientos alternativos o marginales a efectos de entender y explicar el fenómeno jurídico. Del renacimiento del iusnaturalismo pueden verse una visión ontológica y otra relativa. De los movimientos positivistas resaltan el metodológico y el normativista. Y, de las posturas alternativas, se destaca el enfoque sistémico, consensual y discursivo del derecho.

3. DE LA RACIONALIDAD FORMAL DEL ESTADO DE DERECHO A LA MATERIALIDAD POSMODERNA

La Revolución Francesa dio nacimiento al Estado de Derecho. Se trató de cambiar las concepciones ostentadas en la premodernidad, en la época de la monarquía. La época de la monarquía se caracterizaba por una connotación fuerte del poder del soberano²³. En este sentido, han de entenderse las concepciones de Bodino, Foucault (2003)²⁴ y Hobbes (1651, Ed., 2008)²⁵. En este campo las libertades individuales

23 En *Las Siete Partidas* Alfonso el Sabio refería la teoría de las dos espadas. En esta teoría se abogaba por un poder omnipotente del Rey, devenido de Dios. Se afirmaba para justificar el poder del Rey que semejante facultad había sido delegada por Dios, y por ello no podía ser cuestionada. Pues, infringir las ordenes del Rey sería casi como infringir las órdenes del Ser Supremo. A tenor literal se disponía: “*Por ende, nuestro Señor Dios puso otro poder temporal en la tierra con que esto se cumpliese, así como la justicia que quiso que se fiese en la tierra por mano de los emperadores y de los reyes. Y estas son las dos espadas porque se mantiene el mundo: la primera espiritual, y la otra temporal.*” El Rey era considerado como vicario de Dios en la tierra. Este “vicario” era visto como “cabeza del reino”, y como cabeza dirigía a los demás según su libre arbitrio sin necesidad de restricción alguna. Pues el rey concentraba en sí “el poder supremo”. Era una “institución sublime, más bien inspirada que inventada, autoridad venerada, a la cual, por el atributo de administrar justicia, llaman las leyes de partida, con tanta energía como elocuencia, cabeza, corazón y alma del pueblo”

24 Foucault, Michel, *Vigilar y Castigar*; Argentina: siglo veintiuno editores, 2003.

25 HOBBS, Thomas, *Leviatán, o la materia, forma y poder de un estado eclesiástico y civil*. Madrid: Alianza Editorial. Madrid, 2008. Ver en este sentido MEJÍA QUINTANA, Óscar, *La problemática ius-filosófica de la obediencia al derecho y la justificación Constitucional de la desobediencia civil*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2001.

eran extrañas. Empero, esta connotación de poder, se hizo, por su abuso, objeto de delimitaciones. Es así como se alegó en favor de la limitación del poder con base en el reconocimiento de unos derechos prepolíticos -un margen de libertad-, y en la división o separación de las potestades del monarca²⁶. En este sentido se referencian las elucubraciones de Locke (1690), Montesquieu²⁷ y Benjamín Constant.

El Estado de Derecho, como forma superadora del régimen anterior, se caracterizaba por una concepción fuerte de la soberanía, la separación de poderes, el imperio de la ley, la codificación y una visión del juez como servidor de la ley²⁸. El pueblo por medio de sus representantes ejercía el supremo poder, tanto en asuntos internos como en asuntos externos. El poder del Estado se dividía según las clásicas concepciones en: rama legislativa, ejecutiva y judicial. Los poderes del Estado estaban reglados a lo dispuesto por la ley, en ese sentido se entendía el imperio de la ley como principio de legalidad. La importancia de ello llegaba hasta el punto según el cual la ley resumía al derecho, prueba de ello era la fe en la racionalidad que se implicaba en la codificación de lo jurídico. Bajo estos atisbos la concepción del juez era la de simple servidor de la ley, una especie de autómatas.

Las anteriores concepciones no pudieron sostenerse, el fetichismo de la ley y sus implicaciones²⁹, hicieron necesario el tránsito del Estado de Derecho al Estado Constitucional. El Estado Constitucional “no representa un simple perfeccionamiento del Estado de Derecho Democrático, sino su transformación radical y superadora”³⁰. Una de las tesis principales del Constitucionalismo supone la existencia de un control de legalidad por los contenidos materiales y formales de la Constitución³¹.

26 En la época de esplendor de la monarquía, a finales del siglo XII, se dictó un conjunto de leyes de considerable importancia y significación, aprobadas por la Curia de Regia, en donde se establecieron ciertas libertades personales como protección al absolutismo de la Corona. En 1215, mediante la “Carta Magna”, Juan Sin Tierra reconoció un plexo de garantías a favor de los individuos del reino, en donde se destacaban “la libertad personal y el derecho de propiedad, algunas garantías personales y ciertas limitaciones al establecimiento de las cargas tributarias”. En 1689, se promulgó el “Bill of Rights o Declaración de Derechos”, el cual es considerado, por algunos, como el principal documento constitucional de la historia de Inglaterra. Este texto tuvo “una dimensión universal como uno de los grandes cimientos de desarrollo y la consolidación de las garantías individuales en el mundo”. En 1776, la Constitución de Virginia, mediante la cual se declaró la independencia de los Estados Unidos, manifestó lo importante e inalienable de la libertad. Empero lo anterior, no fue sino hasta 1789, cuando la libertad se exhibió en su máximo esplendor.

27 Del Espíritu de las Leyes. Charles Louis de Secondat Barón de la Brède et de Montesquieu. Introducción de Enrique Tierno Galván, traducción de Mercedes Blázquez y Pedro de Vega. Editorial Tecnos, 1.998.

28 Cfr, Sanchis, Prieto. Constitucionalismo y Positivismo, México: Fontamara. 1999, p, 8.

29 Según Ferrajoli las insuficiencias del Estado de derecho son: las desigualdades económicas y sociales que dieron paso al Estado de Bienestar y con ello a la ilegalidad, secretismo e irresponsabilidad estatal), la necesidad de revisar los alcances de la legalidad, y la decadencia del concepto de soberanía.

30 Sanchis, Prieto. Constitucionalismo y Positivismo, México: Fontamara. 1999, p, 9.

31 Las constituciones de la posguerra serían los ejemplos paradigmáticos de esta concepción. Constitucionales de: Italia (1947), Alemania (1949), Portugal (1976) y España (1978). En Latinoamérica, sobresalen los textos de: Brasil (1988), Colombia (1991), Panamá (1992), Perú (1993), Argentina (1994), Bolivia (1995), Ecuador (1998), Venezuela (1999).

Las principales diferencias del Constitucionalismo³² con el Estado de Derecho, pueden resumirse en tres: materialización del derecho, su relación con la moral, y la interpretación y aplicación del derecho. En primer lugar, el rasgo distintivo estriba en que la Constitución no tiene como finalidad, simplemente, establecer un límite entre los poderes, sino que además está dotada de amplio contenido material (valores, principios y normas), el cual ostenta la capacidad de afectar las normas de inferior categoría. La constitución se convierte en una fuente del derecho de máxima validez³³. El legislador se encuentra atado al contenido dado por la Constitución³⁴. Los contenidos de ésta, en segundo lugar, por su naturaleza, tienden a saldar el problema de la relación entre moral y derecho, al dotar a éste con grandes importes de aquella. En tercer lugar, la función judicial no es servil de la ley sino activa. La trascendencia de la Constitución afecta al juez. Especialmente, la aplicación que debe hacer el juez de los principios constitucionales. Las fuentes del derecho que debe tomar en cuenta el juez, ya no son sólo las normas sino también los principios. Las normas son mandatos deónticos, es decir, mandan, prohíben o permiten. El carácter de las normas o se cumple o no se cumple. Tales normas suelen aplicarse mediante la subsunción o, lo que es lo mismo, el conocido silogismo de la forma AAA. Los principios, por su parte, son mandatos de optimización que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades fácticas y jurídicas³⁵, *prima facie*, no tiene el mismo carácter de las normas. Lo que mandan los principios puede cumplirse en diversos grados; es decir, no puede predicarse que tales se cumplen o no se cumplen. Tales principios suelen aplicarse mediante la ponderación.

3.1. El detrimento del juez erizo

El cambio de la función judicial supone el paso de un juez “erizo” a un juez “zorra”. Según Berlin, recordando a Arquíloco: “Muchas cosas sabe la zorra, pero el erizo sabe una sola, y grande”. Tal diferenciación puede tomarse como una manera de diferenciar dos clases de pensadores y hasta de juristas: los “erizos” y las “zorras”.

Los erizos poseen una visión central y sistematizada de la vida, mediante la cual integran lo que existe en una explicación u orden coherente; las zorras poseen una visión dispersa y caótica del mundo, mediante la cual no integran lo que existe en una

32 Constitucionalismo - Control de legalidad

33 Validez Constitucional

34 Según Ferrajoli: En el estado de derecho garantista la mera legalidad y la estricta legalidad son las fuentes de legitimación. La mera legalidad es legitimación formal, la estricta legalidad es la legitimación sustancial, todos los actos incluido las leyes deben estar subordinadas a los derechos fundamentales. Los derechos fundamentales son “todos aquellos derechos subjetivos que corresponden a todos los seres humanos en cuanto dotados de status de personas de ciudadanos o de personas con capacidad de obrar(...), y deben ser la vida, libertad, dignidad y supervivencia.

35 Cfr. Alexy, Robert, *El Concepto y la Validez del Derecho*, Barcelona: Gedisa, 2004. ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Impreso en Solana e hijos, A.G., S.A., 2002. Alexy, Robert, *Teoría del Discurso y los Derechos Humanos*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2004.

explicación u orden coherente. Los erizos están cerca del centralismo las zorras del marginalismo. Los erizos, en algún momento, se convierten en fanáticos, las zorras en escépticos.

“Quien cree haber encontrado una explicación última del mundo termina por acuartelarse en ella y negarse a saber nada de las otras. Quien es incapaz de concebir una explicación de este género, termina, tarde o temprano, por poner en duda que ella pueda existir.” (Berlín, 1953).

La diferenciación entre zorras y erizos puede explicar de manera adecuada la función judicial en el Estado de Derecho y en el Estado Constitucional. La función judicial en el Estado de Derecho es la de los erizos, en el Constitucional, la de las zorras. En el primero, los jueces, son autómatas, aplican métodos deductivos, ostenta una función derivativa dentro del centralismo del derecho, sus decisiones tienden a ser generales, en últimas, terminan siendo unos fanáticos del derecho positivo. En el segundo, los jueces, son creadores de particularidades, orbitan en las contingencias, no ostentan una visión central del derecho sino parcializada, no tratan lo general sino lo particular, en últimas, terminan siendo escépticos en el derecho positivo.

3.2. Objeciones a la racionalidad de la función judicial posmoderna

Las principales objeciones a la función judicial en el Estado Constitucional, o mejor dicho a la tarea del juez “zorra”, pueden ser agrupadas en dos conjuntos. Aquellas objeciones que atañen al objeto de trabajo del juez, y, aquellas objeciones que atañen a la técnica de aplicación del derecho.

Dentro del primer conjunto se encuentran objeciones relativas a la contradicción natural de los principios, la insatisfactibilidad de las normas que consagran principios, y la imposibilidad de derivar lo racional de lo irracional. Dentro del segundo grupo se encuentran objeciones relativas a lo inconmesurable, indeterminado, acotado e imprevisible de la ponderación.

3.2.1. Contra el objeto

En primer lugar, se parte de la afirmación: existen verdades contradictorias. Algunos ideales dados en la modernidad son incompatibles entre sí mismos, se ha demostrado que la igualdad es incompatible con la libertad y la fraternidad. Uno de esos ideales en ocasiones no puede cumplirse sin el sacrificio de otro u otros. Ello se debe a que el campo de acción de cada uno de ellos puede invadir el campo de acción de los demás. Donde obra uno de esos ideales llega un punto en el cual invade la órbita del otro. Tales aseveraciones también se aplican al caso de lo jurídico.

Los valores y principios constitucionales en ocasiones se contradicen a ellos mismos. La libertad en ocasiones debe ser sacrificada por la solidaridad; la libertad de expresión en ocasiones debe ceder al buen nombre. Este razonamiento aplica, para la

mayoría de los valores y principios constitucionales. Para solucionar estos conflictos se ha llegado al concepto de proporcionalidad o de ponderación. El cual, en últimas, constituye un procedimiento a efectos de establecer una prevalencia condicionada de derechos fundamentales o de valores. No obstante, la aplicación particular de estos test no implica que se solucionen las contradicciones existentes, sino, más bien, que de manera secular y contingente se intenta solucionar las contradicciones, luego éstas siguen existiendo.

La segunda objeción afirma que las normas que contienen principios son insatisfactibles. Como los mandatos de la constitución no pueden cumplirse en todas las ocasiones que prestan una oportunidad para ello, se convierten en insatisfactibles³⁶. Una norma según la cual debe ser el caso que *p* es satisfecha si, y sólo si, todas las veces en la historia de esta norma es el caso de *p*. Y es insatisfecha si, y sólo si, alguna vez en su historia no es el caso que *p*. Luego, si los principios son insatisfactibles quiere decirse que los estados de cosas descritos por ellos no son lógicamente posibles, por tanto, son irracionales. Con lo cual, se llega a la conclusión que el material del cual se derivan las decisiones judiciales no puede, *prima facie*, producir decisiones judiciales racionales.

La tercera objeción tiene un carácter lógico de derivación de naturalezas. Así pues, si el material base de la toma de decisiones judiciales es irracional, irracional será la decisión de él derivada. Lo irracional no puede conllevar a lo racional. Lo irracional produce consecuencias irracionales. Por tanto, resulta ser una utopía pensar que las decisiones que sigan reglas irracionales son racionales.

3.2.2. Contra el método

Además de las objeciones que pueden efectuársele al material pre-teórico, existe un grupo de objeciones que pueden asirse a la forma de aplicar los principios. Aunque son muchas las objeciones que pueden efectuársele a la ponderación se considera relevante resaltar las cuatro más relevantes. En primer lugar, se dice que la ponderación es inconmensurable, desde el punto de vista que los elementos que se ponderan son de diferente naturaleza. Pues, sopesar la libertad de culto con la libertad de cátedra es casi como comparar peras con uvas. Los derechos fundamentales son de naturaleza distinta, luego no pueden ser pesados entre ellos mismos.

36 Las normas en sí mismas junto con las relaciones entre ellas, pueden ser juzgadas desde criterios de racionalidad. “Resulta natural tomar como criterio de racionalidad de esa voluntad el estado de cosas total querido sea (al menos) lógicamente posible”. La racionalidad de la actividad legislativa depende de los criterios de satisfactibilidad. Los criterios de satisfactibilidad de las normas, como criterios de racionalidad del legislador, pueden llevarse a un alto nivel de abstracción y aplicarse a un conjunto finito de normas, al cual puede llamársele corpus. Éste resulta satisfactible si, y sólo si, se satisfacen todas las órdenes y todas las permisiones. Es decir, “es posible que todos los estados de cosas que las normas del corpus hacen que sean obligatorios se den a lo largo de toda la historia del corpus, y es posible que todos los estados de cosas que las normas permiten se den alguna vez en la historia del corpus”. De lo anterior puede inferirse que el legislador desea que todas las obligaciones impuestas sean cumplidas y que las permisiones dadas sean siquiera alguna vez en la historia.

En segundo lugar, se dice que la ponderación es indeterminada. Es decir, “no es más que una fórmula retórica o una técnica de poder que carece de un concepto claro y de una estructura jurídica precisa” (Carbonell, 2008, 41)³⁷. Luego, no existen parámetros “que garanticen la objetividad de la ponderación, que sean vinculantes para el juez y que puedan utilizarse para controlar las decisiones judiciales en donde se ponderan principios”.

En tercer lugar, se dice que la ponderación es inadecuada porque en la toma de decisiones la supuesta racionalidad del juez es acotada. El juez no ostenta la información, los conocimientos o el tiempo necesario para tomar una decisión racional. El juez no conoce todos los pormenores o circunstancias relevantes, ni tiene la pericia necesaria, ni goza del tiempo adecuado para aplicar el procedimiento de manera adecuada. Ante esta falta de supuestos para la toma de decisiones por parte del juez, el resultado más obvio es que sus disposiciones sean irracionales.

En cuarto lugar, se le critica a la ponderación su imprevisibilidad. Según esta objeción los resultados de la aplicación de la ponderación no pueden preverse, por lo que, ello conlleva a que no se tenga mediana certeza del sentido de la decisión judicial. El procedimiento de la toma de decisiones es tan irracional que no se sabe a ciencia cierta cómo decidirá el juez. “Todos los resultados de la ponderación serían particulares, dependerían de las circunstancias de cada caso y no de criterios generales.” (Carbonell, 2008)³⁸

CONCLUSIONES: HACIA LA RACIONALIZACIÓN DEL DERECHO MATERIALIZADO

El material para la toma de decisiones judiciales (especialmente lo que respecta a los principios) es irracional. Luego, el producto, la decisión judicial que de él se derive, será irracional. No se puede efectuar el salto de lo irracional a lo racional de manera directa. Luego las decisiones de los jueces posmodernos son, *prima facie*, irracionales.

La forma de pretender la racionalidad de la toma de decisiones judiciales en la posmodernidad se funda desde la perspectiva de la racionalización del derecho. Por racionalización quiere significarse, como se mencionó, el proceso de generalización

37 Véase también Bernal, Carlos. El Neoconstitucionalismo y la normatividad en el derecho. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2009.

38 El principio de proporcionalidad, y los derechos fundamentales Miguel Carbonell, comisión nacional de los derechos humanos México, 2008. Cfr. La racional de la ponderación, Bernal Pulido. Al Walter Leisner, Der Abwägungsstaat, Berlín, Duncker & Humblot, 1997, p. 171. Rudolf Stammler, Theorie der Rechtswissenschaft, Halle, Buchhandlung des Weisshauses, 2a. ed., 1923, p. 447. En tiempos más recientes: Ernst W. Böckenförde, “Grundrecht als Grundsatznormen”, id., Staat, Verfassung, Demokratie, Fráncfort, Suhrkamp, 1991, pp. 184 y s.; Ingeborg Maus, “Die Trennung von Recht und Moral als Begrenzung des Rechts”, Rechtstheorie, núm. 20, 1989, pp. 197 y s.; Kent Greenawalt, “Objectivity in Legal.

y sistematización del derecho en aras a convertirlo en un todo coherente. Es decir, el cumplimiento de las finalidades de la dogmática: identificación, reformulación y sistematización del material jurídico. De esta forma, para establecer la racionalidad de la toma de decisiones judiciales se debe buscar, antes que nada, la racionalización del material preteórico.

La tarea de la racionalización del derecho ostenta como protagonistas dos principales grupos. El primer grupo está constituido por los juristas, y, el segundo, por los altos tribunales. Los desarrollos teóricos, la tarea de la dogmática en su función cognitiva, se convierten en el elemento de racionalización del derecho. Luego, la investigación en el derecho, la reconstrucción de las estructuras, es el primer elemento en el proceso de racionalización.

Lo anterior supone la construcción de una teoría jurídica local coherente con el ordenamiento jurídico (con la concepción de derecho como integridad). Según la cual se efectúe la construcción armónica de la estructura, se identifique el alcance de los principios constitucionales, y se delimite y relacione, de manera adecuada, su contacto con las demás fuentes del derecho.

El segundo grupo de protagonistas está constituido principalmente por los altos tribunales. Ellos deben, con la “sobre interpretación del derecho”, el establecimiento de precedentes, consistentes, coherentes y estables, ayudar a la racionalización del derecho. Empero, tal forma de proceder, se insiste, debe estar liderada por los altos tribunales, y no por jueces particulares; si se ajusta el poder de decisión general en los altos tribunales se tendrá una visión más centripeta del ordenamiento, una perspectiva más general, en cambio, si el acento en la toma de decisiones recae sobre todos los jueces, las decisiones tomadas serán, más variadas, más particulares, en fin: más caóticas. Antes bien, de lo que se trata es de utilizar criterios de autoridad para identificar, reformular y sistematizar las proposiciones del ordenamiento, e imponer esa concepción a los jueces de inferior jerarquía y garantizar su cumplimiento mediante la técnica del precedente³⁹.

Así pues, la materialización del derecho implica un sistema cercano al de los precedentes, por lo cual repele la clásica concepción de la familia jurídica romana-germana. Luego, la materialización del derecho y su proceso de racionalización presupone que los ordenamientos jurídicos herederos de los embates de la familia continental asuman prácticas de la familia jurídica anglosajona.

39 Lo cual no obsta, para que se utilicen otras herramientas de control como la tutela, casación y revisión, entre otras.

REFERENCIAS

- Alchourrón, C., & Bulygin, E. (1974). *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Alexy, R. (2002). *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Alexy, R. (2004). *El Concepto y la Validez del Derecho*, Barcelona: Gedisa, 2004.
- Alexy, R. (2004). *Teoría del Discurso y los Derechos Humanos*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Atienza, M. (1980). *El Futuro de la Dogmática Jurídica. Crítica de Libros*, Madrid: El Basilisco.
- Berlin, I. (1953). *El erizo y la zorra: un ensayo sobre el enfoque de la historia de Tolstoy*.
- Bernal, C. (2009). *El Neoconstitucionalismo y la normatividad en el derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Bobbio, N. (1984). La Razón en el Derecho. Ponencia inaugural del Congreso *La Ragione nel Diritto*, celebrada en Bolonia.
- Böckenförde, E, W. (1991) *Grundrechte als Grundsatznormen, id., Staat, Verfassung, Demokratie*, Fráncfort, Suhrkamp.
- Carbonell, M. (2008). El Principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos. 2008.
- Montesquieu, C, L. (Ed. 1998). *Del Espíritu de las Leyes*. (Trad. Mercedes Blázquez y Pedro de Vega). Editorial Tecnos.
- Domingo, R. (2004). *Juristas Universales. Volumen IV*. Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A.
- Febbrajo, A., “Capitalismo, stato moderno e diritto racionale-formale” en Treves, Renato, *Max Weber e il diritto* cit., pp. 43 y ss. Fariñas Dulce, María José *La sociología del derecho de Max Weber*, México, UNAM, 1989, pp. 214
- Foucault, M. (2003). *Vigilar y Castigar*. Argentina: siglo veintiuno editores.
- Hobbes, T. *Leviatán, o la materia, forma y poder de un estado eclesiástico y civil*. Madrid: Alianza Editorial. Ed. 2008.
- Kelsen, H. (1995). *Teoría General del Derecho y del Estado*, México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Locke, J. (1690). *Segundo Tratado sobre el gobierno civil*. Capítulo Dos, cuestión 4.
- Mejía, O. (2001). *La problemática ius-filosófica de la obediencia al derecho y la justificación Constitucional de la desobediencia civil*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Melero, A, E. (2002). *La dogmatica jurídica es política. La importancia de las concepciones políticas en el trabajo de los juristas: Un acercamiento desde el derecho público*. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid.

- Munné, G. (2006). Racionalidades del derecho según Max Weber y el problema del formalismo jurídico. Santa Fe (Argentina). *ISONOMIA* 25, p. 74.
- Peetev, V. (1996). *Metodología y Ciencia Jurídica en el Umbral Del Siglo XXI*. Traducción de Luis Villar Borda. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996.
- Sanchis, P. (1999). *Constitucionalismo y Positivismo*, México: Fontamara.
- Schnádelbach, H. (2000). *Tipos de Racionalidad*. Traducción de José Luis López, ÉNDOXA: Series Filosóficas, No. 12. Madrid.
- Schreiber, R. (1999). *Lógica del Derecho*. Distribuciones Fontamara: México 1999.
- Sentencia de la Corte Constitucional C 083 de 1995
- Stammler, R. (1923). *Theorie der Rechtswissenschaft*, Halle, Buchhandlung des Weiseshauses [2a. ed].
- Weber, M. (ed., 2002) *Economía y sociedad*, trad. J. Medina Echevarría, J. Roum Parella, E. Imaz,