



Autora: Adriana Botero Martínez

Técnica: Collage sobre madera con intervención digital

Dimensión: 32 x 32

Año:

EL (NEO) CONSTITUCIONALISMO COLOMBIANO: UNA REPRESENTACIÓN IDEOLÓGICA DEL DERECHO*

* Artículo final del proyecto de investigación “Las representaciones teóricas, legales y judiciales del derecho en Colombia”, inscrito en la Convocatoria de Pequeños Proyectos de Investigación, año 2009, de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. Esta investigación forma parte de las actividades del Semillero y de la Línea de Investigación en Filosofía del Derecho, del Grupo de Investigación ‘Saber, poder y derecho’, de la referida Facultad.

EL (NEO) CONSTITUCIONALISMO COLOMBIANO: UNA REPRESENTACIÓN IDEOLÓGICA DEL DERECHO

*Dúber Armando Celis Vela***

RESUMEN

El presente artículo describe las consecuencias que produce el (neo) constitucionalismo sobre la práctica del derecho. En efecto, se analiza el discurso que sostiene la crisis del positivismo jurídico y se reconstruye el proceso teórico y práctico de la constitucionalización del ordenamiento jurídico. Además, se propone que en un contexto (neo) constitucional, el uso del derecho depende de una representación jurídica que articula los hechos y las normas en función de intereses concretos. Esta situación coincide con una imagen dúctil y flexible de la práctica jurídica, en la cual, el (neo) constitucionalismo se consolida como una ideología sobre el papel que debe desempeñar el derecho en la sociedad.

Palabras Clave: Práctica jurídica, (neo) constitucionalismo, positivismo jurídico, representación.

THE COLOMBIAN (NEO) CONSTITUTIONALISM: AN IDEOLOGICAL REPRESENTATION OF THE LAW

ABSTRACT

The present article describes the consequence that produces (neo) constitutionalism in law practice. In effect, is analyzed the discourse that holds the crisis of the legal positivism and is reconstructed the theoretical and practical process of the constitutionalization of the legal system. As well, it is proposed that in a (neo) constitutional context, the use of law depends of a legal representation that articulates facts and norms in function to specific interests. This situation coincides with a ductile and flexible image of the legal practice, in which, (neo) constitutionalism is consolidated how an ideology about the role that law should carry in the society.

Keywords: Legal practice, (neo) constitutionalism, legal positivism, representation.

** Estudiante de Derecho, 8° semestre, facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.

EL (NEO) CONSTITUCIONALISMO COLOMBIANO: UNA REPRESENTACIÓN IDEOLÓGICA DEL DERECHO

1. INTRODUCCIÓN: LAS NARRATIVAS (NEO) CONSTITUCIONALES.

El (neo) constitucionalismo puede situarse en un contexto pospositivista porque centra su interés en el análisis de la práctica jurídica y del razonamiento judicial a partir de principios constitucionales que, un sector de la iusteoría contemporánea, ha desarrollado en sustitución al positivismo jurídico del siglo XX. Aunque esta premisa ha sido respaldada por el (neo) constitucionalismo, conviene reconocer, por lo menos, la existencia de dos tendencias de pensamiento jurídico. Por un lado, se acepta un cambio radical, puesto que el iuspositivismo resulta insuficiente para explicar las nuevas realidades jurídicas (Faralli, 2007: 14)¹. En este sentido, Atienza y Ruiz Manero (2007: 25-26) consideran que el positivismo jurídico ha agotado su ciclo histórico, pues no reconocer al derecho como una práctica social compleja, lo inhabilita para participar, dar cuenta y operar dentro de la nueva realidad del Estado constitucional. Por otro lado, se considera que el constitucionalismo es el positivismo jurídico de nuestros días con un objeto parcialmente modificado (Comanducci, 2005:88 y Moreso, 2003: 269).

Al margen de pensar en el (neo) constitucionalismo como la cumbre del positivismo jurídico o el abandono de una forma de comprender al derecho, conviene aceptar que este paradigma da cuenta de los cambios sustanciales en los modelos de Estado y derecho contemporáneos. Por ende, a partir la situación teórica descrita, se pretende hacer un análisis de las *prácticas jurídicas*² producidas en Colombia desde la recepción del (neo) constitucionalismo en la Constitución Política de 1991. Asimismo, se busca

1 Faralli contrapone la teoría (neo)constitucionalista al positivismo jurídico y sitúa esta transformación conceptual en la crítica de Ronald Dworkin (1977) a Herbert Hart y en la apertura del derecho a los hechos institucionales en la obra de Ota Weinberger y Neil MacCormick (1986).

2 La práctica jurídica es un concepto que, en el presente texto, incluye toda actividad de conocimiento, discusión, creación, aplicación, interpretación, teorización y ejercicio del derecho. Esta idea es una consecuencia de la revisión a las relaciones entre teoría y praxis, elaborada por Wittgenstein, a partir del concepto “juegos de lenguaje”. En filosofía, Wittgenstein (1988) propone que hablar un lenguaje es una práctica basada en la acción de seguir reglas. Este hecho supone un contexto que fija tanto los contenidos como los criterios de tal seguimiento; así, toda práctica es considerada como una práctica social. Por tanto, el concepto de práctica jurídica es usado para aludir a las actividades que se hacen con el derecho.

comprender e identificar sus efectos jurídicos, políticos y filosóficos en la interpretación de las normas, en la doctrina de los juristas y en las prácticas institucionales del derecho.

Para desarrollar el objetivo propuesto, inicialmente, (I) se hará una descripción general del contexto iusteórico contemporáneo para (a) relacionar las circunstancias jurídicas que conducen a una revisión crítica del positivismo jurídico y (b) desarrollar las ideas que justifican la constitucionalización del ordenamiento jurídico. Posteriormente, (II) se señalarán las consecuencias que tiene sobre las prácticas jurídicas una teoría (neo) constitucional atendiendo a (a) la formación discursiva del derecho y, (b) su estructura dúctil y flexible. La tesis que se sostendrá consiste en proponer que un esquema (neo) constitucional provoca representaciones transitorias y provisionales del derecho.

En la actualidad, muchos iusteóricos defienden o añoran un positivismo jurídico de estructuras normativas estables, interpretaciones fijas y definitivas. Esta imagen del derecho contrasta con una concepción reciente y de amplia aceptación teórica, desarrollada desde principios generales y posiciones flexibles, en la cual, la argumentación jurídica soporta una perspectiva independiente del ordenamiento jurídico y los sujetos mantienen cierto grado de apertura en las interpretaciones. Las decisiones administrativas, legislativas, judiciales y dogmáticas han ido perdiendo su talante inamovible, para darle paso a interpretaciones maleables y sustentadas en argumentos morales o en el discurso de los derechos fundamentales que exige la consolidación y práctica de una cultura jurídica diferente.

Con independencia de que el (neo) constitucionalismo sea presentado como la continuación o la ruptura del iuspositivismo, cabe admitir que la transformación del Estado y del ordenamiento jurídico demandan una renovación en las prácticas del derecho. La existencia de una sociedad posindustrial (Touraine: 1969), el impacto que tiene la economía global sobre la democracia y el Estado (Habermas, 2000) y la necesidad de crear condiciones para la vigencia de los derechos, exigen un pensamiento jurídico que esté más asociado a ciencias sociales como la economía, la sociología, la filosofía política y moral. El intérprete del derecho ya no es un lexicógrafo de los textos normativos que mantiene absorto en el espejismo de las ciencias jurídicas. En este contexto, la articulación e interpretación de las disposiciones normativas va acompañada de discrepancias fundamentales frente a la función social, económica y política que desempeña el derecho. Así, acuerdos y desacuerdos sobre derechos o prácticas carentes de una teoría completa, permiten la construcción de un orden constitucional, en el cual, personas de diversas sociedades pueden trabajar juntos en términos de respeto mutuo (Sunstein, 2010:228).

Desde la perspectiva expresada, no se pretende adoptar una teoría del derecho, tampoco hacerle apología al (neo) constitucionalismo, pues sostiene posiciones

teóricas y políticas que serán criticadas en su momento. Como ya se ha sugerido, se tratará de elaborar criterios que permitan, de alguna manera, describir una representación posible del derecho en Colombia durante los últimos veinte años. Por tanto, se proponen hipótesis de análisis para el quehacer judicial, teórico, político y filosófico del derecho en el Estado constitucional contemporáneo, incluso, se examinan algunas instituciones jurídicas relevantes para determinar su alcance normativo, hacer comentarios críticos y posibilitar una comprensión general de la práctica jurídica en la época contemporánea.

2. POSITIVISMO JURÍDICO VERSUS (NEO) CONSTITUCIONALISMO: APROXIMACIÓN AL CONTEXTO IUSTEÓRICO CONTEMPORÁNEO.

El (neo) constitucionalismo ha modificado la concepción del Estado, la jurisprudencia, la teoría, la dogmática y el ejercicio del derecho. Esta transformación puede sintetizarse, en los planteamientos de Zagrebelsky (2007: 21-45), cuando describe el tránsito del Estado legislativo al Estado constitucional y destaca, como hechos que sustentan el cambio de paradigma, la existencia de principios materiales de justicia en las constituciones, la multiplicidad y la especialización normativa, la desaparición de la generalidad y abstracción de la ley, la pérdida del monopolio legal y la creciente conflictividad social. En esta perspectiva, puede sostenerse que el desajuste entre los modelos estatales ha generado dificultades conceptuales para el positivismo jurídico porque la idea de una Constitución abierta y que armoniza con principios o valores, ampara el fundamento de un proyecto político que busca la transformación social.

La identificación que Zagrebelsky hace entre positivismo jurídico y Estado legislativo reduce los alcances de esta teoría del derecho y puede conducir a equívocos, pues hace imputaciones genéricas que no siempre corresponden con la tesis del positivismo jurídico del siglo XX. Asimismo, cabe advertir, en sentido crítico, que Zagrebelsky asimila su representación del iuspositivismo con el concepto de positivismo ideológico descrito por Bobbio (1998: 143). El positivismo jurídico no sostiene todas las tesis que Zagrebelsky le atribuye, puesto que desconoce la evolución histórica de sus presupuestos teóricos en el siglo XX. Según Bobbio, no ha existido una teoría que reúna las características del positivismo ideológico³;

3 Bobbio diferencia entre positivismo ideológico extremo y moderado. El extremo se caracteriza porque existe un deber absoluto o incondicionado, moral y jurídico de obedecer la ley que es considerada como la única fuente de derecho y el criterio para la valoración del comportamiento social de los hombres. El moderado se

de esta forma, resulta bastante cómodo, desde un plano argumentativo, revivir las tesis del positivismo clásico para criticar las insuficiencias del iuspositivismo ante la complejidad creciente del derecho actual. La reconstrucción del positivismo jurídico hecha por Zagrebelsky, refleja la influencia que tiene una representación del derecho al momento de articular y ordenar intereses teóricos en función de un sistema constitucional del derecho.

Desde el (neo) constitucionalismo se ha justificado la formación de discursos jurídicos que problematizan las prácticas institucionales del derecho positivo e introducen nuevas estructuras conceptuales para expresar dinámicas flexibles y complejas en el fenómeno de la juridicidad. Este hecho ha suscitado enfrentamientos teóricos y axiológicos que someten a prueba el iuspositivismo al momento de responder a las nuevas realidades jurídicas de una sociedad plural y dinámica. La divulgación de ideas antipositivistas ha sido acompañada por la reivindicación del activismo judicial, por los derechos entendidos como principios materiales y por la construcción de un nuevo concepto de sistema jurídico. En consecuencia, el debate iusteórico contemporáneo, entre otros discursos, ha centrado su reflexión en (a) la revisión crítica del iuspositivismo y en (b) la constitucionalización del ordenamiento jurídico.

a. REVISIÓN CRÍTICA DEL POSITIVISMO JURÍDICO: DESDE LA DETERMINACIÓN DE LA LEY A LA INCERTIDUMBRE DEL JUEZ

El positivismo jurídico, formado al amparo del Estado legislativo y desarrollado en lúcidas teorías durante el siglo XX, se sustenta en un modelo de regulación que expresa certeza y previsibilidad frente a los efectos jurídicos de normas, hechos y actos jurídicos. La actividad del legislador, tiende a la construcción de un sistema jurídico general y coherente, en el cual, los juristas introducen soluciones lógicas para conflictos normativos que armonizan con la exigencia de un razonamiento inspirado en los presupuestos teóricos y metodológicos de la filosofía analítica. El iuspositivismo también se ha ocupado de las situaciones constitucionales que reclaman un nuevo tratamiento teórico. En este sentido, Martínez (2007) realiza un análisis lógico de los conflictos constitucionales a través de un riguroso estudio conceptual, metodológico y normativo de la ponderación.

caracteriza porque el derecho tiene un valor independiente de su contenido, pues representa un medio para realizar un orden determinado y la ley es la forma más perfecta de derecho que se define por la generalidad y la abstracción. (Bobbio, 1998: 229-235).

Desde el positivismo metodológico, con sentido crítico, se han señalado los problemas de identificación de principios, las dificultades de justificación de las reglas de precedencia en la ponderación y, al mismo tiempo, se han enfrentado problemas teóricos a través de modelos de análisis lógico de sistemas normativos (Martínez, 2007). Sin embargo, esto no ha sido suficiente para demostrar que el iuspositivismo es una concepción válida del derecho en el contexto constitucional contemporáneo. La inserción en el sistema jurídico de contenidos materiales y abiertos ha generado ataques al concepto positivista de derecho, hasta el punto que los críticos ponen en duda su viabilidad⁴. Conviene subrayar que una objeción general y abstracta, puede tornarse en especulación metafísica debido a que omite la pluralidad de tendencias que se asocian en la impronta positivismo jurídico. En este sentido, se analizan algunas críticas formuladas al iuspositivismo para confrontar la capacidad de respuesta que posee frente a las exigencias del derecho actual.

El Estado legislativo se configuró bajo el principio de legalidad. La ley llegó a ser una voluntad soberana, capaz de imponerse incondicionalmente sobre la sociedad como única fuente de derecho. Esta fuerza normativa y absoluta se originaba en el acto deliberado e irresistible de una asamblea, cuya potestad política era decidir unilateralmente los asuntos de la sociedad. Tales premisas hicieron posible el imperio de la ley; así, la creación del derecho fue un proceso abstracto, predictivo, universal y atemporal. Dicho modelo de Estado se fundó en un concepto de soberanía exclusiva, excluyente y simplificadora porque pretendía alcanzar la unidad política. La soberanía era una situación eficiente de fuerza material empeñada en construir y garantizar su supremacía (Zagrebelsky, 2007: 9-20).

El legicentrismo, producto de la concentración de las fuentes del derecho en el Estado, se justificó en el contexto histórico de la codificación del ordenamiento jurídico, pues se buscaba consolidar un proceso de unificación nacional. Esto condujo a la eliminación de un derecho basado en costumbres y en leyes naturales, pues su dependencia de la moral y la política trató de suprimirse para no caer en problemas metafísicos. Sin embargo, no puede afirmarse que el surgimiento del positivismo jurídico obedezca, en sentido estricto, a las circunstancias descritas, pues en él coexisten y confluyen una variedad de motivaciones y problemas que fueron objeto de gran interés para la escuela histórica alemana, la exégesis francesa y el utilitarismo inglés.

El modelo expuesto, en cierta medida, está sujeto al positivismo ideológico y ha sido cuestionado de tal forma que, en la iusteoría contemporánea, ha prevalecido

4 Atienza y Ruiz Manero (2007:26) proponen dejar atrás el positivismo jurídico porque no considera al derecho como una práctica social; en efecto, piensan que el derecho es una actividad en la cual se participa y que el jurista contribuye a desarrollar.

la construcción de otro paradigma llamado (neo) constitucionalista (Atienza, 2006: 44). Esta tendencia, iniciada en el contexto anglosajón, afirma la existencia de principios jurídicos que van más allá del derecho estatuido y promueve la defensa de valores en el ordenamiento jurídico (Dworkin, 1976: 28). El origen de los principios no reside en la decisión de una asamblea o tribunal, puesto que son producto de la convivencia histórica de una sociedad y hacen parte del derecho vigente. Estas condiciones iusteóricas exigen formas de razonamiento como la ponderación para resolver colisiones entre principios (Dworkin, 1976: 26; Alexy, 2002: 89) o procedimientos interpretativos para determinar el contenido de los derechos vinculantes para el legislador (Bernal Pulido, 2003: 75).

Aunque la ponderación o el principio de proporcionalidad requieren de sofisticadas estructuras racionales y argumentativas, nada impide que sea un individuo quien valora el hecho jurídico y decide desde una representación concreta del caso y del derecho. En efecto, el razonamiento jurídico adquiere dimensiones éticas y políticas, tanto en el legislador como en el juez, así estén orientados por criterios de coherencia valorativa con el fin de mantener su compromiso constitucional. En este caso, el derecho se convierte en una realidad social que desborda la legalidad positiva, en tanto que la ciencia jurídica cumple un papel comprensivo, reconstructivo, práctico y justificativo del derecho⁵.

En la actualidad, el Estado legislativo, como forma de organización política, se ha erosionado. La pulverización del derecho legislativo, la multiplicación de leyes de carácter sectorial y temporal, la contractualización de los contenidos legislativos, la heterogeneidad de valores e intereses expresados en la ley, el enfrentamiento de poderes económicos y sociales y las coaliciones legislativas de intereses, han provocado una pluralidad de ordenamientos que coexisten con el derecho estatal y no aceptan una posición de segundo grado (Zagrebelsky, 2007: 37). Del mismo modo, aparecen otras formas de producción del derecho, como consecuencia de luchas y prácticas económicas independientes. Esto confirma que el derecho es un acuerdo, producto de intereses dominantes, necesidades, reivindicaciones y confrontaciones, tanto sociales como económicas.

La teoría del derecho, después de Hart, también se ha pulverizado⁶. Las representaciones teóricas del iusnaturalismo, iuspositivismo y iusrealismo han asistido a su progresiva disolución. Por consiguiente, se han construido nuevos paradigmas

5 Una manifestación en Colombia de esta forma de investigación se encuentra en la obra del profesor Diego Eduardo López Medina. Véase la *Teoría impura del derecho* y *El derecho de los jueces*. Estos discursos han participado en el desarrollo de la cultura jurídica del país.

6 Este término es de Gustavo Zagrebelsky (2007: 37).

explicativos del derecho que, a diferencia del enfoque tradicional, abordan problemas especializados, fragmentados, variados y fluidos como respuesta a la crisis del modelo positivista pregonada por el (neo) constitucionalismo (Faralli, 2007: 12-13). Si bien el iuspositivismo se ha renovado durante el siglo XX, es necesario admitir que en su establecimiento histórico hizo una representación formal del derecho, es decir, trató de asumirlo como una estructura normativa independiente de contenidos materiales. Esta situación, además, expresa la influencia de los científicos sociales del siglo XIX, quienes sostuvieron el carácter avalorativo de la ciencia social.

Kelsen y Hart, como figuras sobresalientes del positivismo durante el siglo XX, abordaron polémicos temas sobre el derecho existente y trataron de asumirlo como una categoría autónoma frente a la moral y la política. Kelsen (2005), desde una inspiración neokantiana, plantea para una teoría del derecho que toda norma encuentra su criterio de pertenencia al ordenamiento jurídico en una norma fundamental. De esta manera, la validez define la juridicidad de las normas y, asimismo, la iusteoría queda libre de cualquier influencia moral, histórica, política, económica o sociológica. Hart (1998), en una concepción que contrasta con el pensamiento kelseniano, no propone un reduccionismo normativo del derecho, pues ve el mecanismo de formación de la norma como un proceso completo, en el cual, tiene papel fundamental la actividad de los intérpretes del derecho. Hart consigue, a diferencia de lo hecho por Kelsen, combinar el hecho social, el análisis hermenéutico y la filosofía del lenguaje, para fundar una teoría del derecho que evoluciona los postulados del positivismo jurídico. Así, la relevancia de los contenidos abiertos permite tener en cuenta no sólo aspectos formales, sino filosóficos y lingüísticos en el concepto de derecho.

Una de las críticas al positivismo jurídico proviene de la separación entre el derecho y la moral porque no hay un nexo conceptualmente necesario. El asunto de la normatividad del derecho, entendido como el de su valor moral, no es considerado por el iuspositivismo como una cuestión del derecho, sino de la filosofía moral. Plantear el problema de la obligación moral del derecho es un tema que carece de sentido para la teoría del derecho, razón por la cual es necesario diferenciar entre obligaciones morales y obligaciones jurídicas (Bulygin, 2004: 16-17). Sin embargo, ante el problema de la moral, las teorías positivistas contemporáneas se han dividido entre las que no admiten la incorporación de criterios morales en la definición del derecho y las que sí. Estas tendencias se han denominado positivismo excluyente e incluyente respectivamente.

El positivismo excluyente sostiene que las normas creadas por la autoridad competente deben ser aceptadas sin que sea necesario recurrir a argumentos morales. De esta forma, la moral no participa en la determinación de existencia o contenido

del derecho. El positivismo incluyente, toma como punto de partida la concepción hartiana del derecho (Hart, 2000: 51) y, sin abandonar la tesis positivista de la separación, admite el establecimiento de criterios morales para determinar la validez de normas jurídicas de forma contingente. Cabe aclarar que, en este caso, la juridicidad de la norma no depende de su adecuación a un argumento moral, pues para Hart no hay una conexión conceptual necesaria entre derecho y moral.

Una crítica en abstracto al positivismo puede derivar en una refutación apriori, esencialista y metafísica. El derecho y su teorización es resultado de decisiones que satisfacen necesidades e intereses concretos. La posición del positivismo incluyente ha sido criticada por positivistas y por antipositivistas. Los positivistas en una posición ambivalente, rechazan la incorporación de criterios morales e indeterminados en el ordenamiento jurídico porque se lesiona la certeza jurídica, que también se puede considerar como un valor. Los antipositivistas, plantean que tal reinención del iuspositivismo contradice teorías fundamentales como la Constitución del derecho por reglas y el modelo de subsunción. Sin embargo, al margen de las críticas relacionadas, el positivismo incluyente tiene preocupaciones que se conectan al (neo) constitucionalismo en cuanto que permiten la presencia de criterios morales para la identificación de una norma jurídica.

El (neo) constitucionalismo y el iuspositivismo no pueden invocar para sí, un purismo conceptual polarizado y excluyente. Al contrario, la controversia teórica, jurídica y filosófica de los últimos años se ha enriquecido por la pluralidad de posiciones, coherentes o contradictorias, que constituyen a estos paradigmas de pensamiento jurídico. De hecho, en estas etiquetas se asocian aspectos tan generales del derecho que, en ocasiones, impiden su delimitación conceptual, de modo que no es posible reconocer la existencia de una oposición radical. Ignorar esta situación hace que el debate académico se convierta en un juego de suma cero, donde el iuspositivismo le reprocha al (neo) constitucionalismo su tendencia iusnaturalista y, al mismo tiempo, el (neo) constitucionalismo acusa al iuspositivismo de un formalismo ortodoxo que concierne al positivismo ideológico. Así, una crítica general al iuspositivismo, hasta anunciar el fin de su ciclo histórico, sólo se puede justificar con reducciones y simplificaciones teóricas.

b. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

En la actualidad, los ordenamientos democráticos y constitucionalizados asumen una estructura jurídica e institucional que busca limitar los poderes del Estado y proteger derechos fundamentales positivizados. Como proyecto jurídico y político, esta estructura se configuró en la segunda posguerra, cuando la Constitución dejó de tener un carácter orgánico y procedimental en la asignación

de competencias estatales, para convertirse en una norma jurídica vinculante y superior a las del resto del ordenamiento. Una oleada de constituciones, tanto europeas como latinoamericanas⁷, evidencia la introducción de importantes elementos sustantivos como principios, derechos, valores o bienes constitucionales que, enriquecidos con los fines del Estado social, inciden en la concepción y el diseño de las sociedades a las cuales se aplican y, al mismo tiempo, cambian considerablemente las prácticas jurídicas en la época contemporánea. A estos aspectos, profundizados por el surgimiento y la recepción del derecho internacional de los derechos humanos, se agrega la creación de tribunales constitucionales con funciones de garantía frente a los derechos que han generado novedosas prácticas jurisprudenciales al modificar la función judicial y llevar al límite las relaciones entre derecho y política.

Nuevas exigencias teóricas, filosóficas y judiciales, como el catálogo de derechos constitucionales y la transformación del sistema de fuentes del derecho, implican un cambio revolucionario que es inherente al (neo) constitucionalismo. En efecto, hay una profunda rematerialización del derecho porque adquiere importancia, tanto el contenido como la valoración moral, cuando se sobreponen a la perfección formal del derecho. Este intento de “remoralizar” el derecho se ha realizado desde una multiplicidad de perspectivas axiológicas en el (neo) constitucionalismo (Alfonso, 2008: 11). Como concepto, suscita muchas inquietudes, sin embargo, en Latinoamérica y en Colombia existen iusteóricos como Arango (2005) o García Villegas (2006: 226), entre otros, que comprenden la Constitución como la posibilidad de impulsar un proyecto que garantice la vigencia de los derechos sociales.

Junto a las circunstancias históricas e institucionales que han acompañado la consolidación del (neo) constitucionalismo, es necesario destacar la *constitucionalización del ordenamiento jurídico* como una de sus consecuencias más importantes. En términos de Guastini (2001: 153), “*un ordenamiento constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos así como las relaciones sociales*”. En una interpretación matizada, este concepto indica que el derecho positivo debe leerse a la luz de la Constitución. En esta dirección, en Colombia se ha generado una progresiva constitucionalización del ordenamiento jurídico a la luz de la Constitución de 1991 y la actividad judicial de la Corte Constitucional.

7 Entre las más importantes se pueden destacar las constituciones italiana (1948), alemana (1949), española (1978), brasileña (1988) y colombiana (1991).

Con el fin de graduar el fenómeno de la constitucionalización, Guastini ha construido siete condiciones que debe satisfacer un ordenamiento jurídico para que pueda considerarse impregnado de las normas constitucionales. En efecto, es necesario que más o menos exista, (I) una Constitución rígida que incorpore derechos fundamentales, (II) garantía jurisdiccional de la Constitución, (III) fuerza vinculante, (IV) sobreinterpretación (V) aplicación directa, (VI) adecuación de las leyes con las normas constitucionales y, finalmente, (VI) influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas (Guastini, 2001: 155-163).

Entre las condiciones mencionadas por Guastini, resaltan de modo principal y genealógico, dos aspectos que han posibilitado la constitucionalización del ordenamiento. Por un lado, se encuentra la incorporación de derechos fundamentales y bienes constitucionales “expresos o implícitos”, con mecanismos procesales que posibilitan la aplicación directa de la Constitución. Este hecho supone la idea de un ordenamiento jurídico con primacía constitucional y garantizado por procedimientos judiciales que limitan las competencias de los poderes en el Estado. Esta primacía judicial de la interpretación constitucional, propia de un contexto (neo) constitucional, ha sido criticada por una corriente de pensamiento jurídico llamada “constitucionalismo popular”⁸.

El constitucionalismo popular propone el desmonte de la supremacía judicial por la necesidad de defender la legitimidad del pueblo en el esfuerzo por definir los límites y los alcances de la Constitución. La legitimidad de los tribunales constitucionales, cuyo cuestionamiento se remonta hasta el caso *Marbury versus Madison*, supone profundas limitaciones a la democracia porque retorna a un modelo elitista, en el cual, un selecto grupo de juristas decide el derecho en concreción del principio *iura novit curia*. En este sentido, Waldrom (2005: 319-321) también desaconseja el control judicial de las leyes ante un juez que se muestra como experto conocedor de la Constitución porque el contenido y la forma de los derechos individuales están sujetos a desacuerdos irresolubles y continuados.

Rincón refuta la posición que cuestiona la legitimidad de los tribunales constitucionales con sustento en una democracia puramente electoral, porque el sufragio universal no es la única fuente de legitimidad y porque la voluntad de los representantes también está sometida a desacuerdos y condicionamientos sociales, individuales y políticos (Rincón, 2008: 121). Así, se reivindica la legitimidad de

8 Las principales ideas del constitucionalismo popular, en materia de interpretación, son sintetizadas por el profesor Javier Rincón Salcedo con el propósito de refutar sus tesis y abogar por una forma de constitucionalismo popular expresivo que le otorga importancia a la opinión pública en materia de interpretación constitucional (Rincón, 2008).

los tribunales constitucionales sin contraponerla a la legitimidad democrática de fundamento electoral y popular. Si bien las constituciones recogen los compromisos y promesas realizadas en un momento determinado de su historia social, es necesario disponer de mecanismos judiciales que expresen la continuidad y que actualicen el contenido de los derechos.

La paradoja de la democracia consiste en que cada generación, a través de asambleas constituyentes, quiere ser libre para atar a sus sucesoras al tiempo que rechaza ser atada por sus predecesoras (Elster, 2002: 137). Impedir que se desborden o, en su defecto, desbordar los compromisos constitucionales realizados en un momento histórico determinado, es una de las preocupaciones que tiene una sociedad. La generalidad de las disposiciones constitucionales hace que el alcance de sus normas esté sometido a intensos desacuerdos sociales. Sin embargo, en este contraste de posiciones, es necesario analizar el papel de los precompromisos constitucionales para habilitar modificaciones posteriores o considerar la posibilidad de que una minoría de juristas impida que la mayoría democrática vulnere derechos constitucionalmente protegidos.

La pretensión de atar a la sociedad, a través de la Constitución, podría tener efectos contrarios. De hecho, la Constitución, más que un acto de restricción de una sociedad, puede ser una forma de atar y restringir a generaciones futuras (Elster, 2002: 115-119). La defensa de una Constitución, o su reforma, es un problema discutible desde una perspectiva política, teórica y normativa. Así, el concepto de Constitución defendido por los (neo) constitucionalistas supone que el poder constituyente o derivado es imparcial y que se guía por un interés general al momento de consagrar derechos; en efecto, se desconoce que la Constitución también obedece a un acuerdo de intereses políticos, económicos y sociales de una época determinada. Por tanto, algunas tesis (neo) constitucionalistas cuestionan y limitan la racionalidad instrumental del legislador para presumirla en el constituyente y, en algunos casos, pueden caer en la defensa de la Constitución por la Constitución misma.

La orientación jurídica esbozada se sustenta en el constitucionalismo de los derechos y, a diferencia del derecho constitucional tradicional, conjuga la existencia de directrices fundamentales y mecanismos de protección (Prieto Sanchís, 2004: 48-49). En este contexto, la garantía jurisdiccional de la Constitución implica la jerarquía normativa y la efectiva primacía de la Constitución sobre las otras normas del ordenamiento. La Constitución no sólo ha subordinado el ordenamiento jurídico, sino que ha influenciado procesos estrictamente políticos al convertirse en el soporte institucional para impulsar un proyecto de emancipación que busca superar la brecha entre deseos constitucionales y realidades sociales.

En Colombia, defensores de esta posición han sido complacientes con el activismo de la Corte Constitucional ya que su interpretación de los derechos fundamentales

ha sido vista como una estrategia de cambio social que contrasta con la ineficacia de los otros poderes públicos (Uprimny, 2006: 127-151). Una suerte de vacío de poder y diseño institucional llevó al polémico fortalecimiento de la doctrina constitucional en la escena política, que condujo a la creación inevitable del derecho judicial por parte de la Corte Constitucional colombiana. Sin embargo, no puede pretenderse que la función judicial constituya la solución a los problemas sociales originados y perpetuados por el fracaso político de instancias gubernamentales o administrativas. Además, esta situación se profundiza, en el caso colombiano, por la existencia de una soberanía disputada y un estado de guerra que se desdobra en la confrontación de la insurgencia y una contrainsurgencia, tanto política como privada e ilegal (Uribe, 2005: 252).

La excesiva participación de la Corte Constitucional en la garantía de los derechos, un poco en contra del optimismo (neo) constitucionalista, evidencia la poca eficacia que posee la Constitución, es decir, al margen de la retórica emocional de los principios, no tiene la suficiente capacidad regulatoria frente a la actividad administrativa, empresarial y social. La ineficacia de los derechos sociales ha demostrado que la equidad y la riqueza no se decretan y que, por tanto, el Estado constitucional es incompleto, inconcluso o fallido. Además, se encuentra abocado a una legitimación fáctica, no sólo jurídica o contractualista, que fluye entre las vicisitudes de la sociedad contemporánea y depende de decisiones de política económica y social. Esta situación, en el caso colombiano, tiene como estructura de fondo, el contraste que existe entre el activismo judicial y el hiper-presidencialismo, que se profundiza cuando las reformas constitucionales hacen generosas transferencias de poder al ejecutivo.

Bernal Pulido relaciona cómo la Constitución no especifica métodos para obtener progreso y bienestar. En un ámbito global, la Constitución es incapaz de resistir y deja un vacío que pone en riesgo las libertades individuales. Al responder a problemas económicos, sociales o políticos que exigen una intervención legislativa o administrativa, el activismo judicial termina por desestructurar al Estado (Bernal, 2005: 238). Tal vez, los (neo)constitucionalistas alineados en causas progresistas no hayan pensado exhaustivamente que los derechos, valores o fines de la Constitución están sujetos al modelo económico que, finalmente, determina las condiciones de posibilidad para protección de los individuos; no hacerlo, supone aceptar que la garantía otorgada a la Constitución es una actividad simbólica.

La confrontación al (neo) constitucionalismo en Colombia debilitó el activismo redistributivo que caracterizó los años noventa. *“En respuesta a las críticas de los economistas y a diversos intentos del Gobierno por suprimir parte de los poderes de la Corte Constitucional, esta última moderó su jurisprudencia activista y viró*

hacia un enfoque más consensual de protección de los derechos constitucionales” (Rodríguez, 2008: 69). En este sentido, se ha buscado reducir el antagonismo entre juristas y economistas para encontrar formas coordinadas de desarrollar los compromisos constitucionales. No obstante, la lógica expansiva del poder económico en el mercado hace que los derechos sociales se comporten como “cláusulas dormidas”⁹ en la Constitución. En contextos profundamente desiguales y de concentraciones intensas del poder político, otorgarle a los individuos el derecho a la propiedad, al trabajo o a la vivienda digna es el sueño metafísico del constituyente o un paraíso de utopías para el (neo)constitucionalismo porque la eficacia de la Constitución implica una plataforma económica y un compromiso político y social decidido.

El (neo) constitucionalismo ha provocado avances en todos los campos del derecho. Sin embargo, voces críticas de esta tendencia destacan que las exigencias normativas del principio de legalidad y del Estado de derecho se han debilitado. Por tal motivo, la crítica al gobierno de los jueces ha tomado fuerza porque representa un retroceso hacia vetustas formas del gobierno de los hombres (Laporta, 2007). El protagonismo de los principios lleva a la configuración de un “derecho del caso” que, con el auspicio de una jurisprudencia importada, estimula el decisionismo judicial e intensifica la discrecionalidad en todas las esferas del derecho. Así, la disminución del grado de certeza del derecho, derivada de la técnica de “ponderación” de los principios constitucionales y la interpretación moral de la Constitución, se ha convertido, en términos de Comanducci (2005: 91), en una de las consecuencias más peligrosas del (neo)constitucionalismo ideológico.

A partir de la distinción que establece Bobbio (1998) entre positivismo ideológico, teórico y metodológico, Comanducci hace una extensión análoga al (neo) constitucionalismo para posibilitar una amplia y aguda comprensión de la producción iusteórica en torno a las constituciones contemporáneas. En efecto, propone que hay un uso ideológico del (neo) constitucionalismo cuando no se limita a describir los logros del proceso de constitucionalización, sino que se valoran positivamente y se propugna por su defensa y ampliación (Comanducci, 2005: 85). El (neo) constitucionalismo ideológico, en contraste con el déficit relativo de (neo) constitucionalismo teórico en Colombia, empezó a usarse a partir de la Constitución de 1991, para valorar e impulsar la defensa de sus valores constitucionales. Por consiguiente, el ordenamiento jurídico colombiano comenzó a ser articulado a partir de una interpretación general y emotiva que reconstruye los fundamentos políticos y morales de la Constitución y que se ha institucionalizado en el poder judicial.

9 El término es de Roberto Gargarella (2009).

En este sentido, la Corte Constitucional no ha renunciado a introducir concepciones sobre la justicia y la política en la aplicación de las normas. La imagen utópica de un juez objetivo, trazada por el racionalismo ilustrado, ha sido robustecida para el juez constitucional y desdibujada para los demás. La justificación de inclinaciones ideológicas o de opciones interpretativas se ha soportado en la construcción de teorías de la argumentación que incorporan criterios de corrección en el uso de las normas y son controladas mediante reglas de racionalidad. Por más exhaustivas que sean las exigencias argumentativas, nada obsta para que las resoluciones judiciales sean decisiones impregnadas de una representación individual del derecho. Así, el (neo) constitucionalismo, combinado con algunos usos o abusos en las nuevas prácticas del derecho, viene a consolidarse como una ideología sobre el papel que debe desempeñar el derecho en la sociedad.

3. USOS Y ABUSOS DE LAS PRÁCTICAS JURÍDICAS EN CONTEXTOS JURÍDICOS (NEO) CONSTITUCIONALES

Un contexto de renovación del iuspositivismo y la constitucionalización del ordenamiento jurídico provocan el surgimiento de nuevas prácticas teóricas, legislativas y judiciales que se objetivan en normas e interpretaciones con una pluralidad de formaciones discursivas. El (neo) constitucionalismo aproxima la reflexión ius-teórica a la práctica jurídica, de modo que el derecho termina relacionado con la realidad social y se hace ineludible estudiarlo desde las prácticas institucionales y no-institucionales que lo producen. Así, el derecho no es una objetividad intemporal; por el contrario, se forma a partir de las categorías de una época determinada y en la perspectiva de los individuos que lo declaran.

Los sujetos de derecho ven el horizonte de la juridicidad filtrado por precomprensiones del mundo, creencias, intereses y teorías. El sujeto jurídico, en ejercicio del derecho como práctica argumentativa y decisoria, busca acomodo en principios naturales, bienes constitucionales, normas positivas, interpretaciones jurídicas de los hechos y la constitución de pruebas, con el objeto de articular sus intereses en la estructura de una pretensión y al amparo de la legislación vigente. En consecuencia, la representación que el sujeto jurídico tiene de la normatividad, de los hechos y de los intereses permite estructurar un edificio de conceptos con el fin de ordenar el mundo de la juridicidad para responder a las exigencias de un caso concreto.

La situación descrita sugiere un análisis sobre (a) la práctica jurídica como construcción provisional de discursos y (b) la ductilidad del derecho para comprender el alcance que tiene el paradigma (neo) constitucional en su ejercicio. Estas premisas señalan que una representación del derecho permite la actuación de concepciones

sobre el hombre, la justicia, el Estado y la sociedad en la práctica jurídica. Así, los destinatarios del derecho articulan de ordenamiento jurídico para responder a la exigencia de sus intereses mediante usos legítimos del derecho.

a. LA PRÁCTICA DEL DERECHO COMO CONSTRUCCIÓN PROVISIONAL DE DISCURSOS JURÍDICOS: LA DIALÉCTICA DE LA REPRESENTACIÓN JURÍDICA

El derecho, como hermenéutica de los hechos y de la juridicidad, se ejerce con relativa libertad e independencia. Sin embargo, existen algunas técnicas formales y sustanciales para la producción del discurso jurídico, cuando está vinculado con una serie de procedimientos o prohibiciones. Así, el legislador acude a una técnica para estructuración de las normas; la dogmática, a distintas formas de comentario para la configuración de un discurso sistematizador e interpretativo del ordenamiento jurídico; el juez, a la reproducción de aquello que ha sido dicho en la tradición jurisprudencial. La representación jurídica supone elementos básicos del derecho como la validez, su relación con el poder, las funciones que cumple, los objetivos y los valores que realiza, la forma como se razona y se aplica. De suerte que, la representación podría coincidir con cierta concepción general del derecho.

La presunción de racionalidad o neutralidad, otorgada al poder constituyente y desentrañada por la Corte Constitucional cuando usa métodos de interpretación de acentuado interés histórico, finalista o sistemático, tampoco está exenta de una representación de la sociedad o del individuo. Cabe recordar que el constituyente de 1886, al no ocultar su vocación confesional y hacer explícita la consagración de una religión oficial¹⁰, hizo uso de una representación de la sociedad colombiana que legitimaba el poder político, señalaba pautas legislativas y le establecía una finalidad moral a la actuación de los individuos. Esta circunstancia daría a entender que la Constitución asume una única concepción del poder, del individuo y la sociedad que se refleja en los fines del Estado, la estructura o actividad de la administración y el reconocimiento de derechos a las personas. Este monismo ideológico aparente, contrario al pluralismo, en el contexto latinoamericano, ha facilitado o impedido

10 Roberto Gargarella hace un análisis comparativo entre las recientes constituciones latinoamericanas que, después de una acentuada inclinación confesional durante el siglo XIX, avanzan en materia de neutralidad y reconocimiento de otras formas de religiosidad. El trabajo del profesor Gargarella es una buena referencia para visualizar cómo algunas constituciones de la región hacen visible su representación del hombre o el Estado para impulsar una causa social (Gargarella, 2009: 15).

que diversas fuerzas políticas accedan al poder y le impriman otra orientación al Estado¹¹.

Anteriormente, cuando se hacía la relación de la multiplicidad de asuntos que designa la impronta (neo)constitucionalismo, se señalaba que en un ámbito global, la Constitución era incapaz de resistir y dejaba un vacío que pone en riesgo las libertades individuales. Esto se indicó en el marco de una Constitución que consagra amplios derechos sociales y una doctrina constitucional que reivindica la existencia de un tribunal activista para protegerlos. Aquí se confirma una clara representación normativa de la manera como deben ser las relaciones sociales para lograr una convivencia justa. Sin embargo, también puede existir una Constitución que proteja los contratos, la propiedad, la libertad de comercio y la circulación de bienes. Nadie se negaría a reconocer su carácter liberal o capitalista y su intención de mantener una situación política o económica vigente en la sociedad que reproduce tantos privilegios como desigualdades.

De ninguna manera se puede creer que una representación del derecho es neutral, es decir, ajena a cualquier forma de asumir al hombre, al Estado o la sociedad, puesto que ella es producto de intensas y repetidas luchas de intereses. Se trata de una representación construida en un momento dado, que puede ser coherente o contrapuesta, aceptable o rechazada por los individuos. Esta situación se evidenció en América Latina a finales del siglo XX, cuando fueron trasplantados el (neo) constitucionalismo y el neoliberalismo como proyectos concomitantes, pese a que son contradictorios y complejos como mecanismos de reforma del Estado. La tensión entre estas dos corrientes demuestra que no se trata de un proyecto compatible, por tanto, sus relaciones han sido de cooperación o de enfrentamiento y competencia con el propósito de mantener su posición dominante (Rodríguez, 2008: 19).

11 En Colombia, la Constitución Política de 1991, al incorporar o restringir los mecanismos de participación política adopta de forma explícita una concepción sobre el individuo y el ejercicio de la ciudadanía. Así, mediante Acto Legislativo No. 2 de diciembre 27 de 2004, se promovió una controvertida reforma a la Constitución Política de 1991 para permitir la reelección inmediata del Presidente en ejercicio. El Congreso tenía competencia para reformar el art. 197 de la Constitución que prohibía la reelección del Presidente y la Corte Constitucional declaró exequible la reforma porque, en su concepto, el trámite cumplía los requisitos de procedimiento. Esta reforma, producto de una lucha de intereses, causó desajustes en el equilibrio de poderes del Estado al, indirectamente, incrementar el poder del ejecutivo, lo cual, asegura la permanencia de coaliciones mayoritarias en el poder y reduce la participación política de los ciudadanos. En el año 2009, se intentó promover otra polémica y cuestionada reforma a la Constitución mediante un referendo para permitir la reelección presidencial por un tercer periodo. Sin embargo, esta vez la Ley 1354 de 2009, que convocaba a un referendo constitucional, fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional. Actualmente se discute la posibilidad de permitir la reelección de alcaldes y gobernadores en el país.

El derecho, además de ser objeto de conocimiento teórico, es una actividad o práctica en la cual se participa, pues el sujeto debe generar respuestas a situaciones fácticas desde las normas vigentes o desde los principios generales. Por tal motivo, el juez, el abogado y el doctrinante configuran el ordenamiento de tal forma que puedan decir algo con el derecho. No hay una configuración del ordenamiento al margen de cualquier caso o contexto social. Las normas jurídicas siempre son estructurables desde los hechos, por tanto, su interpretación no depende de lo que literalmente dicen, sino de lo que presuponen, a partir de lo que se representan los destinatarios del derecho. La representación tiene planos pragmáticos, de tal modo que un ciudadano, un juez, un político, un abogado y un sociólogo leen una legislación determinada en forma diversa.

Algunos tipos de formalismos, como por ejemplo, los de la Corte Suprema de Justicia, son una actitud frecuente en la práctica del derecho en Colombia, porque sus formas de razonamiento, la mayoría de las veces, están sometidas a exigencias intelectuales que imponen una forma de normativismo jurídico decimonónico. A esta situación se le opone el creciente aumento de las funciones del derecho en el mundo contemporáneo (Faralli, 2005). En consecuencia, el juego teórico jurisprudencial del derecho se convierte sólo en una posibilidad de las muchas representaciones que se producen en torno al fenómeno jurídico. Esta representación determina la forma como se realiza la práctica del discurso jurídico, que no es conocimiento científico, sino política jurisprudencial, teórica y legal; y, en algunas circunstancias, pura ficción y retórica.

La motivación de los actos, así se invoque como garantía al debido proceso, implica una institucionalización interpretativa del derecho. El derecho vigente no es aplicado de la misma manera ya que las sentencias no son reediciones del derecho positivo. También, la decisión sobre la interpretación no depende sólo de las disposiciones normativas sino de las posiciones intelectuales, sociales, económicas y personales que adopta el intérprete. No existe una representación unívoca del derecho, si existiera, los jueces siempre llegarían al mismo resultado y nunca habría decisiones divididas en los tribunales. El disenso legal puede ser utilizado de muchas maneras, incluso diferentes a las imaginadas por el legislador.

b. LA DUCTILIDAD (NEO) CONSTITUCIONAL DEL DERECHO: DESDE EL DERECHO COMO SISTEMA DE NORMAS A LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICO-POLÍTICA

Los problemas del derecho no pueden analizarse de forma aislada, es decir, acudiendo exclusivamente a las normas que constituyen el ordenamiento jurídico. Es

necesario examinar la repercusión que los sujetos jurídicos tienen de los hechos. El derecho, lejos de ser racional, coherente y justo, como lo aduce alguna representación positivista, es arbitrario, incoherente y, en algunas ocasiones, injusto, porque los derechos y las libertades que constituye están en función de intereses políticos y económicos. El discurso jurídico encierra un mensaje político. En efecto, las ideas jurídicas son históricamente dadas, por tanto, se justifican en el contexto donde nacen y se manifiestan.

Los sujetos se representan de diversas formas una legislación, ésta puede verse como algo coherente o contradictorio, promotor u obstáculo del cambio social. La representación, en los jueces y abogados del derecho, determina las teorías que utilizan en su trabajo cotidiano e involucra formas de argumentación, fines políticos y percepciones generacionales que condicionan el alcance de sus decisiones. En estos ámbitos, se pueden encontrar decisiones que se comportan como si los derechos no existieran en absoluto.

Cuando analizan un caso, los juristas no describen el derecho, fundamentalmente intentan otorgarle una estructura que ordena las normas y su aplicación, para darle cabida a una representación del derecho. Al decir de Zagrebelsky (2007: 14 y 17), el derecho se transforma en una realidad “dúctil”, a su vez, la dogmática y la jurisprudencia se convierten en discursos líquidos¹². La práctica jurídica, al abandonar rigideces legalistas, adopta una posición antiformalista en los sujetos jurídicos. La representación indica que el derecho es una realidad cultural, social y empírica de gran complejidad, pues involucra creencias y comportamientos en tanto que no es un quehacer meramente individual sino colectivo. La representación es una facticidad que depende de la voluntad, las contenciones y el contexto jurídico de los individuos que se fundamenta normativamente y es posible por la formulación de reglas y sus respectivos significados. Sin representación de hechos o juridicidad no es posible la interpretación y la comprensión del fenómeno jurídico.

La identidad teórica del derecho es una cuestión controvertida. El derecho es una pluralidad que comprende normas, actos, tratados, convenciones, costumbres y sentencias, entre otros. Así, con este conjunto de instituciones, se expresa la organización de la sociedad. La observación de la práctica jurídica de los doctrinantes, los teóricos del derecho, los jueces y los abogados, evidencia que las interpretaciones son una prescripción de combinaciones para comprender la realidad jurídica; esta composición resulta problemática por la variedad de temas, inquietudes y métodos que se yuxtaponen en sus representaciones del derecho y que les permite organizar

12 Este concepto es tomado de Bauman (2003). La metáfora de la liquidez intenta describir un tiempo sin certezas porque los vínculos en la sociedad son precarios, transitorios y volátiles.

u orientar el derecho de una determinada manera. Las diversas representaciones del derecho buscan ofrecer una solución a los casos no sólo concretos, sino a todos los problemas generales del derecho.

El ordenamiento jurídico puede ser visto desde perspectivas e intereses distintos, según la representación que los individuos tienen del caso o problema que deben resolver. Así, la representación que el legislador tiene del derecho es usada para alcanzar resultados generales, en los cuales, se impone la visión reguladora del Estado; el abogado usa las normas para la satisfacción de intereses particulares y, el juez, para justificar sus decisiones. Cada representación del derecho implica una lógica desde la cual se usan las normas y se articula el ordenamiento. Otro tanto ocurre con los teóricos, los filósofos, los doctrinantes y los sociólogos del derecho. En este sentido, puede plantearse que el derecho es una pluralidad de discursos con un carácter pragmático que tiene un efecto estrictamente decisorio en todos sus niveles.

Los casos jurídicos, que se pueden abordar desde diversas representaciones del derecho, tienen a su disposición una cantidad de reglas e instituciones complejas, contradictorias, generales, ambiguas o en algunos casos vagas. Desde esta perspectiva, y atendiendo a las exigencias políticas, sociales o económicas del contexto, no siempre hay un acuerdo sobre la naturaleza de los hechos y el alcance de las normas. Definir qué son o qué dicen las disposiciones normativas es necesario, pero no suficiente, para realizar una práctica jurídica. Ante todo, es indispensable saber cómo se aplican las normas a fin de conocer los problemas que se presentan en la manera como se usan y en las decisiones que gravitan para la solución de casos.

Con razón, Carrió (1995: 57) señala que “[p]odemos distinguir, en primer lugar, entre el conocimiento de las normas jurídicas, por un lado, y el uso (del conocimiento) de esas normas, por otro. Conocer las normas es saber qué prohíben, qué ordenan, qué autorizan. Usar (el conocimiento de) una o más normas, o, más sencillamente, usar esas normas, es valerse de ellas para alcanzar ciertos resultados, emplearlas como herramientas en vista de la realización de ciertos fines”. Desde este criterio, el profesor argentino eleva una fuerte crítica a la enseñanza universitaria del derecho, porque no posibilita la obtención de resultados con las normas jurídicas. Así, el derecho aparece como una actividad técnica y no exclusivamente teórica, que exige el uso de ciertas reglas prácticas para el manejo de las disposiciones normativas.

La práctica jurídica, en todos sus niveles, consiste en asumir una representación del derecho, y desde ésta, usar términos, conceptos y principios para responder a determinado género de problemas. En apariencia, los problemas jurídicos tienen una “respuesta asegurada por el ordenamiento jurídico”. En algunos momentos

históricos existen representaciones dominantes del derecho, como en el caso del iusnaturalismo, el iuspositivismo y el iusrealismo. Sin embargo, el derecho es una compleja actividad que se abre a cuestiones de resonancia económica, política y social.

En el caso colombiano, López Medina ha descrito, a través de la técnica de la línea jurisprudencial, la manera como fluctúan los criterios de la Corte Constitucional en materia de derechos fundamentales e interpretación constitucional. En efecto, esto evidencia que “... *el derecho positivo es tan sólo un marco en el que diferentes actores explotan (a) la indeterminación de una norma singular o (b) las contradicciones valorativas en las que incurre un sistema complejo de derecho (como el nuestro) cuando se constata que sobre un mismo problema jurídico, orbitan varias normas en competencia. Estas dos características del sistema de derecho permiten que diferentes actores desplieguen proyectos ideológicos, políticos o culturales que sobrepasan, en mucho, el análisis meramente legalista de la cuestión*” (López Medina, 2007: XX).

No existe una representación que configure las relaciones entre teoría del derecho, filosofía del derecho y ciencia jurídica o dogmática. La representación del derecho como una experiencia jurídica no tiene un ámbito específico, ella está asociada a la moral, a la política y a la economía. En efecto, García Amado (1999: 27) plantea que el derecho debe entenderse como un fenómeno pluridimensional, polimorfo y complejo, que participa de realidades distintas y puede examinarse en sus dimensiones ideales, empíricas, normativas, valorativas, psicológicas, sin que sea reducido a ninguna de ellas. Además, la filosofía del derecho debe asumir un carácter pragmático, pluralista e interdisciplinar con el fin de alcanzar una perspectiva más amplia y global.

En el pensamiento de los juristas existe un dualismo metodológico: por un lado, está su racionalidad metafísica que, desde una representación conceptual, construye la trama de instituciones que encajan perfectamente en el ordenamiento jurídico; por el otro, está el delicado y complejo proceso institucional y social que determina la aplicación y la eficacia de las normas en una sociedad. Haba (1989: 18) critica esta concepción metafísica del derecho y plantea que el platonismo jurídico se manifiesta en dos momentos: cuando el legislador configura un cuerpo normativo que realizará sus objetivos y cuando se piensa en las normas jurídicas como si se tratara de ideas jurídicas *per se*. Concebir al derecho como abstracciones, conduce a una separación irreconciliable entre teoría y práctica que impide comprender y analizar la juridicidad de los hechos que constituyen los derechos y las obligaciones de los individuos. Al derecho no se le puede desconocer su carácter práctico para ajustarlo a la lógica de un saber pragmático, so pretexto de realizar análisis del lenguaje normativo.

4. CONCLUSIONES

La existencia de sociedades complejas y el desarrollo del pensamiento jurídico han dado lugar a que el (neo) constitucionalismo impulse la transformación del ordenamiento y propugne por prácticas jurídicas distintas. Desde esta nueva tendencia, en la práctica del derecho se ha justificado la formación de discursos jurídicos que problematizan las tesis del positivismo e introducen estructuras conceptuales para expresar dinámicas flexibles y complejas en el fenómeno de la juridicidad.

La difusión de ideas antipositivistas, acompañada por la incorporación de derechos, principios materiales y la construcción de un nuevo concepto de ordenamiento jurídico, han suscitado fuertes enfrentamientos teóricos que someten a prueba la capacidad del positivismo jurídico para responder a las nuevas realidades de una sociedad plural y dinámica. Sin embargo, las tesis de algunas tendencias en el positivismo del siglo XXI reflejan preocupaciones que se conectan con el (neo) constitucionalismo y permiten concluir que muchas de sus críticas mutuas se sustentan en idealizaciones metafísicas.

El (neo) constitucionalismo lleva a una representación del derecho, en la cual, la frontera entre lo jurídico y lo no jurídico es difusa. Esto ha permitido que los tribunales constitucionales se autoconciban como llamados a resolver, con exclusividad, problemas sociales y políticos muy complejos o difíciles. A esto se adiciona que los derechos constitucionalizados o reconocidos en instrumentos internacionales enarbolan la misión institucional que el poder judicial debe cumplir para actualizar y dinamizar el derecho ante las nuevas realidades sociales.

La mitificación de la labor judicial ha sido aplaudida. Sin embargo, es posible que su nueva postura institucional adopte un estilo descontrolado. La extralimitación judicial puede otorgarle un carácter individual y relativo a la concepción de los derechos, incluso puede desvirtuar su contenido y alcance. Un sistema jurídico combina elementos que son heterogéneos, es decir, constituye un armazón de figuras contradictorias y dispares entre sí. Desde estas circunstancias, la teoría jurídica describe cómo se presenta, cómo se piensa, cómo se analiza y cómo se lleva a cabo la práctica del derecho a partir de la representación de los sujetos.

En un contexto (neo) constitucional, el ordenamiento jurídico puede ser articulado a partir de una interpretación general que reconstruye los fundamentos políticos y morales de la Constitución y que se institucionaliza en el poder judicial. La justificación de las inclinaciones ideológicas o de opciones interpretativas en el derecho se soporta en la construcción de teorías de la argumentación que incorporan criterios de corrección en el uso de las normas.

El (neo) constitucionalismo se ha consolidado como una ideología sobre el papel que debe desempeñar el derecho en la sociedad. El uso ideológico de sus planteamientos valora, en algunos casos, sesgadamente los beneficios del proceso de constitucionalización y busca su defensa o ampliación. La representación que el sujeto tiene de la normatividad, de los hechos y de sus intereses permite construir un edificio de conceptos para estructurar el mundo de la juridicidad y responder a exigencias concretas.

No se puede asumir que una representación del derecho es neutral o ajena a cualquier forma de concebir al hombre y a la sociedad. Los sujetos configuran el ordenamiento de tal forma que puedan decir o hacer algo con el derecho. La representación del derecho, en los jueces y abogados, determina las teorías que utilizan en su experiencia jurídica e involucra formas de argumentación, fines políticos y percepciones que condicionan el alcance de sus decisiones.

La práctica jurídica, en todos sus niveles, consiste en asumir una representación del derecho, y desde ésta, usar términos, conceptos y principios para responder a una clase determinada de problemas, intereses y exigencias. El derecho se convierte en un lugar de competencia donde los actores pretenden hacer valer su representación de los hechos y la juridicidad.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (2002).
- ALFONSO, Santiago. “Neoconstitucionalismo”. En: Academia Nacional de Ciencias Morales Políticas, Instituto de política constitucional. Buenos Aires (abril, 2008). Disponible online: <http://ancmyp.org.ar/user/files/02neoconstitucionalismo.pdf> (Consultado junio 8 de 2010).
- ARANGO, Rodolfo. *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Bogotá: Legis (2005).
- ATIENZA, Manuel y Ruiz Manero, Juan. “Dejemos atrás el positivismo jurídico”. En: *Isonomía*, 27 (Octubre, 2007).
- ATIENZA, Manuel. *El derecho como argumentación*. Barcelona: Ariel (2006).
- BAUMAN, Zygmunt. *Modernidad líquida*. Trad. M. Rosenberg. México: Fondo de Cultura Económica (2003).
- BERNAL PULIDO, Carlos. *El derecho de los derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia (2005).
- BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los*

- derechos fundamentales vinculantes para el legislador*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (2003).
- BOBBIO, Norberto. *El positivismo jurídico. Lecciones de Filosofía del Derecho reunidas por el doctor Nello Morra*. (R. de Asís y A. Greppi Trads.) Madrid: Debate (1998).
- BULYGIN, Eugenio. “¿Está (parte de) la filosofía del derecho basada en un error?” *Doxa, Cuadernos de filosofía del derecho*, 24 (2004).
- CARRIÓ, Genaro. *Cómo estudiar y cómo argumentar un caso*. Buenos aires: Abeledo-Perrot (1995).
- COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. En: Carbonell, Miguel (Ed). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta (2005) Ed2.
- DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press (1976).
- ELSTER, Jon. *Ulises desatado: estudios sobre racionalidad, precompromiso y restricciones*. Barcelona: Gedisa (2002).
- FARALLI, Carla. *La filosofía del derecho contemporáneo. Los temas y desafíos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, (2007).
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *Escritos sobre filosofía del derecho*. Bogotá: Ediciones rosaristas (1999).
- GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. El derecho como esperanza: constitucionalismo y cambio social en América Latina, con algunas ilustraciones a partir de Colombia. En: Uprimny, R., Rodríguez, C. y García, M. *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*. Bogotá. Norma (2006).
- GARGARELLA, Roberto. “El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes”. En: Coloquio Derecho Moral y Política. Universidad de Palermo, Buenos Aires. Septiembre 7 de 2009.
- GUASTINI, Riccardo. *Estudios de teoría constitucional*. México: Fontamara (2001).
- HABA, Enrique. “Metodología realista-crítica y ética del razonamiento judicial. Realismo jurídico como alternativa práctica al discurso normativista de los jueces”. En: *Doxa, Cuadernos de filosofía del derecho*, 25 (1989)
- HABERMAS, Jurgen. *La constelación posnacional: ensayos políticos*. Barcelona: Paidós (2000)
- HART, H.L.A. *El Concepto de derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot (1998).
- HART, H.L.A. *Post scriptum al concepto de derecho*. México: Universidad Nacional Autónoma de México (2000).
- KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho*. Buenos Aires: Eudeba (2005).
- LAPORTA, Francisco. *El imperio de la ley. Una visión actual*. Madrid: Trotta (2007).
- LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *El derecho de los jueces. Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial*. Bogotá: Legis (2007).

- LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Bogotá: Legis (2005).
- MACCORMICK, Neil y Weinberger, Ota. *An institutional theory of law. New approaches to legal positivism*. Dordrecht: Reidel (1986).
- MARTÍNEZ ZORRILLA, David. *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*. Madrid: Marcial Pons (2007)
- MORESO, José Juan. “Comanducci sobre neoconstitucionalismo”. En: *Revista Isonomía* 19 (Abril, 2003).
- PRIETO SANCHÍS, Luis. “El constitucionalismo de los derechos”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 71 (mayo – agosto, 2004).
- RINCÓN SALCEDO, Javier. “La soberanía interpretativa de los tribunales constitucionales: análisis desde la perspectiva del constitucionalismo popular”. En: *Vniversitas* 115 (enero-junio, 2008).
- RODRÍGUEZ GARAVITO, César. *La globalización del estado de derecho. El neoconstitucionalismo, el neoliberalismo y la transformación institucional en América Latina*. Bogotá: Ediciones Uniandes (2008).
- SUNSTEIN, Cass. *Acuerdos carentes de una teoría completa en derecho constitucional y otros ensayos*. Cali: Universidad Icesi (2010).
- TOURAINE, Alain. *Sociedad post industrial*. Barcelona: Ariel (1969).
- UPRIMNY, Rodrigo. The Enforcement of Social Rights by the Colombian Constitutional Court: Cases and Debates. En: Gargarella, R. Domingo, P. y Roux, T. (Eds.) *Courts and social transformation in new democracies: an institutional voice for the poor?* Hampshire: Ashgate (2006).
- URIBE DE HINCAPIÉ, María Teresa. *Nación, ciudadano y soberano*. Medellín: Corporación Región (2005).
- WALDRON, Jeremy. *Derecho y desacuerdos*. Madrid: Marcial Pons (2005).
- WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigaciones filosóficas*. Trads. A. García y U. Moulines. Barcelona: Instituto de Investigaciones Filosóficas (1988).
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Trad. M. Gascón. Madrid: Trotta (2007).