

El drama y la gloria de la interpretación constitucional¹

The drama and the glory of the constitutional interpretation
Le drame et la gloire de l'interprétation constitutionnelle
O drama e a glória da interpretação constitucional.

Gabriel Mora Restrepo²

Resumen

Este texto tiene como propósito hacer una reflexión sobre las dos caras en las que suele ubicarse la interpretación constitucional. De una parte, su importancia en relación con la defensa de la Constitución y los derechos fundamentales; de otra, sus tensiones y posibles abusos a las que, en ocasiones, se le somete. El artículo plantea que es posible llevar a cabo una defensa de la interpretación constitucional sobre la base de dos condiciones: la incorporación de la teoría de la justificación racional y la exigencia —que es de tipo moral— del querer la justicia en sus operadores. Esto último implica no eludir la cuestión del talante (o carácter) que se debe exigir a los jueces constitucionales cuando asumen su oficio.

-
- 1 Una primera versión de este escrito fue presentada en el “III Congreso Internacional de Juristas Católicos”, Bogotá, Universidad Católica de Colombia, febrero de 2012. Una segunda versión en el “I Foro de Filosofía del Derecho”, Medellín, Universidad Pontificia Bolivariana, octubre de 2013.
 - 2 Doctor en Derecho (Universidad Austral, Argentina). Profesor de Teoría del Derecho y Director de la Maestría en Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad de La Sabana (Bogotá, Colombia). Profesor del *The Phoenix Institute*, en la Universidad de Notre Dame (Indiana—Estados Unidos) y en el International Theological Institute (Trumau, Austria). Miembro del Grupo de Investigación “Justicia, ámbito público y derechos humanos” de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Sabana. Procurador auxiliar para asuntos constitucionales. Bogotá-Colombia. Correo electrónico: gabriel.mora@unisabana.edu.co
Este artículo fue recibido el día 19 de agosto de 2014 y aprobado por el Consejo Editorial en el Acta de Reunión Ordinaria N° 19 del 7 de noviembre de 2014.

Palabras clave: Interpretación constitucional; Teoría de la justificación; Plenitud humana; Razonabilidad práctica; Sentencias ideologizadas.

Abstract

This text is intended to make a reflection on the two sides in which is usually located the constitutional interpretation. On the one hand, its importance related in relation to the defense of the Constitution and fundamental rights; on the other hand, its tensions and potential abuses to which, sometimes, it is subjected. The article proposes that it is possible to carry out a defense of constitutional interpretation on the basis of two conditions: the incorporation of the rational justification theory and the demand—which is of moral kind - of expecting justice of its operators. . This last point means not to evade the issue of the temper (or character) that constitutional judges should be required when they take on their responsibility.

Key words: Constitutional interpretation; Justification Theory; Human fullness; Ideologized Judgments.

Résumé

Ce texte vise à réfléchir sur les deux côtés régissant généralement l'interprétation constitutionnelle. D'une part, sa pertinence pour la défense de la Constitution et des droits fondamentaux; D'autre part, les tensions et possibles abus auxquels, parfois il est soumis les tensions et les éventuels abus qui est parfois soumis. L'article vise la possibilité de procéder à une défense de l'interprétation constitutionnelle basée sur deux conditions: l'intégration de la théorie de la justification rationnelle et l'exigence —de type morale- de vouloir la justice pour leurs opérateurs. Cela implique de ne pas éviter la question de l'état d'esprit (ou caractère) qui devrait être exigé des juges constitutionnels lorsqu'ils assument leurs fonctions.

Mots-clés: Interprétation constitutionnelle; Justification; Plénitude humaine; Pratique rationnelle; Sentences idéologiques.

Resumo

Este texto tem como propósito fazer uma reflexão sobre as duas faces nas que se costuma situar a interpretação constitucional. De um lado, sua importância em relação à defesa da Constituição e os direitos fundamentais; de outro, suas tensões e possíveis abusos aos que, às vezes, é submetida. O artigo propõe que é possível fazer uma defesa da interpretação constitucional sobre a base de duas condições: a incorporação da teoria da justificação racional e a exigência —que é de tipo moral— do querer a justiça em seus operadores. Isto

último implica não evadir o assunto do caráter que se deve exigir aos juízes constitucionais quando assumem seu cargo.

Palavras-chave: Interpretação constitucional; Teoria da justificação; Plenitude humana; Razoabilidade prática; Sentenças ideologizadas.

Sumario

Introducción. 1. Las tensiones en la interpretación constitucional. 2. ¿Se puede defender la interpretación constitucional? 3. El “agache” ante la institucionalidad. 4. La exigencia de reglas cumplidas de argumentación jurídica. 5. El talante moral de los jueces. 6. Conclusión. Referencias.

Introducción

“La Corte Constitucional debe respetar y hacer respetar la separación de poderes, el orden institucional, la seguridad jurídica y no tratar la Constitución como un texto esotérico, oscuro, que solo el entendimiento de sus integrantes, o cinco de ellos, alcanza a descifrar”.

Nilson Pinilla Pinilla
(*Ámbito Jurídico*, 2006).

La importancia que han adquirido los tribunales constitucionales es notoria. Tienen la misión de cuidar una Constitución cuyo texto está caracterizado por una serie de dificultades. Una de esas dificultades reside en saber resguardar la Constitución de intereses que la desvirtúen o desnaturalice. Por paradójico que llegue a parecer, el mayor impase está en resguardar la Constitución de intereses que no siempre provienen de “fuerzas externas” al tribunal, sino de sus propios actores. Este artículo intenta mostrar este aspecto. Más precisamente, que los jueces constitucionales, en muchos casos, han venido a suplantar la Constitución mediante tesis que logran abrirse paso en las sentencias constitucionales, las cuales son presentadas a través de artilugios interpretativos de todo tipo. Mostrar esto no necesariamente conlleva un rechazo a la interpretación constitucional, sino más bien a advertir que un uso manipulativo, perverso o arbitrario de la misma nos debe llevar a buscar caminos para hacer de ella lo que siempre ha debido y debe

ser: la tarea de encontrar o discernir siempre la justicia constitucional. En el artículo se exploran algunos de esos caminos, los que en todo caso serán insuficientes si no cuentan con el sustrato más importante de todos: el talento, o el conjunto de virtudes mínimas, que deben ser exigidas a quienes ostentan la tarea u oficio de juristas.

Para ello se procederá de la siguiente manera. En un primer punto se esbozará la problemática de la interpretación constitucional, desde la perspectiva del operador judicial. Seguidamente se pasará a mostrar dicha problemática con ejemplos concretos. En tercer lugar, el artículo girará hacia las respuestas que, frente a este hecho del mal uso de la interpretación constitucional, es común entre los académicos. Es el punto de mayor crítica en el escrito. Seguidamente, en cuarto lugar, se explorará la teoría de la justificación racional como una importante salida a los problemas anteriormente descritos. Por último, se hará un planteamiento muy básico sobre lo que allí se denomina el talento moral de los jueces, como exigencia previa para que la interpretación constitucional tenga verdadero éxito y, por supuesto, legitimidad.

1. Las tensiones en la interpretación constitucional

La interpretación constitucional, especialmente adelantada por tribunales de última instancia, constituye una problemática y uno de los más reiterados tópicos de la teoría jurídica de las últimas décadas (Gargarella, 2011, p. 53). La principal, que no única, causa de su problematización, reside en la cercanía de la interpretación constitucional con los asuntos políticos. Con esto, sin embargo, no se expresa que el Derecho es inmune a lo político, o que no posea una dimensión política en tanto se predica de personas organizadas en sociedad, y en tanto el Derecho en general es, en su más radical sentido, una apuesta por la ordenación comunitaria con miras a una finalidad concreta,

el *bien común*. Esta dimensión “Política”, con “P” mayúscula, no es a la que se alude con la cuestión problemática de la interpretación constitucional.

La problematización se refiere, más bien, a una palpable tensión política de dos aristas: la primera alude a la tensión entre el tribunal o corte constitucional y los demás órganos del poder público, principalmente frente -aunque no exclusivamente- al Parlamento. La segunda es la tensión entre la propia Constitución y -ya aterrizándolo al caso colombiano- la Corte Constitucional.

a) La tensión entre la Corte Constitucional y los demás órganos del poder público es consecuencia del lugar predominante que han adquirido los tribunales constitucionales, convertidos en árbitros dominantes y supremos del proceso político sobre diferentes temas, como sostiene el español Canosa (1998, p. 38). Baste recordar aquí la conocida expresión del *Justice Jackson* en el caso *Brown v. Allen*, de 1953 (344 U. S. 443, 540): “No tenemos -decía- la última palabra porque seamos infalibles, sino que somos infalibles porque tenemos la última palabra”³.

Entre nosotros también se han presentado intentos de dotar a la Corte Constitucional de una especie de “supremacía hermenéutica”. Por ejemplo, el magistrado Cifuentes sostuvo en la sentencia SU-640 de 1998 que “frente a la interpretación realizada por la Corte (...) no puede concurrir ninguna otra, ni siquiera la del Congreso de la República”; o la afirmación del magistrado Arango cuando sostiene, en la sentencia C-113 de 1993, que entre las interpretaciones de la Corte y la Constitución no puede interponerse ni siquiera “una hoja de papel”.

Esto es problemático, desde luego, por la eventual erosión del principio de pesos y contrapesos y del equilibrio entre las ramas del poder público, pero sobre todo por el dilema contra-mayoritario, anunciado por Bickel

3 “We are not final because we are infallible, but we are infallible only because we are final”.

(1986, p. 18) como un síntoma de desvío eventual ante oportunismos de algunos jueces cargados con propias agendas políticas personales.

Una manifestación de este problema es la distinción que hace la Corte Constitucional, en la sentencia C-551 de 2003, entre *sustitución* y *reforma constitucional* a partir de lo que allí denomina “límites materiales implícitos”, con lo que le ha permitido –cambiando el texto de la Constitución– no sólo ampliar fronteras sobre su propia competencia para conocer actos jurídicos reformativos de la Carta, sino, además, para limitar el poder de reforma del constituyente derivado. De dónde ha extraído la Corte esta distinción y esta regla es un misterio sin resolver. Pero denota que la tensión a la que se hace referencia no constituye un mero pasatiempo de los intelectuales dedicados al estudio del razonamiento constitucional. Ni siquiera en el constitucionalismo más avanzado o legendario del mundo, como el norteamericano, desde el cual he citado previamente la expresión del juez R. Jackson sobre la infalibilidad de los jueces (que, por cierto, lo hacía en un contexto de tribunal de cierre para admitir la posibilidad del error), se ha creado una tensión semejante frente al poder de enmienda a la Constitución, como quedó claro en el fallo *Coleman v. Miller* de 1939 (307 U.S. 433), que sienta la respetable y perdurable doctrina de que hay asuntos políticos no justiciables.

b) La segunda tensión, que tiene mucho de lo anterior, sitúa la problemática directamente en la relación entre el juez constitucional y la propia Constitución, y más detenidamente, en el conjunto de razones que los jueces expresan para definir los fallos de acuerdo con sus propios criterios e intereses, que *siempre* los hacen ver como criterios e intereses previstos por la propia Constitución. La sentencia recién mencionada, C-551 de 2003, es también uno de los ejemplos más contundentes de esta tensión. El juez constitucional *parece* encontrar siempre una salida “constitucional” (que está de algún modo allí, sin que realmente *todos lo sepamos*) mediante la cual va determinando, extrayendo, limitando, condicionando, etc., las decisiones tomadas en los casos concretos.

El punto es clave para explicar las perplejidades que circundan la interpretación constitucional, porque conlleva la idea según la cual no hay (no habría) fallos constitucionales injustos, en la medida en que los jueces siempre proceden jurídicamente porque siempre hay sustentos racionales para los mismos. Es decir, porque toda *construcción argumentativa* de los jueces termina auto-justificándose en sus propias premisas o bien porque toda interpretación coincide con lo interpretado, según el ritmo de conceptos, definiciones, valoraciones, comparaciones, etc., que los jueces estén dispuestos a considerar en un caso determinado, o según el “entendimiento” que los integrantes de la Corte pueden, ellos solos, dilucidar (Mora-Restrepo, 2009, p. 392).

Los efectos que produce esta tensión son meridianamente claros. Pero el resultado al que se llega es manifiestamente preocupante. Tamayo Jaramillo (2011, pp. 62–63) sostiene, mediante una afortunada descripción originaria de Smend, que la Corte se ha convertido, a través de sus sentencias y el juego argumentativo y valorativo del que se sirve, en un verdadero poder constituyente permanente y continuo, que no sólo interpreta la Constitución, sino que la hace, la re-hace, la amplía, la acorta, la inventa, la acaba, la renace, la cambia, la vuelve a hacer, y así sucesivamente.

Desde coordenadas como éstas, sin embargo, todo el juego argumentativo expuesto en el grueso de las decisiones constitucionales pasa a un segundo plano, o les sirve a los jueces meramente para “solventar” sus fallos (Bernal, 2005, pp. 48–49). Pero también pasa a un segundo plano la propia Constitución, porque su fuerza normativa se ve forzada a adecuarse (*fit*) a las concepciones personales del fallador.

2. ¿Se puede defender la interpretación constitucional?

A pesar de este panorama, y como se tendrá ocasión de mirar en la parte final de este escrito, una defensa de la interpretación constitucional es posible y, además, no implica desconocer las tensiones que se acaban de describir. La defensa de la interpretación constitucional va, justamente, en el sentido contrario a esa práctica de intereses personales de algunos jueces, como de la idea de que toda interpretación constitucional descansa en sus propias premisas y en los argumentos de turno de los jueces de instancia, y de la idea subrepticia que consiente en diluir la distinción entre el poder constituyente y el poder constituido. Porque una interpretación constitucional entendida en el anterior sentido no sólo se sale del marco de la legitimidad democrática, sino, además, del mundo y la racionalidad propiamente jurídica, para darle paso a los ropajes o fachadas de argumentación, o a lo que Sagüés (1998, p. 4) llama, con acierto, el carácter “tramposo de la interpretación constitucional”.

No es dable desconocer, por lo tanto, este grave hecho descrito, que existen y han existido pseudo-interpretaciones constitucionales, oficiadas por el poder de turno, por mayorías episódicas de una Corte, o que en efecto existen jueces inescrupulosos que offician con toga pero que, soterradamente, manejan su propia agenda personal o grupal para imponer determinadas ideologías, con el manto de una argumentación solvente que siempre les da la razón: siempre, claro está, cuando alcanza esa mayoría exigida en la respectiva sala de decisión.

En *Justicia constitucional y arbitrariedad de los jueces* (Mora–Restrepo, 2009) se recorren casos significativos y de alto impacto para ejemplificar lo que allí se denomina la “interpretación constitucional perversa”. Uno de esos casos fue el contenido en la sentencia SU–047 de 1999 que puso fin al bien conocido “proceso 8.000”, por el cual se investigaba el ingreso de dineros del narcotráfico a la campaña presidencial que llevó a Ernesto Samper a la Presidencia de la República. Al margen de las tantas consideraciones que este

hecho pudo y aún puede suscitar, lo llamativo de la sentencia consistió, por una parte, en el manejo que los magistrados que conformaron la mayoría hicieron sobre el valor del precedente constitucional, calificándolo como elemento central de la legitimidad de los fallos, al tiempo, hacer caso omiso del mismo para el juzgamiento de la *litis* que tenían en manos. Por otra parte -que explica cómo lograron lo anterior-, en el uso de premisas “falsas” (así lo califica un salvamento de voto a esa sentencia), para el sustento de la nueva decisión: les bastó simplemente decir, en contra de toda evidencia, que lo que había sido *ratio decidendi* no fue más que “infortunados *dictum*” y, con ello, habilitarse para forjar una nueva línea jurisprudencial.

Un caso más cercano en el tiempo, también sobre el precedente constitucional, está contenido en la sentencia C-335 de 2008. Antes de esta sentencia la Corte había manejado la tesis de la obligatoriedad de los precedentes para los jueces del país, pero permitiéndoles apartarse de los mismos mediante una argumentación fuerte y razonada (véanse, por ejemplo, las sentencias C-836 de 2001 y T-292 de 2006). De no hacer esto último, la Corte había planteado, como remedio, la revocatoria de la decisión por violación del principio de igualdad, mediante la cual se respalda la obligatoriedad relativa del precedente. Sin embargo, en la sentencia C-335 de 2008 la Corte varió su jurisprudencia y advirtió que los jueces pueden incurrir en el *delito de prevaricato* si se apartan de sus sentencias de constitucionalidad y, con algunas condiciones, si se apartan del precedente vertido en sus sentencias de tutela, lo cual demuestra ahora una desconfianza de la Corte hacia los demás jueces. Ahora bien, la cuestión acá no es que la Corte haya variado su jurisprudencia, que puede hacerlo con una fuerte, real y sustentada justificación, sino en el uso que ha realizado de las dos tesis contrapuestas, ahora empleadas de forma estratégica de acuerdo con el caso que tienen ante sí. La tesis del “prevaricato” la aplica a temas de homosexuales (como aconteció en la sentencia T-051 de 2010) y, sobre todo, a la objeción de conciencia cuando un juez debe decidir tutelas sobre aborto (T-388 de

2009), mientras que en los restantes casos emplea la primera, es decir, la de tutelar la sentencia por violación del principio de igualdad.

Este uso estratégico de las reglas interpretativas es un claro indicio de la ideologización de los fallos constitucionales, cuya dependencia está dada en ese doble discurso que maneja la Corte Constitucional, quien se presenta (en apariencia) como garante de un principio constitucional –la igualdad–, pero que, en realidad, aplica la regla pero depende del caso que tenga que resolver. El tema del aborto, por cierto, ha recorrido ese trecho de la ideologización en un sentido muy fuerte, marcada por intereses oscuros y premisas falsas. Un ejemplo, por las graves connotaciones que tiene y la prolongación de sus efectos dañinos, lo constituye la objeción de conciencia. Se trata del “misterioso” párrafo contenido en la sentencia C-355 de 2006, casi al final de la misma, en el que la prohibición de la objeción de conciencia a las instituciones prestadoras de salud aparece manifiestamente aislada del orden expositivo previo y posterior del fallo. Es decir, *aislado* en el sentido de no poseer ilación ni concatenación argumental, por lo tanto, no conducente ni sustentado en premisas previas ni en conectores conceptuales anteriores o posteriores. *Aislado*, también, en el sentido presunto de haberse incluido a última hora con un propósito. Y *aislado*, en fin, en el sentido de haber sido inventado en el momento de la redacción del fallo y, por ende, jamás dado a conocer a los magistrados disidentes, como expresamente éstos lo afirmaron en sus salvamentos de voto (sentencia C-355 de 2006, salvamento de voto de los magistrados Monroy, Escobar & Tafur).

Al margen de las discusiones que esto pueda generar, en relación con la calificación penal de la conducta de los jueces que se inventaron ese párrafo, o al talante moral y probidad de algunos integrantes -pasados o presentes- de la Corte Constitucional de Colombia, se advierte una singular obsesión de algunos magistrados cuando se está en presencia de ciertos temas “controvertidos” como el aborto. La decisión comentada, que despenalizó el aborto en determinadas circunstancias, quizá no previó que durante su propia vigencia

iba a encontrar distintas voces discrepantes que objetarían en conciencia cuando tuvieran que decidir sobre la autorización o práctica de un aborto. En los meses que transcurrieron entre el fallo y el conocimiento público de la sentencia (práctica curiosa y, sobre todo, extraña en otras partes), y ante la negativa de instituciones prestadoras de salud, de médicos, enfermeras y aun jueces, de practicar o conceder abortos, los magistrados que conformaron la mayoría (o los ponentes, o algún interesado, nadie lo sabrá...) se dieron a la tarea de incorporar ese desafortunado párrafo para intentar frenar la ola de objeciones de esta singular decisión que rompió inexplicablemente una fuerte y reiterada línea jurisprudencial en favor de la vida del no nacido. La sentencia T-388 de 2009, que aplicó la tesis del “prevaricato” a la que ya se hizo referencia, tuvo como soporte de la decisión aquel misterioso y –parafraseando las consignas de Sagüés sobre interpretación constitucional (1998, p. 4) – tramposo párrafo, en provecho de un interés particular (Sagüés, 2004, pp. 4–8).

La capacidad de algunos magistrados para obrar selectivamente o sobre la base de premisas falsas, o inventándose normas, o empleando sutiles argumentaciones para diferenciar posiciones interpretativas, es una señal de hasta dónde llega o puede llegar el compromiso de un juez para administrar justicia en casos tan complejos y debatidos o, incluso, politizados, como los mencionados. Deja en evidencia, por supuesto, que en ocasiones, ante ciertos temas o hechos de gran relevancia, algunos jueces utilizan su posición de poder (inmenso) para sacar partido en algún sentido y dejan, para ello, tras de sí, la estela de la aparente racionalidad de la sentencia en explicaciones y argumentos incorporados y avalados por la mayoría.

3. El “agache” ante la institucionalidad

Una defensa de la interpretación constitucional tiene como condición indispensable admitir, conocer y hacer propia la diferencia entre la oportunidad y el poder político, por un lado, y el oficio del jurista y la justicia, por el otro. Pero exige, además, no tragar entero ni caer en fetichismos de ningún tipo ni en un excesivo culto a la institucionalidad, cuando ésta no está a la altura de sus deberes. A veces se advierte, particularmente en ciertos contextos académicos, un excesivo “agache” ante la institucionalidad, aun en aquellos casos en los que se ha socavado hasta el extremo algún derecho fundamental o una institución concreta. En ambientes académicos ha hecho carrera la idea de que todo el derecho constitucional está, o casi todo, en una zona de penumbra (Hart, 1994, pp. 14–15), en la textura abierta, o que los textos constitucionales son siempre maleables y que la ductilidad del derecho constitucional (Zagrebelsky, 1995) es un derrotero del que no se puede escapar. Excesivo respeto por las nuevas formas argumentales y culto casi sacramental, ritualista, al test de razonabilidad y a la ponderación en medio de derechos fundamentales caracterizados, supuestamente, por un permanente conflicto (Cianciardo, 2000; Serna & Toller, 2000). A dar por sentado que los jueces constitucionales arriban a una justicia momentánea en medio de un ejercicio aparentemente razonable de contornos imprecisos. O a pensar que las decisiones constitucionales son las piezas únicas y excluyentes de la juridicidad, y a creer –se hace eco ingenuo del propio decisionismo de la Corte– que ella tiene la última palabra y que no hay cabida para una sola línea escrita críticamente en una hoja de papel.

Actitudes así pueden ser indicativas, más bien, de que se ha pasado de un positivismo legalista a uno judicialista; y sobre todo, más grave aún, que el derecho constitucional contemporáneo, al final de cuentas, es un espejismo porque no hay textos ni realidades que los contengan o reflejen, porque no es posible afirmar núcleos indisponibles de los derechos humanos (Mora-

Restrepo, 2009, *passim*), más allá del juego incierto al que están sometidos: al juego, es decir, de las ideologías de los jueces de turno.

No resulta del todo extraño que esta forma de ver las cosas de la interpretación constitucional tenga tantos defensores. Entre nosotros, además de un puñado de notorios y no tan notorios jueces, hay un selecto grupo de profesores de Derecho, formado en prestigiosas universidades, que desde hace más de dos décadas se ha empeñado en hacer creer que estamos ante un nuevo derecho (Uprimny, 2001; Cepeda, 1993; Rodríguez, 1997a; López, 2000) y que, en consecuencia, debemos forzosamente acomodarnos a su novedosa operatividad y a asumir sus resultados. Es un derecho nuevo que, en su trasfondo, constituye “un campo de enfrentamiento político entre diversas fuerzas que tienen intereses encontrados” (Rodríguez, 1997b, p. 35), y que esto hay que tomarlo así, sin afanes: es la llegada de un nuevo mundo jurídico que libera finalmente a un viejo hombre de sus cadenas.

Este nuevo derecho no sería nada distinto que el despertar de una conciencia jurídica adormecida por la quietud de varios siglos, y despertada en medio del fragor del campo de batalla. Y es, justamente en la interpretación constitucional, donde la guerra se torna más álgida y se despliegan los frentes más crujientes. Los derechos humanos, ahora convertidos en el arsenal predilecto de la teoría jurídica del momento, son redefinidos como verdaderas “armas de lucha”: todo pasa por ellos, todo es posible con ellos, todo interés privado, grupal, individual, puede encontrar cabida en ellos. El objetivo es contundente y, por lo demás claro y explícito: es una lucha por el control de las fuentes del Derecho (López, 2000), nos dicen, en la que la Corte Constitucional ocupa el lugar privilegiado, porque siempre decide desde la cómoda cobertura intelectual de la defensa de la Constitución y de los derechos fundamentales.

Lo paradójico de esta exposición profesoral es que en esta lucha no caben las voces discrepantes. Cuando las hay, o, más aún, cuando triunfan

en decisiones constitucionales, de inmediato se produce una generalizada protesta de sus militantes. El odio expreso de algunos, por ejemplo, a una figura como el Procurador General, los desnuda por completo. Y son los mismos profesores que, a la par de describir el campo de batalla, *condicionan* toda la interpretación constitucional a unos resultados exclusivos, aquellos que ellos mismos tengan en mente. Y a su lado, un grupo de jueces constitucionales, oficiosos del pluralismo y la tolerancia, convertidos ahora en fundamentalistas y dogmáticos. Surge una nueva lógica: quien no esté de acuerdo con el aborto, puede legítimamente oponerse (objeción de conciencia) *siempre y cuando* señale al vecino que sí lo está (C-355 de 2006); si no hay vecino, entonces no hay escapatoria posible: debe hacerlo (T-388 de 2009)⁴; si es enfermero, funcionario de hospital, no hay derecho de oposición; si es funcionario judicial, ordénelo siempre, siempre, porque de lo contrario prevarica (T-388 de 2009). Los ejemplos se pueden extender. Quien no esté de acuerdo con los nuevos “matrimonios” o los nuevos tipos de familia, que no hable, porque al hacerlo discrimina y viola los nuevos códigos de la moralidad. Silencio, obediencia, órdenes respaldadas por nuevas amenazas de un poderoso que tiene ese doble discurso en la cabeza, el de ser tolerantes mientras pienses como yo piense, mientras actúes como yo actúo, y mientras creas lo que yo creo. Añoranzas, quizás, de aquel manifiesto a la tolerancia escrito por Locke en 1692, que la defendía a toda costa, excepto para los ateos y los católicos.

La defensa de la interpretación constitucional debe hacerse, entre otras cosas, porque la han convertido en un campo de batalla en el que proliferan y aparecen, como por arte de magia, nuevos derechos humanos, volatilizados, creados por deseos e impulsos del momento y mediáticamente respaldados. Debe hacerse porque están en juego valores superiores a las ideologías e

4 “Si sólo existe una persona profesional de la medicina que pueda practicar la interrupción voluntaria del embarazo con las hipótesis previstas en la referida sentencia, entonces deberá practicarlo —con independencia de si se trata de un médico adscrito a una entidad hospitalaria privada o pública, confesional o laica—”.

intereses personales de los jueces o de los profesores de Derecho de turno. Debe hacerse porque hace parte del oficio del jurista discernir, comprender y determinar la justicia en los casos concretos, sobre la base de un Derecho que se erige como fundamental que, aunque contenga cláusulas abiertas, posee también de base aquel respaldo, absoluto, en los núcleos indisponibles y objetivos que emanan de la dignidad humana, y en la configuración básica, así sea mínimamente clara, de una voluntad democrática reunida en Asamblea nacional constituyente. Debe hacerse, en fin, porque un juez no puede seguir siendo ese “demiurgo arbitrario” (Ollero, 1996, p. 241) que impone sus propias reglas.

4. La exigencia de reglas cumplidas de argumentación jurídica

La interpretación constitucional debería retornar a sus cauces propios: a la deliberación sobre lo constitucionalmente admisible y legítimo, a la tarea de discernir entre verdaderos derechos humanos y meros espejismos (Serna & Toller, 2000, pp. 29–40); a la comprensión de una juridicidad racionalmente expresada mediante un lenguaje en el que no todo está en una zona de indeterminación y de penumbra. La teoría de la justificación de los fallos, tan cara a las doctrinas que abordan la importante temática de la argumentación jurídica, tiene mucho que aportar en este empeño (Atienza, 1997; 2003). A los intérpretes de la Constitución hay que hacerles ver la distinción entre lo deseado y lo admitido, a que saturen sus argumentos, a que no oculten razones, a que no alteren las pruebas, a que incorporen elementos de refutación de sus propias premisas, a que respeten sus propios precedentes y se aparten de ellos con razones de fondo y de real peso. No puede ser posible que el otrora derecho a la vida del *nasciturus* haya sido planteado, explicado, sustentado, argumentado y razonado a través de es-

tudios de diverso tipo, y que ahora sea pasado de largo con el argumento de que a la Corte no le compete evaluar sobre cuándo se inicia realmente. No puede ser posible que lo que se despenaliza en casos específicos, y por lo tanto obra como excepcionalidad, pase luego a tener, como por arte de magia, el carácter de derecho fundamental (Sentencia T-585 de 2010). No puede ser posible que lo que había sido *ratio decidendi* sea luego un mero y desafortunado *dictum*, por lo demás innecesario. No puede ser posible que la decisión, tan cara al constituyente, a la historia, a una tradición sana, a la natural condición de roles propios, a las religiones globales, a la biología y a la psicología, de hacer de la familia y sus constitutivos esenciales, el núcleo fundamental de la sociedad, sea ahora transformada en constructos artificiosos, mediáticamente auspiciados, sustentados por amenazas cuando se piensa en sentido contrario, arropados por el siempre y falso argumento de que toda diferencia es por definición discriminatoria. ¿Estos jueces nos dejarán plantear objeciones racionales, teórica y prácticamente, sustentadas, existencialmente comprometidas, a estos temas que obsesionan tanto?

La teoría de la justificación constituye, tal vez, el aspecto más sobresaliente de la argumentación jurídica en la actualidad, precisamente porque tiene la pretensión de hacerle frente a casos y a prácticas como las anteriores. Se trata de un conjunto de explicaciones que conciernen al razonamiento correcto, adecuado, suficiente y conducente a la toma de decisiones enmarcadas en el ordenamiento jurídico vigente. Aplicada al campo de los jueces –por su directa disposición para resolver casos concretos– dicha teoría cobra una especial relevancia porque señala “estándares” o “reglas” del razonamiento cuya observancia facilita la legitimidad de la decisión.

Dichos estándares o reglas son de dos tipos (Wróblewski, 1985, pp. 57–59): el primero, denominado “justificación interna”, alude a la *estructura* del razonamiento, en donde se mira la validez de una inferencia a partir de premisas dadas; su objeto es “examinar la coherencia entre las premisas y la conclusión” (Iturralde, 2003, p. 266). Desde esta perspectiva una decisión

estaría debidamente justificada internamente si se sigue *lógicamente* de las premisas que se aducen. O bien, como sostiene Alexy (1989, pp. 214-222), una decisión jurídica estaría debidamente justificada internamente si se aduce por lo menos una norma universal, y en los casos en los que sea posible, a partir de una norma universal, derivar distintas conclusiones, la decisión debe seguirse lógicamente de dicha norma universal junto con otras proposiciones que la justifiquen.

El segundo tipo, denominado “justificación externa”, apunta a la *fuerza o fondo* de las propias premisas aducidas en la justificación interna; su objeto consiste en analizar “las razones sustantivas en apoyo de cada una de las premisas que forman el razonamiento judicial” (Iturralde, 2003, p. 266). En tal sentido, una decisión estaría justificada externamente cuando las razones empleadas por los jueces dimensionan un *contenido sustancialmente correcto*, esto es, cuando las “premisas materiales” ofrezcan un apoyo para la resolución de un problema jurídico concreto (Atienza, 1997, p. 45). Así las cosas, y como sostiene Wróblewski (1971, p. 412), la justificación interna apunta a que el fallo se siga lógicamente de las premisas aludidas como justificación (*validity of inferences*), en tanto que la externa tiene que ver con la fuerza o acierto de las propias premisas (*the soundness of premisses*).

5. El talante moral de los jueces

La exigencia de contar con reglas de argumentación jurídica es, sin embargo, un primer paso para una cabal defensa de la interpretación constitucional. Esto se debe a que jueces “ingeniosos” podrían cumplirlas y, sin embargo, llegar a decisiones arbitrarias en determinados casos (Mora-Restrepo, 2009, pp. 389–392). En efecto, existen reparos si se intenta responder al significado de una buena y correcta interpretación –con carácter exclusivo– desde la teoría de la justificación, porque hace caso omiso a cuestiones de mayor

fondo, especialmente articuladas en el marco de discusiones más complejas, que van desde la propia “semántica” de los textos constitucionales que se interpretan, hasta las realidades que exigen interpretación y que, en última instancia, remiten a verdaderos estudios de antropología, ética, filosofía jurídica y política, etc., y, además, postulan como precondition una visión gnoseológica del mundo que, por lo general, se nutre de un relativismo y de un individualismo exacerbados. Un juez ingenioso, en efecto, *puede* inferir correctamente (lógica interna) que en tanto no existe una prohibición expresa en el artículo 11 de la Constitución acerca del respeto del derecho a la vida del no-nacido, es constitucionalmente *viable* disponer de esa vida en determinadas circunstancias. El resto de la argumentación puede, incluso, incorporar teorías sobre los elementos de fondo que permitan saturar, contrastar y refutar las tesis contrarias, en el marco, por ejemplo, de que se trata de un asunto no pacífico o frente al que no se ha logrado aún un consenso. Y como quiera que —esta es una premisa filosófica del juez de turno— “no hay verdades” jurídicas (en “este” o en “todos” los casos) “es plausible” tomar esa decisión.

Aunque el ejemplo no sea el más adecuado —porque es relativamente fácil, desde las reglas de la argumentación, concluir la regla del respeto absoluto del *nasciturus*—, es un hecho que la precondition aludida imposibilita a las propias reglas de argumentación arribar a núcleos esenciales de los derechos, por más que el constitucionalismo contemporáneo se empeñe en hacer creer en ellos. Pero, al margen de las dificultades que existen en relación con las reglas de argumentación, es importante tomar en consideración que el deber de motivación de los jueces constituye sólo *una parte* de la ecuación relativa a las sentencias judiciales. Hernández Marín (2005, p. 162) ha planteado que una de las carencias principales de quienes han estudiado la teoría de la justificación racional es su poca atención al “ámbito de la decisión” propiamente dicha, especialmente al significado de una decisión “correcta”. O bien, al hecho de darse por sentado que la sola argumentación daría como resultado, sin más, una buena decisión. Yo he planteado esto

mismo, aunque desde consideraciones teóricas distintas (Mora-Restrepo, 2009, pp. 236–237). En efecto, la clave podría residir en la caracterización que hace Finnis (2000, p. 155) de la razonabilidad práctica, en el sentido de que no debe ser considerada “simplemente [como] un mecanismo para producir juicios correctos, sino un aspecto de la plenitud de todo ser personal”. Esto implica reconocer que una parte importante del proceso de todo fallo está en el razonamiento propiamente dicho, pero, así mismo, que otra parte está en su disposición u ordenación a la decisión a la que se arriba. Para decirlo de otra forma, un fallo judicial es algo más que un proceso de argumentación y un proceso de argumentación está justificado en tanto produzca un resultado correcto o justo. Desde estas consideraciones el peso de las valoraciones de los jueces y su propia lógica interna estarán sujetos a la propia dimensión *normativa* contenida en la decisión: ‘si razones bien, pero cometes una injusticia, la decisión sigue estando viciada’.

Esto nos sitúa de lleno en la que podría llamarse *condición moral* del oficio de los jueces. Y la pregunta que debería situar lo complejo de esta temática es: ¿cómo valorar como justa o correcta una decisión judicial, más allá de consideraciones de mera “lógica” o de “fuerza” de los argumentos utilizados? Es una pregunta central porque no evade la dificultad de esa valoración en los casos concretos –el derecho, con otras palabras, es siempre una cuestión difícil y la interpretación “algo más” que un proceso de aplicación de normas–, sino que apela directamente a la exigencia, en el fallador mismo, de *condiciones* que hagan posible la corrección y la justicia concreta. Es una pregunta que apela al *talante*, por cierto propiamente “moral”, del juez que se sitúa ante los casos con ese deseo siempre latente, intenso y firme, de *querer la justicia* por encima de cualquier consideración ideológica o personal. En tal sentido, por mayor afán de producir una “lógica” que se adecúe a lo que tiene en mente, o porque “encuentre” razones discutibles o temas aún no resueltos por el consenso, su *intentio* debería estar regida siempre por un principio regulativo de su propio oficio, que lo sitúa sin cortapisas

en la finalidad de todo juicio práctico, esto es, a qué es aquello que mejor provee a la plenitud humana.

Si bien es cierto, como afirmaba García de Enterría, que una constitución sin un tribunal constitucional que la defiende es una constitución herida de muerte (1991, p. 186), parece serlo también que un tribunal de justicia constitucional, politizado e ideologizado, como el nuestro, hiere de muerte a la Constitución. Una defensa de la interpretación constitucional pasa primero, y debería pasar primero, por las condiciones morales de sus operarios, por el talante que expresa un honesto y verdadero amor por la justicia, por el carácter firme y la actitud prudente de hacer de la plenitud y la dignidad humana el fin primordial de la Constitución. En fin, por la indispensable y siempre obligada condición de que en Derecho deben juzgar verdaderos juristas y nunca los poderosos.

Conclusión

Llevar a cabo una defensa de la interpretación constitucional es relativamente fácil desde unas coordenadas meramente teóricas, en donde es posible mostrar, por ejemplo, las ventajas que trae consigo la supremacía de la Constitución, o la eficacia real de los derechos fundamentales o, incluso, el tradicional mantenimiento de los límites en el ejercicio del poder político. También es posible hacer esa defensa desde un plano iusteórico, por ejemplo, desde una teoría del razonamiento jurídico capaz de mostrar exigencias en la labor desempeñada por los intérpretes, en tanto apuntan a la consecución de fines que se estiman valiosos para la sociedad.

Sin embargo, como se apuntó en este escrito, una defensa de la interpretación constitucional resulta difícil cuando se le transforma en un ejercicio de manipulación política, en un instrumento de lucha para la consecución

de agendas personales cuyo desarrollo se lleva a cabo a punta de “argumentaciones” solventes plasmadas en los fallos, arrojados con toda cantidad de figuras retóricas posibles. De allí que la conclusión principal de este artículo haya sido, por una parte, la de buscar un retorno a reglas de justificación que permitan un control, aunque mínimo, de esa argumentación, mediante lo cual se pueda advertir tanto la lógica interna empleada por el fallador, como el valor material o de fondo de las propias premisas empleadas en el fallo. Por el otro, y más importante aún, la imperiosa necesidad de prestar atención a la decisión constitucional en tanto sea reflejo de una mayor plenitud humana, que es precisamente a lo que apunta un ejercicio correcto o justo de la argumentación. La plenitud humana -o el mayor bien humano- es lo que justifica en último término que existan jueces que nos juzguen, y no ideólogos que se sirven de su inmenso poder para imponer sus criterios a conveniencia. El escrito culminó, precisamente, aunque sin desarrollarlo, con lo que tendría que ser el siguiente paso para la defensa de la interpretación constitucional: el talante moral de quienes ocupan el cargo y asumen la tarea de ser intérpretes y garantes de la Constitución. Sin dicho talante, seguiremos con jueces de turno y por conveniencia: en el drama, y no en la gloria, de la interpretación constitucional.

Referencias

- Alexy, R. (1989). *Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. (M. Atienza, & I. Espejo, Trad.). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Atienza, M. (1997). *Derecho y argumentación*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Atienza, M. (2003). *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Bernal, C. (2005). *El derecho de los derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Bickel, A. (1986). *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. Binghamton: Vail-Ballou Press.
- Canosa, R. (1998). *Interpretación constitucional y fórmula política*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

- Cepeda, M. (1993). *Introducción a la Constitución de 1991. Hacia un nuevo constitucionalismo*. Bogotá: Presidencia de la República.
- Cianciardo, J. (2000). *El conflictivismo en los derechos fundamentales*. Pamplona: Eunsa.
- Finnis, J. (2000). *Ley natural y derechos naturales*. (C. Orrego, Trad.). Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- García de Enterría, E. (1991). *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas.
- Gargarella, R. (2011). De la alquimia interpretativa al maltrato constitucional. La interpretación del derecho en manos de la Corte Suprema argentina. En Narváez, J. R. & Espinoza de los Monteros, J. (Coords.), *Interpretación jurídica: modelos históricos y realidades*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Hart, H. L. A. (1961/1994). *The Concept of Law*. Oxford: Clarendon Press.
- Hernández, R. (2005). *Las obligaciones básicas de los jueces*. Madrid: Marcial Pons.
- Iturralde, V. (2003). *Aplicación del Derecho y justificación de la decisión judicial*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- López, D. (2000). *El Derecho de los jueces. Obligatoriedad del precedente judicial*. Bogotá: Legis.
- Mora-Restrepo, G. (2009). *Justicia constitucional y arbitrariedad de los jueces. Teoría de la legitimidad en la argumentación de las sentencias constitucionales*. Madrid–Buenos Aires–Barcelona: Marcial Pons.
- Ollero, A. (1996). *¿Tiene razón el Derecho? Entre método científico y voluntad política*. Madrid: Publicaciones del Congreso de los Diputados.
- Rodríguez, C. (1997a). *La decisión judicial. El debate Hart–Dworkin*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- Rodríguez, C. (1997b). Los casos difíciles en la jurisprudencia constitucional colombiana. En AA. VV., *Nueva interpretación constitucional*. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké.
- Sagüés, N. (1998). *La interpretación judicial de la Constitución*. Buenos Aires: Depalma.
- Sagüés, N. (2004). Reflexiones sobre la manipulación constitucional. En Programa de investigaciones del Centro Interdisciplinario de Derecho Procesal Constitucional de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, Pontificia Universidad Católica Argentina. Recuperado de: <<http://www.ancmip.org.ar/user/files/Reflexion-manipulacion-Sagues.pdf>>
- Serna, P. & Toller, F. (2000). *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*. Buenos Aires: La Ley.
- Tamayo, J. (2011). *La Decisión Judicial*. (2 tomos). Bogotá-Medellín: Biblioteca Jurídica Diké.
- Uprimny, R. (2001). El dilema de la interpretación constitucional. En AA. VV., *Jurisdicción constitucional de Colombia. La Corte Constitucional 1992–2000. Realidades y perspectivas*. Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia.
- Wróblewski, J. (1971). Legal Decision and its Justification. En AA. VV., *Le raisonnement juridique. Proceedings of the World Congress for Legal and Social Philosophy*. Bruselas: Ed. H. Hubien.
- Wróblewski, J. (1985). *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. Madrid: Civitas.
- Zagrebelsky, G. (1995). *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta.

Jurisprudencia

- Corte Constitucional (1993). Bogotá. Sentencia C-113. Magistrado Ponente: Jorge Arango Mejía.
- Corte Constitucional (1998). Bogotá. Sentencias SU-640. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional (1999). Bogotá. Sentencias SU-047. Magistrados Ponentes: Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional (2001). Bogotá. Sentencia C-836. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.
- Corte Constitucional (2003). Bogotá. Sentencia C-551. Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynett.
- Corte Constitucional (2006). Bogotá. Sentencia C-355. Magistrados Ponentes: Jaime Araújo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández.
- Corte Constitucional (2006). Bogotá. Sentencia T-292. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.
- Corte Constitucional (2008). Bogotá. Sentencia C-335. Magistrado Ponente: Humberto Sierra Porto.
- Corte Constitucional (2009). Bogotá. Sentencia T-388. Magistrado Ponente: Humberto Sierra Porto.
- Corte Constitucional (2010). Bogotá. Sentencia T-051. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.
- Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos (1939). *Coleman v. Miller*. Ponente: Chief Justice Charles E. Hughes.
- Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos (1953). *Brown v. Allen*. Ponente: Justice Stanley F. Reed.