
IVÁN GARZÓN-VALLEJO

CANDIDATO A DOCTOR EN CIENCIAS POLÍTICAS.
PROFESOR DE INTRODUCCIÓN AL DERECHO, UNIVERSIDAD
DE LA SABANA, CHÍA, CUNDINAMARCA, COLOMBIA.
ivan.garzon1@unisabana.edu.co



HART Y LA CONFIGURACIÓN DEL ESTADO JURISDICCIONAL

UNA LECTURA SCHMITTIANA

RECIBIDO ENERO 14 DE 2008, APROBADO OCTUBRE 27 DE 2008

RESUMEN

El artículo sugiere la plausibilidad en el contexto colombiano contemporáneo de la hipótesis según la cual la recepción de las tesis de la discrecionalidad judicial planteadas por Herbert Hart constituyen la base de la configuración de lo que Carl Schmitt denominó el Estado jurisdiccional. El trabajo de investigación recurre a la definición conceptual tanto del Estado jurisdiccional como del papel discrecional que ejerce el juez según los presupuestos hartianos, y que en América Latina ha tenido una fuerte influencia en el papel del juez constitucional, para concluir que en el marco de los actuales tribunales constitucionales la discrecionalidad judicial no solo ha conllevado un conflicto interno en la clásica división tripartita del poder público sino, además, la configuración de una forma de Estado donde los grandes problemas sociales, políticos y económicos son decididos por individuos que ejercen una función política pero que carecen de una responsabilidad del mismo tenor.

PALABRAS CLAVE

Discrecionalidad judicial, Corte Constitucional, Estado jurisdiccional, Herbert L. A. Hart, Carl Schmitt.

ABSTRACT

The article suggests the plausibility in the Colombian context of the contemporary assumption that the receipt of the tenets of judicial discretion raised by Herbert Hart, form the basis of the configuration of what Carl Schmitt called the state court. The research draws on both the conceptual definition of the State's role as the judicial discretion exercised by the judge in accordance to Hart's view, which has had a strong influence in Latin America, especially in regard to the role played by constitutional judges, to conclude that in the context of current constitutional courts, judicial discretion has not only led to an internal conflict in the classical tripartite division of public power, but also to the configuration of a State where large social, political and economic issues are resolved by individuals who exercise a political role but lacking a responsibility of the same tenor

KEY WORDS

Judicial Discretion, Constitutional Court, State court, Herbert L. A. Hart, Carl Schmitt.

1. ¿FILOSOFÍA POLÍTICA DE UN JURISTA?

El título de este trabajo sugiere el problema de la existencia de una determinada concepción del Estado en el pensamiento de un jurista. Ello amerita una justificación preliminar, pues estamos ante un autor que se hizo célebre por su cátedra de jurisprudencia en Oxford, así como por la publicación en 1961 de *El concepto de Derecho*, una de las obras más influyentes en la filosofía jurídica del siglo XX. El autor, además, ejerció como abogado entre 1932 y 1940 en la ciudad de Londres¹. Por ello no es de extrañar que los estudios de su obra en el campo jurídico sean abundantes, aunque no pueda decirse lo mismo del aspecto político.

En mi perspectiva de trabajo asumo la posibilidad de que en la recepción del pensamiento jurídico hartiano en Colombia se establezcan los presupuestos de un determinado tipo de Estado. Ello me parece válido por tres razones.

La primera, es la noción misma del derecho. Independientemente del concepto del derecho que se asuma, y de la escuela, corriente o tradición filosófica a la que esté adscrito el mismo, en el mundo contemporáneo es un hecho que el derecho tiene una estrecha conexión con la política. No solo las expresiones concretas más significativas del derecho, tales como la ley y las sentencias judiciales están precedidas de una dialéctica de tipo político en los organismos en los cuales se producen, en los que quienes las toman poseen consideraciones políticas que afloran en el transcurso de la deliberación, sino que, además, tales expresiones se dirigen a fomentar, promover, corregir, consolidar y, en último término, a configurar un determinado tipo de sociedad en la que la pregunta por las cuestiones e instituciones políticas es relevante. Se trata de elementos implícitos que están presentes en las decisiones del juez y del legislador, y en muchos casos, del ejecutivo, a quien en las democracias le compete un importante papel en la creación del derecho. En síntesis, tanto hoy como ayer sigue siendo claro que el derecho positivo supone un legislador, que no es el jurista, sino el político². Por tanto, es válida conceptualmente la distinción entre derecho y política, pero debe tenerse en cuenta que, al tratarse de actividades humanas, no se separan tajantemente y su imbricación tanto teórica como práctica es compleja³. En el derecho constitucional, por ejemplo, las normas constitucionales contienen no solo derechos que

¹ Cfr. Juan Ramón de Páramo, "Entrevista a H. L. A. Hart", *Doxa*, No. 5, 1988, p. 339.

² Cfr. Julien Freund, *¿Qué es la política?*, Buenos Aires, Struhart & Cia, 2003, p. 152.

³ Cfr. Antonio-Enrique Pérez Luño, "Derecho, moral y política: tensiones centripetas y centrifugas", *Doxa*, No. 15-16, 1994, pp. 511-534.

deben ser garantizados y protegidos por la jurisdicción, sino que además contienen auténticos mandatos políticos. En este sentido, López Medina ha destacado que el *nuevo derecho* –una corriente que se concentra en el derecho constitucional y que plantea una crítica al formalismo prevaleciente en Colombia y América Latina– contiene una estructura iusteórica y una agenda política⁴.

La segunda razón justificatoria del estudio de un determinado asunto político en la obra hartiana es la preocupación directa o tangencial que tuvo Herbert Hart sobre algunos problemas específicamente políticos, como la validez de imponer la moralidad positiva, los riesgos del populismo democrático o las consideraciones de la mayoría sobre las conductas morales, la función del derecho penal en una sociedad a partir de la cuestión de la punibilidad, la autoridad de quien hace las normas, las implicancias políticas del contenido mínimo del derecho natural, la soberanía de los Estados en el derecho internacional, entre otros. Hay que poner de relieve el contexto político de la segunda mitad del siglo XX, y el influjo que debió ejercer en la obra del jurista británico. El profesor Orrego hace notar que la experiencia tremenda de la Segunda Guerra Mundial gravitaba sobre la enseñanza del derecho, dado que la derrota del régimen totalitario nacionalsocialista trajo consigo una multitud de problemas jurídicos –teóricos y prácticos– entre los que se destacan los juicios de la posguerra y la necesidad de una justificación moral de éstos; la crisis del positivismo, el cual que fue sindicado por algunos como la ideología responsable del totalitarismo, y como correlato, el resurgimiento del derecho natural⁵. En otras palabras, como jurista, H. L. A. Hart no fue ajeno a los problemas políticos que se suscitaron en su tiempo. Por ello no debería causar extrañeza si determinados tópicos de su producción intelectual tienen tal efecto. Mi interés reside en aquellos planteamientos de su teoría legal que conllevan consecuencias de tipo político en razón del tipo de Estado que configurarían. Dentro de ellos está preferentemente el papel del juez como creador de reglas o normas jurídicas, y la discrecionalidad judicial.

Finalmente, la tercera razón es de naturaleza metodológica. En el desarrollo del enfoque de este tema asumo la original y sugerente tesis del profesor Diego López Medina en el libro *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*⁶. Allí destaca la importancia de entender las transmisiones teóricas que operan desde los autores más representativos de los *sitios de producción* –y lo que llama la Teoría Transnacional del Derecho (TTD)–, pues tienen efectos particulares en los diferentes ámbitos locales en los que se introducen, esto es, en los *sitios de recepción*. Contrario a lo que se ha pensado, en tales lugares se genera una determinada cultura jurídica de la mano de la iusteoría y las prácticas jurídicas, que más allá de la copia, el plagio o la mala lectura de los autores de la TTD, produce una perspectiva propia, de variación, adaptación y verdadera creación que generalmente no coincide con el contexto, las intencio-

⁴ Cfr. Diego Eduardo López Medina, *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Bogotá, Universidad de los Andes, Legis y Universidad Nacional de Colombia, 2005, pp. 439-440.

⁵ Cfr. Cristóbal Orrego, "Antecedentes Iusfilosóficos de *El concepto de Derecho* de H. L. A. Hart", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva serie Año XXXVIII, No. 84, 1995, p. 1100.

⁶ *Ibid.*

nes y los alcances dados por los autores de las obras iusteóricas de los sitios de producción, pero que permiten entender el contexto jurídico de países como los latinoamericanos. A mi juicio, lo planteado por López Medina es una suerte de *paradigma metodológico* que permite una cabal comprensión del devenir de la cultura jurídica latinoamericana en las últimas décadas. Teniendo a la vista dicho paradigma, se hacen válidas las lecturas teórico-políticas de las tesis jurídicas. En esa dirección, en este texto se propiciará un diálogo entre Hart y Schmitt que tiene como escenario las instituciones colombianas.

Luego de estas precisiones, señalo la hipótesis de trabajo: ¿La tesis de la discrecionalidad judicial de Hart constituye para América Latina, y específicamente para Colombia, la base de la configuración de lo que Carl Schmitt denominó el “Estado jurisdiccional”? ¿Son los actuales tribunales constitucionales organismos en los que las tesis de la discrecionalidad judicial han calado hondamente, y ello ha llevado a un conflicto interno en la clásica división tripartita del poder público? De ser así, ¿ello supone la vigencia de la teoría del gobierno de los jueces?

En otros términos, me propongo poner a prueba la hipótesis según la cual los argumentos de Hart acerca de la discrecionalidad de los jueces generan, en una sociedad con una forma de gobierno democrática, la configuración de un Estado jurisdiccional, caracterizado específicamente por el predominio del juez en la resolución de los grandes conflictos sociales. Así mismo, apuntaré que tal configuración política supone no solo el germen de una forma de comprender el Estado y el ámbito público en general, sino que además está jalonada por el papel que cumplen los tribunales constitucionales en las democracias occidentales. En nuestra latitud, ello se puede verificar con cierta claridad en Colombia, a partir del papel institucional que viene cumpliendo la Corte Constitucional desde la Constitución de 1991.

2. EL ESTADO JURISDICCIONAL COMO FORMA DE ESTADO

Recogiendo la herencia griega, en Occidente se ha hablado tradicionalmente de tres formas de gobierno: la monarquía, la aristocracia y la democracia. Tal categorización estaba presente en Aristóteles⁷, y desde entonces ha sido un lugar común de la filosofía política. Sin embargo, atendiendo al papel preponderante del Estado-nación en la modernidad, y su papel hegemónico del ámbito público, se hace necesario complementar tal división de las formas de gobierno con una distinción sugerida por Carl Schmitt que surge de la misma estatalidad, y se configura a partir de los problemas de la legalidad y la legitimidad. El pensador alemán se refería a un *Estado legislativo* –graficado por el Estado legislativo parlamentario de la República de Weimar–, un *Estado jurisdiccional*, un *Estado gubernativo* y un *Estado administrativo*⁸.

⁷ Cfr. Aristóteles, *Política*, Madrid, Gredos, 1999, 1288a.

⁸ Carl Schmitt, *Legalidad y legitimidad*, en Héctor Orestes Aguilar, *Carl Schmitt, Teólogo de la política*, México, Fondo de Cultura Económica, 2001, pp. 245-343.

Entendiendo el Estado como una determinada forma histórica de organización política, el criterio distintivo de la clasificación schmittiana es el centro de gravedad de la voluntad decisiva, es decir, “cuál, entre las distintas posibilidades, ocupa el centro de una existencia normal, y qué clase de voluntad suprema se presenta como determinante o excluyente y tipifica a la comunidad en el momento decisivo”⁹. Para Schmitt, lo peculiar de cada forma estatal es el *decisor* de última instancia. Y ello es un asunto político por naturaleza dado que involucra al gobierno, aquel grupo concreto de personas que decide¹⁰ sobre las situaciones normales así como sobre las excepcionales.

En un Estado jurisdiccional, “la última palabra la pronuncia el juez al dirimir un litigio, no el legislador que crea las normas”¹¹. El normativismo cede ante la preponderancia que asume la decisión judicial de los casos concretos en la que la justicia y la razón se manifiestan de manera inmediata, sin requerir la mediación de las normas generales, de allí que el *ethos* de este Estado se fundamenta en que las decisiones del juez no son impuestas por otros poderes políticos no judiciales¹².

Asumir esta clasificación de la forma estatal supone una crítica a la clásica doctrina de la división de poderes que tiene como centro de gravitación el *equilibrio* y el *balance* entre el ejecutivo, el legislativo y el judicial –el *check and balances system*–, porque asume que realmente uno de los tres prevalece: el judicial. El jurista germano va más allá de la clasificación de Montesquieu, y aunque aclara que ni la legalidad ni la legitimidad pueden provenir de la administración, sí destaca la importancia que adquiere ese conjunto de funcionarios considerados como un aparato técnico y neutral a manos del Estado¹³. Por ello señala la posible existencia de un Estado administrativo.

Tomando como punto de partida la distinción schmittiana se puede sugerir que en nuestros días las tesis de la discrecionalidad de los jueces de Hart transplantadas o transmutadas con éxito al contexto constitucional latinoamericano¹⁴ posibilitan la configuración de un Estado en el que el juez adquiere un papel preponderante no solo jurídica, sino políticamente.

Un aspecto en el que la descripción schmittiana del Estado jurisdiccional no es compatible con las tesis de Hart es en el del origen o la causa del mismo. Para el jurista germano el Estado jurisdiccional prevalecerá en épocas de concepciones jurídicas estables y de propiedad consolidada, se realizará mientras “el derecho y la justicia tengan un contenido unívoco, sin normas que se interpongan entre ambos, y no se limiten al papel de instrumentos al servicio del poder y de la propiedad”¹⁵. En último término, es un Estado conservador del *statu quo* social y de los derechos adquiridos que se apoya para ello en el respeto a su jurispru-

⁹ Ibid., p. 261.

¹⁰ Cfr. Dalmacio Negro, *Gobierno y Estado*, Madrid, Marcial Pons, 2002, pp. 33, 80, 90.

¹¹ Carl Schmitt, ob. cit., p. 26

¹² Ibid., pp. 260-263.

¹³ Ibid., pp. 266-267.

¹⁴ Cfr. Diego Eduardo López Medina, ob. cit., pp. 441-447.

¹⁵ Cfr. Carl Schmitt, ob. cit., p. 263.

dencia. En ello se diferencia radicalmente de los Estados gubernativo y administrativo, los cuales son, a su juicio, más propicios para las reformas radicales y las revoluciones, mientras que el Estado legislativo es más proclive a promover una era reformista-revisionista-evolucionista que es jalónada por el sistema legal parlamentario¹⁶. En el origen de este Estado no hay compatibilidad con los argumentos de Hart, pues éste desarrolla el tema de la discrecionalidad del juez y su carácter creador de normas no precisamente ante la tranquilidad y certeza del orden jurídico frente al papel de las normas como reguladoras de las conductas humanas, sino a partir de las zonas marginales de oscuridad que deja el significado de algunas reglas. Además, en el contexto de la recepción latinoamericana de tales ideas, los presupuestos hartianos han servido para legitimar –de la mano del constitucionalismo– cambios jurídicos e institucionales que acotan el margen del formalismo y del positivismo¹⁷.

La recepción transmutada de la teoría de la discrecionalidad judicial de Hart encaja con algunos de los supuestos más relevantes del Estado jurisdiccional sugerido por Schmitt. Para ello dilucidaré el tema de la discrecionalidad judicial en la teoría legal de H. L. A. Hart.

El problema de la discrecionalidad judicial es un replanteamiento de una cuestión clásica en el derecho moderno, y es la de qué hacer ante las *lagunas del derecho* o ante la ausencia de normas positivas que resuelvan el caso concreto. Hoy en día, los llamados conflictos entre normas, o la existencia de dos o más normas aparentemente incompatibles y aplicables al mismo caso vienen siendo generalmente resueltos desde la perspectiva hartiana, básicamente en cuanto a que en la decisión que debe tomar, el juez cumple una función discrecional. Políticamente, la razón de ello está en la misma naturaleza de los catálogos de derechos fundamentales consignados en las constituciones políticas, los cuales adolecen de coherencia interna, en buena medida en razón del mismo proceso deliberativo constituyente. Ello además ocurre en el contexto del auge del liberalismo político y económico en Occidente desde el fin de la Guerra Fría, que tiene como efecto destacado la idea de reivindicación y petición de tutela de los derechos individuales ante el Estado.

Del mismo modo, desde la filosofía del derecho se podría apuntar otra explicación que se sitúa en las consecuencias de la interpretación de los catálogos de derechos bajo los cánones de la hermenéutica posmoderna¹⁸, la cual conlleva soluciones no siempre sistemáticas y orgánicas, sino dispersas y fragmentarias. Este contexto hace que los conflictos interpretativos sean más frecuentes, y las disputas en el seno de las supremas cortes y los tribunales constitucionales adquieran destacada relevancia jurídica y política.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ Cfr. Diego Eduardo López Medina, *ob. cit.*, pp. 8, 9, 402, 435, 441, 442.

¹⁸ Cfr. Iván Garzón Vallejo, "La necesidad de una nueva fundamentación del derecho", *Escritos*, No. 32, Vol. 14, 2006, pp. 126-155.

En este marco, un lugar preponderante lo ocupan los *hard cases* o casos difíciles. Son lo opuesto a los casos claros, en los cuales los términos generales parecen no necesitar interpretación. Sobre ellos hay acuerdo generalizado acerca del reconocimiento de la aplicabilidad de los términos clasificatorios¹⁹, y por ello no presentan mayor problema al observador externo al que se refiere Hart.

La importación, impostación y transmutación teórica²⁰ de las tesis hartianas a nuestra latitud latinoamericana ha tenido un destacado efecto en el ámbito constitucional donde la función interpretativa del derecho por parte del juez ha desplegado su mayor esfera de creatividad en razón de la naturaleza de la normatividad constitucional que es objeto del estudio jurisprudencial, así como de la misma configuración institucional de los tribunales constitucionales. Los llamados casos difíciles han tenido epicentro en las deliberaciones de los tribunales constitucionales, dado que los enunciados constitucionales referentes a las libertades básicas y los derechos fundamentales son quizás los que mejor encajan en la textura abierta del lenguaje jurídico, y por ello posibilitan diversas interpretaciones.

En la teoría de la discrecionalidad judicial Hart asume el presupuesto de la textura abierta del lenguaje jurídico. Ello supone la existencia de expresiones en los textos normativos que no se pueden interpretar con certeza pues en ellas se pueden identificar zonas de penumbra o que sencillamente no han sido reguladas. Para el filósofo oxoniense, “el lenguaje general dotado de autoridad en que se expresa una regla solo puede guiar de una manera incierta”²¹, y “la falta de certeza en la zona marginal es el precio que hay que pagar por el uso de términos clasificatorios generales en cualquier forma de comunicación relativa a cuestiones de hecho”²². Pero además, tal falta de certeza se debe no solo al lenguaje empleado sino también a los hechos mismos que pretenden ser regulados. Ante la pretensión de certeza se presentan dos obstáculos: la relativa ignorancia respecto de su ocurrencia, y los propósitos invocados para los mismos²³. Dado que los seres humanos que legislan no son dioses ni ángeles, no podrían prever todos los escenarios posibles aunque quisieran. Ante ello, sólo cabe la elección discrecional del juez²⁴.

Así las cosas, la textura abierta del derecho implica que hay áreas de conducta donde debe dejarse un amplio espacio que será desarrollado por los tribunales o funcionarios, quienes procurarán hallar un compromiso entre los intereses en conflicto²⁵ y asumir una decisión. La decisión elegida por el juez en los casos difíciles no es concebida por Hart como una subsunción para el caso concreto de acuerdo con el postulado de la “doctrina tradicional” de raigambre ilustrada y de antecedentes históricos en el Código de Napoleón²⁶, que además se sitúa en la línea del formalismo kelseniano que el mismo Hart parece criticar. Tampoco se trata de una

¹⁹ Cfr. H. L. A. Hart, *El concepto de Derecho*, 2 edición, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2004, p. 158.

²⁰ Cfr. Diego Eduardo Lopez Medina, *ob. cit.*, pp. 31-37.

²¹ H. L. A. Hart, *ob. cit.*, p. 158.

²² *Ibid.*, p. 159.

²³ *Ibid.*, p. 160.

²⁴ *Ibid.*, p. 161.

²⁵ *Ibid.*, p. 168.

²⁶ Cfr. Ernesto Bulygin, “Los jueces ¿crean derecho?”, *Isonomía*, No. 18, 2003, p. 7.

interpretación correcta de la situación en litigio. Es una decisión definitiva basada en una interpretación *razonable* que permite la resolución de los casos difíciles y, con ello, que el sistema siga operando²⁷. En este punto la analogía con el juego de *baseball* o *cricket* es fundamental para la comprensión, pues el profesor inglés sugiere que el carácter definitivo e indiscutible de las decisiones es lo que se sigue del hecho de que ante tales eventos el juez tenga el papel de creador del derecho y *decisor* de última instancia.

Hart parecía ser consciente de las objeciones a sus planteamientos y de la carga que imponía sobre los hombros de los jueces en su descripción del sistema jurídico y político. Por ello señala que el hecho de que el juez sea el creador del derecho no implica necesariamente que el sistema –el juego en su ejemplo– se convierta en lo que el juez *quiere que sea*. Es decir, discrecionalidad no significa per se arbitrariedad ni tampoco subjetivismo amparado en nociones jurídicas. Más aún, Hart resalta el carácter falible de los seres humanos y destaca que los riesgos inherentes a la creación de una autoridad que aplique reglas con carácter definitivo se pueden materializar en cualquier esfera²⁸, no solo en la jurídica. En suma, las decisiones del juez no son infalibles²⁹.

Su salvaguarda principal ante la posible acusación de un juez arbitrario es el señalamiento de que la discrecionalidad judicial no es absoluta, dado que los jueces deben atenerse a la regla de reconocimiento. Su actividad está circunscrita por esta regla³⁰ que señala un núcleo de significado establecido³¹ del que no es lícito que se aparten. Sobre la naturaleza de la regla de reconocimiento hartiana apuntaré únicamente que se trata de una regla cuyo contenido es variable, y que para su validez depende de la aceptación consuetudinaria que reciba entre los ciudadanos y los operadores jurídicos. Así mismo, hay que destacar que al otorgarle la función de identificación de las demás reglas del ordenamiento jurídico, así como al fundamentar en ella su validez, Hart la equipara con la norma fundamental de Kelsen. Así, la regla de reconocimiento de Hart es regla de reconocimiento (*rule of recognition*), y además, regla básica del sistema (*basic rule*)³² aunque, como señala el profesor Rodríguez, “con la inclusión del elemento fáctico en la regla de reconocimiento, Hart rechaza el postulado kelseniano según el cual esa regla o norma básica no es un hecho sino un ‘presupuesto’ del esquema de validez de un sistema jurídico”³³.

Como consecuencia del planteamiento de la discrecionalidad judicial, “el derecho es lo que los tribunales dicen que es”, y después de que un tribunal ha establecido qué es el derecho, la afirmación “se equivocó” carece de consecuencias dentro del

²⁷ Cfr. H. L. A. Hart, ob. cit., p. 179.

²⁸ Ibid., pp. 177-178.

²⁹ Ibid., p. 179.

³⁰ Ibid., p. 181.

³¹ Ibid., p. 179.

³² Cfr. Gregorio Robles, “Hart: algunos puntos críticos”, *Doxa*, No. 21 – II, 1998, p. 398.

³³ César Rodríguez, *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes, 2002, p. 28.

sistema jurídico³⁴. Pues a juicio de Hart, la noción de que existe una razón perentoria para la acción –independiente del contenido– es necesaria para comprender la autoridad jurídica y la función de la creación del derecho³⁵.

3. ¿ESTADO CONSTITUCIONAL O GOBIERNO DE LOS JUECES?

A mi juicio, el principal rasgo político de la perspectiva jurídica de Hart reside en la creación del derecho por parte de los jueces en los casos difíciles. Hart compara al juez con el árbitro o *tanteador* de un juego. En ello me parece ver la posibilidad de superar el Estado legislativo en el que la soberanía reside en las leyes que rigen la normalidad de la vida social, a un Estado jurisdiccional en el que la última palabra la tiene el juez, y ello se verifica en las situaciones excepcionales en las que no hay certeza sobre cuál es la regla que se debe aplicar, o en aquellos casos en los que entran en conflicto diferentes interpretaciones que pretenden aplicarse a una situación, todas ellas amparadas presuntamente en la Constitución o la ley. Consecuente con la preponderancia del órgano judicial, el jurista inglés no señala qué regla se debe aplicar específicamente, su teoría no señala qué hacer desde el punto de vista material en caso de hallarse ante la zona de penumbra regulativa. Su salida consiste en determinar *quién* está facultado para *decidir*, y esta cuestión sitúa al derecho ante una realidad típicamente política: la de la decisión, y con ello ante la posibilidad de una verdadera *creación* del derecho. Se podría objetar que, siendo así, estamos ante una analogía entre una situación jurídica y otra política, pues al fin y al cabo la decisión no es una prerrogativa propia de la política. Sin embargo, en la transmutación de las tesis hartianas a la cultura jurídica de nuestras sociedades, en las cuales los ideales y mandatos constitucionales de tipo político no siempre son materializados con eficacia y prontitud, los jueces constitucionales han ido asumiendo el papel de *decisores políticos*, dado que las cuestiones constitucionales involucran asuntos de naturaleza política, esto es, buscan posibilitar un determinado régimen político.

En una sociedad, las grandes decisiones sobre las situaciones normales, así como sobre las excepcionales es una función atribuida principalmente al gobernante político. Más aún, que la solución ante el dilema planteado anteriormente no sea jurídica o normativa es paradójica, toda vez que Hart describió el derecho como la unión de reglas primarias y secundarias³⁶, y su intención en su célebre obra *El concepto de Derecho* ha sido la descripción del sistema jurídico. Sin embargo, Hart parece haber sido consciente de que la prerrogativa de crear normas era un rasgo político de su pensamiento, pues cuando destaca la función productora de normas de los tribunales la equipara con la labor de los *cuerpos administrativos*, los cuales elaboran estándares o pautas de acción variables. Y apunta que en un sistema donde el *stare decisis*, o la decisión de las sentencias judiciales, es reco-

³⁴ Cfr. H. L. A. Hart, ob. cit., p. 176.

³⁵ Cfr. H. L. A. Hart, "Mandatos y razones jurídicas dotadas de autoridad", *Isonomía*, No. 6, 1997, p. 105.

³⁶ Cfr. H. L. A. Hart, *El concepto de Derecho*, ob. cit., pp. 99-123.

nocido, esta función es semejante a la de tal cuerpo administrativo que tiene potestades delegadas de creación de reglas o normas³⁷.

Para Hart, el juez crea el derecho para el caso concreto en aquellas circunstancias en las que la ley no prevé una decisión determinada o existen dos interpretaciones razonables y posibles. Tal postulado de la creación de normas por parte del juez constituye una línea de continuidad con la doctrina kelseniana según la cual tanto el juez como el legislador crean el derecho, aunque los dos lo hacen limitados por la Constitución. Para Kelsen, el legislador crea normas generales mientras que el juez elabora normas particulares por medio de las sentencias³⁸. Sin embargo, Hart va más allá de Kelsen al atribuir al juez la función de crear normas generales³⁹. Se trata de una solución intermedia entre aquellos que ven el derecho como una realidad inconsistente e incompleta compuesta por decisiones individuales inconexas emanadas de los jueces, y aquellos que conciben el ordenamiento jurídico como un sistema cerrado y seguro que es capaz de ofrecer solución a cualquier conflicto. Para Luis Pietro Sanchís, tal solución consiste en un irreductible momento de discrecionalidad que convierte al juez en creador de derecho, que se distingue del legislador por su *modus operandi* y por la responsabilidad que adopta ante ello⁴⁰.

Ahora bien, parece necesario apuntar que si legislar es una clásica función política que viene siendo sustituida por los jueces por cuenta del influjo, la recepción y la transmutación de las tesis hartianas en nuestras latitudes, se debe llamar la atención acerca del peligro institucional que dentro de una forma de gobierno democrática –como la que han asumido la mayoría de naciones occidentales– comporta el hecho de que las decisiones políticas se puedan tomar sin una consiguiente responsabilidad política ante los ciudadanos, así como del evidente riesgo que supone la *politización* del derecho y de la jurisprudencia⁴¹. Para Pietro Sanchís el juez del razonamiento hartiano sí asume una responsabilidad de la función creativa del derecho. Tal responsabilidad sería moral y política en la medida que su decisión responde a su propia concepción de la justicia y de la moralidad. En el caso del juez constitucional ocurriría otro tanto, añadiendo que tal juez debe reproducir las condiciones de racionalidad intersubjetiva que permiten hacer del derecho un discurso moral⁴². A mi modo de ver, el profesor Pietro Sanchís no logra fundamentar adecuadamente no solo por qué el juez es responsable, sino además, que tal responsabilidad sea de naturaleza política, como deviene su función por cuenta de la preponderancia del organismo que lo legitima.

³⁷ Ibid., p. 169.

³⁸ Cfr. Ernesto Buljgin, ob. cit., p. 10

³⁹ Cfr. H. L. A. Hart, *El concepto de Derecho*, ob. cit., p. 169. H. L. A. Hart, "Mandatos y razones jurídicas dotadas de autoridad", ob. cit., p. 99.

⁴⁰ Luis Pietro Sanchís, *Constitucionalismo y Positivismo*, México, Fontanamara, 1997, pp. 14-15.

⁴¹ Cfr. Iván Garzón Vallejo, "La despenalización del aborto en algunos casos y bajo ciertos supuestos. Consideraciones acerca de la Sentencia C-355 de 2006 de la Corte Constitucional colombiana", *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Vol. 37, No. 106, 2007, pp. 190-191.

⁴² Cfr. Luis Pietro Sanchís, ob. cit., p. 48.

Desde una perspectiva política democrática se podría plantear que el poder constituyente primario habría diseñado un órgano al que no puede poner bajo su fécula pues su poder no solo es de última instancia e indiscutible, sino que además en su funcionamiento deviene en *preponderante* sobre las otras ramas del poder público. Los tribunales constitucionales no solo posibilitan la coherencia formal del sistema jurídico –siguiendo la analogía lúdica de Hart, “que el juego pueda continuar”–, sino que con frecuencia representan un conflicto entre los poderes del Estado de derecho toda vez que se sitúan fácticamente –que no por ello ilegítimamente– por encima de los demás. Morelli Rico hace notar que en un Estado Constitucional –como sería el colombiano a partir de la Carta de 1991–, en el que la Constitución Política se constituye en el principio jurídico de ordenación del Estado, el epicentro es el poder jurisdiccional⁴³. López Medina sugiere que señalar críticamente la función del juez o del legislador requiere una posición política ya definida de antemano⁴⁴. Más allá de tal constatación, considero relevante reconocer que el papel institucional que viene desempeñando la Corte Constitucional en el contexto jurídico colombiano desde 1991 ha generado y seguirá generando cambios políticos de gran envergadura, como el de configurar un tipo de Estado en el que el juez asume un rol político determinante, que produce un conflicto permanente entre los poderes del Estado.

A tal preponderancia fáctica habría que añadir el carácter de última instancia de sus decisiones. Los tribunales constitucionales, al ser instituidos como supremos guardianes del texto constitucional, se situaron legalmente en la pirámide del sistema jurídico, por lo cual sus interpretaciones de la Carta fundamental son de última instancia, y por ello tienen un carácter definitivo que sólo es revisable posteriormente por miembros del mismo tribunal que eventualmente se aparten en una nueva sentencia de la jurisprudencia establecida. Atienza ha explicado que este carácter de última instancia de los tribunales constitucionales obedece a que en definitiva las instituciones jurídicas –a diferencia de las científicas o filosóficas– no tienen como función central aumentar nuestro conocimiento del mundo, sino resolver algunos de los conflictos que se suscitan en la sociedad. Es decir, no tienen una finalidad cognoscitiva sino práctica⁴⁵. De cualquier forma, hay que insistir en que el carácter definitivo de las decisiones de tales tribunales no supone que éstas sean infalibles o correctas⁴⁶.

Algunos han señalado que, conforme con el diseño institucional del tribunal constitucional, la creación normativa de los jueces constitucionales se sitúa por encima de la Constitución en cuanto que son ellos los autorizados para señalar cómo se debe interpretar la Carta⁴⁷. Esta preponderancia de los jueces constituciones es paradójica, pues como ha señalado Fioravanti, por su propio origen histórico

⁴³ Cfr. Sandra Morelli Rico, *La Corte Constitucional. Un papel institucional por definir*, Bogotá, Ediciones Academia Colombiana de Jurisprudencia, 2001, p. v.

⁴⁴ Diego Eduardo López Medina, ob. cit. p. 413.

⁴⁵ Cfr. Manuel Atienza, *Tras la justicia. Una introducción al derecho y al razonamiento jurídico*, Barcelona, Ariel, 2003, p. 132.

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ Cfr. Hernán Alejandro Olano, “La justicia constitucional colombiana, ¿un gobierno de los jueces?”, *Dikaion*, año 20, No. 15, 2006, p. 474. Recensión del libro de Germán Alfonso López Daza.

los tribunales constitucionales han representado precisamente un límite al poder del texto constitucional⁴⁸, una idea que va a recoger Kelsen, para quien el control constitucional confiado al tribunal constitucional supone que éste pueda declarar inválidas las leyes contrarias a la Constitución, y así restablecer el equilibrio democrático y preservar los derechos de las minorías al rechazar el intento de las mayorías de utilizar la ley como instrumento de dominio⁴⁹. En la etiología misma del órgano constitucional está la idea de asegurar el desbordamiento del poder ejecutivo y lograr una adaptación del derecho a la realidad social⁵⁰.

No pretendo sugerir una crítica a la discrecionalidad judicial per se, así como tampoco abogar por una primacía del poder legislativo ni del ejecutivo. En el contexto constitucional hodierno, la discrecionalidad de los jueces –en particular de los jueces constitucionales– es un dato insoslayable, y la limitación de tal prerrogativa conlleva el riesgo de alienar las cortes y los tribunales constitucionales con determinados propósitos políticos como señala Zagrebelsky⁵¹. Además, hoy en día parece evidente que la decisión del juez no sólo contiene elementos *lógicos* sino también *axiológicos*, en la medida que aquel se sitúa como mediador en el juicio, el cual representa una experiencia relacional y personal⁵².

No obstante, para el debate público colombiano y latinoamericano se hace necesario que se reconozca y se discuta ampliamente acerca del papel político que vienen desempeñando los tribunales constitucionales. Ello llevaría, por ejemplo, a evitar que algunas decisiones constitucionales se protejan con un manto de pureza e incuestionabilidad atrincheradas en su carácter exclusivamente jurídico. Además, siendo conscientes del tipo de Estado que genera la función jurisdiccional constitucional, se podrán explorar las consecuencias en la configuración cultural del Estado social de derecho en nuestras latitudes. Por ello, un análisis desde América Latina de los argumentos hartianos relativos al papel del juez permite rastrear las huellas de tal teoría en la configuración y práctica cotidiana de los tribunales constitucionales, de cara al influjo que vienen teniendo en la vida política nacional.

Aunque Hart confiaba en que los jueces no se apartarían de la regla de reconocimiento y de las normas que regulaban su propio ejercicio, y por ello ante dicha posibilidad preveía la elaboración de normas hechas por el Parlamento que permitieran revisar tal desvío de la función judicial, lo cierto es que el profesor inglés no pudo prever –por lo demás tal contexto no formaba parte de su tradición jurídica– que la discrecionalidad judicial se iba a aplicar preferentemente sobre la constitución política *escrita*, que en los actuales sistemas jurídicos cumple las funciones de la regla de reconocimiento o norma fundamental (en términos kelsenianos).

⁴⁸ Cfr. Mauricio Fioravanti, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, Madrid, Trotta, 2001, pp. 129-130.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 158.

⁵⁰ Mauricio Plazas Vega, *Ideas políticas y teoría del derecho*, Bogotá, Temis y Universidad del Rosario, 2003, p. 5.

⁵¹ Cfr. Gustavo Zagrebelsky, "¿Qué es ser juez constitucional?", *Dikaion*, año 20, No. 15, 2006, p. 163.

⁵² Cfr. Francesco D'Agostino, *Filosofía del derecho*, Bogotá, Temis y Universidad de La Sabana, 2007, p. 112.

Cuando Hart confía en el papel enderezador de la juridicidad por parte del Parlamento ante el caso de un exceso de la discrecionalidad judicial lo hace desde su peculiar concepción política británica, para la cual el Parlamento es el soberano porque no es una institución política derivada, y porque históricamente ha sido el lugar institucional de representación de la comunidad política⁵³. Sin embargo, en la transmutación de las tesis hartianas a las latitudes de la tradición romano-germánica en las que el texto constitucional ha ido adquiriendo por cuenta de la historia moderna un papel arquetípico en la configuración del Estado, el papel otorgado a los jueces constitucionales ha devenido en que la soberanía reside no solo en el texto constitucional sino en el órgano judicial que lo interpreta. Ello sin contar con que en sus interpretaciones a veces va más allá de lo que la misma Carta Política señala, como ocurrió con la sentencia C-355 de 2006 de la Corte Constitucional⁵⁴.

La configuración de un Estado jurisdiccional mediante el impacto de las tesis de la discrecionalidad de los jueces se ha visto reforzada por la “jurisdiccionalización” de la vida en sociedad⁵⁵, en la que todos los conflictos que no pueden ser resueltos en privado son puestos ante un juez para que decida, ya sea normalmente y en forma ordinaria, o excepcionalmente –y cada vez más de esta forma mediante los recursos de amparo–.

Ante el papel político que pretenden desempeñar muchos jueces constitucionales en la actualidad, vale la pena traer a colación que Schmitt había hecho notar que el cuerpo judicial encargado de la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución no representa realmente al pueblo, y por ello fácilmente se convierte en árbitro y señor de la Constitución ante lo cual se produce una doble jefatura del Estado. Ello se refuerza según el jurista germano si se tiene en cuenta que se trata de una instancia inamovible e irresponsable que puede decidir a su arbitrio⁵⁶. En este sentido, el profesor Plazas Vega apunta que no puede ignorarse la proyección constitucional de las ideas de Schmitt, más aún si se tiene en cuenta la actual preocupación que existe acerca de la medida del poder de los tribunales constitucionales⁵⁷. El profesor colombiano considera que, para una crítica desde la academia del papel de los tribunales constitucionales, las obras de Schmitt constituyen una referencia fundamental en virtud de su polémica con Kelsen al respecto⁵⁸.

Paradójicamente, el resultado del diseño de un Estado jurisdiccional es un Estado *apolítico*, en el que el juez sustituye en su papel al gobernante pero sin la responsabilidad política que es inherente a la gestión de los asuntos públicos. En

⁵³ Cfr. Mauricio Fioravanti, ob. cit., pp. 145-147.

⁵⁴ Cfr. Iván Garzón Vallejo, “La despenalización del aborto en algunos casos y bajo ciertos supuestos. Consideraciones acerca de la sentencia C-355 de 2006 de la Corte Constitucional colombiana”, cit., pp. 181-211.

⁵⁵ Cfr. Sandra Morelli Rico, ob. cit., pp. V-vi.

⁵⁶ Cfr. Mauricio Plazas Vega, ob. cit., p. 207.

⁵⁷ Ibid., p. 208.

⁵⁸ Ibid., p. 209. Las obras de esta polémica son *La defensa de la Constitución* de Carl Schmitt, y la réplica de Hans Kelsen, *Quién debe ser el defensor de la Constitución*.

palabras de Schmitt, la comunidad jurídica sustituiría a la comunidad política⁵⁹ y, en última instancia, aunque en este marco su función sea política, los criterios con los que el juez debe fundamentar su decisión son de naturaleza jurídica, más aún, específicamente legal y constitucional. Se trataría de la vigencia de lo que se ha denominado el gobierno de los jueces⁶⁰.

Quizás este papel político de los jueces explique en alguna medida por qué cada vez con más frecuencia hay jueces que dan el salto de los órganos jurisdiccionales a los cargos políticos y se convierten en líderes de opinión por cuenta de sus sentencias judiciales. Así mismo, por qué los tribunales constitucionales llegan a ser considerados organismos de oposición política y órganos de control político mediante la oposición democrática⁶¹, o por qué en este mundo globalizado tenemos noticia de jueces que han adquirido la notoriedad mediática y política dignas de un jefe de Estado o de un líder religioso internacional por cuenta de sus correrías por el mundo en busca de los criminales que real o presuntamente cometieron violaciones de los derechos humanos. Ante estos hechos, poco parece importar que como jueces su jurisdicción y su misma función pública sean excedidas, pues se pregona que la justicia penal es un asunto universal, y por ello “el derecho debe jugar un papel fundamental en la reconstrucción jurídica del mundo, porque solo así podremos *vencer los males que le acechan*”⁶².

“Vencer el mal” parece ser un propósito que se atribuyen los nuevos políticos de nuestro tiempo. Son jueces, pero sin toga. No la necesitan.

BIBLIOGRAFÍA

Aristóteles, *Política*, traducción de Manuela García Valdés, Madrid, Gredos, 1999.

Atienza, Manuel, *Tras la justicia. Una introducción al derecho y al razonamiento jurídico*, Barcelona, Ariel, 2003.

Bulygin, Ernesto, “¿Los jueces ¿crean derecho?”, *Isonomía*, No. 18, 2003, pp. 7-25.

Constitución Política de Colombia, Leyer, Bogotá, 1998.

D’Agostino, Francesco, *Filosofía del derecho*, traducción de José Rodríguez Iturbe, Temis y Universidad de La Sabana, 2007.

⁵⁹ Ibid., p. 263.

⁶⁰ Cfr. Jaime Vidal Perdomo, *Derecho Constitucional general e Instituciones políticas colombianas*, 7 edición, Bogotá, Legis, 1998, p. 37.

⁶¹ Cfr. Alfredo Molano Bravo, *Prólogo*, en Carlos Gaviria Díaz, *Sentencias. Herejías Constitucionales*, Bogotá, Fondo de Cultura Económica, 2002.

⁶² Baltasar Garzón, “La fuerza del Derecho”, *El País*, Madrid, 18/10/2004, p. 60 (énfasis agregado).

- Fioravanti, Mauricio, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, traducción de Manuel Martínez Neira, Madrid, Trotta, 2001.
- Freund, Julien. *¿Qué es la política?*, traducción de Sofía Noel, Buenos Aires, Stru- hart & Cía, 2003.
- Garzón, Baltasar, "La fuerza del Derecho", *El País*, Madrid, 18/10/2004.
- Garzón Vallejo, Iván Darío, "La despenalización del aborto en algunos casos y bajo ciertos supuestos. Consideraciones acerca de la sentencia C-355 de 2006 de la Corte Constitucional colombiana". *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Vol. 37, No. 106, 2007.
- Garzón Vallejo, Iván Darío, "La necesidad de una nueva fundamentación del derecho", *Persona y Cultura*, Año 3, No. 3, Universidad Católica San Pablo, Are- quipa 2004.
- Gaviria Díaz, Carlos, *Sentencias. Herejías Constitucionales*, Bogotá, Fondo de Cul- tura Económica, 2002.
- Hart, H. L. A., *Derecho, Libertad y Moralidad. Las conferencias Harry Camp en la Universidad de Stanford (1962)*, traducción de Miguel Ángel Ramiro Avilés, Madrid, Dykinson, 2006.
- Hart, H. L. A., *El concepto de Derecho*, 2 edición, traducción de Genaro Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2004.
- Hart, H. L. A., "Mandatos y razones jurídicas dotadas de autoridad", traducción de José Luis Pérez Treviño, *Isonomía*, No. 6, 1997.
- Lopez Medina, Diego Eduardo, *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Bogotá, Universidad de los Andes, Legis y Universidad Nacional de Colombia, 2005.
- Molano Bravo, Alfredo, *Prólogo*. En: Carlos Gaviria Díaz. *Sentencias. Herejías Cons- titucionales*, Bogotá, Fondo de Cultura Económica, 2002.
- Morelli Rico, Sandra, *La Corte Constitucional. Un papel institucional por definir*, Bogotá, Ediciones Academia Colombiana de Jurisprudencia, 2001.
- Negro, Dalmacio, *Gobierno y Estado*, Madrid, Marcial Pons, 2002.
- Olano, Hernán Alejandro, "La justicia constitucional colombiana, ¿un gobierno de los jueces?", *Dikaion*, año 20, No. 15, 2006, pp. 472-478.
- Orrego, Cristóbal, "Antecedentes iusfilosóficos de el concepto de derecho de H. L. A. Hart", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva serie Año XXXVIII, No. 84, 1995.

- Páramo, Juan Ramón de, "Entrevista a H. L. A. Hart", *Doxa*, 5, 1988, pp. 33-361.
- Pérez Luño, Antonio-Enrique, "Derecho, moral y política: tensiones centrípetas y centrifugas", *Doxa*, No. 15-16, Alicante, 1994.
- Pietro Sanchís, Luis, *Constitucionalismo y Positivismo*, México, Fontanamara, 1997.
- Plazas Vega, Mauricio, *Ideas políticas y teoría del derecho*, Bogotá, Temis y Universidad del Rosario, 2003.
- Robles, Gregorio, "Hart: Algunos puntos críticos", *Doxa*, No. 21 - II, 1998, pp. 371-402.
- Rodríguez, César, *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes, 2002.
- Schmitt, Carl, *Legalidad y legitimidad*, en Héctor Orestes Aguilar (comp.), *Carl Schmitt, teólogo de la política*, México, Fondo de Cultura Económica, 2001.
- Vidal Perdomo, Jaime, *Derecho Constitucional general e Instituciones políticas colombianas*, 7 edición, Bogotá, Legis, 1998.
- Zagrebelsky, Gustavo, "¿Qué es ser juez constitucional?", *Dikaion*, año 20, No. 15, 2006, pp. 155-171.