

# **Justicia constitucional y dispositivos ideológicos: “óptimo paretiano, imposibilidad y decisión en la jurisdicción constitucional”\***

## **Justice constitutional and ideologica devices: “Optimal paretian, inability and decision on jurisdiction constitutional”**

**Edison Ariel Corredor Cabrales\*\***

Fecha recibido: 03/06/09  
Fecha aceptado: 01/08/09

### **Resumen**

El que cualquier decisión jurisdiccional en la órbita de la justicia constitucional esté salpicada de al menos un componente ideológico –encubierto por el tópico de la neutralidad judicial– es una realidad que casi cualquier jurista admite. Sin embargo, no hay mayores estudios académicos de ello que los realizados por los Critical Legal Studies (CLS). El presente ensayo aborda esta problemática valiéndose de la teoría de la elección pública de la ciencia económica (y de

---

\* El siguiente artículo de reflexión es una ampliación de un texto originalmente presentado como ponencia en el marco del Congreso Internacional de Filosofía del Derecho, Argumentación e Interpretación Jurídica, celebrado en la Universidad Libre de Bogotá D.C., los días 25, 26 y 27 de marzo de 2009.

\*\* Filósofo de la Universidad Nacional de Colombia, graduado con tesis meritoria, Especialista en Filosofía del Derecho y Teoría Jurídica de la Universidad Libre de Colombia, candidato a Magister en la misma área. Actualmente docente e investigador en temas de Filosofía del Derecho y teoría jurídica de la Facultad de Derecho, Universidad Católica de Colombia. Grupo de Filosofía del Derecho. Línea Justicia: el impacto sociojurídico del Derecho. Contacto: eacorredor@ucatolica.edu.co

algunos de sus teoremas) para mostrar: a) que los medios ordinarios de decisión e interpretación constitucional no pueden satisfacer el criterio Pareto-superior, y b) que de desconocerse este criterio no pueden satisfacerse simultáneamente los principios (jurídico-constitucionales) de eficiencia, neutralidad y unanimidad, ni aún en el caso de la ponderación. Ya que sin incurrir en valoraciones, en alguna forma de ideología en particular sobre la justicia, no es posible evitar el dilema, como ha demostrado Sen, entre o ser liberal (respetar ciertos de los derechos) o paretiano (asegurar la eficiencia).

### **Palabras clave**

Decisión, interpretación, Justicia constitucional, unanimidad, imposibilidad y valores.

### **Abstract**

The fact that any jurisdictional decision related to the constitutional justice has traces of at least an ideological component - concealed by the topic of the judicial neutrality - is a reality that almost any jurist admits. Nevertheless, there are no major academic studies of it than those carried out by the Critical Legal Studies (CLS). The present (essay) approaches this problem using the theory of the public choice(election) of the economic science (and of some of its theorems) to show: a) in case of ignoring this criterion, the jurisdictional and constitutional principles of efficiency, neutrality and unanimity cannot be satisfied simultaneously not even in the case of balancing. b) Since, not incurring in valuations, in some specific ideological form of justice, it is not possible to avoid the dilemma, as Sen has demonstrated when being either liberal (respecting some of the rights) or paretian (assuring the efficiency).

### **Key words**

Decision, interpretation, constitutional Justice, unanimity, impossibility and values.

## Introducción

El presente documento se enmarca, en estos días de constitucionalización del derecho o de juridización de la Constitución, en la vuelta del interés académico por las cuestiones capitales del derecho (los fundamentos del deber, la limitación del derecho, los límites de la obediencia, etc.), desde la perspectiva analítico-crítica de la adjudicación judicial. Aun cuando en países como el nuestro que han preferido un sistema de control constitucional concentrado (con una corte o tribunal constitucional como órgano de cierre), dicha perspectiva analítica, consideran algunos, resulta anodina. Gracias a que las cuestiones capitales han venido a “zanjarse”, por la autoridad legítima de dicha institución o por la interpretación mayoritaria de los miembros de las mismas, en decisiones jurídicas que no necesitan ser mayormente reflexionadas.

Porque, al fin y al cabo, proceden de una autoridad legítima que tiene dentro sus competencias el interpretar la aplicación de normas o las normas mismas desde la perspectiva constitucional. Sin embargo, esta postura tan familiar para muchos operadores jurídicos es, como señala Manuel Atienza, “insostenible especialmente en el contexto del Derecho moderno, en donde la obligación que se establece de «motivar» –justificar– las decisiones, no sólo contribuye a hacerlas aceptables –y esto resulta especialmente relevante en sociedades pluralistas que no consideran como fuente de legitimidad o de consenso cosas tales como la autoridad o la tradición–, sino también a que el Derecho pueda cumplir su función de guía de la conducta humana” (1991, p. 25).

Con todo y que se comparta la posición de Atienza, no se tratará aquí la cuestión de la adjudicación realizada por los jueces constitucionales desde la perspectiva de la pretensión de corrección del derecho de parte de ésta o aquella teoría de la argumentación jurídica; en su lugar más bien este escrito consulta por las condiciones

procedimentales y formales que la toma de decisiones, en esta órbita interpretativa, han de cumplir para poder satisfacer el principio de *razonabilidad eficiente*<sup>1</sup>. Esto es, el principio por el cual toda intervención o interpretación sobre un(os) derecho(s) subjetivo(s) o norma jurídica sólo puede ser considerada óptima –en el sentido de Pareto– si satisface el criterio de unanimidad. De otra forma, los individuos o grupo(s) vulnerado(s) por la decisión tomada: (i) podrían “tachar” de ideológica (discrecional o arbitraria) la adjudicación jurídica realizada por los jueces constitucionales –en aras de desacreditar la fuerza simbólica de la argumentación constitucional– o, en su defecto, (ii) movilizarían sus propios recursos ideológicos en aras de redefinir la adjudicación jurídica que les resulta adversa. En cualquiera de los dos casos, o en su combinación, queda en claro que se desenmascaran las máximas de la neutralidad e imparcialidad de la “decisión en estricto derecho” como lo que son: mitos del capital simbólico de los juristas que cada grupo interesado intenta administrar<sup>2</sup>.

### **Óptimo paretiano, imposibilidad y decisión en la jurisdicción constitucional**

El subtítulo del presente ensayo no pretende, ni con mucho, agotar las temáticas que señala –el óptimo de Pareto, el teorema de imposibilidad de Arrow, o la justicia constitucional– sino apenas vincular áreas de estudio usualmente tratadas por separado. El objetivo que persigue establecer dicho vínculo es sostener la tesis, reconocida tácitamente por la mayoría de juristas pero pocas veces respaldada

- 
- 1 Empleados el término *razonabilidad eficiente* y no *razonabilidad* a secas para distinguir, de principio, el enfoque sobre el cómo de las decisiones en los entes concentrados de interpretación constitucional desde el criterio de eficacia y sólo subsidiariamente el de equidad. No nos referimos, entonces, al criterio de razonabilidad o plausibilidad desde la perspectiva antiformalista de la argumentación jurídica o política en el sentido de Robert Alexy, Chaïm Perelman, John Rawls o Jürgen Habermas.
  - 2 Respecto del concepto de capital simbólico véase (Bourdieu, 2000, p. 153)

por análisis académicos, que prácticamente cualquier decisión jurisdiccional en la órbita de la justicia constitucional, y en especial en el seno de los entes concentrados de control constitucional, contiene al menos un componente ideológico<sup>3</sup> encubierto, la más de las veces, por el mito o dispositivo<sup>4</sup> de la neutralidad judicial, esto es, por la “decisión en estricto Derecho”.

Esta disertación, empero, no hace énfasis en esta o aquella particular decisión, ni en este o aquel ente concentrado de control –llámese este Corte o Tribunal constitucional–, pues lo que se pretende mostrar es la imposibilidad gnoseológica y metodológica de que un ente –institución– conformado por hombres pueda satisfacer, en la toma de sus decisiones, la “limpieza procedimental” que la lógica del raciocinio jurídico purista alega poder realizar. No se desconoce; sin embargo, y para nadie es un secreto, que con la creación de la Corte Constitucional en nuestro país y con la introducción de los mecanismos de amparo constitucional de derechos la tradición jurídica nacional se ha visto inmersa en un proceso de *constitucionalización* del Derecho –y de juridización de la Constitución– que ha favorecido, como ha señalado Rodrigo Uprimny, un cierto activismo judicial en

---

3 Siguiendo a César Rodríguez, en su exposición de la crítica a la adjudicación judicial de Duncan Kennedy, entendemos por componente ideológico el “discurso elaborado por una élite ilustrada que pretende defender a través de él los intereses de un grupo social que entiende representar. La estrategia de defensa consiste en articular el discurso en términos universales, de tal forma que quede oculto el vínculo con el grupo representado.” Sobre el particular (Rodríguez, 1999, p. 63-64). En otras palabras, la ideología es un sistema de ideas, representaciones, que domina la conciencia de un hombre o un grupo social o de intereses; es una representación –nunca acabada, dinámica– de la relación imaginaria de los individuos con sus condiciones reales de existencia así como de sus expectativas alrededor del futuro de ellas. Al respecto, aunque no compartimos la visión ideológico-marxista del autor (Althusser, 1988, p. 39).

4 Un dispositivo ideológico es, tal y como la define Foucault, “un conjunto decididamente heterogéneo, que comprende discursos, instituciones, instalaciones arquitectónicas, decisiones reglamentarias, leyes, medidas administrativas, enunciados científicos, proposiciones filosóficas, morales, filantrópicas; en resumen: los elementos del dispositivo pertenecen tanto a lo dicho como a lo no dicho. El dispositivo es la red que puede establecerse entre estos elementos” (Foucault, 1991, p. 128).

pro de derechos personales allende sólo aplicables –y exigibles– en el ámbito de la ley (1997, p. 67-117).

Entrando en materia, en términos muy generales Rawls ha definido el óptimo de Pareto, debido al economista Vilfredo Pareto (1848-1923)<sup>5</sup>, como aquel criterio según el cual, en una situación distributiva tal, se considera como ineficiente la situación donde “no existe una redistribución tal que mejore a alguna persona sin empeorar a otra” (1996, p. 74). En esta descripción Rawls, como la mayoría de teóricos lo han hecho, piensa la eficiencia sólo en términos de distribución y/o redistribución de mercancías; sin embargo, es plausible ampliar ese espectro a una categoría más amplia, la categoría de bienes incluidos los derechos<sup>6</sup>. En esta descripción el concepto de óptimo paretiano se caracteriza porque define la optimalidad –eficiencia– como el resultado de una decisión(es), en una situación dada, de tal forma que no exista una redistribución tal que mejore a

---

5 Esta propiedad del equilibrio competitivo estudiada por Vilfredo Pareto, en su polémica con León Walras, fue expuesta por primera vez en su libro *Manual de Economía Política*, publicado en 1909, y es bastante usada al momento de juzgar la idoneidad de muchas políticas económicas. Para una excelente exposición crítica de este criterio, véase (Ormerod, 1994, p. 99-105).

6 En este punto podría objetarse que aplicar la idea de distribución o redistribución de bienes como los derechos no es susceptible de ser evaluada en términos de eficiencia ya que los derechos, por su universalidad formal, no pueden ser parangonados con las mercancías; pues éstas, a diferencia de aquéllos, por principio desconocen la igualdad en su posesión. También podría refutarse que, como afirma Iris Young, “no tiene mucho sentido concebir los derechos como posesiones. Los derechos son relaciones, no cosas... los derechos se refieren más al *hacer* que al *tener*, a relaciones sociales que posibilitan o restringen la acción”. Al respecto: Young, I. M. *Justice and the politics of difference*, citado en (Habermas, 1998, p. 503). No obstante, no es descabellado considerar que en una situación de conflicto entre derechos de igual peso relativo, por ejemplo en el seno de un Tribunal o Corte constitucional, la decisión que resulte, otra vez por ejemplo de una ponderación, de esta o aquella elección entre los mismos es una redistribución, en cierto contexto y tiempo específicos, no del derecho en sí mismo –el cual no puede ser distribuido de forma distinta a lo contemplado constitucionalmente– sino al empleo que se puede hacer de él en situaciones jurisdiccionales análogas a las contempladas. Además, de no concebirse los derechos como un *tener* tampoco tendría mucho sentido concebir los mismos, como lo hace Alexy, como mandatos de optimización, que se deben optimizar.

alguna persona sin empeorar a otra. James Buchanan (1987a), premio Nobel de Economía en 1986, al respecto señala que

Pareto ofrece así un esquema de clasificación en el que todas las *situaciones, posiciones o estados* sociales posibles pertenecen a uno de dos conjuntos mutuamente excluyentes. El primer conjunto incluye todas las posiciones subóptimas o ineficientes, el segundo, las óptimas o eficientes. Este último está constituido por todas las posiciones no dominadas, donde el dominio está definido por todas las personas de la comunidad. (Así) no puede hacerse ningún cambio desde una posición *Pareto-óptima* a otra posición sin que una persona al menos resulte perjudicada. Una posición *subóptima*, por tanto, es aquella en la que se puede realizar un cambio en el que una persona por lo menos se beneficia sin que las demás resulten perjudicadas. De un cambio de esta clase se dice que es *Pareto-superior* (p. 177-183).

Respecto de lo anterior, y en torno a los entes concentrados de control constitucional, se sostiene aquí simple y llanamente que los medios ordinarios de decisión e interpretación constitucional no pueden satisfacer el criterio *Pareto-superior*. La(s) razón(es) para que las decisiones no satisfagan el antedicho criterio, naturalmente, están asociadas con las razones que involucran su insatisfacción en el caso de la interpretación. Por lo cual, se empezara por describir las primeras para presentar después las restantes.

Sobre el primer punto vale aclarar que se entiende por decisión jurisdiccional nada más que la conclusión, solución o resolución de un conflicto jurídico que, en el caso de las sentencias de los entes concentrados de control constitucional, poseen un carácter metajurídico, sea este político o ético, pues no se refieren sólo a las pretensiones de las partes –como en la justicia ordinaria– sino que, además, tocan en últimas el sentido de los valores y principios constitucionales –valores y principios que brotan de un acuerdo político y que por ello están cargados de dicho componente–. No interesa aquí, de otra parte, entrar en la controversia –propia de la(s) teoría(s) de la argumentación jurídica– sobre si la decisión *es* sólo una imposición

discrecional o si por el contrario *debe ser* una decisión racional justificada. Más bien interesa investigar el criterio que define que se tome esta o aquella decisión.

En ese sentido, los tribunales o Cortes constitucionales suelen guiarse por el principio democrático básico, esto es, por el criterio de mayorías; pese a que –por lo regular– se afirma que las decisiones-sentencias son tomadas por consenso, y por ello se dice, son fruto del ente mismo y no de la posición mayoritaria de estos o aquellos jueces-magistrados constitucionales. Con todo y que en ciertas situaciones pueda darse un consentimiento “genuino” ello no impide refutar el que la decisión tomada sea resultado de la unanimidad. Pues, mientras el consentimiento puede ser el resultado de la negociación y/o transacción entre posiciones alternativas en un grupo determinado –que puede ser excluyente respecto de otras posiciones–.

La unanimidad, en cambio, sólo puede predicarse de la concordancia entre todas las posiciones alternativas interesadas. Por ende, en el caso de los entes concentrados de control constitucional, solamente podría hablarse de unanimidad cuando todos los grupos –posiciones alternativas interesadas en el consenso jurídico-político tuviesen asiento en dicho ente–. Sin embargo, como las Constituciones tienen una expectativa de larga duración en el tiempo, en el cual obviamente se dan muchas transformaciones en el espectro político, el número de posiciones alternativas interesadas es, por lo general, indeterminado. De allí que, siguiendo la conclusión de James Buchanan Y Gordon Tullock en el *Cálculo del consenso* (1980), la única opción de representatividad en las decisiones que ofrecería resultados óptimos, en el sentido del criterio *Pareto-superior*, sería la unanimidad<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> Es de destacar, no obstante, que Buchanan reconoce que Knut Wicksell (*Finanztheoretische Untersuchungen*. Jena, Gustav Fischer Verlag, 1896) fue el primero en reconocer la importan-

La mayoría, o cualquier otro mecanismo de decisión, en cambio, provocarían –al imponer sus reglas– unos costes sobre las minorías –las posiciones excluidas– que serían crecientes conforme a la reducción del porcentaje que se requiere para la toma de una decisión. En este sentido, se añadiría de parte de las minorías un coste creciente originado por la motivación de redefinir las propuestas de decisión a medida que los grupos marginales sean más pequeños. De allí que, como señala Buchanan, “la mayoría representativa óptima para tomar decisiones colectivas es indeterminada. [Pues] no hay nada sobre los verdaderos deseos de una colectividad que pueda ser descubierto por una regla mayoritaria” (1987a, p. 114).

La conclusión de Buchanan, ciertamente, ya antes había sido enunciada por el famoso “teorema de imposibilidad” de Arrow que demuestra que con un número muy básico de requisitos no existe un proceso de votación que satisfaga esos mismos criterios de manera simultánea y que, por lo mismo, refleje las preferencias sociales<sup>8</sup>. Sin embargo, como bien advierte Amartya Sen (2000):

---

cia de la regla de unanimidad, como un punto de referencia idealizado, “que sería necesario garantizar en todas las acciones del Estado para que representaran mejoras genuinas (o al menos no perjuicios) para todas las personas, tal y como lo indicaran las preferencias de los propios individuos” (Buchanan y Brennan, 1987 b, nota 5. p. 29).

- 8 Según el famoso teorema de imposibilidad de Arrow (debido a Kenneth Arrow, Premio Nobel de Economía en 1972) no existe ningún método elección que garantice el cumplimiento de unas condiciones mínimas de consenso. De acuerdo con el mismo, en un cuerpo electoral con al menos dos miembros y un mínimo de tres opciones es imposible definir una función de bienestar social, es decir un consenso sobre mínimos, que satisfaga a la vez las condiciones siguientes: 1) Universalidad o dominio ilimitado: el voto debe tener un resultado que ordene entre sí todas las posibles opciones. 2) No imposición o soberanía del ciudadano: cualquier orden social de preferencia debe poder alcanzarse por la agregación de los perfiles individuales de preferencia. 3) Exclusión de la dictadura de un solo individuo: la función social de bienestar responde a las preferencias de más de un individuo. 4) Monotonicidad: no debería ser posible que un individuo perjudicara una alternativa colocándola antes en su perfil de preferencias. Y 5) Independencia de alternativas irrelevantes: los cambios en las preferencias individuales de alternativas irrelevantes no tendrían impacto en la función social de preferencia de otro subconjunto de alternativas. Sobre el particular (Arrow, 1986, p. 218-250).

El teorema de imposibilidad de Arrow no demuestra, en realidad, lo que suele considerarse que demuestra. Lo que demuestra, en realidad, no es que sea imposible hacer elecciones sociales racionales, sino que es imposible tratar de hacer elecciones sociales basándose en una reducida clase de información (...) la base de información de las que el procedimiento de la toma de decisiones por mayoría es un destacado ejemplo. (p. 301-303).

Ahora bien, si trasladamos las anteriores conclusiones al terreno de la justicia constitucional se tiene que aceptar que el mecanismo de decisión empleado por los entes de control constitucional –por, ejemplo para intervenir un derecho subjetivo– no puede satisfacer racional y simultáneamente la eficiencia, la neutralidad y la unanimidad. Ya que, como ha demostrado Sen (1986), es imposible ser liberal y paretiano a un mismo tiempo<sup>9</sup>, merced a que “si hay unos mínimos derechos y más de tres alternativas, entonces no hay ninguna regla colectiva de elección que pueda respetar simultáneamente dichos derechos y ser paretiana en relación con un dominio no restringido de preferencias individuales” (et ál., p. 251).

Es decir, que siempre habrá que elegir entre el respeto a los derechos subjetivos (liberalismo en la formulación de Sen) y la eficiencia (paretianismo) con base en una clase de información distinta a la que demanda la “decisión en estricto derecho” y el criterio de mayorías. Y ¿cuál es ese tipo de información? Valoraciones, esto es, preferencias ideológicas de oportunidad, moralidad, política, etc.<sup>10</sup>

---

9 Hay que anotar, además, que en la demostración del “teorema o paradoja de Sen”, este autor no requiere imponer ni la transitividad social, ni la transitividad estricta, así como tampoco recurre a la condición de Arrow de la “independencia de las opciones improcedentes”.

10 Sobre este particular podría refutarse que las revisiones de constitucionalidad de los actos legislativos –vía demanda u oficiosa por llamarla de algún modo– serían “neutras” “eficientes” y “unánimes”, pues este trabajo de control constitucional consistiría apenas en corroborar la coherencia-consistencia del acto legislativo subexamine con la actividad integradora realizada por el propio ente y con la legalidad existente: un trabajo, para algunos juristas, de mera mecánica constitucional. Sin embargo, como ha anotado Peces-Barba (2006), la distinción entre constituciones formales (las que regulan las reglas del juego político del sistema político, y se

En otras palabras, por un camino distinto, es llegado a postular la necesidad, que ya Ferrajoli imponía a la filosofía del derecho en el contexto de los Estados constitucionales (2000), de abandonar viejos “dogmas” *paleopositivistas* o *positivista*, en particular, en el ámbito de la justicia constitucional. El abandono de dichos dogmas implica, naturalmente, sentar tres condiciones que Ferrajoli resumía en:

1.º, que se renuncie a la idea de que el derecho positivo sea, o incluso pueda devenir, gracias a la intervención de la ciencia jurídica, un sistema de normas coherente y completo... Es necesario, pues, que se rechace la presunción de “regularidad jurídica” del ordenamiento, que constituye una suerte de postulado del paleo-iuspositivismo preconstitucional...

2.º, que se abandone esa suerte de realismo tosco que impediría, en ausencia de referencia empírica –antes bien material– de las normas, la construcción de una teoría empírica del derecho. Las normas son significados asociados a documentos normativos y como tales son definidos en el plano teórico e interpretadas en el plano dogmático y judicial...y,

3.º, que se renuncie la ilusión kelseniana y bobbiana, de una teoría “pura” o “formal” del derecho en el sentido de “avalorativa” o “descriptiva”... tanto el principio lógico de no contradicción como el teórico de completud, son, por tanto, en relación con el derecho positivo, principios normativos, cuya observación o no,

---

mantienen en dimensiones puramente procedimentales) y constituciones materiales (las que incorporan una ética pública, una moralidad de los valores, de los principios y los derechos, y señala objetivos y fines que ha de realizar el Derecho en consecuencia con una moralidad política que se identifica con el poder) es “un modelo más teórico, de construcción profesoral, que práctico; porque desde el origen moderno del constitucionalismo las constituciones históricas contienen dimensiones de justicia, lo que he denominado ética pública (...) partiendo de esa relación poder-Derecho de la consideración del poder como un hecho fundante básico del Derecho, como no es pura fuerza, parece evidente que la Constitución no puede ser ni sólo formal ni solo material, sino una integración de las dos” (p. 210). Por esa razón, cuando un ente de control constitucional decide examinar un acto legislativo sólo en cuanto sus componentes formales –de proceso creativo– o materiales –de ética pública, objetivos y fines–, es decir, sólo en cuanto su forma, su fondo o alguna mezcla de las dos, ya está llevando a cabo una valoración. Esto es, ya está tomando una postura –puede que no compartida por la totalidad de jueces-magistrados del ente de control como lo manifiestan las aclaraciones y/o salvamentos de voto– sobre preferencias ideológicas, de oportunidad, moralidad, etc.

esto es, la validez (o coherencia) o invalidez (o incoherencia) de las normas producidas respecto de los principios constitucionales, es a menudo imposible de evaluar sin realizar los juicios de valor a los que estos reenvían. (Ferrajoli, 2000, p. 43-49).

Ahora bien, si como se ha sostenido las decisiones en el seno de un ente constitucional remiten a la “paradoja de Sen” y, por lo mismo, corroboran la imposibilidad de obtener una decisión cierta acerca de lo debido racionalmente a la sociedad, y al Derecho, tenemos que el criterio *Pareto-superior* siempre será vulnerado por las valoraciones –de por sí hermenéuticas– que se llevan a cabo en el ámbito de la justicia constitucional. Esto es, siempre será insatisfecho el criterio *Pareto-superior* en la interpretación constitucional<sup>11</sup>. En otras palabras, siguiendo a Mauro Leonardo Casallas (2008), dado que:

los métodos interpretativos válidos son sólo aquellos que de manera directa buscan la realización de alguno de los cuatro valores que los órdenes jurídicos deben satisfacer: seguridad jurídica (mediante el método objetivo gramatical), autoridad legítima (mediante los métodos subjetivos), justicia (mediante el método axiomático o material) y eficacia (mediante el método consecuencialista...) cabe el interrogante si esta consistencia teórica y metódica es exigible de igual forma al juez constitucional porque si bien la corrección de un uso de cualquiera de los métodos mencionados es necesaria, no es suficiente al propósito de eliminar la arbitrariedad (...) pues, la eliminación de la arbitrariedad en la toma de decisiones judiciales aún es una ilusión. (p. 147-155).

Y es una ilusión debido a que la búsqueda de la seguridad y la autoridad legítimas, que se sirven aún del viejo paradigma pandectístico

---

11 Esta es la razón por la cual Carlos Bernal Pulido, el más eximio discípulo de la teoría alexyana de la ponderación, plantea la tesis de adoptar un mecanismo reparador para las partes “perdedoras”, según la variante de la economía de Bienestar del teorema de Kaldor-Hicks, que consistiría en que: una decisión, mediante la cual se afecte por lo menos a una persona, debe ser ejecutada si es posible, compensando los perjuicios que se cause a los afectados con la ganancia (general) de los favorecidos. Al respecto: Bernal, 2003, p. 667.

que supone el orden y consistencia del sistema jurídico, es incompatible con la evaluación axiológica y política de la justicia, y ésta, a su vez, lo es con el criterio de eficacia. Para verificar lo anterior tomemos por ejemplo el caso paradigmático de una de las materias más importantes sobre las que tratan los entes concentrados de justicia: la intervención sobre derechos constitucionales “en conflicto”. Como se sabe, frente a este tema existen dos líneas generales de tratamiento –que son por lo regular empleadas, indiscriminadamente, según el caso–, las posiciones que Mariano Morelli (2004) llama: “conflictualistas” y las “no conflictualistas”<sup>12</sup>. Las primeras afirmarían que ciertamente existen colisiones entre derechos que al ser zanjadas, por un ente de control constitucional, implican el sacrificio, total o parcial, de un derecho en aras de otro bajo determinadas circunstancias. En otras palabras, estas posiciones afirmarían abiertamente la negación del criterio *Pareto-superior* merced a una valoración interpretativa, la más de las veces, justificada en la ética pública y/o los principios constitucionales. Las segundas, en cambio, afirmarían que los problemas de “colisión” entre derechos son en realidad falsos

12 Dentro del primer conjunto de posiciones, nos dice Mariano Morelli (2004), se dan, por lo menos, dos grupos de tesis u orientaciones: “a) *Categorization of rights*: consiste en categorizar los derechos en abstracto, otorgarles un rango o jerarquía, y luego comparar los derechos en juego y hacer prevalecer el de jerarquía superior. Por ejemplo, la jurisprudencia norteamericana reconoce algunas “libertades preferidas”, como la libertad de prensa, que gozaría de un rango superior a otros derechos y dan lugar al “escrutinio estricto”. b) *Balancing o ponderación*: aquí se trata de sopesar, de comparar los derechos en juego pero no según jerarquías abstractas sino considerando las circunstancias del caso, para determinar en qué medida deben ser sacrificados o preferidos de modo de lograr el mayor reconocimiento posible de todos. Mientras que del segundo grupo destacaría: a) La doctrina del *contenido esencial*: en esta posición, de lo que se trata es de encontrar los límites internos de cada derecho identificando su “contenido esencial”. Para hacerlo resulta necesario acudir, por un lado, a la naturaleza jurídica del derecho o al modo en que es entendido por los juristas; y a la finalidad del derecho. b) La doctrina de lo *justo concreto*: este criterio sin ser contrario al anterior es todavía más rico. Ya que, si bien las normas son generales, los derechos son concretos: se poseen en situaciones concretas y determinadas. Estos derechos concretos surgen de la aplicación de la norma a determinada situación fáctica prevista en ella, el título jurídico. Así determinado, en el caso concreto, única dimensión en la que un derecho subjetivo existe, los mismos se presentan limitados y nunca en contradicción con otros” (introducción, 1).

problemas, pues, la cuestión real estribaría en identificar la delimitación exacta entre derechos; es decir, estas posiciones negarían abiertamente no el violentar el criterio *Pareto-superior* sino incluso el poder presentar los derechos bajo aquel espectro, ya que la *solución al problema no sacrificaría ni violentaría ningún derecho, dilucidaría quién lo tenía*.

Por el momento solamente diremos algo sobre la *ponderación* –la orientación predominante de las tesis “conflictualistas”– a desmedro de las de las demás orientaciones debido, por una parte, a razones de espacio y pertinencia y, por otra, merced a que consideramos que las restantes tesis defienden cierta ontologización objetivista (sustancialización) en cuanto los derechos, y su rango, que difícilmente podríamos denominar de interpretativa. En el entendido que la interpretación es una actividad que, realizada por la magistratura constitucional, *crea proposiciones normativas* a partir de textos normativos, realidades jurídicas (*hechos* en términos jurídicos) y criterios meta-jurídicos.

En este orden de ideas, si como afirma Rodolfo Arango (2005) es indispensable defender la tesis, propia de de la jurisdicción constitucional, que dice: “mientras más importante es la posición fundamental, más fuerte debe ser el control de la omisión estatal” (p. 210); cabe preguntarse ¿qué –o quiénes- definen la importancia?; pues, ¿si toda posición iusfundamental puede ser objeto de argumentación *racional-práctica* –en los términos de (Alexy, 2003, p. 100-109) que asegura que sea posible hacer elecciones sociales racionales sin entrar en colisión con el teorema de imposibilidad de Arrow, es decir, sin caer en la discrecionalidad? Si admitimos con Alexy que en la *intervención* del contenido de los derechos en los casos concretos –que examinan los tribunales constitucionales– no se sigue el principio de la subsunción fuerte sino una forma atenuada que permite establecer el “consenso” sobre *el* contenido del *derecho* de forma provisional, es

necesario admitir que esa justificación es meta-jurídica y/o externa al ordenamiento mismo, pues descansa en la idea de un consenso político-jurídico históricamente existente.

Máxime si se tiene en cuenta que no todos los casos pueden resolverse invocando cualesquiera de los dos subprincipios (idoneidad y/o necesidad) del principio de proporcionalidad (ponderación en sentido lato). Razón por la cual Borowski (2003) declara que “si aquéllos –los subprincipios– no bastan para decidir se debe fundamentar una relación de precedencia condicionada en la ponderación de los principios en colisión. La fundamentación de esa relación de precedencia no puede resolverse por la vía de la teoría de los principios. Se necesita, adicionalmente, una teoría de la argumentación jurídico-racional” (p. 157). Teoría que, desde la perspectiva de Alexy, es “la única que puede aclarar por qué la norma que debe ceder en la ponderación no resulta vulnerada, ni se declara inválida de manera total o parcial, sino que permanece plenamente válida” (2003, p. 106).

En efecto, dado que cualquier derecho es entendido por Alexy (1997, p. 159) como un enunciado tal que:  $RabG$  (donde  $R$  es el operador relativo al derecho,  $a$  el titular,  $b$  el destinatario y  $G$  el objeto); entonces, una posición normativa equivale a la expresión de una obligación relacional. Entendida como una relación deóntica que supone que “siempre que existe un derecho debe existir una norma válida que lo garantiza” (2003, p. 21). Esta descripción como queda visto limita, por una parte, la caracterización de los derechos a su aparición en un catálogo constitucional de derechos y, por otra parte, considera las posiciones normativas como *el resultado de la imputación de un status deóntico a razones válidas* (derecho *prima facie*). Esta descripción, consideramos, deja sin justificación el cómo puede asegurarse que una “buena razón” (una razón discursivamente válida en cuanto que ideológicamente admisible) puede constituirse

de suyo en derecho –o en la interpretación correcta de determinado derecho– cuando en definitiva un órgano de cierre constitucional (Tribunal o Corte Constitucional) funciona más como un campo de negociación entre posiciones *deónticas* alternativas -que se resuelven por el criterio de mayorías- que como un foro de evaluación neutral de discursos argumentativos.

Nada nos indica, por ende, que las razones válidas para justificar posiciones normativas no sean sólo justificaciones internas de un peculiar tipo de racionalidad (la instrumental, por ejemplo) que, como *no pueden admitirse como argumentos los argumentos que no siguen las reglas constitutivas del sistema de normas*, terminan justificando una decisión mayoritaria. Así resulta que las buenas razones son las razones consideradas ideológicamente aceptables *prima facie* por un ente de interpretación constitucional. Mas como dichos entes están compuestos por hombres, que pueden defender intereses y posiciones *iusfundamentales* encontradas, no se resulta claro cuál es para Rodolfo Arango (2005) “el procedimiento objetivo y controlable que puede llevar al reconocimiento de derechos definitivos (abstractos o concretos)” (p. 307-308) que no estén “justificados” por razones pragmáticas o argumentos de conveniencia y/o dispositivos ideológicos.

## **A modo de conclusión**

Tal cual quedó visto arriba la adjudicación judicial en el seno de los entes concentrados de justicia constitucional dista de satisfacer racionalmente los principios de neutralidad de la supuesta “decisión en estricto derecho”. Sin embargo, ello no ha de alterar a ningún jurista pues como ha indicado, el ex magistrado y ex presidente de la Corte Constitucional Colombiana, Carlos Gaviria “la actitud que se asuma frente al problema de la interpretación, condiciona la actitud que se asuma frente a cualquier otro problema jurídico, pero

viceversa, cualquier actitud iusnaturalista, positivista, especulativa o analítica que yo asuma frente al derecho, va a incidir necesariamente en el concepto que yo tenga de interpretación” (et ál., 1994, p. 121). Y, naturalmente, dicha actitud representará un sistema de ideas o representaciones de las condiciones reales de existencia y de las expectativas de un hombre o un grupo social o de intereses; es decir, de una ideología. Como aparece, y lo ha destacado Rodrigo Uprimny (et ál., 1997b), el problema no está en que los jueces juzguen de acuerdo a valoraciones o a dispositivos ideológicos de los más variados matices el problema está en que dichas valoraciones o ideologías aparezcan sin fundamento o, en el peor de los casos, con fundamentos inconfesables.

La ideología es inseparable del Derecho y más aún de la justicia constitucional. Y, por lo mismo, entre posiciones alternativas “inconciliables” sólo queda la posibilidad de la unanimidad, pues de lo contrario la simple mayoría provoca unos costes sobre las minorías que, cuando estas minorías se convierten en mayorías, impulsarán la redefinición de las propuestas de decisión mayoritaria. En otras palabras, no queda otra alternativa racional frente al “teorema de imposibilidad” de Arrow que la representatividad óptima, es decir, la unanimidad; que para ser alcanzada supone aceptar, primero, la naturaleza ideológica de los argumentos-dispositivos que pretenden la corrección del derecho y, segundo, la negociación entre esos argumentos-dispositivos ideológicos opuestos, dependientes –digámoslo abiertamente– de relaciones de poder fincadas en mayorías mudables. De lo contrario, dichas disputas ideológicas no harán más que perpetuarse a desmedro de la seguridad jurídica, por una parte, y de la exclusión de las minorías del momento por otra.

## Referencias

- Althusser, L. (1988). *Ideología y aparatos ideológicos de Estado*. Buenos Aires: Ediciones Nueva Visión.
- Alexy, R. (1997). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Alexy, R. (2003). *Tres escritos sobre los derechos fundamentales*. Traducción de Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, N.º 28.
- Arango, R. (2005). *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia-Legis.
- Arrow, K. (1951). *Social Choice and Individual Values*. London: Wiley New Haven. (Hay traducción española del Instituto de Estudios Fiscales).
- Arrow, K. (1986). Los valores y la toma de decisiones colectivas. En: Hahn, Frank & Hollis, Martin. *Filosofía y teoría económica* (Compág.). México: Fondo de Cultura Económica.
- Atienza, M. (1991). *Las razones del derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Bernal, C. (2003). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Borowski, M. (2003). *La estructura de los derechos fundamentales*. Traducción de Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, N.º 25.
- Bourdieu, P. (2000). "Elementos para una sociología del campo jurídico". En: *La fuerza del derecho*. Colección Nuevo Pensamiento Jurídico. Bogotá: Uniandes/Siglo del Hombre Editores, Instituto Pensar, Bogotá, 2000. p. 153 ss.
- Buchanan, J. & Tullock, G. (1980). *El cálculo del consenso: Los fundamentos lógicos de una democracia constitucional*. Madrid: Espasa-Calpe.
- Buchanan, J. & Brennan, G. (1987a). *La razón de las normas: política económica constitucional*. Traducción de José Aguirre. Madrid: Unión Editorial.
- Buchanan, J. & Brennan, G. (1987b). *El poder fiscal*. Traducción de Antonio Menduña. Madrid: Unión Editorial.

- Casallas, M. (2008). Eliminar la arbitrariedad judicial sigue siendo una quimera. En: *Memorias III Congreso Unilibrista de Filosofía del Derecho, Teoría Jurídica y Filosofía Política (comp)*. Bogotá: Ediciones Universidad Libre.
- Ferrajoli, L. (2000). *El garantismo y la filosofía del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, N.º 15.
- Foucault, M. (1991). Entrevista titulada "El juego de Michel Foucault". En: Foucault (1991). *M. Saber y Verdad*. Madrid: La Piqueta, Madrid.
- Gaviria, C. (1994). *Nuevas Corrientes del Derecho Constitucional Colombiano*. En: VV. AA. Bogotá: Dike.
- Habermas, J. (1998). *Facticidad y Validez*. Madrid: Trotta.
- Martínez, H. (2008). *¿Existen criterios objetivos para evaluar la decisión judicial?*. En: *Memorias III Congreso Unilibrista de Filosofía del Derecho, Teoría Jurídica y Filosofía Política (comp)*. Bogotá: Ediciones Universidad Libre. p. 253-269.
- Morelli, M. (2004). Los llamados «conflictos de derechos». El cálculo de bienes utilitarista y la crítica de John Finnis. En: *Revista Telemática de Filosofía del Derecho, N.º 7, 2003/2004*. [www.filosofiyaderecho.com/rtd](http://www.filosofiyaderecho.com/rtd).
- Ormerod, P. (1995). *Por una nueva economía, Las falacias de las ciencias económicas*. Traducción de Lluís Amiguet. Barcelona: Anagrama.
- Peces-Barba, G. (2006). *La Constitución y los derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, N.º 39.
- Rawls, J. (1996). *Teoría de la Justicia*. Traducción de María Dolores González. México: Fondo de Cultura Económica.
- Rodríguez, C. (1999). Una crítica contra los dogmas de la coherencia del derecho y la neutralidad judicial, estudio preliminar a la obra de Duncan Kennedy: *libertad y restricción judicial*. Bogotá: Colección Nuevo Pensamiento Jurídico, Uniandes/Siglo del Hombre Editores.
- Sen, A. (1986). La imposibilidad de un liberal paretiano. En: Hahn, Frank & Hollis, Martin. *Filosofía y Teoría Económica (Compág.)*. México: Fondo de Cultura Económica. p. 251-262.
- Sen, A. (2000). *Desarrollo y Libertad*. Traducción de Esther Rabasco. Bogotá: Planeta.

- Uprimny, R. (1997a). Administración de justicia, sistema político y democracia: algunas reflexiones sobre el caso colombiano. En: *Justicia y Sistema Político*. Bogotá: Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales Universidad Nacional de Colombia, IEPRI-FESCOL.
- Uprimny, R. (1997b). *Estado social de derecho y decisión judicial correcta: Una recapitulación de los grandes modelos de interpretación jurídica*. En: VV. AA. *Hermenéutica Jurídica*. Bogotá: Universidad del Rosario.