

# Estado legislativo: ideología normativa y justicia\*

State legislature: ideology and justice legislation

---

Alejandro Matta Herrera\*\*

\*\* Abogado de Universidad de Medellín, especialista en Derecho administrativo y constitucional de la Universidad del Rosario. Candidato a magíster en Teoría General del Derecho de la Universidad Nacional de Bogotá y candidato a magíster en Filosofía del Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Correo electrónico: alejonito77@hotmail.com

*Recibido: 30 de Mayo de 2013* | *Aprobado: 6 de Junio de 2013*

## Resumen

En el artículo se pretende describir la ideología normativa presente en la motivación judicial del denominado Estado Legislativo. Para cumplir dicho propósito se rastrearán las distintas acepciones sobre la denominación "motivación judicial"; se aportará una breve referencia histórica sobre la construcción del mencionado concepto; se explicarán los postulados del Estado Legislativo y su relación con el silogismo jurídico; y finalmente enunciará las razones de su desencanto o pérdida de hegemonía. Para lograr el fin propuesto, ahondará en las concepciones de justicia hegemónicas y sus presupuestos epistemológicos.

**Palabras Claves:** Ideología normativa, motivación judicial, silogismo jurídico, Estado de Derecho Legislativo y epistemología.

## Abstract

The article intends to describe the normative ideology present in judicial motivation called state legislature. To fulfill that purpose will be tracked on the different meanings of the term "legal reasons", shall be provided a brief historical background to the construction of that concept, we will explain the principles of the State Legislature and its relation to the legal syllogism, and finally we will state the reasons of disappointment or loss of its hegemony. To achieve the intended purpose, we will delve into hegemonic conceptions of justice and epistemological

**KeyWords:** Ideology regulation, legal motivation, legal syllogism, legislative and rule of law epistemology.

## Advertencia preliminar

El presente escrito es realizado en el marco de la investigación llevada a cabo con ocasión de la elaboración de la Tesis de Maestría en Teoría del Derecho para la Universidad Nacional de Colombia (Bogotá), por ello, muchas de las proposiciones e hipótesis propuestas se enmarcan en un

---

\* El presente escrito es realizado en el marco de la investigación llevada a cabo con ocasión de la elaboración de la Tesis de Maestría en Teoría del Derecho para la Universidad Nacional de Colombia (Bogotá),

contexto social, político, económico y normativo que si bien son esenciales en la descripción propuesta, no es posible ofrecer una profunda exhaustividad debido a la extensión del presente artículo.

## Advertencia metodológica

Con el propósito de hacer explícita la orilla desde la cual se exponen las presentes ideas, se aclara que el presente escrito se enmarca en un contexto epistemológico influido por la filosofía analítica, por ello, hace especial énfasis en el análisis del lenguaje y procura poner cuidado sobre el uso que se le da a los distintos términos empleados. De igual forma, aboga por un estudio empírico o realista del Derecho (Matta, 2012), renunciado explícitamente a prescribir la forma como deberían motivarse “adecuadamente” las decisiones judiciales y juzgar como correctas o incorrectas las diversas concepciones de justicia subyacentes en los momentos históricos que más adelante se profundizarán.

En consecuencia, intentará describir la “ideología normativa” que subyace a las escuelas jurídicas hegemónicas en el momento histórico que se señalará en párrafos posteriores. Para ello, se rastrearán las concepciones de justicia hegemónicas<sup>1</sup> que explícita o implícitamente se encuentran en el Estado de Derecho Legislativo, haciendo énfasis en sus presupuestos epistemológicos.

En este sentido, siguiendo al profesor Danés (ROSS, 2005), se entenderá por ideología normativa aquellas “*directivas que no se refieren directamente al modo como ha de ser resuelta una controversia jurídica sino que indican la manera como debe proceder el juez para descubrir la directiva o directivas que son decisivas para la cuestión en debate*”.

De tal forma que el presente escrito no pretende ofrecer una reflexión sobre la forma como se sugiere deben motivarse las decisiones judiciales desde una perspectiva “Positivista normativista” o “No positivista”, sólo intentará describir la ideología normativa y las concepciones de la justicia hegemónicas subyacentes.

## Delimitación Temporal

El momento o tiempo de análisis se sitúa luego del triunfo de las revoluciones burguesas, trayendo como consecuencia el afianzamiento del estado derecho legislativo y la consolidación del silogismo jurídico como método de aplicación de la ley.

## ¿Qué se entiende por motivación judicial?

Es necesario poner de presente que el concepto de motivación judicial, no es, ni ha sido uniforme en el tiempo, es pues, un término cargado de alta ambigüedad y vaguedad.

En efecto, para las teorías silogísticas del derecho, la motivación judicial es la operación lógica de subsunción del supuesto fáctico en el supuesto normativo previsto en la Ley, para luego dar aplicación a la consecuencia jurídica.

Para una posición que sospecha del juez, teorías críticas, es una forma de justificación o de maquillaje de las verdaderas razones que motivaron una decisión.

Por su parte, para las teorías estándar de la argumentación la motivación judicial es una explicación detallada de las razones que llevaron a una determinada decisión, razones que se encuentran plasmadas en el ordenamiento jurídico, ya

<sup>1</sup> Entiendo por concepciones hegemónicas aquellas que lograron influir en la creación de la juridicidad y en las ideas que son invocadas reiteradamente por los operadores jurídicos al justificar sus explicaciones del Derecho.

sea en las reglas o los principios que integran el mismo. Esta última posición es de alguna manera el consenso que se encuentra en las teorías no positivistas tan cercanas al neoconstitucionalismo.

De acuerdo con lo anterior, empecemos, para no incurrir en confusiones comunicativas, por estipular, para efectos del presente escrito, una definición general. La motivación judicial es aquel discurso que permite exponer las razones o directivas que eligió un juez para adoptar una decisión judicial, es decir, es un método argumentativo encaminado a permitir a los ciudadanos verificar que la decisión acogida estaría dotada de valor jurídico en un determinado sistema jurídico (Scagliotti, 2005).

Razones que dependiendo del momento histórico y la ideología normativa dominante pueden ser la aplicación del silogismo jurídico (Estado Legislativo); o la reconstrucción de la premisa mayor, a partir de la integración del silogismo jurídico con la aplicación de los principios, por medio de la argumentación jurídica, como se sugiere acontece en el Estado Constitucional. (Atienza & Ferrajoli, 2005).

La corriente de pensamiento que se consolidó luego del triunfo de las revoluciones burguesas consideraba el silogismo jurídico contenido en la Ley, como una herramienta suficiente para la protección de los derechos que la citada revolución pretendía consolidar al establecer el estado de derecho legislativo. (Jellinek, 1954)

Posteriormente a la consolidación de ésta ideología normativa, muchas décadas después se publicaron una serie de obras<sup>2</sup> que tienen en común, el cuestionamiento de la lógica como instrumento para describir el razonamiento jurídico. Algunas obras, de corte realista, pretendían poner de presente el desencantamiento de

las formas jurídicas (silogismo jurídico) predominantes en el siglo XIX y XX, para explicar y describir la aplicación del derecho por los jueces.

Otras obras, de la vertiente neoconstitucionalista de este descanto, trajeron consigo una concepción del derecho y una ideología normativa que pretende poner de presente, en la actividad del juez, el problema valorativo del derecho (Taruffo, 2006), en el cual los principios que contienen derechos humanos (Zagrebelsky, 2005) son reconocidos con una estructura normativa que impide al juez que pretenda garantizarlos, hacer uso exclusivo del silogismo jurídico.

En consecuencia, al revestirse dichos principios de fuerza vinculante directa, el silogismo jurídico si bien no es desestimado, se ve complementado por la metodología de aplicación de los mismos, esto es, la ponderación (Alexy, Teoría de los Derechos Fundamentales, 2002). Dicha corriente de pensamiento jurídico es representada por lo que se ha denominado "*teorías estándar de la argumentación judicial*", afines de forma explícita a las teorías no positivistas y neoconstitucionalistas.

## Breves apuntes históricos

Previa la revolución burguesa de 1789, la motivación de las sentencias era ajena a la función jurisdiccional: el Estado Absoluto no reconoció la necesidad de la existencia de un control sobre sus sentencias. Situación comprensible en un momento donde las personas estaban desprovistas de cualquier tipo de derecho frente a la corona.

Se recuerda que, en términos generales, la relación entre las personas y quien ostentaba el poder público, es decir, el Monarca, era una relación fundada en la divinidad del poder mo-

<sup>2</sup> Se ha referencia a las obras de Theodor Viehweg, Topik und Jurisprudenz, Perelman y Olbrecht-Tyteca, Tratado de la Argumentación y Toulmin, The uses of argument.

nárquico, en la servidumbre como modelo para realizar las actividades económicas y en una relación de privilegio, no de Derecho, frente a la Corona. Esto explica porque no era muy común que en las discusiones políticas y jurídicas se planteará el respeto del juez por una sujeción a una Ley, previa, precisa y homogénea.

Ahora, en las discusiones cercanas al triunfo de la revolución burguesa se presentó un cambio sustancial. La motivación judicial empezó a despertar especial interés, por tanto, fue convertida en una exigencia esencial en las demandas jurídicas de la Revolución. Se estimaba que la motivación judicial fungiría como herramienta fundamental para superar lo que se ha denominado la justicia retenida. Por justicia retenida, suele entenderse, en términos generales, la capacidad que tenía el Monarca de intervenir en las funciones judiciales no obstante que las hubiese delegado en otros funcionarios. Así garantizaba que las sentencias emitidas coincidieran con sus preferencias.

En este sentido, el profesor español (García de enterría, 2001), advierte que en este escenario histórico las decisiones judiciales continuaban confundándose con la voluntad del príncipe, pues el monarca seguía ostentando la calidad de soberano sin sujeción alguna a normas, más allá de las creadas por su propia voluntad.

Por ejemplo, en los *cahiers de doléances*, esto es, cuadernos de quejas<sup>3</sup> presentados en las convocatorias de los Estados Generales reunidos en mayo de 1789, ya se hacía referencia a la exigencia según la cual toda sentencia civil o criminal, debía contener los motivos de la decisión, pero no significada que dicha demanda fuera cumplida en la práctica judicial previa al triunfo de la Revolución Francesa.

Posteriormente, con el triunfo de la Revolución

Burguesa o Liberal de 1789, se inició la consolidación del modelo de motivación judicial propio de un Estado de derecho fundado en la soberanía legislativa. La motivación judicial en este momento histórico se centró en la aplicación de las reglas jurídicas contenidas en la Ley, pues estas eran entendidas como la expresión de la voluntad del pueblo y la forma de realizar los axiomas morales “descubiertos” por la razón u observados por los pueblos en la historia. Lo anterior explica la forma como se reaccionaba desde distintas escuelas de pensamiento contra el sometimiento a una voluntad de un monarca o principios ajenos a la voluntad del ciudadano. (Prieto Sanchís, 2008)

La revolución francesa irradió en gran parte el sistema jurídico continental Europeo, razón por lo cual la consolidación del Estado de Derecho Legislativo facilitó la divulgación de la ideología normativa que reclamaba que las sentencias judiciales publicaran las razones legales y fácticas que llevaron al juez a tomar las decisiones judiciales.

En este sentido, nos recuerda el autor italiano (Ferrajoli, 1995) que en Francia, el origen normativo sobre la obligación de motivar las providencias judiciales solo fue establecido por las leyes revolucionarias del 24 de agosto y 27 de noviembre de 1790; y por el artículo 208 de la Constitución Francesa de 1795.

De igual forma, el autor (Manzini, 1951) explica que en Italia el deber de motivación de las sentencias disponía, en síntesis, que la misma debía contener las razones que produjeron la decisión, es decir, las razones en que se apoya la decisión judicial, que no son más que las leyes expresas del reino o municipios, con el fin de evitar la “maldad” y el “fraude” en la aplicación de la misma.

<sup>3</sup> Idea tomada de ACCATINO SCAGLIOTTI, Daniela, en la ya citada tesis denominada “La motivación de las sentencias, genealogía y teoría”

El mismo autor, sostiene que en España fue a través del Rey Fernando, por despacho del 25 de noviembre de 1774, que se dispuso la necesidad de que por decoro y lealtad a las partes enfrentadas, debían explicarse con facilidad las razones que llevaron al juez a tomar determinada decisión judicial

### Estado de derecho legislativo: su ideología normativa y la consolidación de las teorías silogísticas del derecho

Como se mencionó anteriormente, el triunfo de la revolución burguesa, permitió la consolidación de lo que se ha denominado por diversos autores, entre ellos, Zagrebelsky<sup>4</sup>, como el *Estado de derecho legislativo*.

Dicho concepto se caracteriza por describir un modelo estatal que ofrece especial interés por la Ley como expresión de la voluntad del pueblo y como herramienta para realizar los axiomas morales "descubiertos" por la razón u observados en la historia. La generalidad, abstracción e impersonalidad de la misma, son las especificidades que representan la igualdad ante la Ley, la ruptura de los privilegios de las monarquías absolutistas y la seguridad jurídica en su aplicación.

La herramienta jurídica promovida para garantizar el respeto de la soberanía legislativa como depositaria de la expresión de la voluntad general y los axiomas morales "descubiertos" por la razón u observados en la historia, fue el silogismo jurídico, pues su neutralidad, permitiría, según sus teóricos, suprimir la intervención de las preferencias del juez y de paso la del Monarca, en la resolución de los conflictos sometidos para resolución.

Es así como, con el triunfo y posterior conso-

lidación de las Revolución Burguesa, el modelo de motivación judicial propio de un Estado de derecho fundado en la soberanía legislativa, se centró en el afianzamiento de la ideología normativa que propugnaba por la sujeción a las reglas jurídicas como fuente normativa del sistema jurídico, que venía consolidándose de tiempo atrás por medio de autores de corrientes diversas, pero axiomáticas y exegéticas, como Voltaire, Puffendorf, Wolf, Domat, Burlamaqui, Thomasius, entre otros.

Dichos autores, en su momento, resaltaron, en síntesis, que el papel del juez debía ser exclusivamente cognoscitivo y lógico (silogismo jurídico), y por tanto, su faceta creativa y valorativa convendría que fuera ajena a la labor adjudicativa del derecho.

En síntesis, los axiomas subyacentes a la ideología normativa de este momento pueden resumirse en los siguientes: la consideración de la plenitud hermética del sistema jurídico, que lo considera completo y comprensivo; la división de poderes públicos implica que la creación del derecho se centra exclusivamente en el legislador, evitando la intervención del Ejecutivo; encuentra en la generalidad, impersonalidad y abstracción las características propias de la Ley; y finalmente considera el silogismo jurídico como herramienta de aplicación de la misma.

### Los defensores del silogismo jurídico

Ahora, sobre la defensa de silogismo jurídico, es preciso resaltar que ha sido abordada por diversos autores y distintos momentos desde el triunfo de la revolución Francesa hasta épocas recientes. En efecto, (Beccaria, 1958), sostenía que era necesario erradicar cualquier elemento subjetivo del juez en la aplicación del derecho, razón por la cual, proponía un sinnúmero de re-

<sup>4</sup> Ibídem

glas encaminadas a crear una estructura lógica (silogismo jurídico), acorde al positivismo jurídico de cuño normativista, que garantizara el control jurídico sobre el poder que ejercían los jueces encargados de aplicar la ley. Se buscaba que el juez estuviera sujeto de manera irrestricta a la voluntad del pueblo, plasmada en la Ley.

En igual sentido, Voltaire<sup>5</sup> manifestó que la función de los jueces implicaba una posición mecánica y sujeta al tenor de la Ley. Al respecto, expresó que los jueces son "...los primeros esclavos de la Ley y no sus árbitros." (Prieto SANCHÍS L. , 1987)

Samuel Pufendorf partió de una separación entre la moral y el derecho. Consideró que la finalidad de la interpretación debe ser la búsqueda del significado concreto de la voluntad del legislador, pues la seguridad jurídica deviene de la Ley y la objetividad de su interpretación es alcanzada por medio de una actividad deductiva. (Pufendorf, 2002)

Por su parte, *Ihering* en unos años más próximos, insistió en que la aplicación del derecho obedecía a un criterio formal, pues en el papel llevado a cabo por el juez, no media voluntad alguna. En dicho contexto, el juez no cumpliría una función creativa, por cuanto dicho papel corresponde exclusivamente al legislador. Por lo anterior, estimó que en aras de respetar la división de poderes la función del juez debe ser mecánica y sujeta al tenor de la Ley, que se presume racional y justa, y por ende, eminentemente silogística. (Ihering, 1964)

Finalmente, para *Bobbio*, el silogismo es un razonamiento normativo que está integrado por una premisa mayor, una menor y una conclusión. La primera de ellas (premis mayor), está compuesta de una norma general; la segunda (premis menor), corresponde a los hechos o

comportamientos humanos, que se adecuan a las normas generales; lo que genera una conclusión, deducida lógicamente de aquellas. (BOBBIO, 1965)

En conclusión, puede sostenerse que en un primer estadio, propio de un Estado de Derecho fundado en la Ley como centro del ordenamiento jurídico, la motivación judicial es la exposición clara de la aplicación del silogismo jurídico.

El papel cognoscitivo del juez hace referencia a la claridad y simpleza del derecho, razón por la cual la actividad volitiva del juez debe estar totalmente erradicada y su actividad debe limitarse a conocer la norma, en su estructura silogística y a la aplicación de la misma.

En este sentido, según la ideología normativa que promueve el modelo del Estado legislativo, pareciera sugerir que el momento en que se deben plasmar las "verdades morales" es exclusivamente en el fundacional o creador de la Ley y no en sede judicial cuando el juez aplica el Derecho. Situación diferente acontece, en el modelo constitucional, pues pareciera operar en dos momentos específicos. En un primer momento que se denomina fundacional al momento de establecer en el texto constitucional aquellas "verdades" morales que representan los Derechos humanos. Y un segundo momento, que se presenta en sede judicial cuando el juez sea único o colegiado por medio de la argumentación o deliberación logra descubrir, establecer, postular o acordar las circunstancias fácticas y jurídicas de aplicación de los Derechos.

### Las concepciones de justicia predominante y su epistemología.

Es preciso resaltar que las concepciones sobre la justicia durante el Estado Legislativo no son homogéneas y por ello no se caracterizan por

<sup>5</sup> Fragment des instructions pour le Prince Royal", citado por L. Prieto Sanchís (1987), Ideología e interpretación jurídica, Madrid, Tecnos. P. 47

una sola vertiente. Si bien es cierto que muchas de ellas se tiñen de aspectos metafísicos y guardan aspectos epistémicos similares, tienen rasgos que las diferencian.

### Racionalismo

Una primera concepción hegemónica de la justicia de este periodo, se caracteriza por una disminución de la influencia teológica en el Derecho Natural, dando paso a un desarrollo, al menos discursivamente, secularizado del mismo. Es conocida, en su primera etapa, como iluminismo y racionalismo. Uno de sus principales precursores, Descartes, caracterizó al ser humano como racional y la razón como herramienta principal del método deductivo para descubrir el Derecho Natural. (Descartes, 2007). Seguido por autores como *Grocio*, *Pufendorf*<sup>6</sup> y más adelante *Kant*, entre otros, se consolidó la idea según la cual bastaba con encontrar los axiomas evidentes e incuestionables para de allí partir por medio de la lógica y la deducción a crear un sistema jurídico completo.

La "diosa" razón, entonces, era la principal herramienta para "captar", "descubrir" o "deducir" los principios fundante, últimos y evidentes para la realización de la justicia en el Estado de Derecho Legislativo.

Esta escuela racionalista puede ser ubicada, dentro de la metaética (Guibourg, 2006)<sup>7</sup>, como descriptivistas no naturalistas, en la medida que consideran la existencia de hechos morales, no de naturaleza empírica sino con estatus ontológico extranatural o sobrenatural.

### Derecho Natural en la historia.

Una vez fueron impuestos los axiomas que fa-

cilitaron el afianzamiento del Estado Legislativo y consagrados de forma positiva, se presentó un segundo momento que podría interpretarse como una reacción conservadora, pues trató de disminuir el alcance de la "razón iluminista", tratando de hacer un viraje en el enfoque moral, centrándose en la costumbre, lo que ocasionó una inmovilización de los axiomas.

Entre las reacciones puede enunciarse, para realizar una breve ilustración, el intento de *Comte* por fundar el estudio de la política y la sociedad, desde bases científicas. Sus estudios sociológicos si bien teñidos de elementos positivistas, encubrían una creencia naturalista en un motor o fuerza que impulsaría a la sociedad a un Estado positivo superior al teológico (Comte, 2007).

En este camino, muy de cerca Savigny, apeló a la costumbre y los valores que en ella podían "observarse" para sustentar e interpretar el sistema jurídico. (Savigny, 2008)

Esta segunda posición, puede enmarcarse dentro de una metaética descriptivista pero de corte naturalista, pues estiman que existen hechos morales verificables empíricamente que pueden guiar el comportamiento ciudadano y del sistema jurídico.

Todas las anteriores concepciones del Derecho Natural, sea racional, o sea el supuestamente empírico como el que apelaba a la observación de los valores respetados durante la historia y las costumbres en ella plasmadas (Historicismo) guardan algunos presupuestos epistemológicos comunes: La creencia en la existencia de parámetros objetivos naturales que desbordan la Ley, la posibilidad de conocerlos y en consecuencia, su aplicación en la práctica judicial.

<sup>6</sup> *Ibidem*

<sup>7</sup> Para el autor citado, la Metaética se propone discutir sobre el significado o uso del lenguaje que se ofrece cuando se reflexiona sobre lo que es bueno o malo, correcto o incorrecto, partiendo previamente, en la determinación de si existen circunstancias reales que por sí mismas orienten el juicio sobre ello.



## La separación del derecho y la moral

Ya desde el inicio de la consolidación del Estado de Derecho Legislativo, los juristas y políticos franceses se empezaba a vislumbrar una pérdida de interés por los reclamos sociales y políticos<sup>8</sup>, y de paso de la creencia en un derecho natural. Por ello, desde 1804 con el Código Civil de Napoleón el interés se centró en la Ley y su interpretación exegética, literal y formal.

Algo similar sucedió en Inglaterra, que por medio de Bentham gestó un movimiento que se opuso al Derecho Natural racionalista del iluminismo, tachando a los derechos como de ilusiones, y pretendió construir la moral, justicia y corrección política desde el principio de utilidad.

Este contexto, fortaleció entonces, el modelo deductivista del juez y el silogismo como mecanismo esencial para la aplicación del juez y la resolución de los casos que se ventilaban ante él, pues logró limitar en la ideología normativa del juez la posibilidad creativa del mismo, centrándolo exclusivamente a un papel cognoscitivo.

Ahora, en lo que atañe al papel del juez, luego de la reacción conservadora, la ideología normativa en esta etapa logró separar el Derecho Natural del Derecho Positivo, propiciando una separación conceptual de dos sistemas, el jurídico y el moral.

Esta separación entre Moral y Derecho, facilitó, como se mencionó anteriormente, una ideología normativa en los jueces que los invitaba a creer que su papel era exclusivamente cognoscitivo de la Ley, pues en ella ya estaban los presupuestos de la justicia.

Los propulsores de la práctica judicial exegética encontraron en algunas lecturas caprichosas y recortadas del profesor Hans Kelsen un aliado

importantísimo en su cruzada ideológica. Sostuvieron que siguiendo la teoría que promovía una concepción del derecho eminentemente normativa, lograrían fundar un sistema jurídico como una ciencia formal, tratando con ello, de encontrar razones para justificar su postura epistemológica. (López Medina, 2004)

Sobre esta idea, es preciso recordar que el profesor austriaco al pretender describir el sistema jurídico desde entes formales, esto es, las normas jurídicas, nunca sostuvo que el papel del juez fuera cognoscitivo, sino que por el contrario lo considero un verdadero creador del Derecho.

## Desencanto de la ideología normativa propia del Estado Legislativo

Diversos aspectos científicos, políticos, sociales y jurídicos, produjeron un desencanto sobre las ideas que promovían las formas silogísticas de aplicación del derecho, generando distintas corrientes que pretendieron criticar (Ferrajoli, *Magistratura democrática y el ejercicio alternativo de la función judicial*, 1978); describir con cierta metodología analítica (Hart, 1963); o armonizar (García Figueroa, 2009) la ideología normativa descrita anteriormente.

Las denuncias al silogismo fueron trazadas desde diversas orillas, pero todas con discusiones epistemológicas de fondo. La que mayor influencia ha tenido es aquella que se relaciona con la rehabilitación de la filosofía práctica y su discurso moral, lo que avivó un debate permanente sobre la posibilidad del conocimiento moral.

De acuerdo con lo anterior, es difícil compilar en un solo grupo las mencionadas críticas. Sin embargo, las más importantes pueden encontrarse en el realismo jurídico norteamericano y escandinavo, la escuela del derecho libre, y las teorías de la argumentación jurídica.

<sup>8</sup> Me refiero a las diferencias entre los grupos políticos de ella época, esto es, girondinos y jacobinos.

Por una parte, las críticas ideológicas de Ferrajoli y las realistas de Karl Olivecrona advirtieron que en efecto, el silogismo no describía la forma como tomaban las decisiones los jueces. Por ello, rechazaron la escuela exegética del derecho y su alianza con el positivismo normativista del Kelsen para explicar el papel del juez. (Olivecrona, 1962)

Sostenían que lo jueces utilizaban a las normas jurídicas no como fuente de motivación de su decisión, sino que por el contrario, por medio de ellas, ocultaban sus preferencias ideológicas, morales y sociales. Postularon que el juez toma la decisión y luego trata de justificar en las normas sus decisiones judiciales.

En similar sentido, desde el realismo jurídico norteamericano es común citar Oliver Wendell Holmes, quien denunció, en síntesis, que el silogismo jurídico no refleja las verdaderas razones que llevan al juez a tomar determinada decisión, pues en algunas ocasiones, los preconceptos del juez influyen más en la decisión que el mismo sistema jurídico. (Holmes, 1881)

Por su parte Kantorowicz, dentro de la corriente de pensamiento denominada como escuela o movimiento del Derecho Libre, sostenía que el juez además de la Ley tenía a su disposición otros elementos o criterios para resolver los casos concretos sometidos para su solución. (Kantorowicz, 1949)

Considera que los jueces al interpretar el derecho deben dar mayor preponderancia al valor de la justicia, frente al valor de la seguridad jurídica implícito en la Ley.

Ahora bien, en una posición más intermedia, como se sostuvo anteriormente, Hart<sup>9</sup> sostenía en su descripción de la labor del juez, que la misma no es exclusivamente deductiva, por medio

del uso del silogismo jurídico, sino que existen casos difíciles, en los que si bien es cierto que el juez tiene muchas más limitaciones que el legislador, crea derecho, ante la indeterminación del lenguaje jurídico, acudiendo a las convenciones interpretativas sobre dicha ambigüedades. Lo anterior, constituye un serio cuestionamiento a la precisión del lenguaje que supone el deductivismo jurídico y un avance respecto de las teorías silogísticas del derecho.

Finalmente, Robert Alexy desde la orilla del denominado neoconstitucionalismo considera que la lógica formal es insuficiente para explicar la compleja decisión del juez, pues el lenguaje jurídico adolece de una vaguedad insalvable que se ve reflejada en el texto de las normas que contienen reglas o principios. Por ello, indica que no debe desconocerse que ante el conflicto de reglas o principios, existen distintas formas para resolverlas. Mientras que un conflicto entre reglas su resolución implica la declaratoria de invalidez de una norma o la derogatoria de una de ellas, las contradicción entre principios impone un proceso argumentativo donde la ponderación permitirá establecer una precedencia condicionada de unos de los principios. (Alexy, 2007)

Agrega que la lógica formal no permite explicar los criterios de corrección sustancial o material que contienen los derechos fundamentales que son exigidos en un estado Constitucional para predicar la validez de las normas jurídicas, entre ellas, las sentencias judiciales.

En conclusión, la indeterminación del lenguaje advertida por la corriente analítica de Hart, los vacíos regulatorios que generan la dispersión normativa y los conflictos que ello genera, sugeridos por el realismo jurídico y la apelación de criterios de justicia por parte de los jueces como lo señalaron diversas corrientes del dere-

<sup>9</sup> Ibídem

cho libre y el neoconstitucionalismo de Alexy, generaron el espacio propicio para un cambio en la ideología normativa del juez dando paso a lo que se conoce como Estado Constitucional. Dicha ideología normativa sugiere que el juzgador debe acudir a mecanismos que le permitan una solución de las imprecisiones del lenguaje y los conflictos de los principios jurídicos, en aras de cumplir con su deber de decidir los casos que llegan a su conocimiento orientados a la garantía de los Derechos Humanos.

Aun cuando no es el propósito del presente artículo describir la ideología normativa del Estado Constitucional, brevemente puede sostenerse que el mismo se afianzó a mediados del siglo XX como una reacción contra el Estado de Derecho Legislativo.

Puede afirmarse que el Estado Constitucional envuelve la proclamación de la Constitución como una norma jurídica, y por tanto, de todos los enunciados dispuestos en ella, entre ellos, los derechos constitucionales, en consecuencia, hace exigible su contenido respecto de todas las ramas del poder público<sup>10</sup>, incluso al poder legislativo que, en el Estado Legislativo, ostentaba una posición privilegiada como fuente suprema y única en la creación del derecho.

Por ello suele afirmarse que uno de los rasgos comunes que con mayor fuerza caracterizan las teorías que impulsan el estado Constitucional, es el que estimula a que se promuevan ciertos contenidos materiales del Derecho (Derechos Humanos) en la ideología normativa de los jueces; preocupación de algunos de los doctrinantes de mediados del siglo XX; para lo cual sería necesario abandonar el formalismo jurídico extremo en la interpretación jurídica y especialmente la judicial tan propia de la escuela exegética y silogística del Derecho.

## Referencias

- Alexy, R. (2002). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Alexy, R. (2007). *Teoría de la Argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. (M. Atienza, & I. Espejo, Trads.) Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Atienza, M. (2006). *El derecho como argumentación*. Barcelona (España): Ariel Derecho.
- Atienza, M., & FERRAJOLI, L. (2005). *Jurisdicción y Argumentación en el Estado Constitucional de Derecho*. Mexico DF: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Beccaria, C. (1958). *De los delitos y de las penas*. (S. S. Redin, Trad.) Buenos Aires: Europa América.
- Bobbio, N. (1965). *Derecho y Lógica*. (A. Rossi, Trad.) México DF: Universidad Nacional Autónoma.
- Comte, A. (2007). *El discurso sobre el espíritu positivo*. España: Alianza Editorial.
- Descartes, R. (2007). *El discurso del Método*. Madrid: Akal.
- Ferrajoli, L. (1978). *Magistratura democrática y el ejercicio alternativo de la función judicial*. En P. A. Ibáñez, *Política y Justicia en el Estado Capitalista* (pág. Págs. 197 a 216). Barcelona: Fontanella.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y Razón*. Madrid:

<sup>10</sup> Algunos sostienen que la obligatoriedad de la constitución se extiende al poder económico. Ver por ejemplo a FERRAJOLI, Luigi, "La democracia constitucional", en *Democracia y Garantismo*, Madrid, Editorial Trotta, 2008, Págs. 25 a 59.



- Trotta, Prologo de Norberto Bobbio, traducción de Perfecto Andrés Ibañez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayon, Juan Terradillos Basoco y Rocio Cantarero.
- García de enterría, E. (2001). La lengua de los derechos: la formación del derecho público europeo tras la Revolución Francesa. España: Alianza Editorial, Segunda reimpresión.
- García Figueroa, A. (2009). Criaturas de la moralidad: Una aproximación neoconstitucionalista al derecho a través de los Derechos. Madrid: Editorial Trotta.
- Grocio, H. (1926). Del Derecho de la Guerra y de la Paz. Madrid.: Editorial Reus.
- Guibourg, R. (2006). La construcción del pensamiento: decisiones metodológicas. . Buenos Aires: Primera edición y reimpresión. Editorial Colihue.
- Hart, H. (1963). El concepto del derecho. (G. R. Carrió, Trad.) Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Holmes, O. W. (1881). The Common Law. Harvard University Press.
- Ihering, R. V. (1964). Teoría de la técnica jurídica. En P. Casanovas, & J. Moreso, El ámbito de lo jurídico: Lecturas de pensamiento contemporáneo (S. Sanjose, Trad.). Barcelona: Crítica.
- Jellinek, G. (1954). Teoría General del Estado. Buenos Aires: Albatros, Traducción de Fernando de los Rios.
- Kantorowicz, H. (1949). La lucha por la ciencia del Derecho. En La Ciencia del Derecho (T. d. Goldschmid, Trad.). Buenos Aires: Losada.
- López Medina, D. (2004). Teoría Impura del Derecho (Tercera reimpresión 2005 ed.). Bogotá D.C: Legis.
- Manzini, V. (1951). Tratado de derecho procesal penal. Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-América.
- Matta, A. (2012). La ciencia del Derecho en el Estado Constitucional. Revista CES Derecho, Volumen 3 número 2, Medellín. Ver en <http://revistas.ces.edu.co/index.php/derecho/index>, pp 110-121.
- Olivecrona, K. (1962). Lenguaje jurídico y realidad. México DF: Fontamara.
- Prieto SANCHÍS, L. (1987). Ideología e interpretación jurídica. Madrid: Tecnos. P. 47.
- Prieto Sanchís, L. (2008). Apuntes de teoría del Derecho, . España: Editorial Trotta, Tercera Edición.
- Pufendorf, S. (2002). De los deberes del hombre y del ciudadano según la ley natural. (M. A. Rufino, Trad.) Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Ross, A. (2005). Sobre el Derecho y la Justicia. Buenos Aires: EUEBA.
- Savigny. (2008). De la vocación de nuestro siglo para la legislación y para la ciencia del derecho. España: Editorial Comares.
- Scagliotti, D. A. (2005). La motivación de las sentencias, genealogía y teoría. Tesis para la obtención del grado de doctor. (E. d. Granada, Ed.) Recuperado el 27 de Mayo de 2013, de Repositorio Institucional de la Universidad de Granada: <http://hdl.handle.net/10481/850>
- Tarufo, M. (2006). La motivaione della sentenza civile. Mexico DF: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Traducción de Lorenzo Córdova Vianello.
- Zagrebelsky, G. (2005). El derecho ductil. Trotta.
- Zagrebelsky, G. (2005). El Derecho Dúctil. . Madrid: Editorial Trotta. 6ª Edición. Traducción de Marina Gascón.