

EL NEOCONSTITUCIONALISMO Y LA CRISIS DE LA ADJUDICACIÓN DEL DERECHO

Alejandro Matta Herrera

1. INTRODUCCIÓN

Los efectos que ha generado la segunda guerra mundial en términos culturales, económicos, sociales son innumerables; incluso muchos de ellos, continúan proyectándose en la actualidad sin que dimensionemos sus alcances más relevantes.

Al respecto, el punto de inflexión jurídico propiciado por tal acontecimiento ha generado una disputa de tal magnitud que también se han afianzado, desde un punto de vista externo o del observador (Hart, 1963), distintas disputas académicas sobre modelos ontológicos y epistemológicos de la pretendida ciencia del derecho. Por ello, dicho fenómeno ha sido abordado desde diversas perspectivas.

Ahora, desde el punto de vista interno o del participante (Hart, 1963), los impactos más relevantes han trastocado el *concepto* y *validez* del derecho que se traía desde la revolución francesa, esto es, sobre la práctica jurídica, entendida esta como una práctica comunicativa de proposiciones prescriptivas y evaluativas que hacen los participantes de esa práctica, es decir, desde sus preferencias morales. (Matta, 2015).

De acuerdo con lo anterior, en el presente capítulo quisiera compartir una reflexión sobre un tema que se viene avivando con ocasión de las recientes decisiones de la Corte Constitucional en

materia de derechos humanos, es decir, sobre uno de los efectos de la constitucionalización del derecho de posguerra. Específicamente, compartiré unas ideas que tienen como fin aportar materiales para el debate acerca de la conveniencia de conservar un diseño institucional que otorga a los jueces un papel protagónico en la determinación del derecho depositando en ellos buena parte del peso sobre la crisis de la adjudicación del derecho.

Considero prudente destacar que la crítica que presento no es un memorial de agravios en contra de los derechos humanos, todo lo contrario, es un llamado a advertir que quizás el *Neoconstitucionalismo* y el rol asignado por el mismo no es la mejor forma para su garantía.

De acuerdo con lo anterior, es de vital importancia, antes sumergirnos en la reflexión del presente capítulo, ofrecer un marco de interpretación útil para comprender la referida crisis. En tal sentido, es imperioso abordar la crisis de la adjudicación del derecho en Colombia en el contexto de la práctica judicial vigente y con un marco conceptual preciso. Al respecto, acudir a ideales regulativos para comprender la realidad por medio de expresiones emotivas y grandilocuentes, puede trastocar, como sucede en la educación jurídica, el diagnóstico con las soluciones.

En aras de evitar lo anterior, propongo una lectura de la crisis desde una visión propia del realismo jurídico y con un marco conceptual positivista que proponga unas definiciones operativas que faciliten el diagnóstico.

Para empezar, es imperioso reconocer que la crisis de la adjudicación del derecho no es un asunto exclusivamente local. Es una dificultad que enfrentan diversos ordenamientos jurídicos que comparten un patrón común: diseños institucionales que conceden una confianza superlativa al rol judicial y desestiman la importancia de un control lo suficientemente intersubjetivo y público del razo-

namiento del juez. Hoy, tales países y el nuestro, no cuentan con un diseño institucional que equilibre el rol judicial promovido por el Neoconstitucionalismo y mucho menos tienen criterios sedimentados para concluir que una sentencia se encuentra ajustada a derecho o no, diluyendo el control jurídico de la administración de justicia.

Expondré que, aunque con propósitos loables, el constitucionalismo de posguerra nos sumergió en un diseño institucional y en una cultura jurídica que diluyó la posibilidad de controlar por medio de estándares jurídicos la labor de los jueces y, especialmente, la de los órganos judiciales de cierre. Ello se presenta debido a que la estructura y semántica de las formulaciones normativas que se han integrado a los ordenamientos jurídicos constitucionalizados, sumado a ello la cultura jurídica que actualmente se promueve, permiten que la labor argumentativa e interpretativa de los jueces, sea orientada por sus preferencias y no guiada por el texto, diluyendo el control jurídico de la adjudicación del derecho y, por ende, socavando uno de los acuerdos más fundamentales de las sociedades modernas: el estado de derecho o control jurídico del poder público. Es desde allí que considero que el Neoconstitucionalismo ha ahondado la crisis de adjudicación del derecho.

En este sentido, sostendré que si se quiere propiciar un escenario que permita superar la crisis en la adjudicación del derecho se debe facilitar una profunda reflexión sobre (i) las expectativas que proyectamos en los jueces, (ii) la cultura jurídica que ha institucionalizado nuestro ordenamiento jurídico y (iii) el diseño institucional previsto para controlar la función judicial. Lo anterior deberá trastocar tales supuestos y dar paso a fórmulas de arreglo institucional pertinente y conducente para enfrentar la crisis de la adjudicación del derecho.

Finalmente, quisiera señalar que la crisis de la adjudicación del derecho tiene un pasado bastante largo y, si se quiere ser preciso, es

conveniente destacar que no necesariamente el constitucionalismo contemporáneo es el causante: puede incluso decirse que es algo ligado íntimamente a la imposibilidad de cumplimiento de reglas por parte del ser humano, según se sugiere por algunos psicólogos cognitivos.

Si se quisiera situarla en un momento próximo, podría acudir a la Francia prerrevolucionaria en donde el cargo del juez estaba sometido a relaciones de compra y venta (Loewenstein: 1986, 297). Lo anterior, permite vislumbrar la forma como se gestó en sus inicios la función judicial. Con la revolución francesa se rompe tal situación, al menos desde un punto de vista normativo o prescriptivo, y se consolida la idea moderna de adjudicación judicial que venía gestándose tiempo atrás. En dicho momento histórico, se construyó bajo el influjo mesiánico de la revolución, una concepción de juez en el que se descartaron cuestiones empíricas de suma importancia, entre ellas, pero no exclusivamente: (i) la imposibilidad de la precisión del lenguaje que hacia inoperable la exégesis jurídica; (ii) una confianza superlativa en el juez, en la que se descartaron sus condiciones subjetivas; y (iii) la sobrevaloración del carácter representativo de la Ley como expresión de la voluntad general.

De tal forma que el problema de la crisis de la adjudicación del derecho y sus causas, no corresponde exclusivamente el constitucionalismo de posguerra, sino que está íntimamente atada al problema de adjudicación del derecho desde sus inicios. Sin embargo, lo que sí quiero destacar es que la cultura jurídica, las estructuras normativas y el diseño institucional del Neoconstitucionalismo exacerban los problemas que desde antaño acompañan la crisis de la adjudicación del derecho.

A los anteriores problemas se suma algo que se asocia a la técnica para realizar diagnósticos. Mientras que las ciencias se apoyan en conocimientos y métodos intersubjetivos que están sometidas a una constante revisión, la formación en las ciencias sociales, entre ellas

las jurídicas, carecen de un método intersubjetivo para diagnosticar y luego resolver problemas. En este sentido, es común en tales áreas tomar caminos sin brújula o con una que carece de puntos cardinales. Ello afecta de forma profunda la explicación de los hechos sociales y, en este caso, lo que podría denominarse los hechos normativos de una forma tan nociva que torna el conocimiento en un saber religioso (Guibourg, 2013) que está lejos de lograr algún sistema descriptivo, explicativo con posibilidades de proyecciones de probabilidad de acontecimiento de hechos (Quine, 1962).

Haciendo un repaso por la cultura jurídica en la que somos entrenados los abogados, se puede notar que algunos académicos no distinguen si su propósito es describir o evaluar esa práctica que llamamos derecho. Al omitir la distinción producen en los futuros abogados una confusión que les impide entender si lo que dice el profesor es una explicación-descripción- o una justificación-prescripción- de la decisión judicial. (Guibourg, Ghigliani & Guarinoni, 1985).

Este hecho confunde al estudiante de tal forma que el resultado es la ontologización de los conceptos utilizados en el lenguaje jurídico, es decir, la concesión de existencia material a conceptos tales como validez, poder constituyente, soberanía popular, democracia, soberanía, justicia, estado social de derecho, entre otros. En tal sentido, es elocuente García de Enterría (2001) cuando afirma que la consolidación del lenguaje jurídico de los derechos en la revolución francesa supuso, por medio de un uso performativo, la idea de que no solo se estaba creando una nueva forma de hablar, sino también de representar el mundo, como se ve en la concepción de los Iura innata.

Lo anterior hace que no se ofrezca un conocimiento útil que permita explicar y predecir el “fenómeno jurídico”, sino herramientas de legitimación, apología o discusión abstracta sobre el derecho.

De tal forma que entre las causas de la crisis, están (i) la incertidumbre del estatus ontológico y epistemológico de la ciencia; (ii) las expectativas que proyectamos en los jueces, pretendiendo de ellos héroes filosóficos, recordando a Ronald Dworkin (1992); la (iii) cultura jurídica que ha institucionalizado nuestro ordenamiento jurídico o ideología normativa, en términos de Alf Ross (2005) y el desinterés por (iv) diseño institucional previsto para controlar la función judicial o sala de máquinas, como lo llama Roberto Gargarella (2015).

En consecuencia, la crisis de la justicia se debe a diversas situaciones que atraviesan aspectos que van desde asuntos subjetivos y biográficos del juez, pasando por la cultura jurídica en la que estamos envueltos a partir del constitucionalismo de posguerra y el diseño institucional que ella ha propiciado. Es un asunto que oscila entre el cuerpo (diseño institucional) y la mente (cultura jurídica).

Señalado lo anterior, me centraré en tres de las cuatro temáticas que entiendo han detonado la crisis de la adjudicación del derecho debido a que sobre las expectativas que proyectamos sobre los jueces se requiere un trabajo que permita abordar de forma mucho más completa, los sesgos y heurísticas que pesan sobre los seres humanos y, por supuesto, sobre los jueces.

2. BREVES APUNTES SOBRE EPISTEMOLOGÍA JURÍDICA

Aunque no tendré oportunidad de ocuparme con mucha extensión de los problemas que subyacen a la pretendida ciencia del derecho, sí dejaré expuesto el marco filosófico desde el cual parte la reflexión sobre la crisis de la adjudicación del derecho con el fin de que no haya dudas de que es el *positivismo metodológico* y el *realismo jurídico-propuesta empírica o naturalizada*-, los lugares donde asiento mi reflexión. Todo lo anterior con el fin de dejar expuestas las premisas y así propiciar y facilitar la crítica de la comunidad académica sobre la propuesta que estoy exponiendo. En tal sentido, la

falta de un marco claro, en mi sentir, ha impedido que diagnosticuemos con precisión la referida crisis.

Es preciso destacar que existen orillas epistemológicas que ponen en cuestión la posibilidad de construir una ciencia empírica del derecho. Por ejemplo, la *escuela crítica del derecho* ha criticado la posibilidad de asignar valores de verdad, es decir, afirmaciones *veritativas* en la ciencia, debido al carácter problemático del objeto de estudio del derecho, es decir, la participación del sujeto, como observador y objeto de conocimiento. En tal sentido, han señalado la imposibilidad de escindir el objeto del sujeto y de ello, a su juicio, deviene el carácter político de todo discurso del saber. En ese sentido, su propuesta sobre el conocimiento jurídico parece navegar entre un solipsismo epistemológico, una esquizofrenia semántica y una desesperanza cognoscitiva. (Carcova, 2009).

Por su parte, el iusnaturalismo racionalista (Finnis, 2000) o de forma reciente, el *no positivismo* también propone una reflexión crítica sobre el conocimiento científico siguiendo la ruta del escepticismo frente a la relación sujeto-objeto en las ciencias sociales. En esa apuesta, concluye la posibilidad de establecer un discurso moral objetivo, razonable o mejores respuestas que se integran al derecho. (García, 2009).

Por último, el positivismo, en su vertiente normativista o formalista parece también experimentar distintas dificultades. Esta propuesta conceptual, que recibió un influjo por parte de las apuestas que intentaba reducir la matemática a la lógica (Tasic, 2001), adoptó una idea de significado que desconocía el contexto del lenguaje y situó al mismo como una inferencia propia de las estructuras; convirtiendo su marco teórico en insuficiente para comprender la crisis de la adjudicación del derecho por fuera de las estructuras normativas.

Para concluir lo que interesa a este primer tema, esto es, la exposición de las premisas epistemológicas de la lectura de la crisis de

la adjudicación del derecho, quiero, siguiendo a Hart (1963), y su punto de vista externo, resaltar que no obstante las serias dificultades materializadas en sesgos y heurísticas al momento de conocer el mundo (Piatelli, 1995), lo cierto es que es posible lograr un conocimiento empírico –punto de vista del observador- lo suficientemente intersubjetivo- verdad semántica- (Quine, 1962) sobre la realidad, en nuestro caso, de la práctica social que llamamos derecho (Matta, 2015).

En síntesis, mi propuesta teórica considera que desde el *realismo jurídico* es posible el conocimiento empírico del derecho precisamente porque asume que para describir el derecho no se debe partir de conceptos formulados de forma inconexa a la observación de las conductas motivadas a partir de las formulaciones normativas y demás fuentes, sino por conceptos que expliquen la práctica social que llamamos derecho. Es decir, una *dirección de ajuste* que va de las palabras al mundo y no del mundo a las palabras (ANSCOMBE, 1957). Con ello pretendo evitar partir de conceptos emotivos que desdibujen la labor descriptiva que se pretende. Al respecto, este presupuesto que parece tan cándido, en principio, tiene el efecto de poder aproximarse a la crisis de la adjudicación, desprovisto de todas las teorías normativas, de orden metafísico, sobre la labor judicial.

Finalmente, uno de los impactos que genera la anterior postura, es la definición del derecho que se propone para entender la práctica social que llamamos derecho, para así lograr dar cuenta de la función judicial y por supuesto, de la denominada crisis de la adjudicación del derecho. En tal sentido, el concepto operativo que acompaña la explicación de la práctica jurídica denominada “*Derecho*” está asociado a la realidad que pretende designar, y por lo tanto habría que afirmar, luego de una delimitación e identificación por medio de algunos *juicios de relevancia*, que ella *designa una práctica social compleja*. El derecho no es un conjunto de formulaciones normativas referentes a la justicia, es una práctica social mucho más com-

pleja; dimensionar esta definición permite incluir diferentes causas, para comprender la crisis de la adjudicación del derecho.

En este sentido, el carácter complejo se advierte luego de observar la presencia y mutua relación de diversos elementos en ella: i) pautas y reglas jurídicas creadas por los participantes de la misma –tesis de las fuentes sociales-; ii) encaminados a motivar determinados comportamientos humanos en torno al uso de la autoridad respaldada en la fuerza-tesis del realismo jurídico-, iii) de acuerdo con el sentido que es asignado por los participantes a ese conjunto de normas- estados mentales-. Es de vital importancia para comprender la crisis de la adjudicación del derecho, el último criterio propuesto, esto es, el sentido asignado por los participantes. Al respecto, es importante hacer énfasis en que las formulaciones jurídicas no son las únicas fuentes de motivación de la decisión judicial en tanto que los jueces, según sus preferencias morales, determinadas por su cultura jurídica, delimitan el sentido del derecho. Es importante destacar esto para construir la causalidad adecuada de la crisis de la adjudicación del derecho. La crisis está precedida, en parte, porque en la actual práctica jurídica, no existen suficientes estímulos para ajustarse al texto normativo, y sí muchos para acudir a las propias concepciones de la justicia.

Como puede observarse, podría resumirse que la práctica integra un componente **normativo** relacionado con las proposiciones prescriptivas; uno **fáctico** que se asocia a las conductas de los participantes de la práctica; y finalmente una dimensión **valorativa** que hace referencia a la *situación mental* de los participantes que inclina el comportamiento a la obediencia o no de las normas (reglas y pautas). Establecer cual elemento es más preponderante en la práctica jurídica, entre las *formulaciones normativas* y las *preferencias morales*, es una cuestión que no puede resolverse conceptualmente, sino a partir de la observación de dicha práctica. Lo importante para la presente reflexión, es que para dar cuenta de la crisis de la adjudicación del derecho, no basta con dar cuenta de las

formulaciones normativas, sino que es imperioso tener en cuenta la cultura jurídica del juez que determina en qué medida se ha construido la obediencia o no, por las mismas.

En ese sentido, para diagnosticar la crisis que afronta el estado de derecho y su aplicación judicial, es preciso estudiar tal concepto y función, desprendiéndose de *ideales regulativos* que, por medio de expresiones emotivas, trastocan la comprensión de la función judicial como hecho social y político. Dicho camino, allana la posibilidad para comprender que tal poder se constituye como fuerza política en la que la labor judicial se presenta como una continuación de las estrategias y no como espacio de control “jurídico-racional”.

3. LA CULTURA JURÍDICA DE POSGUERRA: ONTOLOGIZACIÓN DE LA JUSTICIA

Aclarado lo anterior, el núcleo central de la exposición consiste en proponer una lectura crítica sobre la crisis de la justicia o lo que llamaré, la *adjudicación del derecho*. Uso esta última expresión con el fin de restarle emotividad al análisis y evitar usar expresiones que carguen con una fuerte *ontología* las palabras con las cuales analizamos los fenómenos.

Ahora, entrando en materia, hay que decir que, con propósitos loables, el *constitucionalismo de posguerra* nos sumergió en un *diseño institucional* y en una *cultura jurídica* que diluyó la precaria posibilidad de controlar por medio de estándares jurídicos la labor de los jueces y especialmente de los órganos judiciales de cierre.

Por una parte, la cultura jurídica de posguerra propició una estructura gramatical y una semántica de las formulaciones normativas que concede un lugar privilegiado a los jueces al permitirles delimitar las condiciones jurídicas y fácticas de su aplicación, dejando de lado u obviando el peso que los sesgos, heurísticas y biografía del juez tienen en la decisión judicial y que impiden con mayor peso que tomen decisiones ajustadas a normas. Ello, sucedió por medio

de la inclusión de pautas o principios cargados de emotividad en los sistemas jurídicos. De nuevo, quisiera resaltar que la importancia política de tales principios no está en discusión sino el impacto en el control de las decisiones judiciales.

Adicional a lo anterior, la *cultura jurídica* que actualmente se promueve, permite, descriptivamente, que la labor argumentativa e interpretativa de los jueces, sea orientada por sus preferencias y no guiada por el texto, diluyendo el control jurídico de la adjudicación del derecho y, por ende, socavando uno de los acuerdos más fundamentales de las sociedades modernas: el estado de derecho.

Por otra parte, la cultura jurídica del Neoconstitucionalismo sobrestimando la posibilidad de control del razonamiento constitucional a partir de tales formulaciones normativas, descuidó el diseño institucional y el control jurídico de la labor judicial, abriendo paso a un gobierno moral de los jueces. La posibilidad que un juez sufra un reproche jurídico, en el diseño institucional colombiano, es reducida. Aspecto tal de la cultura que amerita un análisis aparte.

Evitando un reduccionismo arbitrario quisiera proponer tres aspectos de la cultura jurídica que, a mi juicio, han profundizado la crisis de la adjudicación del derecho:

- (i) Considerar la justicia como un valor cognoscible, en desmedro de una concepción que destaque el hecho de que ella se presenta como una continuación de las disputas ideológicas de la sociedad colombiana;
- (ii) Postular que los jueces son expertos sin ideologías, impidiendo ver límites y alcances de la función judicial;
- (iii) Desinterés sobre las condiciones de posibilidad del control jurídico de las decisiones judiciales y estructuras normativas, descuidando la importancia de un diseño institucional que garantice pesos y contrapesos.

(i) La *cultura jurídica* propiciada luego de la II guerra mundial ha ido por el vaivén de rehabilitar cierto *iusrealismo moral* o reivindicar ciertas *convenciones morales* bastante vagas. Mientras que el *iusrealismo* sostiene que se pueden conocer los principios que deben integrarse al fenómeno normativo para ser concebido como justo, algunos convencionalistas han afirmado la existencia y posibilidad de establecimiento de ciertos acuerdos morales globales para el mismo fin. Aunque los convencionalistas tienen influencia en la literatura jurídica, la cultura jurídica contemporánea preponderante¹ es de *talante iusnaturalista*.

El *iusrealismo moral* predominante en la ideología normativa de los jueces considera que la justicia es un valor atemporal, universal, que se conoce y es independiente de los contextos y preferencias de los sujetos que valoran (Matta, 2013). Es necesario señalar que dicha concepción de la justicia, que se integra como una de las vertientes del *neoconstitucionalismo*, además de los problemas ontológicos y epistemológicos de sus postulados (Mackie, 2000), ha desestimulado la consolidación de una ciudadanía activa en tanto que el diseño institucional previsto en la Constitución ha delegado en los Tribunales Constitucionales las decisiones políticas de mayor importancia.

La ciudadanía ya no se reúne a construir programas sobre sus derechos, sino que son las organizaciones de abogados quienes lideran tal defensa. La concepción de la justicia dejó de ser política, para ser un asunto jurídico y de un supuesto saber privilegiado de juristas académicos. El impacto en la crisis de la adjudicación del derecho es notable, en tanto que la función judicial dejó de ser un asunto que atañe a la ciudadanía, para ser un asunto de juristas.

1 Es prudente decir que las concepciones de la justicia contemporáneas son bastante disímiles, entre ellas, las discursivas, constructivistas, dialógicas, entre otros. Sin embargo, también hay que decir que las en la jurisprudencia constitucional suelen designar criterios de definición naturales. Una idea clara sobre tal consideración es la reiterada idea del *núcleo esencial* de los derechos.

(ii) Lo anterior se ata con una idea *decimonónica* que indica que los jueces pueden alejarse de su ideología, fallar en “estricto derecho”, o por ser juristas académicos, descubrir la respuesta correcta independiente de sus preferencias morales y políticas.

Como puede observarse en el diseño institucional del estado constitucional, tal consideración permitió situar a los jueces como los decisores morales de la sociedad; dando la espalda a los límites propios de cualquier ser humano, desconociendo los sesgos y heurísticas que influyen en cualquier decisión. Esto, permite que aumente el descontento frente a unos decisores que postulados como infranqueables son atravesados por sus preferencias morales. Los jueces enfrentan un material normativo indeterminado conceptualmente, precisamente porque tiene origen en una disputa legislativa, con toda la carga política que implica ser, un humano, con preferencias, también, ideológicas. (Piatelli, 1995).

Tal posición que viene ya construida desde la escuela histórica romántica, afianzada por la jurisprudencia de conceptos y que Diego López Medina (2006) la denomina para nuestro contexto como el formalismo jurídico latinoamericano, ha creado una idea de jueces ajenos a los debates políticos

(iii) Debe sumarse a lo anterior, las condiciones semánticas y estructurales de las formulaciones normativas del estado constitucional.

Las formulaciones que se fueron implementando incluyen deliberadamente expresiones importantes relacionadas con la justicia (vida digna, dignidad humana, vivienda digna) pero vagas y emotivas en su designación y denotación (Hospers, 1962). Expresiones normativas en las que no se tiene un acuerdo semántico y por ello, político², que permita que el juez conozca el sentido que debe aplicar.

2 No estoy proponiendo un juez objetivo, pero si con acuerdos políticos lo suficientemente intersubjetivos plasmados en las formulaciones normativas.

Las estructuras normativas neo constitucionalistas, bien sean principios o reglas no permiten saber de forma anticipada la forma de aplicación. De tal forma que son los jueces quienes ante expresiones vagas y ambiguas delimitan las condiciones de aplicación ante situaciones de subinclusión o sobreinclusión (Schauer, 2013). Lo anterior, impide contar con estándares jurídicos para controlar el razonamiento constitucional y, por ello, controlar el poder público que representa la rama judicial; he allí parte de lo que puede ser uno de los núcleos duros de la crisis.

Sin querer fomentar la particularización de la reflexión me pregunto ¿Acaso la mejor forma de probar que eventualmente algunos magistrados favorecieron intereses propios o ajenos por medio de providenciales judiciales no serían ellas mismas y su justificación? ¿Por qué hoy las sentencias no sirven para controlar la actividad de tales magistrados?

4. EL DISEÑO INSTITUCIONAL: LA CRISIS DE LA SALA DE MÁQUINAS

Es tradicional distinguir entre la parte dogmática y orgánica de la constitución. Con mucho énfasis se ha profundizado la reflexión sobre la parte dogmática, esto es, los alcances que supone establecer los derechos como principios y así mismo de dotarlos de un carácter imperativo. No parece que haya ocurrido lo mismo con el impacto que la cultura jurídica referida ha generado en el diseño institucional, entendido como marco de regulación de la interacción y control de las ramas del poder público o como lo llama Gargarella (2015), *la sala de máquinas*.

El diseño institucional del Estado está dispuesto para lograr que quienes ejerzan el poder público tengan controles jurídicos que permitan que, en caso de salirse de los senderos institucionales, existan mecanismo para re direccionar el comportamiento. No es poco lo que regula el diseño institucional: (i) el control del ejecutivo para

evitar gobiernos autoritarios; (ii) el control del legislativo para evitar mayorías que desconozcan derechos de los grupos minoritarios; y (iii) el control del judicial para evitar que no terminen como agentes legitimadores de la acción estatal.

De un adecuado diseño, depende la garantía de los acuerdos más comunes de las democracias contemporáneas: los derechos humanos. En tal sentido, el desdén generado por la cultura jurídica por el control de la rama judicial, confiando en ella la decisión de los dilemas morales más relevantes de la sociedad, son uno de las causas de la crisis de la adjudicación del derecho.

En tal marco, es prudente destacar que la cultura jurídica ha propiciado un repudio del órgano legislativo como espacio para deliberar y crear los contenidos y formas jurídicas, para empezar a considerar al juez como el actor relevante en esa tarea. Si bien es cierto que ello trajo consigo un especial interés por el papel del juez, también lo es, que se hizo en desmedro del estudio y propuestas sobre los pesos y contrapesos que permitieran controlar jurídicamente la rama judicial poniendo en un papel subsidiario a la rama legislativa y de paso, la necesaria interacción y control entre ellas –control horizontal–.

Atrás quedaron las reflexiones planteadas por *Toqueville* o *Hamilton* sobre la importancia de los diseños institucionales que se proponían en Francia por medio de los *pesos y contrapesos* o en Estados Unidos de América, a través del *check and balances*, para controlar la arbitrariedad de las ramas del poder público. (Loewenstein, 1986).

El Neoconstitucionalismo, sobrestimando la posibilidad de control del razonamiento constitucional, descuidó el diseño institucional y el control jurídico de la labor judicial, abriendo paso a un gobierno moral de los jueces. La posibilidad que un juez sufra un reproche jurídico, en el diseño institucional colombiano, es reducida.

5. CONCLUSIONES

En síntesis, sobre la cultura jurídica, si se quiere superar la crisis de la adjudicación del derecho es necesario:

- (i) Retomar las reflexiones sobre el estatus ontológico y epistemológico del estudio del derecho que facilite un diagnóstico mucho más preciso sobre las causas de la crisis.
- (ii) Incluir en los modelos descriptivos la idea de justicia que se fomenta en las aulas de clase con miras a propiciar una reflexión metaética de mayor profundidad que permita advertir que la función judicial no es el lugar más propicio para el “descubrimiento moral”.
- (iii) Tener presente los sesgos, heurísticas y biografía del juez como un factor relevante en la cultura jurídica y en la práctica social que llamamos “derecho”.
- (iv) Propiciar la reflexión para pensar la forma como estructuramos las formulaciones normativas, entre ellas, las de DDHH.
- (v) En tal contexto, para superar la crisis se en términos institucionales, estimo preciso:
- (vi) Retomar las reflexiones acerca del diseño institucional³ teniendo presente las nuevas dinámicas del estado constitucional y la reconceptualización del juez, pensando cómo propiciar su control jurídico.
- (vii) Volver a las preguntas sobre la justificación judicial como un valor fundamental de las democracias constitucionales y buscar arreglos institucionales acordes a ello.
- (viii) Pensar un procedimiento de desafuero para los altos cargos de las ramas del poder público buscando un control imparcial y promoviendo un control ciudadano y jurídico del poder público⁴.

3 Controles horizontales

4 Controles verticales

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Anscombe, G. (1957). *Intention*. Oxford, EU: Basil Blackwell.

Alchourrón, C. & Bulygin, E. (2012). *Sistemas normativos*. Buenos Aires, Argentina: Astrea

Carcova, C. (2009). *Las teorías jurídicas postpositivistas*. 2a ed. Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot.

Carrió, G. (2008). *Sobre los límites del lenguaje normativo*. 2a ed. Buenos Aires, Argentina: Astrea.

Finnis, J. (2000). *Ley Natural y Derechos Naturales*. Estudio preliminar Cristóbal Orrego. Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot.

García, A. (2009). *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al derecho a través de los derechos*. Madrid, España: Trotta.

García de Enterría, E. (2001) *La lengua de los derechos: la formación del derecho público europeo tras la revolución francesa*. Alianza editorial. Madrid

Gargarella, R. (2014) *Sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*. Buenos Aires, Argentina: KATZ EDITORES.

Guibourg, R., Ghligliani, A. & Guarinoni, R. (1985). *Introducción al conocimiento científico*. Buenos Aires, Argentina: EUDEBA

Hart, H. (1963). *El concepto de derecho*. [Traducción de Genaro Carrió] Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot.

Hospers, J. (1962). *Introducción al análisis filosófico*. Buenos Aires, Argentina: Macchi.

Loewenstein, K. (1986). *Teoría de la Constitución*. [Traducción de Alfredo Gallego Anabitarte] Barcelona, España: Ariel

López Medina, D. (2006). *El derecho de los jueces*. Legis.

Mackie, J. (2000). *Ética: La invención de la bueno y lo malo*. [Traducción de Tomas Fernandez Aúz] Barcelona, España: Gedisa.

Matta, A. (2013). Aproximación a la metaética de la Corte Constitucional Colombiana: influencia de la filosofía práctica de corte aristotélico en su jurisprudencia constitucional. En *Revista Pensamiento Jurídico: Algunos debates contemporáneos sobre los derechos*, 38, 31-63

Matta, A. (2015). El concepto interpretativo del derecho. En *Revista Pensamiento jurídico*, 41, 83-104.

Piatelli, P. (1995). *Los túneles de la mente*. Barcelona, España: Crítica.

Quine, W. (1962). Dos dogmas del empirismo. En *Desde un punto de vista lógico*. [Traducción de Sacristan]. Barcelona, España: Ariel.

Ross, A. (2005). *Sobre el Derecho y la Justicia*. [Traducción Genaro Carrió]. Buenos Aires, Argentina: EUDEBA.

Schauer, F. (2013). *Pensar como los abogados: Una reflexión sobre el razonamiento jurídico*. Buenos Aires, Argentina: Marcial Pons.

Tasic, V. (2001). *Una lectura matemática del pensamiento post-moderno*. Buenos Aires, Argentina: Colihue.