

Eduardo Montealegre
(Coord.)

La
PONDERACIÓN
en el
DERECHO

Matthias Jestaedt Manuel José Cepeda
Rodolfo Arango Henrik López
Carlos Bernal Ana María Montoya

Universidad
Externado
de Colombia

Eduardo Montealegre
(Coord.)

La
PONDERACIÓN
en el
DERECHO

Matthias Jestaedt Manuel José Cepeda
Rodolfo Arango Henrik López
Carlos Bernal Ana María Montoya

Universidad
Externado
de Colombia

La ponderación en el derecho

Universidad Externado de Colombia

ISBN 978-958-710-304-5
ISBN 978-958-710-513-1 E-BOOK
ISBN EPUB 978-958-710-988-7

© 2008, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
Calle 12 n.º 1-17 este, Bogotá
Teléfono (57-1) 342 0288
publicaciones@uexternado.edu.co
www.uexternado.edu.co

ePub x Hipertexto Ltda. / www.hipertexto.com.co

Primera edición: octubre de 2008
Diseño de carátula y composición: Departamento de
Publicaciones

Prohibida la reproducción o cita impresa o electrónica total o parcial de esta obra, sin autorización expresa y por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Las opiniones expresadas en esta obra son responsabilidad de los autores.

MATTHIAS JESTAEDT
RODOLFO ARANGO RIVADENEIRA
CARLOS BERNAL PULIDO
MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA
HENRIK LÓPEZ STERUP
ANA MARÍA MONTOYA CABALLERO

EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT
(COORD.)

PALABRAS PRELIMINARES

El texto que preSENTamos a consideración de la Academia Colombiana contiene las ponencias debatidas en el seminario "La ponderación en el Derecho", organizado por el Centro de Investigación en Filosofía y Derecho de la Universidad Externado de Colombia durante los días 6 y 7 de julio de 2006. El evento contó con la participación de destacados expertos en el tema de la ponderación, como MATTHIAS JESTAEDT (Alemania), RODOLFO ARANGO RIVADENEIRA, CARLOS BERNAL PULIDO, MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, OSCAR JULIÁN GUERRERO PERALTA, ALEXEI JULIO ESTRADA, HENRIK LÓPEZ STERUP, ANA MARÍA MONTOYA CABALLERO, NÉSTOR OSUNA PATINO y JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA (Colombia). Durante el seminario se expusieron posiciones críticas con respecto a esta importante herramienta de interpretación constitucional y su aplicación práctica en ámbitos específicos del derecho.

El Seminario tuvo lugar gracias al invaluable apoyo del profesor doctor *Fernando Hinestrosa*, (Rector de la Universidad Externado de Colombia) y de la Fundación Alexander von Humboldt (Alemania), quienes impulsaron y propiciaron este evento académico. A ellos, y a los expositores, un sincero agradecimiento por hacer realidad este encuentro. Reconocimiento que hacemos extensivo a ANGELA DE LA TORRE (investigadora del Centro) y al doctor JORGE SÁNCHEZ (Departamento de Publicaciones), por la colaboración en la organización y publicación de las memorias del congreso.

EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT

Director del Centro de Investigación en Filosofía y Derecho

EL DERECHO PÚBLICO UNA CIENCIA{*-}

Matthias Jestaedt

I. LA LUCHA POR EL CARÁCTER CIENTÍFICO

Parece que la ciencia del derecho en todos los tiempos ha temido ser calificada como una ciencia sin valor o de valor inferior a nivel de ciencia^{1}, lo cual ha estimulado a sus mejores protagonistas para saltar a la brecha por al carácter científico de la teoría del derecho. También el intento más radical de redeterminación, iniciado con el nombre programático de "teoría pura del derecho" es una expresión de los esfuerzos por garantizarle el carácter de ciencia a la teoría del derecho. De esta manera, en la introducción a la primera edición de su obra "Teoría pura del derecho" publicada en 1934, Hans Kelsen describe el verdadero móvil

"de desarrollar una teoría pura del derecho, es decir, una teoría del derecho libre de toda ideología política y de todo elemento de las ciencias naturales, consciente de su peculiaridad por medio de una conciencia de las leyes propias de su materia": "Desde el comienzo mi objetivo fue el siguiente: elevar a la teoría del derecho, la cual -ya sea de forma abierta o solapada- era absorbida casi completamente por razonamientos de carácter jurídico-político, a nivel de una ciencia, una ciencia filosófica. La idea era desarrollar exclusivamente sus tendencias orientadas hacia el conocimiento del derecho, y no aquéllas orientadas hacia la conformación del mismo, acercando su resultado en el mayor grado posible al ideal de toda ciencia, la objetividad y la exactitud".^{{1a}{1b}}

Precisamente la teoría del derecho público, como aquella rama del derecho cuyo objetivo de regulación es lo que generalmente se denomina política^{2}, puede negar implicaciones políticas en menor grado que la teoría del derecho privado o la del derecho penal. El "derecho público" desde siempre ha sido considerado -y eso no sólo en Alemania- como la "columna" más cercana a la política dentro del trías académico. Por ello se ve expuesto de forma especial a la presión de justificarse y a la necesidad de autodeterminarse como disciplina. Se encuentra enganchado entre dos exigencias en sí contradictorias, a saber, ser al mismo tiempo una ciencia filosófica orientada a la teoría y una ciencia utilitaria orientada a la práctica, el iuspublicismo^{3} como llamaremos de aquí en adelante a la teoría del derecho público, corre el riesgo de no poder satisfacer ni la una ni la otra.

II. ¿QUÉ ES EL DERECHO PÚBLICO?

A. ¿Qué normas hacen parte del derecho público?

Pero antes de ocuparnos de la pregunta de si, y eventualmente en qué forma, se podría hablar del "derecho público" como disciplina científica, presentaremos al menos, si bien no se le dé respuesta, la pregunta acerca del objeto de las consideraciones posteriores. Inicialmente no se trata del hecho de que al hablar de "derecho público" no nos estemos refiriendo al derecho público como derecho, sino a la teoría del derecho público; habrá que volver más adelante sobre esta denominación que confunde el objeto de la disciplina, por un lado, y la disciplina misma, por el otro, y la cual no responde simplemente a una necesidad de abreviar^{4} que surge de una negligencia idiomática^{5}. En este lugar se trata inicialmente, más bien, de recordar que el derecho público como sustrato del derecho positivo en su análisis científico es ambiguo y, de ninguna manera, idéntico en el sentido.

Inicialmente la denominación de derecho público puede referirse al derecho administrativo, en contraposición al derecho privado, por una parte, y al derecho penal, por otra. Generalmente también se le adscribe al derecho público tanto el derecho político como el derecho constitucional^{6}, si bien en este entendimiento usual de los conceptos la contraposición implícita hacia el derecho privado y al derecho penal ya no convence del todo. Precisamente desde el punto de vista de la jerarquía de normas, el derecho constitucional no se encuentra más cercano al derecho administrativo que al derecho privado o al penal. La troica de derecho privado, público y penal pierde totalmente su justificación de sistemática a nivel de disciplina, en el momento en que el derecho de la Unión y de la Comunidad Europea, el cual, hasta el momento, por su parte no diferencia entre derecho publico y privado^{7} a saber, ni sub

especie vía jurídica ni de régimen de responsabilidad al igual que el derecho internacional son adscritos, sin problema, al derecho público^{8}. La configuración tradicional, dentro de la docencia y la investigación, de la clasificación académica de las materias, oculta acá el hecho de que se combinan parámetros de coordinación incompatibles^{9}.

Sin necesidad de hacer referencia a las dificultades crecientes de adscribir, sin lugar a dudas, material de regulación nuevo, surgido en no pocas ocasiones de procesos de privatización, al régimen del derecho público o del privado^{10}, incluso la contraposición de derecho público y derecho privado, que se presupone como estable ya que es parte esencial del derecho, pierde visiblemente importancia y justificación^{11}. No se trata únicamente de que el derecho público y el privado, entre tanto, estén establecidos como "ordenamientos de amortiguación mutuos"^{12}. Precisamente en el Estado constitucional de la Ley Fundamental se demuestra, más allá, que en ambos casos no se trata de contraposiciones de esencia del derecho sino sólo de contenido jurídico^{13}. Las diferencias importantes que el derecho positivo impone para la clasificación de una norma jurídica dentro del derecho público o del privado, a saber, un régimen específico de formas de organización, de formas de actuación, de responsabilidades y de vía jurídica^{14}, son relativizadas por las estipulaciones del derecho constitucional y del de la Comunidad, las cuales exigen ser tenidas en cuenta, sin importar que sean formas jurídicas del derecho público, del penal y del privado. Así se impone más y más la tesis de la vigencia fiscal de los derechos fundamentales^{15} al igual que del mandato de la legitimación democrática^{16}. El régimen de facultades de la Ley Fundamental reparte por igual, material del derecho público, del penal y del privado entre el Estado Federal alemán y cada uno de los estados

federados. Para el Estado, fundamentalmente ya no vale la pena "emprender la huida hacia el derecho privado"^{17}. Y, ya se sabe que no se puede confiar en ninguna de las siguientes cuatro conclusiones: "estatal, es decir del derecho público" y "estatal, es decir no corresponde al derecho privado" al igual que las afirmaciones contrarias "del derecho público, es decir estatal" y "del derecho privado, es decir no estatal". No es la forma del derecho, sino el actor -el Estado o el particular- el que marca el punto de referencia determinante a nivel de derecho (constitucional) de los derechos y los deberes. Adicionalmente, la teoría del derecho, en relación con un ordenamiento legal estatal^{18}, aporta el conocimiento que todo derecho es derecho producido ya sea por un órgano estatal mismo o por particulares en ejercicio de una facultad de producción de normas jurídicas, delegada por el estado^{19}. El derecho que no pueda ser atribuido a una autorización estatal de producción de normas jurídicas, es decir, que no pueda ser clasificado dentro de un contexto estatal de producción de derecho, en este ordenamiento jurídico estatal no puede reclamar una vigencia y con ello una existencia normativa^{20}.

Si a continuación, haciendo abstracción de lo anterior, se habla del derecho público como del conjunto de normas constitucionales y del derecho administrativo, sumándole las normas del derecho de la Unión y de la Comunidad, este concepto tiene en cuenta la forma tradicional académica de la docencia y la investigación en las diferentes áreas del derecho en Alemania^{21}. En este sentido pragmático-descriptivo hablaremos primero de la teoría del derecho público como de una disciplina que se puede delimitar de la teoría del derecho privado y de la teoría del derecho penal^{22}.

B. ¿Cuáles (sub) disciplinas hacen parte de la ciencia del derecho público?

Una última anotación preliminar: de igual manera como se insiste en la diferenciación entre derecho público, penal y privado en su función de orientación básica de la ocupación científico-legal, es, y como lo veremos más adelante: con muchas consecuencias, también usual que se hable normalmente de la ciencia del derecho, o de la ciencia del derecho constitucional y de la ciencia del derecho administrativo, en singular, como si más allá de las ramas nombradas, se tratara de una disciplina única, idéntica. Haciendo a un lado lo que se ha dado a conocer bajo el nombre de "disciplina de base", por regla general comprenden únicamente la teoría de aplicación del derecho, las dos (sub)disciplinas, orientadas a la aplicación, de la metodología y la dogmática (del derecho constitucional y del derecho administrativo) las cuales a continuación serán denominadas ciencias aplicativas del derecho^{23}, debido a su relación con la práctica. Por mucho que la jurisprudencia dogmática conforme algo especial en cuanto a la formación de disciplinas de la ciencia del derecho en los países de habla alemana, no se puede considerar ni cercanamente aclarado su estatus de disciplina en este país. En muchos casos no se separan la dogmática y la metodología, sino que las dos son tratadas sin más explicaciones como una unidad^{24}. Pero de ello nos ocuparemos más tarde. Si por razones ilustrativas inicialmente le hacemos caso a la equiparación de la ciencia jurídica, por una parte, con (la metodología) y la dogmática, esto tiene, entre otros, como resultado para la rama iuspublicista de la ciencia del derecho, que aquella subdisciplina, para la cual en las otras ramas no hay un algo semejante^{25}, a saber, la teoría del derecho constitucional y la de los derechos fundamentales,

aquí tenga importancia inicialmente tan sólo de forma mediata, es decir, por medio de su relación con la dogmática (constitucional).

III. LAS CIENCIAS APLICATIVAS IUSPUBLICISTAS: METODOLOGÍA Y DOGMÁTICA EN EL DERECHO PÚBLICO

A continuación no se escogerá un acceso desde el punto de vista del desarrollo histórico^{26}, sino más bien uno científico-teórico. A pesar de que éste último no hace superflua una referencia a datos del desarrollo histórico, primariamente no tiene como objetivo la contextualización en el tiempo sino que su objetivo es el contexto interno científico-disciplinario.

A. La transformación en una disciplina por medio de la adopción de la metodología y dogmática civilísticas

Aunque, naturalmente, en Alemania se puede hablar de un derecho público y de su correspondiente teoría desde tiempos antes de mediados del siglo XIX -recordemos el iuspublicismo germano "*Reichspublizistik*" y la ciencia policial "*Polizeiwissenschaft*"^{27}- la transformación en una disciplina y el ascenso de la teoría del derecho político y del derecho administrativo hacia una ciencia dogmática independiente no se dio en Alemania sino hasta el momento en que se adoptó el "método jurídico" de la civilística^{28}. Este "método jurídico", el cual le permitió por primera vez al iuspublicismo delimitarse claramente de otras ciencias del estado, más antiguas y colindantes, al trabajar de forma "puramente jurídica", había sido desarrollado en el horizonte de la pandeística sobre los fundamentos de la Escuela de Derecho Histórica. Fue CARL FRIEDRICH VON GERBER, un

discípulo de PUCHTA, quien inició la transformación metodológica dentro del derecho público por medio del traspaso del "método constructivo jurídico"^{29} y no fue nadie menos que PAUL LABAND quien la concluyó^{30}. El positivismo del derecho político, del cual sacó provecho también para el derecho administrativo OTTO MAYER^{31}, puede ser caracterizado, si bien necesariamente de forma abreviada, como positivismo jurídico conceptual legal constructivo.

Su silogismo de subsunción característico muestra una similitud, la cual prácticamente no se puede pasar por alto, con el modelo deductivo-nomológico -conocido también como esquema de Hempel-Oppenheim^{32}- y se siente obligado a la exigencia de exactitud y objetividad de una ciencia moderna.

B. Estaciones de la emancipación del paradigma de subsunción civilística

Sin embargo, muy pronto se vio que el positivismo de aplicación^{33}, el cual se expresa en el llamado paradigma de subsunción, por diferentes razones ya no estuvo en condiciones de presentar una posibilidad de interpretación convincente para la ciencia del derecho constitucional, ni tampoco, si bien de forma un poco retrasada en el tiempo, para la ciencia del derecho administrativo. Tan opuestas como fueron las posiciones en las disputas de Weimar, ninguno de sus protagonistas ni antipositivistas tan opuestos como

CARL SCHMITT, RUDOLF SMEND y HERMANN HELLER -ni el positivista deconstructivista HANS KELSEN^{34}- tomó partido a favor del positivismo del derecho político, cuyo enfoque metodológico con el pasar del tiempo caía más y más bajo

la sospecha de estar fundamentado en conceptos del derecho idealizados y por ello ajenos a la realidad, tanto en cuanto a la variedad del derecho como en cuanto a las situaciones de aplicación del derecho^{35}.

El retorno del iuspublicismo cuando se hundió el nacionalsocialismo, primero se caracterizó por la competencia entre los antipositivistas, la competencia entre los seguidores de SMEND y de SCHMITT ^{36}, antes de que tuviera que cederle campo poco a poco, con el ascenso de la Corte Constitucional Federal, al positivismo ejercido por la Corte Constitucional el cual está firme hasta hoy en día^{37}. La Corte Constitucional Federal desconoce, aparte de ocasionales confesiones a favor del así llamado "método objetivo de interpretación"^{38}, un solo set fijo de métodos que siga de forma constante como consecuente^{39}. Tiene más valor hacer referencia a que en KARLSRUHE ha sido justificada una cosa y decidida de tal o cual manera que una advertencia sobre conciencia metodológica, honestidad metodológica y firmeza metodológica. Este enfoque positivista en la jurisprudencia así como la insuficiencia del "método jurídico" se ven acentuados fuertemente una vez más en la teoría y la práctica de la dogmática del derecho comunitario, la cual realmente no ha llegado más allá de un positivismo ejercido por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea^{40}. Podría denominarse un entendimiento de los métodos "pragmático", "integrativo" o también "pluralista"^{41}. Bajo estas circunstancias, el método no tiene una coyuntura. Crece o se hunde en la dogmática.

C. Lo inadecuado del paradigma de la subsunción en el derecho público

En el transcurso del tiempo han dejado de existir las condiciones que constituían la base del proyecto

"puramente jurídico" de un positivismo del derecho de estado y del derecho administrativo. Adicionalmente, es posible nombrar fenómenos jurídico-positivistas al igual que estructuras a nivel de la teoría de la obtención del derecho que, por una parte, están en contra de la pretensión de exclusividad, en últimas incluso contra la conservación del "método jurídico" lógico-deductivo -y con ello contra la construcción tradicional de una identidad a nivel de disciplina- y que, por otra, si bien de ninguna manera exclusivamente a nivel del iuspublicismo, llaman la atención especialmente del publicista, prácticamente debido a la cercanía del tema^{42}. Nombraremos siete indicios sin pretender con ello agotar todas las posibilidades:

1. ¿Quis interpretabitur? ¿Quis iudicabit?

Ya la pregunta de conciencia de la era moderna, a la cual el Estado moderno es la respuesta, le pone un signo de interrogación a la interpretación: *¿Quis interpretabitur? ¿Quis iudicabit?* Estas preguntas dirigen la atención al hecho de que cualquier decisión jurídica no puede ser comprendida únicamente con criterios de lo correcto a nivel de contenido y de método, sino que siempre dependerá de la persona a la cual se le ha otorgado el poder de producir derecho. Es decir, la producción de derecho, la producción de normas jurídicas, la aplicación de derecho o como sea que se quiera denominar el proceso de actualización de derecho^{43} es siempre también una cuestión de la competencia y no sólo cuestión de una correcta aplicación de los métodos -de interpretación- para investigar lo que ya ha sido decidido previamente. La prueba más importante de ello a nivel de derecho positivo es, dentro del marco estatal interno, la Constitución misma, la cual junto a las reglamentaciones de la relación entre Estado y ciudadano,

es decir de los derechos fundamentales, contiene, ante todo, regulaciones para la producción de normas jurídicas^{44}.

2. La cuestión de la legitimación y de la división de poderes

Queda confirmado también con el mandato de legitimación democrática, establecido paradigmáticamente en el artículo 20, párrafo 2, frase 1 de la Ley fundamental, según el cual el poder estatal ejercido de forma separada por el poder legislativo, el ejecutivo y el judicial, en todas sus formas debe partir del pueblo^{45}. Pero la necesidad de un retrovínculo democrático tan sólo existe para aquél que aporta algo propio en el proceso de la actualización del derecho^{46}. Pero, quien a manera de un "autómata de subsunción"^{47} está programado completamente de forma externa en su actuación de ejecución y tan sólo expresa la decisión para un caso particular que en principio ya está contenida en la ley o en la Constitución, no necesita de una legitimación (independiente). Y al contrario: Precisamente por la necesidad de establecer la relación con la voluntad del pueblo formulada (en primera línea) por el legislador, el desarrollo del derecho por parte de los jueces, más allá de las autorizaciones (constitucionales y con base en leyes simples) no sólo presenta problemas democrático-teóricos^{48}. También los esfuerzos hechos por la Constitución de organizar una obtención de derecho basada en la división del trabajo sobre la matriz de una división horizontal y vertical de poderes, contradice a la tesis de que actos de actualización del derecho, independientemente de su nivel, se agotan en descifrar hermenéuticamente de forma correcta las programaciones externas dadas.

3. Derecho constitucional como derecho marco

Si se entiende la Constitución como ordenamiento marco de referencia general, el cual no sólo debe ser cumplido por el legislador sino por todo poder estatal, llenándolo de "vida" constitucional, esto es un indicio más de que todo órgano estatal -al menos en la concretización de estipulaciones constitucionales- hace un aporte independiente de producción de derecho que va más allá y es distinto a una simple interpretación de la Constitución.

4. La ponderación como paradigma del derecho público

Con la marcha triunfal de la Constitución, el principio de proporcionalidad, formulado inicialmente en el derecho policial, y, a través de este principio, la ponderación se han convertido en los nuevos paradigmas del derecho público. Con la constitucionalización del orden jurídico^{49}, la ponderación entra a jugar un papel también en el derecho penal y privado como procedimiento central del proceso de formación del derecho. Sin embargo y así lo demuestra la turbación y el apuro que produce su clasificación a la teoría metodológica tradicional, la ponderación no se puede abarcar correctamente con las reglas que nos ha legado el "método jurídico", sobre cuya base se sigue manteniendo el ideal de la "decisión correcta", y sigue siendo un cuerpo ajeno que no se puede integrar^{50}.

5. Aplicación del derecho en los niveles del ordenamiento jurídico

Lo que para la Constitución es válido "por encima" de la ley, es válido según la causa también para las formas de producción de derecho "por debajo" de la ley. Se unen en una relación graduada a nivel de derecho positivo, en la cual las normas de rango más alto, que típicamente están

formuladas de forma más abstracta y general en cuanto a su efecto de determinación, son concretizadas e individualizadas por los niveles normativos que le siguen en rango^{51}. En este proceso complejo, (salvo desviaciones de derecho positivo) se produce derecho en cada nivel de concretización e individualización, existen en cada nivel autorizaciones del concretizador y del individualizador del derecho para autoprogramarse^{52}. Pero para ello no hay lugar dentro de un modelo explicativo nomológico-deductivo de obtención de derecho.

6. El momento procesal de la actualización del derecho

Un aspecto "típico del derecho público", pero tan poco exclusivo de esta rama como los demás indicios nombrados, es, además, la enfatización del concepto del proceso en el derecho^{53}. Se trata de que el momento procesal de la actualización del derecho justamente compense la falta de certeza de contenido y de claridad inequívoca^{54} y se ha visto plasmado igualmente en procesos legislativos, administrativos y judiciales. Para un modelo de obtención de derecho, en el cual tiene importancia tan sólo la corrección material de la aplicación del derecho, que se mide según unos valores y una valoración determinados, el elemento procesal no puede ser integrado, sin más, dentro de este enfoque, y, aún menos, puede ser legitimado como elemento independiente del proceso de producción de derecho.

7. Pugnas de concretización de derecho

Un último indicio: para un publicista es una "situación estándar" el hecho de que la labor de concretización e individualización que debe realizarse en el acto de

actualización del derecho, no esté sujeta, tal como se da el caso por lo menos aparentemente en el derecho penal y el civil, a un órgano, es decir, al juzgado penal o civil, sino mínimo a dos órganos^{55}. El que al "intérprete inicial"^{56} le siga un "segundo intérprete" y finalmente un "último intérprete" es muy común^{57} en el derecho público y es la causa de muchos conflictos de competencia. Se podría hablar de pugnas de concretización de derecho: legislador y corte constitucional discuten hasta qué punto llega el margen de posibilidades del legislador^{58} con los tribunales especializados, la Corte Constitucional discute qué tan denso puede ser el control de los tribunales especializados^{59}. Y dependiendo si, y en qué medida, exista a favor de la administración un espacio de evaluación y discrecional, finalmente se decide qué es lo que los tribunales administrativos pueden, y en qué medida pueden, controlar y eventualmente corregir y qué no^{60}. El fenómeno del margen para la concretización del derecho tematizado con las pugnas de concretización no es ni siquiera alcanzado y menos aclarado con un enfoque explicativo, según el cual la obtención de derecho consiste en la subsunción bajo un teorema superior determinado por exégesis^{61}.

D. Jurisprudencia de discurso y jurisprudencia de concretización: argumentación en vez de interpretación y dogmática en vez de método

Existe inicialmente consenso dentro de la teoría del derecho de estado y del derecho administrativo, hasta el punto donde todavía le hacen caso a consideraciones metodológicas, en cuanto al hecho de que únicamente con las tradicionales pautas metodológicas, prácticamente no es posible solucionar un caso y que, donde los que aplican el

derecho, es decir fundamentalmente los juzgados, hacen uso del arsenal argumentativo del "método jurídico", en la mayoría de los casos ellos no hacen lo que dicen y no dicen lo que realmente hacen detrás de la fachada del "método" [{62}](#). Se han desarrollado diferentes estrategias para reaccionar a la insuficiencia del tradicional "método jurídico", las cuales en este lugar no pueden ser enumeradas en su totalidad ni explicadas en su contexto. A continuación se hará referencia a las tres estrategias que en Alemania han tenido mayor eficacia para la autocomprensión de la disciplina [{63}](#). Especial atención se le dará al traslado de peso, de importancia central para la autocomprensión de la disciplina, en comparación con las afirmaciones y las teorías tradicionales que se basan en el "método jurídico".

Las primeras dos estrategias que se denominarán acá de forma abreviada "jurisprudencia de la concretización" y "jurisprudencia del discurso o de la ponderación" a pesar de sus diferencias en cuanto al punto de partida, al enfoque y al detalle, se semejan en el hecho de que buscan compensar las deficiencias del "método jurídico", marginalizando o subsituyendo la metodología por dogmática, si bien no en el enfoque sí en el resultado. Dicho de otra forma: las consideraciones metodológicas son reemplazadas por argumentos dogmáticos.

1. "Relevo" de la interpretación por la concretización y la argumentación

El hecho de que la obtención del derecho no se agota en el conocimiento de lo existente, terminológicamente ha encontrado correspondencia en la medida en que ha ido aumentando el uso del término de "teoría jurídica de la argumentación" para reemplazar al de "teoría de la

interpretación"^{64} y se habla más de la "teoría de la argumentación jurídica" para referirse a la "teoría de la interpretación jurídica"^{65}: la jurisprudencia cambia de una ciencia de la interpretación a una ciencia de la argumentación^{66}. En este proceso se recurre a enfoques de comprensión y argumentación en sí filosóficos: a la hermenéutica filosófica de HANS-GEORG GADAMER^{67}, por una parte, y a la teoría del discurso de JÜRGEN HABERMAS^{68}, por otra.

La jurisprudencia de la concretización^{69} gira alrededor del pensamiento fundamental de la hermenéutica filosófica, a saber de que no existe una comprensión sin aplicación y que lo que debe ser comprendido tan sólo se materializa y perfecciona en el proceso de aplicación. De ahí saca la conclusión de que la idea de una *lex ante casum* preexistente, que se pueda expresar únicamente descubriendo lo que se ha puesto en ella, es una quimera a nivel de teoría del conocimiento, y que interpretación significa siempre concretización, hasta llegar a una unión entre ambas. La interpretación se explica como "producción de derecho por medio de la concretización creativa de las normas". El enfoque de la concretización ha sido desarrollado de manera más pronunciada para la interpretación de la Constitución, a saber por KONRAD HESSE, FRIEDRICH MÜLLER, RALPH CHRISTENSEN y BRUNOTTO BRYDE^{70}. Con ello es posible abarcar conceptualmente no sólo la brecha que debe ser cerrada en el acto de aplicación entre norma abstracta, general y norma concreta, individual, sino también el fenómeno del cambio del derecho.^{71} El concepto de la concretización con carga filosófico-hermenéutica presenta el plano para múltiples variables de interpretación "evolutiva", "dinámica" o también "creativa"^{72}.

En cambio, la jurisprudencia del discurso o de la ponderación^{73} se esfuerza por representar al discurso jurídico como un caso especial del discurso general práctico, partiendo del carácter discursivo-procesal de la obtención del derecho para el cual valen estructuralmente las mismas reglas y formas que para el discurso práctico en general.^{74} Se desarrolla un "enfoque procesal de lo correcto en la práctica"^{75}, el cual -si se aplica a la diferencia normativa estructural entre reglas (mandato del todo o de nada) y principios (mandato de optimización)^{76}- lleva al desarrollo del modelo de colisión de principios, en cuyo centro se encuentra la ley de la ponderación, la cual permite la formulación de relaciones condicionadas de rango superior.^{77} La jurisprudencia del discurso o la de la ponderación, está construida alrededor de la ponderación, la cual en su función de formación de derecho tradicionalmente no ha sido suficientemente iluminada. No hay otro nombre que signifique más para este concepto de discurso que el de ROBERT ALEXY.

Si bien ambos enfoques son muy diferentes, se asemejan en que sus protagonistas, por regla general, no se enfocan en la reconstrucción crítica de las pautas metodológicas con base en Savigny^{78} y en que ambos tienen dificultades para desarrollar reglas más resistentes para la interpretación jurídica^{79}. Podríamos encontrar la razón para ello en el origen y las características de la hermenéutica filosófica, por una parte, y de la teoría del discurso, por otra parte. Ambas podrían ser caracterizadas más como teorías para el observador que como teorías orientadas en la práctica para el participante y el usuario^{80}. Se parecen también en el hecho de que en la comprensión y superación de procesos de obtención de derecho, con fundamento en ambas teorías encontramos en primera línea aspectos dogmáticos y de contenido más que aspectos metodológicos y estructurales.

Si miramos la jurisprudencia del discurso o de la ponderación, esto es válido para la formulación de relaciones preferenciales relativas ante la colisión de mandatos de optimización fundamentalmente de la misma forma que, si miramos la jurisprudencia de concretización, para la formulación de competencias de concretización. Lo que significa escoger la perspectiva dogmática en vez de la metodológica, se puede ilustrar con especial claridad utilizando ejemplos de la teoría del derecho constitucional. Se tratarán el llamado enfoque jurídico-funcional así como la figura de la así llamada "interpretación conforme con la Constitución".

2. El enfoque funcional-jurídico

Tal como quedó dicho, el hecho de que varios órganos con funciones distintas participen en el proceso de obtención de derecho, es una característica de las constelaciones en el derecho público, y se presenta por ello la pregunta de la delimitación de las correspondientes competencias de concretización jurídica^{81}. Esta cuestión, que en el derecho (procesal) constitucional se presenta al igual que en la teoría discrecional hoy en día mayoritariamente no se entiende como un impulso para consideraciones metodológicas y por ello no se responde haciendo referencia a la interpretación de frases del derecho positivo. Más bien se soluciona sobre la base del enfoque jurídico-funcional con fundamento puramente dogmático. La pugna de concretización se soluciona con la ayuda de objetivos razonables, es decir con una adecuada división de roles según las funciones y la organización, y de los parámetros de lo "correcto funcionalmente"^{82}. Resultados conocidos del enfoque del derecho funcional son: recurrir al margen creativo del legislador, a la reserva de contenido esencial

que es la continuación de la reserva de la ley, a la limitación de los controles de la corte constitucional a las sentencias de los tribunales especializados a violaciones de la "ley constitucional específica"^{83} o también a la creación de márgenes de interpretación a nivel administrativo, libres de control^{84}. Por regla general, no se presenta una revinculación metodológica a las estructuras de la obtención de derecho. Sin embargo, con ello queda en el aire si y, en caso dado, en qué forma, este sistema regulador, sin duda razonable para la distribución de competencias de concretización jurídicas, es tan sólo una máxima de una formación inteligente del derecho o un teorema del derecho positivo^{85}.

3. "Constitucionalización" de la aplicación del derecho: la "interpretación conforme con la Constitución"

El segundo ejemplo del desplazamiento de argumentos metodológicos por dogmáticos es al igual el medio como el resultado de la creciente constitucionalización del orden jurídico: se trata de la así llamada "interpretación conforme con la Constitución"^{86} la cual encontramos, *mutatis mutandis*, también en el derecho comunitario bajo el nombre de "interpretación de acuerdo al derecho comunitario" o "de acuerdo a las pautas establecidas"^{87}. Vista a la luz del día, la "interpretación conforme con la Constitución" es, aunque ella misma se presente como interpretación, una corrección del contenido de normas, preferiblemente de leyes, inducida por la Constitución y que mantiene su valor^{88}. Fundamenta con obligatoriedad dogmática, el por qué una norma por debajo del nivel constitucional con un determinado contenido no está de acuerdo con el derecho constitucional de rango superior; con ello, sin embargo, oculta la pregunta por responder

metodológicamente si el que produce la norma justamente ha producido este contenido normativo contrario a la Constitución^{89}. En este caso, la cuestión de cómo se debe manejar una norma con fallas constitucionales no es, por su parte, una cuestión de simple interpretación (constitucional) sino exclusivamente una cuestión de la teoría de errores del derecho positivo, del así llamado cálculo de errores^{90}. Para que no haya lugar a falsas interpretaciones: de acuerdo con otras exigencias del derecho positivo naturalmente se puede facultar a un órgano para orientar o realizar correcciones de contenido de normas de acuerdo a la constitución; pero, para evitar confusiones, en este caso no debería hablarse de "interpretación" en el sentido de conocimiento del derecho sino de abiertamente producción de derecho.

E. La teoría jurídica como ciencia directiva: de la ciencia de la interpretación a la ciencia de la acción y de la decisión

La tercera y más reciente estrategia, que está dirigida expresamente contra la pretensión (de posición única) ligada al "método jurídico", es el enfoque de la ciencia de la conducción, el cual fue desarrollado sobre todo en el derecho administrativo, pero puede trasladarse sin problema al derecho constitucional^{91}. En él se fundamenta la "nueva ciencia del derecho administrativo" que quiere ser más y quiere ser otra cosa que tan sólo "una ciencia interpretativa orientada hacia la aplicación", es decir, quiere ser una "ciencia de actuación y decisión, orientada hacia la producción de normas jurídicas"^{92}. En representación de esta nueva tendencia, de ninguna manera homogénea, queremos nombrar los tres nombres de los editores del

"Manual de derecho administrativo" próximo a salir^{93}: WOLFGANG HOFFMANN-RIEM, EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN y ANDREAS VOSSKÜHLE ^{94}.

Con el impulso de un paquete de motivaciones, tales como las deficiencias y el ocultar ciertas cosas por parte de la teoría metodológica tradicional, la "búsqueda de un derecho apto para el futuro"^{95}, el rechazo o no tener en cuenta ofertas teóricas de ciencias colindantes, especialmente de las ciencias sociales, por considerarlas infructuosas, así como los nuevos retos frente a la desregulación y privatización, europeización e internacionalización del derecho nacional, se ha presentado el postulado de una "reorientación metodológica"^{96}. Hay que acabar con los estrechamientos presentados hasta la fecha por el discurso normativo-científico-dogmático a favor de una perspectiva de conducción ampliada que tenga la tarea de incluir no sólo los factores normativos, sino también los no normativos de conducción y decisión (como personal, organización, mercado) dentro de la reflexión científico-jurídica, precisamente en su interrelación con los primeros^{97}. En pocas palabras se puede describir el enfoque de la jurisprudencia directiva, dándose algunas variaciones en el detalle, por medio de cuatro características:

En el centro del enfoque de la "jurisprudencia directiva" ya no se encuentra la actuación aislada de la aplicación del derecho, sino en primera instancia el actor dentro del proceso de la aplicación del derecho, el cual tiene múltiples niveles y se encuentra influenciado por muchos factores.

Esto implica, por una parte, un profundo análisis real y, por otra, una orientación sostenible de los efectos y las consecuencias.

Pero debido a que esto no se puede implementar con métodos y técnicas de la normativa científica, se necesita

una apertura inter, multi y transdisciplinaria de la jurisprudencia, es decir, la disposición de dejar a un lado barreras disciplinarias de recepción a favor de un "trabajo que incluya informaciones y reflexiones de las ciencias colindantes"^{98}.

En este proceso le corresponde un efecto especial de puente a conceptos claves y modelos interdisciplinarios^{99}.

Con este cambio hacia una "jurisprudencia directiva"^{100}, si bien el "método jurídico" tradicional no se convierte en algo superfluo, sí pierde su pretensión de ocupar un lugar único y se ve enriquecido por perspectivas adicionales, ofrecidas por las ciencias colindantes^{101}. Se pueden considerar cercanos, pero más amplios debido a que pasan del contexto científico-jurídico hacia una pronunciada perspectiva transdisciplinaria, los esfuerzos de (re)establecer una ciencia administrativa^{102}, una política^{103} y recientemente también una ciencia europea^{104}.

F. Suposiciones que siguen existiendo sobre obtención de derecho y ciencia del derecho

El "método jurídico" ha muerto. Viva el "método jurídico". Este podría ser el resumen -sorprendente sólo en apariencia- de nuestras reflexiones hasta el momento. Pues a pesar de toda la crítica a la pretensión (de exclusividad) del método tradicional, a su idealización poco realista y a su exclusión de los conocimientos de las ciencias colindantes^{105}, ninguno de los enfoques metodológicos y científicos más recientes cuestionan desde su fundamento la justificación del "método jurídico", obviamente recortado, libre de idealismos y con reflexiones desde las ciencias colindantes. No se toca el corazón del método tradicional, la idea de la interpretación "objetiva" teleológica, según la

cual la norma, o sea el que aplica la norma, pueda ser más inteligente que el que ha producido la norma^{106}; además, los principios de la teoría de la obtención del derecho basados en esa idea, en gran parte no sufren cambios.

En otras palabras: a pesar de toda la reorientación, se mantiene, en lo esencial, la dependencia del camino teórico-científico (jurídico) así como la dependencia del camino teórico-jurídico (de obtención del derecho) de los supuestos básicos que se comparten con el positivismo del derecho político. Los enfoques nuevos resultan en este sentido ser anexos teóricos a las construcciones de los tiempos de los fundadores del positivismo del derecho político y no construcciones nuevas^{107}. Con la integración de estilos metodológicos nuevos, prácticamente se da una pluralización interna de la jurisprudencia.

Esto podría tener relación, en primer grado, con el hecho de que al reajustar metodológica y disciplinariamente la ciencia del derecho público, prácticamente queda sin utilizar el instrumento autóctono normativo-científico de la teoría (de la obtención) del derecho, el cual sirve a la descripción de la función y de la estructura del derecho como relación de producción y de efectos.^{108} En contraposición, se busca el remedio para las deficiencias de "método jurídico" al exterior del campo visual normativo-científico: en la filosofía hermenéutica, en la teoría del discurso, en el diálogo inter, multi y transdisciplinario^{109}.

Naturalmente, el enfoque de reforma inevitablemente siempre es más una continuación de lo tradicional que una creación nueva. Por ello no se puede evitar la necesidad de tomar por el camino establecido. Pero, ante las deficiencias del "método jurídico, las cuales prácticamente no las niega nadie, surge la pregunta de si la crítica no ha concentrado demasiado su entusiasmo reformador en ciertos elementos del método, aceptando, sin ponerlos en duda, otros