

TEORÍA DE LA RESPUESTA CORRECTA Y MORALIDAD POLÍTICA. APROXIMACIÓN A DOS ELEMENTOS DEL DEBATE JUDICIAL

CORRECT ANSWER THEORY OF MORALITY AND POLITICS. APPROACH TWO ELEMENTS JUDICIAL DEBATE

*Milton César Jiménez Ramírez**

Resumen

En el presente escrito se brindan unas prudentes consideraciones acerca de la teoría de la respuesta correcta en el Derecho, expuesta por Ronald Dworkin, y la moralidad política. Al efecto, se expone una visión de la moralidad política, como un conjunto de valoraciones preexistentes y coetáneas al derecho y a la decisión judicial. Así mismo, como elemento argumentativo y decisorio válido en el debate judicial, especialmente si se vincula a la corrección y se optimiza con la sentimentalidad.

Palabras Clave: Moralidad, respuesta correcta, juez.

Abstract

In this paper prudent considerations about the theory of the correct answer on the right, advanced by Ronald Dworkin, and political morality are provided. In effect, a vision of political morality, as a set of existing ratings and coeval to the law and the court decision is published. Also, as argumentative and decisive element in the judicial debate worth, especially if linked to the correction and optimized with sentimentality.

Keywords: Morality, correct answer, judge.

* Abogado, Especialista en Derecho Constitucional, Magister en Derecho Público, Doctorando en Derecho (Universidad Carlos III de Madrid); docente investigador de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Caldas y de la Fundación Universitaria Luis Amigó. Líder del grupo de investigación Jurisol. E mail: miltonjimenezabogado@gmail.com.

Fecha de recepción: 6 de diciembre de 2013 - **Fecha de aprobación:** 14 de diciembre de 2013.

INTRODUCCIÓN

En el presente escrito se pretende exponer una visión propia de la *moralidad política*, al igual que relacionar prudentemente algunos elementos que se consideran concomitantes en su aplicación, como el consenso y el progresismo, para poder hacer un acercamiento a algunos aspectos de la teoría de la respuesta correcta emitida por R. Dworkin, y evidenciar su utilidad en el debate judicial. Al efecto, en el texto se tiene como premisa de la moralidad política, la presencia de una axiología marcada por la existencia y exigibilidad de los derechos fundamentales y la integridad como valor que permite lograr la justicia; así como límite a la posible arbitrariedad judicial, pues facilita el acceso a un sistema normativo integrado por diversas normas, principios y reglas, que permiten obtener la corrección o respuestas correctas en cada caso.

Se tiene como objetivo facilitar el acercamiento a la teoría de la respuesta correcta, permitiendo el entendimiento de las posibilidades que entrega para la actividad judicial y el logro de la corrección, en el entendido que para Dworkin (1989) esta figura hace posible encontrar en el sistema jurídico respuestas para cualquier desafío interpretativo que se plantee en el Derecho.

Ahora, la corrección debe representar un fin de la comunidad jurídica, por ello, se recurre a la figura del juez Hércules -modelo de conducta judicial y deber ético jurídico-, capaz de inspirar una disciplina argumentativa que fundamente las mejores decisiones posibles en cada caso concreto.

A la par, se ofrecerá una propuesta sobre la incorporación de la sensibilidad en el proceso de adjudicación judicial, lo que constituye un elemento de optimización y acercamiento a la justicia, y por tanto congruente con los postulados de la respuesta correcta y la práctica del arquetipo del juez Hércules. En este aparte, se propone como relevante explorar la sentimentalidad vivida por las personas que apoyan una postura política determinada, o envueltas en una decisión que debe ser valorada por el juez, como signo de inclusión y acercamiento a un tratamiento integral de los derechos.

Todos estos elementos se formulan buscando evidenciar su impacto en el debate judicial, especialmente para indicar la posibilidad de lograr la corrección en la democracia constitucional. Finalmente, se elaborarán unas breves conclusiones sobre la reflexión propuesta.

1. LA MORALIDAD POLÍTICA

Requerir un argumento que explique la presencia de unos presupuestos capaces de coexistir con las disposiciones e implicaciones del principio democrático y a la vez con la cláusula del estado social de derecho, significa que la ciudadanía en sus distintos roles, define la presencia y materialidad de las condiciones del humanismo, los valores y principios del constitucionalismo democrático y social¹.

Dicho concepto está vinculado a una forma de moralidad que va más allá de una moralidad positiva, es un esquema sustancial integrado por formas deliberativas de las circunstancias políticas impresas en una sociedad determinada, que a la par exige la defensa de los derechos individuales y de los elementos que integran una serie de mínimos que deben coexistir socialmente. Esto pese a las constituciones modernas incorporan los derechos humanos o un amplio catálogo de libertades y derechos individuales, así como sociales, lo que sin lugar a dudas plasma la moral de las sociedades democráticas contemporáneas (Arango, 2004).

Por ello, la moralidad política está vinculada específicamente a la comunidad de valores y principios definidos en la constitución, que hacen parte de una serie de factores que por inescindible vínculo con la dignidad humana son irrefutables. Esta moralidad es definida políticamente por una visión purista de la política (Aristóteles, 2009)², esto es, aquella preocupada efectivamente por los derechos de los demás, alejada de una óptica de la política como negociación y contradicción de intereses, de una actividad únicamente partidista; aunque los partidos políticos deben representar adecuadamente la ejecución de medidas para la vigencia de

¹ El constitucionalismo social comprende el desarrollo de una corriente del control constitucional y de la defensa de los derechos que pretende realizar ciertos niveles de justicia social a través del Derecho, de la garantía de los derechos sociales fundamentales.

² Al efecto se utiliza el concepto visión purista de la política, haciendo referencia a las concepción política Aristotélica, aquella preocupada efectivamente por la realización de los derechos de los demás. Ver también: Aristóteles: *La Política*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: Madrid: 2005.

los derechos humanos, contribuir a su protección y mantener la supremacía de la constitución. Todo como una manera de hacer progresiva la condición humana, creando puntos de consensos mínimos³, capaces de generar mayor civilidad, o entendimiento social.

Esta moral política, igual a la axiología constitucional, también implica la capacidad de generar resistencia por la constitución; implicando una defensa del Derecho como integridad (Dworkin, 1989), el constitucionalismo democrático y social y particularmente la búsqueda de la igualdad material.

La defensa del Derecho como integridad implica, siguiendo a su expositor, R. Dworkin (1989), la aplicación de varios contextos congruentes con la vigencia de la moralidad política, entre los principales, aparecer como una respuesta al positivismo, en la cual expresa que todo sistema jurídico está compuesto por reglas y principios. También como un elemento de coherencia interna y formal del Derecho, sin descuidar la realización de la justicia; así mismo, como una práctica colectiva creativa⁴, interpretativa y constructiva; como concepción interpretativa⁵ que fundamenta la posibilidad de encontrar las respuestas en el Derecho -y su corrección conforme a la eficacia de los derechos (Arango, 1999)-, teniendo como razón final la justicia y la igualdad.

Ahora, la mencionada resistencia constitucional, en términos iniciales, debería surgir de la ciudadanía y de sus asociaciones de defensa (entendida como las que defienden el desarrollo de un interés legítimo socialmente), quienes tendrían el deber de mantener la esencia de la constitución, sus mecanismos de participación y defensa judicial; aunque ante la ausencia de condiciones fácticas tales como la deliberación pública, la no agrupación ciudadana o su inercia, hacen que de manera correccional la justicia constitucional supla esa deficiencia con el objetivo de eliminar

³ Dentro de los consensos mínimos buscados por la versión de la moralidad política propuesta, están el reconocimiento de los principios y valores constitucionales; de su actuación como límites a la acción del poder; el reconocimiento de la constitución como parámetro de acción del Estado y los particulares; así como de la práctica social y la defensa de los derechos por el activismo ciudadano.

⁴ En dicha práctica colectiva participan el legislador, jueces, litigantes, ciudadanos, etc., promoviendo insumos que facilitan la interpretación y la aplicación del Derecho.

⁵ Dworkin presenta dentro de su esquema interpretativo las siguientes etapas: preinterpretativa, justificación general, juicio de acomodamiento y juicio de reforma.

privilegios injustificados, relevar un estado de cosas inconstitucional u omisiones persistentes del Estado en la formulación adecuada y razonable de políticas públicas que solventen las necesidades básicas de la sociedad política (Shue, 2002).

1.1. MORALIDAD POLÍTICA E IDEOLOGÍA

La moralidad política como carácter integral y de síntesis de los derechos y deberes humanos y su carácter progresivo, no reconoce como adecuada su vinculación a la lucha de ideologías, sea en sus formas de izquierda, derecha, fusiones de centro o fuerzas incluyentes, como la representada en la democracia moderada (Bobbio, 1997), sobretodo porque esta moral se presenta como una esencia previa al Estado (carácter liberal), pero a la par como sustento de su legitimidad y persistencia en la organización social. De ahí, la pertinencia de la existencia de un carácter contramayoritario de los derechos, que limite la fuerza de las mayorías⁶, elementos políticos, o dicotómicos (derecha e izquierda) en pro de la vigencia de los derechos constitucionales.

Sin embargo, estas fuerzas frente a las que se establecen límites son centrales en el mantenimiento progresivo de la primacía de la constitución y de los derechos humanos en cualquier sociedad, máxime cuando se trata de sociedades donde sus órganos políticos no garantizan los mínimos sociales y omiten de forma persistente la formulación de políticas congruentes con la constitución y las realidades sociales⁷.

Dadas las cosas, no sería ajustado con el compromiso político que implica la moralidad y el carácter progresivo de los derechos, descartar de plano la capacidad deliberante de los movimientos ideológicos, grupos de presión y de interés, especialmente por su capacidad representativa de los fines sociales. Más cuando una exclusión cerraría la deliberación y negaría el contenido material de los principios constitucionales de participación e inclusión.

⁶ Dworkin concibe los derechos como cartas de triunfo de las minorías frente al poder de las mayorías. Ver: Dworkin, R. (1999). Los Derechos en Serio. Barcelona, España: Editorial Ariel.

⁷ Puede ejemplarizar la ausencia de políticas públicas el caso de los desplazados en Colombia. Así mismo, las omisiones inconstitucionales respecto a la realización de concursos de mérito para el acceso a la carrera administrativa y notarial; el hacinamiento carcelario, etc.

Así, la deliberación progresiva⁸ es una forma de generar en la opinión y conciencia pública un efecto crítico y propositivo, capaz de cuestionar la acción estatal y gubernamental y defender la presencia de los derechos humanos y el debate en todos los espacios sociales, lo que permite la presencia de una democracia procedimental, precedida de la deliberación, de política deliberativa (Habermas, 2001)⁹.

1.2 MORALIDAD COMO CONSENSO

Para la efectividad y aceptación general de los postulados de la moralidad política es necesaria una verdadera interiorización, expresada en una conciencia ciudadana que la reproduzca en todas sus prácticas. Esto, como una forma de que optimice la defensa y respeto de los derechos humanos, ya que mientras no sea una práctica colectiva recurrente y mayoritaria habrá un juego moral fundamentalista; valga decir, de defensores retóricos de los derechos fundamentales y sociales, y de ciudadanos incapaces de mantener en sus reductos de convivencia la integridad de sus condiciones como humanos, incapaces de colaborar en la realización de los derechos fundamentales y de su constitución.

Dicho panorama tiene origen en la ausencia sustancial de varias circunstancias atadas a un fenómeno común como es el tejido social:

- 1) La inexistencia de un tejido social que cree una práctica de principios y valores interiorizados e irrenunciables por una comunidad política.
- 2) La falta de un tejido social que se expresa en circunstancias como un sentimiento nacional no constituido que hace poco probable una unión ciudadana, cuyo propósito trascendental sea un consenso mínimo sobre la constitución, sus derechos y deberes.

⁸ La deliberación progresiva puede ser entendida como la práctica del debate arraigada en una sociedad; solo a través de ella pueden conseguirse niveles de resistencia institucional por parte de los ciudadanos y un efectivo control al ejercicio del poder y de potenciales infractores de derechos. A la par, relata la necesidad del impulso de los debates centrales en la sociedad a través de la intervención de la ciudadanía; una garantía del principio democrático, pero a la par, expresa la necesidad de la defensa de mínimos liberales compatibles con el control y expresión de las mayorías.

⁹ En su obra *Facticidad y Validez*, Habermas (2001, p. 380) expone los mínimos procedimentales que deben cumplir las democracias: a) la participación política del número mayor posible de ciudadanos interesados, b) la regla de mayorías para las decisiones políticas, c) los derechos de comunicación habituales y con ello la selección entre programas diversos y programas rectores diversos, d) la protección de la esfera privada.

3) No existiendo cohesión social, ésta pasa a ser una causa de la pobreza de los países del tercer mundo (Arango, 2004), cuestión que marca un retroceso en el principio de progresividad de los derechos individuales y sociales.

En tal panorama la composición de una cadena ciudadana y poblacional¹⁰, concebida como práctica recurrente y generacional, compartida y entendida como un compromiso de solidaridad y preservación humana, parece poco factible, pero es una lucha que ante la no espontaneidad, se muestra como una meta política en cabeza del Estado y todos los factores de poder, quienes deberán dilucidar la relevancia de la constitución como un elemento de consenso capaz de facilitar una convivencia sostenible más allá de las contradicciones de intereses.

1.3 EL PROGRESISMO

El progresismo de los derechos, como defensa de la primacía de la constitución y de su aplicación directa, y particularmente de la evolución y ejecución material de los principios constitucionales, es un elemento a tener en cuenta por el juez en el debate judicial, particularmente frente a normas y hechos inconstitucionales; en situaciones contrarias a la moralidad de los derechos humanos, o ante omisiones persistentes en la formulación de políticas públicas que solventen las penurias sociales¹¹. El progresismo en lo judicial se plantea como un elemento que ata a la

¹⁰ El concepto de cadena poblacional que se propone, hace referencia a la interiorización de todas las personas (proyección desde la niñez) de los postulados de la moralidad política, más allá de la categorización de ciudadano, y más incluyente de las personas que habitan un territorio; esta cadena se extiende a través de la práctica social de los principios y valores.

¹¹ Prueba de esta situación es el estado de cosas inconstitucional, a través del cual el juez constitucional garantiza que derechos masiva y persistentemente infringidos, gocen de una medida estructural para ser protegidos. Dicha declaración, según la jurisprudencia de la Corte Constitucional (Sentencia T 025 de 22 de enero de 2004), descansa sobre las siguientes verificaciones: 1. La infracción masiva constante y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número importante de personas; 2. La constante omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos de las personas. 3. La adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado. 4. La ausencia de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos. 5. La existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades. 6. Si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial. Para ver más de esta figura, son dicientes las sentencias: SU-559 de 1997, Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz; Caso: Omisión persistente de varios municipios de afiliar a los docentes a su cargo al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, pese a retener de los salarios devengados para el pago de dichos aportes; Sentencia T-153 de 1998, Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz, Caso: Declaró el estado de cosas inconstitucional por el hacinamiento y las condiciones indignas de reclusión en las distintas centros carcelarios. Las sentencias T-227 de 1997 y SU-1150 de 2000 sirvieron de antecedente a la declaración del estado de cosas inconstitucional por la infracción masiva y persistente a los derechos de la población desplazada, materializada en la sentencia T-025 de 2004, con ponencia de Manuel José Cepeda Espinosa.

decisión judicial el humanismo, la civilidad y la vigencia de los derechos humanos.

Esta clase de progresismo promueve que la Constitución pueda considerarse como una directriz moral permanente, que junto al constitucionalismo social genere resistencia contra la inercia ética. A la par, el progresismo debe ser un imperativo capaz de representar la integridad de la dignidad de la persona como centro de todo ordenamiento, al igual que de garantizar -vía movimientos sociales- ante el Estado y las distintas esferas poblacionales¹², la materialización de sus intereses legítimos, de manera que se permita el desarrollo del principio de asociación, que como regla medular de una democracia promueve el desenvolvimiento de la pluralidad propia de las comunidades políticas.

En este panorama, el juez debe preservar la coexistencia de sus roles, es decir, de su rol especial como juez y su rol común como ciudadano, todo a favor de un progresismo de los derechos y los deberes que estructure una democracia presente en todos los espacios sociales; que la lleve a niveles de interiorización más concordantes con la expresión de las minorías y lejos de conceptualizaciones que la ponen como un punto meramente procedimental, o de regla de mayorías, situación que en sociedades desordenadas la asemejan a una democracia meramente electoral; marco defectuoso que ha sido configurado como una práctica que individualiza la política, privilegia intereses personales y reduce la representación.

Es en el rol común del juez donde se manifiesta como un ciudadano, un juez ciudadano que reconoce las fuerzas de interés legítimo, promoviendo en su labor judicial el progresismo necesario de los derechos civiles y sociales fundamentales; preservando condiciones de expresión, participación e igualdad, de forma que su intervención refleje una legitimación por la defensa, en casos concretos, de estas prerrogativas, y que debe legitimar y sustentar la relación Estado y sociedad; sobretodo cuando la democracia constitucional afronta desafíos desvirtuantes y de una realidad tan voraz como la pobreza.

¹² El concepto de esfera poblacional puede ser más incluyente que la de ciudadana, pues relaciona a cualquier habitante del territorio nacional, haga parte o no de un grupo social y más allá de la categoría de ciudadano, de forma que se representen efectivamente su autonomía moral (intereses, fines y bienes jurídicos).

El juez ciudadano como garante de los derechos humanos debe ser consciente de que sus actuaciones son subsidiarias y concretas, pues no le está dado suplantar la actuación de los movimientos sociales y las instituciones creando un estado Judicial. Sin embargo, sus intervenciones expresivas de valor civil son un llamado a modular la consideración de que los derechos sociales, económicos y culturales deben corresponder a conquistas propias de la lucha política diaria, de la síntesis propia de la contradicción entre las diversas fuerzas sociales y factores de poder; cuestión que en sociedades disminuidas y en consolidación no puede tener plena vigencia, debido a los déficit de representación y crítica social.

Esta actividad judicial reconocitiva de los derechos frente a la ausencia de representación de las necesidades e intereses sociales, se apoya en el reforzamiento de la supremacía y fuerza normativa de la constitución, en la generación de una ética civil y laica que respete y defienda la prevalencia del poder civil frente al militar (Arango, 2004).

Tras relacionar algunas consideraciones sobre la propuesta denominada moralidad política, es congruente evidenciar algunos elementos sobre la relación moralidad y teoría de la respuesta correcta, especialmente por su impacto sobre la actividad de la adjudicación judicial.

2. APROXIMACIONES SOBRE LA ÚNICA RESPUESTA CORRECTA

2.1. ALGUNOS ELEMENTOS

La separación entre derecho y moral llegó a constituir un imperativo que hoy es revaluado en favor de la integridad del Derecho, pues ésta posee los fundamentos esenciales de la existencia del Derecho como un medio democrático cuya pretensión es contribuir al entendimiento humano y facilitar la compatibilidad entre los fines sociales e individuales. Así, la moral goza de un carácter complementario del Derecho, manteniendo su fuerza e integridad frente a los requerimientos y realidades sociales.

Alternamente, una democracia constitucional debe fundarse en la presencia de principios como la equidad, la justicia y el debido proceso; su aplicación en serio facilitará la coherencia en los pronunciamientos judiciales (en la consolidación del precedente y/o la jurisprudencia), pues se espera siempre un pronunciamiento basado en la imparcialidad y en el tratamiento igualitario y digno de casos con hechos relevantes similares, como práctica colectiva de la justicia (Dworkin, 1989).

En este marco, el juez en su rol ciudadano debe basar su actividad de razonamiento judicial¹³, en la defensa de un progresismo de los derechos humanos, de una cultura política secular y pluralista que defienda la existencia de la sociedad como marco de conflicto, deliberación y composición¹⁴, sin que ello implique en ningún caso desconocer la participación igualitaria de todos los deliberantes.

De este modo, la trasgresión de estos mandatos provoca no sólo una responsabilidad jurídica, sino también moral y política. Esto principalmente porque existe la posibilidad de obtener respuestas correctas en el Derecho (Dworkin, 1984), o en otro sentido, el adjudicador y el sistema jurídico, e incluso el sistema político, deben mantener, al menos, la pretensión de obtener tal resultado (Alexy, 1993). Y es que ese juicio es concordante con la lucha por la vigencia amplia y extensiva de la moralidad política, valga decir, con el propósito de que la respuesta correcta se presente como un ideal moral capaz de generar un consenso mínimo sobre la Constitución, entendiéndola como cuerpo normativo y político material.

Sin embargo, como referencia, Alexy –citado por Arango– considera que la teoría de la única respuesta correcta, siendo sustancial e incluyente de los mejores principios constitucionales (Arango, 1999), evidencia ciertas problemáticas que hacen que no pueda ser lograda en todos los

¹³ En la práctica de una actividad decisional basada en la argumentación y en la consideración igualitaria de todos los argumentos relevantes en el caso concreto; en la aplicación de una discrecionalidad razonada y limitada por la axiología constitucional y en la consolidación de la mejor respuesta posible para un caso concreto. Según se asuma la tesis de R. Dworkin, particularmente la de la respuesta correcta se considerará inviable debido a la presencia de reglas y principios, a la integridad normativa y a los valores de la democracia constitucional, la presencia de discrecionalidad judicial.

¹⁴ Fines también congruente con la visión del constitucionalismo democrático, expuesto por ejemplo por autores como Robert Post y Reva Siegel (2013).

casos, sino solo en algunos, tales como, la limitación de tiempo, información, las problemáticas lingüísticas, las divergencias conceptuales, las dificultades que implican los roles de las partes vinculadas al caso concreto, la presencia de prejuicios (Alexy, 1993). Por tanto, para Alexy la teoría de la respuesta correcta actúa como un límite y un elemento regulativo que puede facilitar hallar respuestas satisfactorias en algunos casos.

Pero la tesis según la cual es posible obtener respuestas correctas representa más que una aspiración en la aplicación e interpretación del Derecho, una idea regulativa (Alexy, 1993) que pretende vincular al lado de la justicia un valor o virtud como la integridad (Dworkin, 1989). Elemento incluyente y axiológico que refleja una adecuación necesaria del Derecho a la democracia y al principio de igual consideración, particularmente en situaciones límites que confrontan la sociedad y la efectividad de los derechos fundamentales como cartas de triunfo frente a las mayorías (Dworkin, 1999).

Es en ese espacio donde el paradigma del juez Hércules¹⁵ aparece como exaltación virtuosa, un arquetipo judicial, que defiende la autonomía e igualdad dentro de la comunidad política; contenido garantizado con la elaboración de la mejor argumentación posible en un caso concreto y en concordancia con una cadena narrativa e interpretativa que relate una conexión entre el presente y el pasado¹⁶, y señale de forma paralela una línea hacia el futuro que enlace próximas problemáticas o la evolución de las debatidas. Dadas las cosas, el Derecho como integridad es también una confrontación directa al poder judicial, pues exige del juez la elaboración de un discurso coherente, tanto en la esfera teórica como material, máxime cuando dispone de un cúmulo normativo que lo aproxima a la respuesta correcta, bien como creencia o deber regulativo.

¹⁵ En exposición del maestro Rodolfo Arango (1999, 116), citando a H.W. Fischer, el modelo de Hércules es una metateoría que invita a los jueces a construir una teoría integral del Derecho y aplicarla en la resolución de los casos difíciles.

¹⁶ Dworkin (1989) concibe la cadena narrativa como un método que permite participar en una práctica jurídica y social, en la que diversos jueces y actores participan, a manera de una novela escrita en cadena, en la que todos hacen un aporte congruente; debiendo estudiar lo dicho por su antecesor para poder continuar y garantizar su transcurso. Este esquema asegura una participación democrática, pues diversos actores podrán participar con sus argumentos y ser tratados igualitariamente. Pero requiere como deber el conocimiento de la práctica y de lo que debe ser una buena novela o narrativa, con el fin de reducir el riesgo de su afectación tendenciosa.

Desde el presupuesto de la respuesta correcta cualquier juez inspirado en la figura de Hércules¹⁷, como figura sobrehumana dotada con suprema erudición, habilidad y paciencia frente a las capacidades ordinarias de que goza cualquier adjudicador (Dworkin, 1989); simboliza un compromiso moral metafísico, ya que exige la consecución de virtudes, más allá de los niveles que el hombre más prudente y persistente podría lograr, pero que reguladas bajo la idea de postulados morales capaces de ser optimizados en cada conflicto o situación, constituyen una medida de excelencia y consciencia sobre el rol que desempeña un juez en la sociedad y en la resolución específica de los requerimientos ciudadanos, se encuentren o no previstos en la legalidad, y en todo caso como concreción de la justicia.

Así, la teoría elaborada bajo el modelo Hércules y según la magnitud de la obra que se le encomiende, debe expresar un esquema de principios abstractos y concretos que reflejen una justificación coherente para todos los precedentes y para las estipulaciones constitucionales y legales (Arango, 1999, p. 107).

La argumentación dada por el juez inspirado en Hércules y en la posición de hallar la respuesta correcta, será el elemento determinante para la defensa de tesis decisional expuesta en un caso concreto; especialmente porque nada garantiza la paridad argumentativa de otros jueces, o que la decisión pueda tornarse cuestionable, ya que la visión del Derecho como integridad y la congruencia filosófica, política y moral de los argumentos expuestos en la decisión constituirán el rasero de legitimidad necesario para fijar el grado de corrección de la decisión.

Pero si generalmente se ha atribuido a los jueces un papel de punto de cierre en diversas discusiones dadas entre los diversos factores de poder y presión, dicha percepción debe evolucionar a una realidad en la que el

¹⁷ A manera de referencia es de indicar que Aulis Aarnio (2012, 38-39), plantea sus cuestionamientos a la figura del juez Hércules proponiendo una reflexión sobre: ¿qué pasaría si existieran dos jueces Hércules con iguales capacidades y racionalidad? ¿Serían capaces de resolver problemas axiológicos? Aarnio indica que la capacidad de Hércules para solucionar cualquier problema, lo convierte en un tirano platónico que dicta soluciones correctas al pueblo, lo que sería inviable en el mundo legal. Agrega, que el juez Hércules se parece más al filósofo platónico que solo garantiza la organización de decisiones unánimes o de compromisos oportunos entre los miembros de una comunidad legal en disputa. Pese a su cuestionamiento, Aarnio expone a manera de respuesta a sus dudas, que el juez Hércules no es un autómatas racional, ya que la interpretación es para Hércules un procedimiento creativo de nuevos caminos de razonamiento; Hércules es un ser creativo en el sentido material del término.

juez como actor calificado represente una instancia de reflexión superior, con alcances valorativos y de defensa de los valores y principios fundantes del constitucionalismo social y democrático.

Y es que ese compromiso no se limita a elaborar la mejor teoría posible para resolver la contradicción propuesta, sino que es exigible que el juez interprete, represente y entregue el estatus necesario a los intereses, fines y bienes ciudadanos, de manera que se lleguen a vislumbrar los niveles de disenso existentes y delinear un consenso sólido,¹⁸ que vaya más allá de sus difusores, pero que elija y respete el mejor medio; valga decir, que goce de la presunción de que la elección fue la más razonable y prudente políticamente.

En este marco, la respuesta correcta como deber moral implícito en el rol del juez, requiere una visión amplia y realista de la práctica y la cultura jurídica dada en la comunidad, al igual que de los valores y principios que la integran de manera directa o indirecta. Y en Dworkin (1989), tal resultado es brindado por el mismo Derecho, que aparte de ser concebido como un todo, evita posibles discrecionalidades del juez, lo que de forma paralela mantiene la presencia activa, procedimental y controlante del principio democrático, pues obliga al juez a iniciar un proceso constructivista que finaliza en la lucha por la obtención de la mejor respuesta posible en el evento concreto. Todo teniendo en cuenta el Derecho como medio legítimo capaz de realizar los fines sociales y ofrecer posibilidades de civilidad e igual consideración a cualquier persona.

La elección de la mejor teoría posible para afrontar la confrontación puesta a su consideración, consiste en un proceso de elección sobre elementos concordantes que lleven al juez a mostrar su convicción sobre virtudes fundamentales en la moralidad política, cuales son, la igualdad y la equidad (Dworkin, 1989); aspectos donde el juez debe comprometer sus pensamientos y adecuarlos conforme al sentido finalístico de los valores y los principios. Debe determinar si su concepción está lejana de ellos, o no responde a la lectura que necesita la comunidad política.

¹⁸ Consenso mínimo que puede entenderse como una concordancia adecuada entre derechos y deberes, además de ser una inclusión proporcional de los deliberantes, pues es proporcional que el entendimiento este basado en el convencimiento de que una parte posee la razón, de la vigencia de una respuesta que evite el sacrificio de un principio o un valor razón.

El proceso de recolección de los argumentos de la deliberación judicial y los de los actores que han participado en ella, como un esquema bajo el cual el juez elabora o descubre las posibilidades normativas y su estructura conforme a la constitución y a los principios de la moralidad política, puede guardar en inicio la aceptación como parte del Derecho de normas contrarias al derecho y a la moral, como tratamiento desigual o falta de imparcialidad. (Normas injustas)¹⁹.

Pero como se afirma es en inicio, pues pese a que sean normas aceptadas como parte del Derecho, no deben ser aplicadas y por tanto se verán excluidas de interpretación; siendo su permanencia en esta estructura sólo parte necesaria de la confianza en la fuerza material del Derecho como Integridad y en la necesidad de mantener la estabilidad del sistema jurídico, ya que si el Derecho es un todo, existieran normas que prevalezcan a normas injustas. Además, al estar dado al juez mantener la prevalencia axiológica del orden jurídico más allá de la mera legalidad, se defiende la aplicación y construcción de normas legislativas y jurisprudenciales más concordantes con el Derecho, la moral y la política; en general con los principios de la democracia constitucional.

Empero, lo anterior ha sido un punto de crítica importante a la teoría de la respuesta correcta, ya que según el criterio del profesor Mauricio García (1998), siendo una teoría iusnaturalista no es viable que admita una conexión necesaria entre Derecho y moral, y luego aunque sea una de sus etapas, como es la de concordancia o reconocimiento, pase a una función meramente descriptiva del Derecho existente donde se tolere, aunque no se admita, que normas injustas hagan parte del Derecho, lo que termina por derrumbar su pretendido sistema de coherencia moral.

Estas críticas, pueden resolverse con el argumento antes expuesto, pues si se pretende integrar un sistema jurídico guiado por la integridad del derecho, debe gozar de una confianza que legitime el proce-

¹⁹ Para H. L. Hart (1963, 199) en materia de normas injustas existe una cierta complejidad en la estructura de la idea de justicia. Pudiendo consistir en dos partes: una nota uniforme o constante resumida en el precepto “tratar los casos semejantes de la misma manera”, y un criterio cambiante o variable usado para determinar cuándo, para un determinado propósito, los casos son semejantes o diferentes. En este aspecto la justicia es como las nociones de lo que es genuino, o alto, o caluroso, que contienen una referencia implícita a un criterio que varía según la clasificación de la cosa a la que esas palabras se aplican.

so de construcción de sus decisiones, así como éstas deben gozar de un grado de corrección marcado por la igualdad, la imparcialidad y la equidad.

A la par, es necesario entender que de presentarse esa presunta aceptación se da simplemente en la etapa de depuración deliberativa, pues para construir la norma y la decisión más ideal es preciso conocer sus contrarios, es decir, para decidir e interpretar es necesario justificar, y eso no es posible sin la concordancia obtenida con los argumentos coherentes obtenidos de las relaciones complementarias del Derecho, por supuesto resaltadas por un elemento motivador, el caso difícil o la norma injusta.

2.2. UNA LIMITACIÓN SUSTANCIAL

Esta exposición refleja que la teoría de la respuesta correcta es una composición limitativa y regulativa de la actividad judicial; así como de la posibilidad judicial de creación únicamente discrecional de soluciones contrarias al Derecho; evento controlado también por los principios subyacentes de la moralidad política, de donde es clara la conexión con la argumentación jurídica y una deliberación que vislumbre con precisión y respeto la integridad de la comunidad jurídica y política²⁰.

Dicha deliberación debe estar guiada por una estructura de razonamiento distinta a la lógica formal o a la producción decisional mecánica²¹. La respuesta correcta debe responder a un intercambio de argumentos que genere el convencimiento necesario de que la respuesta obtenida es la mejor en el caso concreto, y al seguimiento de una cadena narrativa fundada en las decisiones del pasado, para estructurar la defensa de la moralidad política presente y futura.

Así, ese cúmulo de argumentos expresados por los actores del debate judicial y político, facilitan que la densidad del sistema jurídico no nuble la presencia efectiva de los principios de la moralidad política.

²⁰ El juez debe revisar y analizar las reclamaciones y argumentos de los actores que integran la comunidad jurídica y política; de los ciudadanos, de los movimientos sociales, etc. y confrontar sus discursos frente a la constitución.

²¹ La exégesis, aunque admisible en el estado de derecho, es manifiestamente insuficiente para sortear los retos de las contradicciones normativas y la aplicación de los principios de la moralidad política reflejada en la constitución.

A la par, la confianza en el poder judicial como defensor de la presencia de estos principios en el proceso deliberativo, frente a intentos de desconocimiento fáctico o argumentativo por parte de determinados actores de poder, es un elemento que refuerza el carácter contramayoritario de los derechos humanos y del control judicial; cuestión que no desvirtúa su origen democrático pues debe mantenerse el entendimiento y equilibrio entre el poder institucional y las diversas fuerzas sociales. En efecto, debe garantizarse el control de un posible autoritarismo de las mayorías y de la abolición o atentado a los derechos de las minorías, y en consecuencia de la democracia liberal.

Ahora, es adecuado reconocer el carácter estricto y práctico con que confronta Alexy (1993) la idea de una respuesta correcta, especialmente con el argumento de la incapacidad de generar un consenso en cada caso a resolver, cuestión que constituye una fuerte observación, máxime si se tiene en cuenta la diversidad de intereses propia de cualquiera de los integrantes de una sociedad; pero es de resaltar, que también esa diversidad es la que en muchos casos facilita decisiones razonables y congruentes con los principios de la moralidad política, estructurando la mejor teoría posible.

Llegar a un consenso implicaría un entendimiento que va más allá del reconocimiento de la diversidad; representa un diseño capaz de facilitar la coexistencia de varios fines, intereses y bienes, o en otro evento, de que el contrario, debe ser incluido en un espacio social y político donde se garantice su igual consideración; presupuesto básico de la idea de justicia en Dworkin (1989).

Entender las razones presentes en el debate y los principios que subyacen a él, es comprender que un grupo, una comunidad, o personas en determinadas circunstancias requieren de una igual consideración y respeto, conforme a las exigencias propias de la democracia constitucional y a los principios del estado social de derecho, que actúan como factores de control racional y de legitimación, especialmente debido a que los contenidos de la libertad, la igualdad²² y la dignidad gozan de constante debate en cualquier comunidad, siendo necesario privilegiar

²² Dworkin fundamenta su concepción de la igualdad en la concepción de la justicia de J. Rawls.

la versión que haga más progresiva la materialidad de la moralidad política (Dworkin, 1999).

Lo expuesto es congruente con dos caracteres básicos que evidencia la tesis de la respuesta correcta. El primero de ellos, relativo a la concepción de derechos preexistentes, y el segundo relacionado con el grado de avance de los sistemas jurídicos (Dworkin, 1989).

Así, en el primer aspecto, siendo una teoría liberal²³ está plenamente relacionada con el respeto a los derechos individuales y con una visión que los convierte en elementos legitimadores de cualquier actuación, o decisión a asumir en el futuro; como bienes jurídicos base del sistema jurídico y que deben ser tomados en serio (Dworkin, 1999), por lo cual no son sujetos de transacción utilitarista alguna²⁴, siendo prerrogativas frente a todo el mundo, estado y privados, y ante cualquier conflicto. Valga decir, el utilitarismo tolera que el Derecho debe servir exclusivamente al bienestar general, en mérito de lo cual puede precisarse disponer del sacrificio de los derechos fundamentales (Arango, 1999).

En ese marco, la visión política de la única respuesta correcta, como se ha tratado de evidenciar, requiere aparte de los derechos legales también de los morales para reforzar su realización. De ahí que corresponda al adjudicador, siguiendo al modelo del Juez Hércules, definir y justificar la priorización de estos derechos en un caso concreto, incluso superando desde la línea de la integridad normativa la ausencia de reglas específicas aplicables; definir un adjudicatario (o parte favorecida en el debate, o en el caso difícil); y, manifestar a través de su decisión la garantía a los derechos y principios, incluso fundamentado en principios preexistentes (Arango, 1999, p. 55).

²³ Teoría liberal entendida como vinculación al control del poder; la garantía de los derechos fundamentales, el carácter contramayoritario de los derechos; el carácter laico del Estado, la no intervención en la esfera personal por parte del Estado, etc.

²⁴ La doctrina utilitaria admite la posibilidad del sacrificio de los derechos individuales de ser necesario para la garantía de la mayor felicidad posible. Lo que puede llevar a instrumentalizar la persona, y a desconocer su valor y autonomía como ser.

El segundo carácter de la respuesta correcta, se centra en un ámbito problemático: la existencia de un sistema jurídico completo²⁵. Entendido como la existencia de un cúmulo de normas, reglas, principios, precedentes; suficientes para que un juez pueda resolver un caso a partir de la historia institucional de la comunidad (Arango, 1999, p. 56). Y esto es fundamental en la teoría de Dworkin (1989), ya que un sistema jurídico poco denso, o carente de tradición liberal, de derechos morales y legales adecuados, impedirían el control de la discrecionalidad y la obtención de la corrección. Su no existencia llevaría a decisiones totalmente discrecionales.

Frente a esta teoría, la posición de Alexy (1993) surge la idea de que cada contendiente guarde la pretensión de que la respuesta esgrimida por cada cual es la correcta; así la idea regulativa de la respuesta correcta puede persistir pero bajo la mirada de una solución relativamente correcta, pues no existe un punto objetivo que indique que en todos los casos se llegará a la plena corrección, sino que eso puede ser posible en ciertas ocasiones, generalmente marcadas por el convencimiento argumentativo.

Lo que debe prevalecer, se obtenga o no la respuesta correcta, es el deber moral de razonar adecuadamente en su búsqueda, esto, siguiendo las marcas de la argumentación jurídica y general y bajo los principios concomitantes y subyacentes de la moralidad política.

2.3. ALGUNAS PRECISIONES

La teoría de la respuesta correcta esta adecuada a una vinculación necesaria y complementaria entre derecho y moral²⁶, lo que sin embargo no la pone como una tesis totalmente iusnaturalista, sino más bien como un punto intermedio, contrario al precepto positivista de la separación en-

²⁵ Un sistema jurídico completo podría calificarse para Colombia en dos sentidos. Un primer sentido, con un sistema jurídico denso, con un admisible planteamiento técnico y con un sistema de valores, principios y directrices constitucionales de carácter liberal y social; con precedentes en constante formación, así como una amplia regulación de materias a través de reglas. Y en un segundo, un sistema jurídico carente de recursos, saturado, y con un capital humano que requiere constante capacitación para poder predicar un amplio conocimiento del sistema jurídico y la obtención de respuestas correctas. Este aspecto, haría que nuestro sistema no pueda considerarse como un sistema avanzado, pero tampoco impediría teniendo en cuenta los materiales jurídicos y morales disponibles poder obtener respuestas al menos adecuadas y deliberativas en nuestro derecho.

²⁶ Así mismo, la teoría requiere de relación con juicio de la práctica colectiva, institucional; de la ética, política y la filosofía política.

tre el derecho y la moral. Desde ese campo, el modelo Hércules construye principios abstractos y concretos que obtiene de los materiales jurídicos que componen la integridad; materiales congruentes con la realización de la justicia, como igual consideración y tratamiento digno. Esta actividad permite acceder a una justificación coherente para todos los precedentes y estipulaciones constitucionales y legales (Arango, 1999, p. 61). Así mismo, garantizar el derecho de la comunidad y los contendientes, de que se aplique la moral y los principios en que se fundamentan sus instituciones (Arango, 1999).

Esa complementación entre derecho y moral (contenidos éticos y filosóficos) es una relación que actúa a manera de construcción de un mejor instrumento social; en una relación que brinda utilidad y defensa a la comunidad y los derechos ciudadanos. Por esto, dicha unión debe apreciarse como sustancial y facilitar la expedición de decisiones judiciales incluyentes y garantes de los distintos órdenes sociales, siendo legítimo que el juez explique el ámbito de prevalencia de cierto estado de cosas, es decir, determinar el margen de acción de un derecho en conflicto, reprimir una omisión y reforzar el carácter de los deberes, como elementos de acción y no sólo de abstención, como expresión de solidaridad y cohesión social.

De otro lado, el razonamiento judicial como etapa de elaboración argumentativa de la respuesta que mejor resuelva el caso concreto e integre de manera útil los principios morales presentes en la práctica social y los dispuestos en la constitución, debe mantener en su contenido central los derechos individuales y sociales como límite sustancial a la arbitrariedad, y control efectivo a la discrecionalidad judicial y de cualquier autoridad que pretenda afectarlos injustificadamente.

Estos elementos, también propician la virtud de la corrección, apoyada en la moralidad política y en la adecuación (Dworkin, 1989). Así, la adecuación ofrece la oportunidad de la consideración de los juicios y teorías políticas en la búsqueda de la corrección. Al efecto, una teoría política sobre un caso concreto ofrecerá una mejor justificación que otra, si quien la defiende logra defenderla y resolver integralmente el problema, que quien se opone, o actúa como contrario (Arango, 1999, p. 64). La adecuación debe guiarse por la congruencia con los datos que interpreta y hacer armónicos los principios frente a la integridad normativa (Arango, 1999).

Así mismo, el razonamiento judicial debe lidiar con los prejuicios de los deliberantes y promover que todo argumento sea coherente con los fines constitucionales y de la moralidad, esto es, que sean sometidos a una prueba moral que permita juzgar su realización conforme a los principios fundantes del sistema jurídico, la evolución de la sociedad a un espacio de valor y crítica civil más amplio y según los intereses y prácticas legítimas de la comunidad; de forma que actúen como límite objetivo ante las valoraciones sesgadas y fundamentalistas, que en muchos casos privilegian el orden y la autoridad en lugar de una moderación que ponga a la moralidad como fuente legitimadora irreductible.

Por esto, el rol especial del juez lo convierte en un argumentador e intérprete sustancial indispensable en la lucha por una sociedad abierta que pretende materializar el constitucionalismo y una política humanista que abra el paso a una ciudadanía participativa e incluyente. Es así, como la aspiración de un acceso neutral al conocimiento del Derecho se convierte en un elemento irrealizable, ya que la relación de complementariedad y justificación entre la moral, la política y el derecho así lo relatan, especialmente a través de su ser articular: el juez²⁷.

Por tanto, no hay neutralidad si las estructuras constitucionales consagran en su núcleo los derechos humanos, razón suficiente para exigir un compromiso político o de solidaridad judicial e institucional respecto a su vigencia; hay compromiso político si se privilegia el Estado Social de derecho que exige una organización socio jurídica interventora y de ciudadanos activos, por vía de los derechos y deberes positivos, frente a las desventajas sociales existentes.

En igual sentido, serán los fenómenos sociales los que le otorguen objetividad a los juicios y hechos morales y defina su congruencia frente a la axiología constitucional; por tanto, la argumentación es la estructura que contribuye a desentrañar y a exponer frente a la sociedad las circunstancias que atentan contra ella. Y para ello, es necesario construir una argumentación incluyente, tanto desde lenguaje como desde los intereses legítimos de los participantes en el debate.

²⁷ Un ser que encarna garantías, pero también pasiones que pueden delinear su pensamiento e interpretación del derecho. Puede concebir el derecho como un medido emancipador o transformador, o como un órgano de expresión legislativa que controla la vida ciudadana, garantiza el orden y es lejano a la interpretación judicial, donde la ley es el elemento primordial.

En síntesis, la moralidad política se presenta como una fuerza limitativa vinculada íntimamente a la práctica social, más que a conceptos propicios del naturalismo religioso o racional (Arango, 1999). Por ello, siguiendo las afirmaciones del profesor Arango (1999), cabe agregar que el fundamento de la teoría de la respuesta correcta es político, y su objetivo es encontrar un postulado normativo correcto de acuerdo con la mejor narrativa posible de una práctica o un hecho social concreto, que permite elaborar un discurso y una justificación unida a la moral, la política y el derecho y facilitar el camino a una interpretación más adecuada y abierta.

Interpretación que debe ser expresión del compromiso político con la democracia constitucional y una política material, salvaguardada por jueces argumentativos, que apelan a la estructura del diálogo, buscan el consenso, respetan los disensos, y se limitan por los principios que fundan el sistema jurídico, todo bajo una pretensión virtuosa.

A continuación, se ofrece una sencilla descripción sobre algunos aspectos, que se propone, pueden complementar el proceso de obtención de la corrección, especialmente por su potencial para optimizar la argumentación y la adjudicación, y para complementar el deber ético jurídico del juez en tal búsqueda, se parta o no desde el modelo Hércules.

3. EL JUEZ Y LA SENSIBILIDAD

Incluir en el campo de las valoraciones que debe elaborar el juez, un elemento como la sensibilidad, significa que sus componentes integran un espacio de orden psíquico que fomenta la inclusión e integridad argumentativa y la protección de las prácticas colectivas legítimas, además de sus actores y argumentos constitutivos.

Así, Martha Nussbaum (1997) nos enseña como la razonabilidad y la racionalidad no riñen en grado alguno con las emociones, fundamento por el cual los juicios y valoraciones de cualquier orden poseerán un nivel de mayor corrección, concordante con la pretensión de corrección decisional, al igual que un grado de legitimidad y validez como expresión de una visión genérica e integral del sistema jurídico; y especialmente por reflejar los derechos individuales y sociales de los implicados a través de sus sensibilidades.

De hecho, el mundo de la moral y el carácter complementario del Derecho y la política están impregnados del fenómeno de las emociones, sin el cual no hubiera sido posible en distintas épocas enervar el carácter de rebeldía y beligerancia esencial del ser humano; razón por la cual las emociones refuerzan la eficacia de las distintas fuerzas sociales en la consecución de sus fines, aparte de motivar y potenciar su legitimidad según su capacidad de generar una síntesis social de convivencia que este más allá de las contradicciones y luchas ideológicas.

Así mismo, la defensa de la individualidad, la consciencia, la objeción, la expresión y en general de los derechos subjetivos en los que se fundan los sistemas jurídicos modernos responden a una carga consecuente con la de la axiología, la de las emociones de la solidaridad y la esperanza del orden y la justicia; a la par, se responde a su ausencia con cólera y temor, lo que en efecto produce crítica, rebeldía y la exigencia de un orden social por consciencia, en lugar de uno guiado por el autoritarismo y un tratamiento patrimonialista de los intereses sociales.

Ahora, pensar que una serie concreta de emociones puede estructurar una argumentación razonable y consecuente, lleva a reforzar una afirmación que rebate la objetividad como un elemento exclusivo e insuperable en la estructuración de los juicios, a la vez que indica que estos no son ajenos a la subjetividad emocional -como un suceso íntimo-, y que en efecto no son meramente subjetivos, pues aun en estos casos debe gozarse de unos criterios de objetividad que revelan y acercan la realidad deliberante presente en cada actor; al igual que defienden sus intereses y práctica colectiva. Ya que asociaciones basadas en una real neutralidad, solidaridad y resistencia son expresión de transformación de un entorno atentatorio de la vida y el territorio, es una defensa de la civilidad y de condiciones mínimas humanas, como la tranquilidad²⁸.

Es una condición moral reconocer y garantizar la vigencia de las emociones individuales y sociales como expresión libertaria y democrática; es participar de la vida social respetando la individualidad; representa un deber fundamental que cualquier ciudadano tiene que integrar en su rutina civil. Pero es en el rol del juez como ciudadano donde se hace exigible un

²⁸ Entendido como estado coetáneo a la felicidad y un fin social (Aristóteles) e individual (deber propio).

método decisional dialéctico e incluyente como lo impone una deliberación adecuada, donde sea viable una pretensión de corrección congruente y aplicable con el campo emocional.

Entonces, es deber del juez ciudadano como expresión de control político y judicial sobre la vigencia de los derechos humanos y de la constitución en sentido estricto, elaborar un análisis decisional incluyente capaz de discernir, hacer respetar y revelar el sentido y expresión de las emociones encarnadas en la vida de cada actor deliberante, o incluso de su identidad, pues genera una extensión analítica de la realidad y una defensa de la dignidad humana como pilar de la existencia de un instrumento socio jurídico como el Estado, valga decir, de la autonomía, la igualdad y los mínimos vitales como sustento de legitimidad y eficacia del derecho y la política, a la vez que presupuestos que mantienen la integridad como valor iluminador de las decisiones sociales.

También las emociones podrían corresponder a creencias individuales (Nusbaum, 1997, p. 96)²⁹, que reflejadas en el ámbito colectivo corresponderían a la axiología humanista expuesta en la constitución y conexas a los derechos humanos; como premisas de razonabilidad desde las que debe partir el juez en su búsqueda para desentrañar la sentimentalidad envuelta en una práctica colectiva legítima, como las culturales, o ilegítimas como las dadas en confrontaciones físicas o armadas³⁰.

Pero la existencia de un juicio que responda a una racionalidad o creencia concreta no garantiza la legitimidad de una fuerza emocional específica, pues parece claro que no es indispensable un sentimiento o un estado corporal para que nazca una emoción (Nusbaum, 1997); sin embargo, en el campo deliberativo gozará de mayor firmeza y representatividad aquella que dilucida un cúmulo argumentativo importante, que aquella que responda instintivamente a una motivación, lo cual no quiere decir que pueda ser valorada como razonable y mucho menos protegible.

²⁹ Martha Nusbaum (1997) cita a Crisipo quien identificaba las emociones según determinados tipos de juicios o creencias.

³⁰ Podría ilustrar esta última afirmación los ejemplos mostrados por Richard Rorty en su escrito *Derechos Humanos, Racionalidad y Sentimentalidad*, donde plasma las consideraciones y estado de conciencia de los serbios sobre los musulmanes, según las cuales estos no son humanos.

Por ello, no resulta defendible una carga emocional que desconozca la condición humana y fomente un retroceso en la civilidad extensiva que fundamenta los derechos humanos y sociales fundamentales³¹; así, llegar a considerar válido que un grupo de seres humanos nieguen a otros, bien sea en consideraciones culturales y de tradición; la posibilidad de ejercer y desconocer su carácter humano representa una argumentación contraria a la libertad, la igualdad y la democracia, y promueve que los principios de la autonomía y la dignidad, relaten prácticas excluyentes.

A la par, la sentimentalidad fundada en esta clase de agresiones significa una expresión de la intimidad y dignidad individual o colectiva, que debe ser resguardada y reestablecida, al igual que confrontada para generar un equilibrio que repare la ruptura sufrida en su integridad y evitar que el resentimiento sea el motor de la recomposición y del orden social deseado, bien lo ejemplifica de forma positiva el caso de Sudáfrica y negativamente el de Serbia.

En igual sentido, en Colombia existe una concepción según la cual actuar con la misma perversidad que actuaron ciertos factores irregulares es una forma de hacer justicia, cuando en realidad es aplicar injusticias; es desconocer la escogencia social de un tercero imparcial que solucione los conflictos (principio democrático), así como de la integridad de los derechos humanos.

En parte es un voto por las medidas inmediatas que sacien los deseos de venganza, y es en este aspecto donde dicha sentimentalidad con un origen indeseado busca soluciones guiadas por la revancha, haciendo necesario comprender el reto social de encontrar soluciones imparciales, viables y proporcionadas con víctimas, victimarios y sociedad, lejos del resentimiento pero sin condenar el no olvido como un derecho al luto y al recuerdo.

Dadas las cosas, el juez estará lejos de la respuesta correcta o de la pretensión de obtenerla, si desconoce el mundo de las emociones y de la sentimentalidad implícita o expresa en las personas que propician el

³¹ Ejemplifica esto, la sentimentalidad envuelta en los deudores del UPAC, quienes se veían avocados a un trato financiero injusto e inequitativo y que ponía en peligro e incluso retiraba el único bien por el que lucharon durante años: Su vivienda.

problema socio jurídico puesto a su valoración³²; lo que al hacer parte de una expresión popular y democrática actúa como control argumentativo y sustancial sobre una actuación jurídico política a la que se le encomienda la salvaguarda de la Constitución y de la moralidad dispuesta en ella, cuestión que justifica más su actuación y le impone encabezar una sociedad de intérpretes que mantenga el progresismo y la lucha por la una justicia más real, con una adecuada relación entre el ser y el deber ser.

En consecuencia, se propone que la idea del examen de sentimentalidad y el análisis de las emociones en el debate judicial complemente la corrección, pues potencia el proceso de obtención de respuestas únicas y correctas, y otorga mayor convicción a la decisión judicial, esto porque los actores verán consideradas integralmente sus posiciones litigiosas y sus motivaciones internas. Alternamente, significa una virtud adicional en el modelo Hércules, pues como erudito del Derecho y la Filosofía, evaluador de la práctica colectiva, optimiza su nivel argumentativo y la integridad misma, con la incorporación de la sentimentalidad relevante al caso concreto.

CONCLUSIONES

Es fundamental concluir que más allá de la vinculación política del juez frente a la sociedad, éste posee una regla de conducta sustancial dispuesta en la moralidad política vislumbrada en la Constitución política, los derechos y deberes humanos y las prácticas colectivas legítimas.

Adicionalmente, la actividad del juez marca un deber cuya proyección lleva a extender con mayor fortaleza las garantías del estado social de derecho a la vida común de los ciudadanos, lo mismo que a legitimar su labor al informar el proceso de formación de los juicios que integraran el mejor discurso posible sobre los casos puestos a su resguardo, y que se desarrolle reconociendo que el juez es parte de la sociedad y que representa una síntesis de roles que lo convierten en un actor social representativo en la

³² Por tanto, la idea de sentimentalidad y análisis de las emociones en el debate judicial complementa la corrección, ya que la potencia y otorga mayor convicción a la decisión judicial, pues los actores verán consideradas integralmente sus posiciones litigiosas y sus motivaciones internas.

vida democrática y constitucional; sin embargo, no el único por lo que sus juicios deben ser integradores e incluyentes, así como respetuosos de las prácticas sociales e institucionales.

El juez posee una independencia que le debe permitir liberarse de cualquier sectarismo, o posición ideológica concreta, sus decisiones deben estar guiadas por la racionalidad y una construcción argumentativa razonable; serán un parámetro social que confronten la adecuación de las propuestas en debate, o en caso de un error judicial manifiesto, argumentativo o interpretativo³³, controvertir en la arena política y en sede de constitucionalidad su distancia de la democracia y las libertades.

Por ello, la argumentación propuesta por los actores implicados y la del juez como punto de cierre, deberá poseer la mejor tesis que desarrolle los presupuestos expuestos en la Constitución, su idea será llegar a la respuesta correcta (Dworkin, 1989), o tener la pretensión de obtenerla (Alexy, 1993) en un marco de diálogo específico y como limitación sustancial a una discrecionalidad judicial, pues de un lado el derecho como integridad y de otro el discurso de la razón práctica, aseguran la consecución de una respuesta a cualquier caso.

Cabe considerar que la moralidad política es un campo de inclusión de orden psíquico, de respeto y tolerancia, de la asunción de una ética civil activa y resistente, de apropiación de los derechos y los deberes. Todo tras la línea de la solidaridad y la dignidad del ser humano, valga decir, de la política como transformación de un ambiente contrario a la integridad del hombre y de cómo otros hombres desde su rol pueden garantizar y defender su realización, esto es, como un diálogo y un debate constante y abierto.

³³ Puede ser el caso de las sentencias de la Corte Constitucional, que en su narrativa pasada, particularmente en el inicio del precedente (Ver: C 133 de 1994; C 355 de 2006) y antes de concretar la excepcionalidad del aborto, analizaron el caso del aborto empleando una interpretación demasiado conservadora del principio dispuesto en el artículo 11 de la constitución (Derecho a la vida) y una restrictiva del libre desarrollo de la personalidad y la autonomía, incluso usando un iusnaturalismo divino bajo el cual la vida es concesión de la divinidad. Así mismo, las que otorgan a la Constitución una interpretación que lleva a relegar a la población homosexual diciendo que ésta define como única opción protegible la heterosexual (Ver: C 569 de 1994), cuando lo más congruente con las libertades es que la Carta posee una neutralidad en ese sentido, pero que siendo una minoría deben gozar de toda la protección estatal frente a cualquier discriminación (Ver: C 481 de 1998).

Finalmente, debe indicarse que la moralidad política como contenido constitucional y humanista encuentra apoyo y aplicación en la teoría de la respuesta correcta, pues la corrección requiere de un sistema jurídico basado en la integridad, esto es, un sistema con reglas, principios, valores y directrices de diverso orden capaz de promover una adjudicación respetuosa del debido proceso, la imparcialidad, la racionalidad de las mayorías a través del respeto a los derechos de las minorías y la igual consideración; elementos que promueven en una democracia constitucional decisiones justas en casos concretos, y que unidas a la propuesta de consideración de la sentimentalidad y al deber ético jurídico de disciplina y perseverancia en la corrección que impone el modelo Hércules, representan una optimización de la búsqueda de la respuesta correcta y por tanto de decisiones más dignas para las personas.

REFERENCIAS

- Aarnio, A. (2012). *Sobre el Concepto de la Única Respuesta*. En: Hernández, C. A. y Ortega, S (Editores). *Hermenéutica y Raciocinio Jurídico* (pp.35-54). Bogotá, Colombia: Universidad Libre de Colombia.
- Alexy, R. (1993). *Derecho y Razón Práctica*. México: Fontanamara.
- Alexy, R. (1993). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales.
- Arango, R. (1999). *¿Hay Respuestas Correctas en el Derecho?* Bogotá, Colombia: Siglo del Hombre Editores, Ediciones Uniandes.
- Arango, R. (2004). *Derechos, Constitucionalismo y Democracia*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Aristóteles, (2009). *Ética a Nicómaco*. Madrid, España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

- Aristóteles, (2005). *La Política*. Madrid, España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Bobbio, N. (1997). *Derecha e Izquierda. Razones y Significados de una distinción Política*. Madrid, España: Editorial Taurus.
- Dworkin, R. (1999). *Los Derechos en Serio*. Barcelona, España: Editorial Ariel.
- Dworkin, R. (1989). *El Imperio de la Justicia*. Barcelona, España: Editorial Gedisa.
- García, M. (1998). Las Fronteras del Derecho. *Revista Pensamiento jurídico*, Facultad de Derecho Universidad Nacional de Colombia, número 8, pp. 25-50.
- Nusbaum, M. (1997). *Justicia Poética. La Imaginación literaria y la Vida Pública*. Barcelona, España: Editorial Andrés Bello Española.
- Habermas, J. (2001). *Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el Estado de democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid, España: Editorial Trotta.
- Hart, H. L. (1963). *El Concepto del Derecho*. Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot.
- Shue, H. (2002). *Mediando Deberes* (Traductor Everaldo Castro Lamprea). Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.

SENTENCIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C 133 de 1994. M. P.: Antonio Barrera Carbonell.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C 355 de 2006. M. P.: Jaime Araujo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C 569 de 1994. M. P.: Hernando Herrera Vergara.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU 559 de 1997. M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T 227 de 1997. M. P.: Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C 481 de 1998. M. P.: Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T 153 de 1998. M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T 1150 de 2000. M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T 025 de 2004. M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa.