

EL DERECHO COMO UNA DETERMINACIÓN
DETERMINADA Y DETERMINANTE: REFLEXIÓN
SOBRE EL ROL DE LOS VALORES EN EL ORDEN
JURÍDICO Y EN LOS SISTEMAS JURÍDICOS
*JUAN MANUEL RAMÍREZ MONTES**



LAW AS A DETERMINED AND DETERMINING
DETERMINATION: REFLEXION ON THE ROLE
OF VALUES IN THE LEGAL ORDER AND LEGAL SYSTEMS

RESUMEN

En este trabajo se pretende reflexionar sobre el concepto positivista del derecho, y cuestionar la noción de orden jurídico como sistema normativo autoreferencial, desde un punto de vista analítico y sociológico que identifica las determinaciones internas y externas, y pone el énfasis en el rol de los valores en el orden jurídico y en los sistemas jurídicos.

PALABRAS CLAVE: Derecho; Orden jurídico; Determinación; Valores; Interpretación.

* Abogado egresado de la facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia, especialista en Derecho Administrativo y en Derecho Constitucional, y magister en Derecho, con profundización en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, títulos obtenidos en la misma institución. Estudiante de los cursos válidos para el doctorado en derecho en la Universidad de Buenos Aires, en virtud del convenio ILAE - UBA. E-mail: jumramirezmo@gmail.com].

ABSTRACT

This study aims to reflect about the positivist aspects of the law, and question the notion of juridical order as a self-referential normative system, from a sociologist and analytic point of view that identifies the internal and external determinations, and emphasis the role of the values in the juridical order and its system.

KEYWORDS: Law; Juridical order; Determination; Values; Interpretation.

Fecha de presentación: 24 de abril de 2019. Revisión: 26 de abril de 2019. Fecha de aceptación: 3 de mayo de 2019.



INTRODUCCIÓN

En este trabajo se propone el cuestionamiento del concepto de derecho como “orden jurídico” que, a mi juicio, enaltece sobre manera el aspecto autoritativo del derecho, reflejado en la atención sobre las discusiones entre principios y reglas, y subestima la dimensión valorativa del mismo, obviando la importancia de los valores en el orden jurídico y en los sistemas jurídicos. En consecuencia, su desarrollo se estructurará en dos partes. La primera, consiste en una crítica de la perspectiva positivista. La segunda, busca resaltar la importancia de los valores en los sistemas jurídicos, a partir del entendimiento del derecho como una determinación, determinada y determinante. Veamos:

PRIMERA PARTE:

CRÍTICA A LA PERSPECTIVA POSITIVISTA DEL DERECHO

ALCHOURRÓN y BULYGIN (1976, pp. 3 y 4) señalan que la idea, según la cual, las normas jurídicas no se encuentran aisladas, sino que hacen parte de un conjunto de normas, denominado orden jurídico, está muy difundida entre los abogados y es ampliamente aceptada por ellos. De igual forma, indican que el “orden jurídico” ha sido objeto de estudio y uno de los temas centrales de la teoría general del derecho. Sin embargo, los resultados alcanzados en su definición no corres-

ponden a los esfuerzos realizados, ya que las explicaciones conocidas no van mucho más allá de una noción intuitiva, que ha sido aceptada y usada por los juristas.

Para tratar de dar un poco de claridad sobre el entendimiento del concepto de derecho, lo definen como un “orden jurídico”, esto es, una secuencia de sistemas jurídicos, definidos a su vez, como conjunto de normas, que pueden tener una existencia continua o discontinua, al ser relativos a un momento determinado y a un acto de voluntad también determinado, promulgación/derogación. De esta forma, afirman que los sistemas cambian, pero el orden jurídico se mantiene como una entidad relativamente estable, coherente y consistente (ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1976, p. 16).

Lo anterior, conlleva una reflexión sobre la enseñanza del derecho en Latinoamérica, que se ha caracterizado por ser positivista, normativo, estatal, y autorreferencial, un sistema normativo producto de un monopolio estatal, que fundamenta la validez de las normas jurídicas a la sujeción de un procedimiento previamente definido para su expedición y a la subordinación a otras normas de superior jerarquía; su eficacia a la aplicación de un espacio delimitado, que generalmente se reduce al entendimiento del territorio nacional; y su legitimidad en la ficción de la soberanía popular y de la ley como manifestación de la voluntad general.

De igual forma, se ha comprendido que el orden jurídico asume una actitud neutra u objetiva para valorar la legitimidad, validez y eficacia de la norma jurídica, a partir de hechos verificables. Por ejemplo, que emane de ciertos órganos, mediante cierto procedimiento, o que sea efectivamente obedecida durante un tiempo por cierto grupo de personas, y no la mayor o menor correspondencia con un sistema de valores (BOBBIO, 1965, p. 42).

Sin embargo, se advierte, como lo hace ATIENZA (2010, p. 78), que esta visión, que se puede catalogar como la predominante, no da un peso importante a la dimensión valorativa del derecho, y corre el riesgo de tornarse irrelevante al no brindar respuestas suficientes a discusiones centrales en la actualidad, tales como, los conflictos entre los principios y derechos constitucionales, debido a que las herramientas para resolver tales conflictos se encuentran, necesariamente, más allá de lo que el constituyente o legislador ha ordenado, y no pueden hallarse en otro lugar más que en los juicios de valor que subyacen a las mismas.

A su vez, algo similar ocurre con la discusión sobre las excepciones implícitas a las reglas. Tan solo parece poder darse cuenta coherentemente de ellas como supuestos de sobre inclusión por parte de las reglas en relación con las razones, esto es, con los juicios de valor, subyacentes (ATIENZA, 2010, p. 78).

Esta falta de atención a la dimensión valorativa del derecho, puede explicarse en la medida que el positivismo jurídico al pretender responder a la pregunta ¿qué es el derecho? lo define como un conjunto de normas (GARCÍA MAYNEZ, 1974, p. 37) o sistema normativo determinante de las conductas humanas (KELSEN, 1960, p. 43), que tiene la particularidad de auto regular su creación y aplicación a partir del establecimiento de una cadena de validez y de la investidura de autoridad a personas e instituciones específicas para crear, interpretar y aplicar las normas jurídicas con la finalidad de ejercer control social.

La cadena de validez consiste en que la Constitución regula la legislación, entendida como la creación de normas jurídicas generales bajo la forma de leyes, y las leyes a su vez regulan las decisiones judiciales, actos administrativos y contratos, como actos creadores de normas jurídicas particulares (KELSEN, 1960, pp. 43 y 44).

Por otra parte, la teoría de la división de poderes permite investir de autoridad al legislador, como representante de la voluntad general que se manifiesta a través de la ley que, a su vez, es interpretada y aplicada al caso concreto por los jueces y debe ser acatada por quien representa al poder ejecutivo (GARCÍA PELAYO, 1983). Además, para que el derecho funcione correctamente debe existir una relación armónica entre eficacia, validez y legitimidad, en donde las personas obedecen la norma al ser creada por la autoridad competente, siguiendo un procedimiento establecido que concuerda con la ley como manifestación de la voluntad del pueblo soberano.

En relación con la definición de lo jurídico, el positivismo establece una distinción entre lo jurídico como aquella esfera de la actividad práctica del hombre que se diferencia de la moral, de la costumbre y de la economía (BOBBIO, 1965, p. 18), centrándose en la norma jurídica, entendida como un acto de comunicación que se presenta en un espacio y tiempo determinados, conforme a un sistema de normas que supedita su validez al seguimiento de un procedimiento previamente establecido u obedeciendo un contenido definido por normas

de mayor jerarquía (KELSEN, 1960, p. 19). Así las cosas, un hecho se considera jurídico en función de una norma que le atribuye determinadas consecuencias jurídicas (BOBBIO, 1965, pp. 21 y 22).

Es así como, el derecho se convierte en un sistema autorreferencial o circular; es decir, un sistema que tiene la cualidad de reproducirse y mantenerse por sí mismo, así lo planteó KELSEN:

... Un conjunto de normas determinantes de las conductas humanas y como un conjunto de conductas humanas determinadas por las normas. Normas que son creadas por individuos que poseen la calidad de órganos o sujetos de un orden jurídico, o lo que es lo mismo, órganos o miembros de la comunidad constituida por tal orden (1960, p. 45).

En el mismo sentido, LUHMANN indica que la positivización del derecho en la modernidad, lo constituyó como un sistema funcional especializado que establece un principio de diferenciación, mediante el código lícito/ ilícito, conllevando a una autodeterminación operativa del mismo sistema (NEVES, 1996, p. 10).

No obstante, esta visión es problemática porque corta las relaciones con otros sistemas, y, por ende, las determinaciones del derecho hacia y desde otros sistemas sociales. Lo anterior, porque limita la realidad a la norma jurídica y desconoce la existencia de otras variables que influyen en la acción humana, más allá de la consideración sobre la licitud de la conducta y su posible sanción. Situación que, dicho sea de paso, no le permite una comprensión integral del fenómeno de obediencia al derecho y verificación de su eficacia como determinante de las conductas humanas (FERRARI, 2004, p. 17).

Ahora bien, las determinaciones del orden jurídico pueden clasificarse en internas y externas. Las internas, corresponden a defectos del orden jurídico como: el tiempo, lagunas, contradicciones e indeterminaciones lógicas; mientras que las externas son derivadas de las relaciones con otros sistemas como: el lenguaje, la sociedad, la política, la economía, la cultura, la religión, la moral etc. Veamos:

En relación con las determinaciones internas es importante señalar que:

- El tiempo de un orden jurídico y de un sistema normativo tienen propiedades peculiares. Se trata de un tiempo discontinuo y discreto que está dado por los actos de promulgación y derogación de las normas. Una dinámica que implica que todo acto que crea una nueva norma deroga una existente y determina un momento nuevo y con ello un nuevo sistema (ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1976, p. 16). De esta forma, los sistemas cambian, pero el orden jurídico se mantiene como una entidad relativamente estable.
- Las lagunas o falta de completitud del sistema jurídico hacen referencia a una acción que no está regulada por el sistema jurídico, es decir, obedecen a una falta de regulación. También suelen asociarse a una regulación insatisfactoria, conforme a algún criterio valorativo, o una regulación deficiente causada por una indeterminación semántica que no puede ser llenada por un razonamiento lógico (ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1976, p. 19). La solución al problema es la expedición de una nueva norma.
- Las contradicciones tienen que ver con un exceso de regulación o superabundancia de normas, esto significa que el sistema tiene demasiadas normas en las que se permite y prohíbe al mismo tiempo una misma conducta. La solución al problema exige la eliminación de por lo menos una de las normas contradictorias. (ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1976, p. 20).
- La indeterminación lógica es la situación que se presenta cuando en lugar de un sistema aparecen varios sistemas alternativos. Es decir, no es fácil decidir cuál es la norma aplicable a un caso concreto. Aparece con mayor frecuencia de lo que podría pensarse y se produce, por ejemplo, cuando el legislador emplea una cláusula general que deroga todas las normas que se oponen a una norma dada, sin especificar cuáles son todas esas normas (ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1976, p. 16).

En cuanto a las determinaciones externas, se puede decir que:

- La primera, es la dependencia del derecho, como acto de comunicación, del lenguaje. Premisa que ha sido abordada desde la teoría normativista de KELSEN hasta la filosofía analítica de la escuela de Frankfurt, cuyo máximo exponente es LUDWIG WITTGENSTEIN, y que por desbordar el alcance de este trabajo no se desarrollará.
- Esta determinación, del lenguaje, conlleva a una segunda: la interpretación del derecho, porque al tener las limitaciones del lenguaje, el sistema jurídico adolece de vaguedad y ambigüedad, defectos externos causados por el uso del lenguaje, lo que necesariamente genera que todo proceso de aplicación de la norma tenga un problema de interpretación, al que se encuentra avocado cualquier operador jurídico, en el sentido formal (jueces, abogados y funcionarios) por la posibilidad de errar y de tergiversar el significado del enunciado normativo, consciente o inconscientemente, de acuerdo a las limitaciones del interprete, bien sea, por su lenguaje, sus condiciones sociales, económicas, políticas, creencias, valores, conocimiento e ideología.
- Una tercera determinación se relaciona con el desafío del pluralismo jurídico, específicamente, el manierismo, entendido como la forma propia en la que diversas comunidades entienden y aplican el derecho dependiendo del contexto sociocultural, de conformidad con sus valores, prácticas y costumbres que se constituyen en categorías no propiamente jurídicas, y que incluso pueden ser contrarias a la cadena de validez. Caso que se vuelve crítico, por ejemplo, con la jurisdicción de paz, donde personas que no tienen formación jurídica fallan en equidad, y con la jurisdicción indígena, en donde incluso se profana¹ (ataca la pretensión autorreferencial) del sistema normativo “desde abajo”, al involucrar cosmovisiones diferentes a los “valores occidentales” en la definición de lo lícito y lo ilícito (ARIZA, 2010, p. 4).

1 Esta expresión se utiliza en el mismo sentido que la emplea ROSSEMBERG ARIZA, en su artículo “El derecho profano” cuando referencia que las jurisdicciones, indígena y de paz, profanan al derecho estatal y positivo.

- Una cuarta determinación consiste en la ideología y valores del operador jurídico. Así lo reconoce BERNAL (2003, p. 233) cuando afirma que los casos difíciles, caracterizados por el conflicto de derechos o principios de igual jerarquía, solo pueden ser resueltos por el operador jurídico, el juez, sobre todo, después de adoptar una postura material e ideológica.

Por ejemplo, en un caso difícil, relacionado con un escenario en el que, de acuerdo con sus leyes tradicionales, cuya aplicación está avalada por la Constitución, las autoridades de una comunidad indígena imponen al infractor de una norma tradicional una pena consistente en 60 latigazos, que atenta contra la integridad física de la persona. Ante esta situación, Bernal advierte que un juez más respetuoso de la libertad religiosa o de la autonomía de las comunidades indígenas, hará valer el punto de vista interno del afectado. Por el contrario, un juez más partidario de la universalidad de los derechos humanos y de la imposición de los valores de la sociedad mayoritaria, hará prevalecer la visión de esta última.

Teniendo en cuenta lo anterior, se propone una comprensión del derecho como una determinación determinada y determinante que asuma al orden jurídico como un sistema dialéctico, en el sentido de aceptar que se encuentra determinado por otros sistemas como el lenguaje, la sociedad, la política, la economía, la cultura, la religión, la moral etc., y que al ser aplicado a la resolución de casos concretos por los operadores jurídicos (abogados litigantes, jueces, funcionarios), quienes tienen múltiples visiones, creencias y valores, que pueden confluir o ser contradictorios, determinan nuevas realidades, incidiendo en los sistemas mencionados a modo de un proceso dialéctico (tesis, antítesis, síntesis) o construcción escalonada, que va evolucionando en la medida del desarrollo de los sistemas entendidos como interdependientes.

Un ejemplo de lo anterior, lo constituye en Colombia la discusión acerca de nuevos derechos, si se considera la evolución de los valores predominantes en la sociedad ha llevado a que hoy en día se presenten discusiones sobre la concesión de derechos a especies diferentes a la humana, derechos de los no humanos, y que en la práctica ha implicado condenas por maltrato animal al afectar a “seres sintientes”,

decisiones judiciales sobre la protección de animales, como el caso del oso “Chucho” que fue beneficiado por un *habeas corpus* por parte de la Corte Suprema de Justicia (Sentencia de la Sala de Casación Civil del 26 de julio de 2017, rad. n.º 17001-22-13-000-2017-00468-02), y órdenes de protección a los derechos de los ríos, caso del río Atrato, por parte de la Corte Constitucional (sentencia T-622 de 2016), entendiéndolos, al oso y al río, como sujetos de derechos.

SEGUNDA PARTE:

EL ROL DE LOS VALORES EN LOS SISTEMAS JURÍDICOS

Partiendo del entendimiento del orden jurídico como una determinación determinada y determinante, se defenderá la hipótesis según la cual los valores cumplen un rol fundamental en los sistemas jurídicos como consecuencia de la concepción neoconstitucionalista que otorga al Estado constitucional un carácter eminentemente principialista y valorativo, en donde la interpretación del derecho ya no se limita a un simple ejercicio de subsunción o ponderación, sino que asume la existencia de valores que determinan la cadena de validez del orden jurídico y jerarquizan los principios jurídicos dotándolos de contenido.

I. EL ESTADO CONSTITUCIONAL ES

EMINENTEMENTE PRINCIPIALISTA Y VALORATIVO

A partir de los modelos constitucionales que surgieron con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial y la superación del constitucionalismo decimonónico, las constituciones asumieron un fuerte carácter valorativo y finalista, al i) Positivizar valores que consideraron fundamentales en sus sociedades como la democracia, el trabajo, la solidaridad, la libertad, etc.; ii) Introducir un nuevo tipo de normas, denominadas principios que se constituyeron en mandatos de optimización; y iii) Consagrar derechos que el Estado tenía la obligación de realizar y garantizar, así como mecanismos de protección.

Lo anterior significó un cambio de paradigma en la interpretación de los sistemas jurídicos y de la teoría del derecho que generó nuevas corrientes de pensamiento y metodologías para la aplicación del derecho por parte de los jueces, quienes dejaron a un lado el for-

malismo y legalismo propio de su función de ser “la boca de la ley” y acogieron un rol como realizadores de los derechos. Es así como se dio un auge del principialismo a tal punto que, los derechos dejaron de provenir de normas con estructura de reglas, para depender de normas con carácter de principios con un alto grado de indeterminación que se concretaban en la solución del caso concreto.

ATIENZA (2010, pp. 80 a 82), ha tratado de describir los cambios provocados por el avance de este proceso identificando unos rasgos que permiten afirmar que el Estado Constitucional se caracteriza por ser eminentemente principialista y valorativo, veamos:

1. La importancia otorgada a los principios como ingredientes necesarios –además del de las reglas– para comprender la estructura y el funcionamiento de un sistema jurídico.
2. La tendencia a considerar las normas –reglas y principios– no tanto desde la perspectiva de su estructura lógica, cuánto a partir del papel que juegan en el razonamiento práctico.
3. La idea de que el derecho es una realidad dinámica y que consiste en parte en una serie de normas o de enunciados de diverso tipo, y en parte en una práctica social compleja que incluye, además de normas, procedimientos, valores, acciones, agentes, etc.
4. La importancia que se concede a la interpretación que es vista, más que como resultado, como un proceso racional y conformador del derecho.
5. El debilitamiento de la distinción entre lenguaje descriptivo y prescriptivo y la reivindicación del carácter práctico de la teoría y de la ciencia del derecho, las cuales no pueden reducirse a discursos meramente descriptivos.
6. El entendimiento de la validez en términos sustantivos y no meramente formales: para ser válida, una norma debe respetar los principios y derechos establecidos en la Constitución.

7. La idea de que la jurisdicción no puede verse en términos simplemente legalistas -de sujeción del juez a la ley- pues la ley debe ser interpretada de acuerdo con los principios constitucionales.
8. La tesis consistente en que entre el derecho y la moral existe una conexión no solo en cuanto al contenido, sino de tipo conceptual o intrínseco; incluso aunque se piense que la identificación del derecho se hace mediante algún criterio como el de la regla de reconocimiento hartiana, esa regla incorporaría criterios sustantivos de tipo moral y, además, la aceptación de la misma regla tendría necesariamente un carácter moral.
9. La tendencia a una integración entre las diversas esferas de la razón práctica: el derecho, la moral y la política.
10. Como consecuencia de lo anterior, la idea de que la razón jurídica no solo es razón instrumental, sino razón práctica en sentido estricto (no solo sobre los medios, sino también sobre los fines); la actividad del jurista no está guiada exclusivamente por el éxito, sino por la idea de corrección, por la pretensión de justicia.
11. La difuminación de las fronteras entre el derecho y el no derecho, y con ello la defensa de algún tipo de pluralismo jurídico.
12. La importancia puesta en la necesidad de tratar de justificar racionalmente las decisiones como característica esencial de una sociedad democrática.
13. La convicción de que existen criterios objetivos (como el principio de universalidad o el de coherencia o integralidad) que otorgan carácter racional a la práctica de la justificación de las decisiones, aunque no se acepte la tesis de que existe siempre una respuesta correcta para cada caso.
14. La consideración de que el derecho no solo es un instrumento para lograr objetivos sociales, sino que incorpora valores morales

y que esos valores no pertenecen simplemente a una determinada moral social, sino a una moral racionalmente fundada, lo que lleva en cierto modo a relativizar la distinción entre moral positiva y moral crítica.

Como se puede deducir de los rasgos planteados en los numerales 1, 2, 6 y 7, en el Estado constitucional se generó un cambio de estructura normativa con la inclusión de los principios que obliga a entender la cadena validez como una cuestión más compleja, que la simple sujeción de una norma a otra de superior jerarquía, y a un razonamiento práctico diferente que obliga al operador jurídico a interpretar y sujetar la aplicación del derecho conforme a los principios constitucionales.

En los numerales 3, 8, 9, 10, 11 y 14 se observa que el neoconstitucionalismo le ha otorgado una gran importancia a la dimensión valorativa del derecho, a partir de la aceptación de los valores como parte integrante de los sistemas jurídicos y establece una conexión entre el derecho y la moral que integra el derecho a otros sistemas obligando a un resignificación de la razón jurídica, como algo no meramente instrumental, sino como un razonamiento práctico que se orienta por la idea de corrección del ordenamiento y la pretensión de justicia en la resolución del caso concreto, mediante la realización de juicios de valor racionales.

En los numerales 2, 4 y 7 se plantea la interpretación de las normas no desde su perspectiva lógica sino desde el rol que juegan en el razonamiento práctico y de la interpretación como un proceso racional que debe tener en cuenta a los principios para conformar el derecho, más que como resultado de la aplicación de una metodología de subsunción o ponderación.

En los numerales 5, 12 y 13 aparece la argumentación como la superación del discurso descriptivo y como una carga adicional para el operador jurídico que lo obliga a justificar racionalmente sus decisiones a partir de criterios objetivos que le permitan a la sociedad controlar la decisión como una elección, en lugar de un razonamiento que afirme la existencia de una única respuesta correcta.

II. LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO NO SE LIMITA A LA SUBSUNCIÓN O A LA PONDERACIÓN

A partir del entendimiento de la interpretación como una actividad o proceso de racionamiento práctico, y no como resultado de la aplicación de una metodología de subsunción o ponderación, ATIENZA (2010, p. 39) propone que en el Estado de derecho existe una tensión entre dos polos que explica porque la interpretación es tan importante para el derecho. El primero de esos polos es la dimensión de autoridad que se representa por el imperio de la ley y la división de poderes. Señala que la importancia de la autoridad en el derecho es lo que hace que la interpretación juegue en este campo un rol esencial, a diferencia de lo que ocurre con el campo de la moral. El otro polo lo constituye la dimensión valorativa, representada en la interdicción de la arbitrariedad, la garantía de los derechos fundamentales y la necesidad de hacer justicia, esto es, de lograr el cumplimiento de ciertos valores respetando lo establecido por la autoridad.

Incluso plantea que la interpretación jurídica en el Estado democrático de derecho no puede verse simplemente como una cuestión de identificación y seguimiento de las pautas que rigen una práctica, sino, fundamentalmente, como una cuestión de mejora de esa práctica, o en otras palabras la pretensión de corrección de los sistemas jurídicos y del orden jurídico (ATIENZA, 2010, p. 41).

Es así como concluye que el resultado de esta tensión debe ser un ejercicio racional que busque una armonización entre la obediencia al legislador como límite de la interpretación –por qué interpretar– y la necesidad de hacer justicia, entendida como el cumplimiento de los valores y principios constitucionales –para que interpretar– (ATIENZA, 2010, p. 41).

En este orden de ideas, se puede afirmar que la interpretación va mucho más allá de un ejercicio racional de subsunción o ponderación y debe atender a una finalidad justificativa que armonice su resultado con la dimensión de autoridad y valorativa del derecho.

Es más, ATIENZA (2010, p. 104) afirma que, si se asume el derecho como una práctica social la interpretación conllevaría una determinada actitud y actividad interpretativa que parte de la aceptación de

reglas, principios y valores que dotan de sentido a la práctica, y que lo exigido o justificado por la práctica sea sensible a su sentido, esto es, que los valores tengan primacía sobre las reglas y, hasta cierto punto, contribuyan a conformarlas. La conclusión de esta práctica sería que todo el material jurídico debe interpretarse de manera acorde con la Constitución, como consecuencia obvia de su primacía. Pero también en priorizar las interpretaciones que conduzcan al máximo desarrollo posible de los valores y derechos fundamentales contemplados en ella.

En la misma línea de estos postulados, la Corte Constitucional de Colombia (sentencias T-382 de 2001 y T-407 de 2017) ha llegado a afirmar que una interpretación que no sea armónica y sistemática del ordenamiento jurídico a la luz de los valores y principios constitucionales se configura en un defecto sustantivo que admite la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales.

III. EN LA CADENA DE VALIDEZ

Como se mencionó anteriormente, el positivismo entendía la cadena de validez como una construcción escalonada en la que la Constitución regulaba la legislación y las leyes a su vez regulaban las decisiones judiciales, actos administrativos y contratos, como actos creadores de normas jurídicas particulares.

No obstante, con la entrada en escena de los valores y los principios, esta concepción se problematizó y surgió la necesidad de establecer criterios de identificación que permitieran determinar la identidad de los sistemas al orden jurídico y de las normas jurídicas a los sistemas, en atención a la obligación que tienen los jueces de aplicar las normas jurídicas válidas para la resolución de los casos concretos.

Al respecto, ALCHOURRÓN y BULYGIN (1991, pp. 271 a 278), consideran que ese criterio de identificación es la regla de reconocimiento que establece HART, comprendida como una regla conceptual que fija los criterios de identificación de un orden jurídico y de las normas que pertenecen a los diversos sistemas de ese orden.

No obstante, ATIENZA y RUIZ (1996, p. 124) advierten que la regla de reconocimiento, además de suministrar un criterio teórico de identificación de normas jurídicas presenta dos dimensiones prácticas: una primera, de guía de conducta (especialmente de la conducta

consistente en la adopción de decisiones jurídicas) y una segunda, de criterio de valoración (especialmente, también, de dichas decisiones).

Por otra parte, CACCILO distingue dos criterios básicos de pertenencia: la deducibilidad y la legalidad. La deducibilidad como la pertenencia al sistema cuando la norma es consecuencia lógica de las normas pertenecientes al sistema. La legalidad, cuando una norma pertenece al sistema si ha sido creada (promulgada) por una autoridad competente del sistema (BULYGIN, 1991, p. 261).

En este punto se propone que otro criterio de pertenencia puede ser la determinada correspondencia de una norma a un sistema de valores, de tal forma que una norma que no se ajuste al sistema de valores plasmado en la constitución sea excluida del sistema normativo. Pensemos en el valor de la democracia y en el principio democrático, según el cual todas las actuaciones de las organizaciones de la sociedad deben orientarse por la participación y elección de sus representantes.

En este orden de ideas, el reglamento de una organización no gubernamental, de un partido político o de un sindicato que no oriente su funcionamiento en el cumplimiento de elecciones y participación de sus integrantes para la selección de sus representantes y toma de decisiones podría ser excluido de su sistema normativo al ser declarado inconstitucional por ir en contravía del valor de la democracia y del principio democrático.

Finalmente, se concluye que lo anterior implica un entendimiento de la validez en términos sustantivos y no meramente formales, que tenga como criterio el respeto de los valores, principios y derechos establecidos en la Constitución.

IV. LOS VALORES DAN CONTENIDO Y DETERMINAN LA JERARQUÍA DE LOS PRINCIPIOS

ATIENZA y RUIZ (1996, p. 124), argumentan que todas las normas de un ordenamiento jurídico no contienen únicamente un elemento directivo o normativo en sentido estricto, sino también uno valorativo, afirmando que toda norma conlleva de forma implícita un juicio de valor. De igual forma, señalan que la referencia a valores es muy abundante en el lenguaje judicial, especialmente, cuando se trata de fun-

damentar una decisión en aquellos casos difíciles cuya dificultad proviene de que su resolución requiere la ponderación entre diferentes valores (por ejemplo, la libertad y la seguridad; el honor y la libertad de expresión; la vida y la autonomía personal, etc).

Del mismo modo aclaran que los valores suelen encontrarse consagrados en las constituciones y usan el ejemplo del artículo 1.1 de la Constitución española, donde se estipula que España se constituye en un Estado social y democrático de derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político (ATIENZA y RUIZ, 1996, p. 124). Una situación similar se puede observar en Colombia donde los valores presentes en el texto constitucional hacen referencia a que el Estado se encuentra fundado en el respeto de la democracia, el pluralismo, la dignidad humana, el trabajo, la solidaridad y la prevalencia del interés general (art. 1.º, Constitución).

En la dogmática jurídica, también se presenta la discusión en torno a valores, un ejemplo de esto lo conforma en materia penal la disputa entre dos posiciones a propósito de la concepción de la norma penal, como imperativo o como juicio de valor (ATIENZA y RUIZ, 1996, p. 124). Así mismo, en una norma penal existe un elemento directivo o imperativo como uno valorativo en el que, en una relación de prioridad, prevalece el elemento valorativo sobre el directivo (ATIENZA y RUIZ, 1996, p. 130) verbigracia, está permitido matar en legítima defensa, pero a un demente no le está permitido matar, aunque no se le pueda reprochar su conducta.

En otro orden de ideas, ATIENZA y RUIZ (1996, p. 131) advierten que en una norma pueden distinguirse dos aspectos: el directivo o, si se quiere, normativo en sentido estricto, esto es, de guía de la conducta; y el valorativo o de criterio de valoración (esto es, de justificación o de crítica). Asimismo, indican que suscribir un valor es un asunto de dos lados y las imputaciones de valor tienen un doble aspecto: tanto verbal como de comportamiento (de discurso y de acción abierta). Cuando se imputa a la persona N que suscribe el valor X, se respaldan las razones para esperar de N un grado razonable de conformidad con los modelos de manifestación característicos de suscribir X tanto en el discurso como en la acción (ATIENZA y RUIZ, 1996, p. 132).

En consecuencia, cabe precisar que un valor es un enunciado normativo que contiene un juicio de valor. El juicio de valor atribuye un valor positivo, negativo o indiferente a un objeto o varios objetos valorados. Atribuir un juicio de valor positivo significa afirmar que existe una razón para considerar justificado realizar la acción A o procurar que se produzca el estado de cosas. Por otra parte, atribuir un valor negativo a esos mismos objetos significa que existe una razón para considerar injustificado realizar A o procurar E. Además, A y E pueden ser indiferentes, si no existe una razón ni para considerar justificado, ni para considerar injustificado realizar A o procurar E. (ATIENZA y RUIZ, 1996, p. 137).

A su vez, los valores incorporados a los enunciados jurídicos pueden considerarse como la plasmación de los juicios de valor efectuados por quienes establecen los enunciados (las autoridades jurídicas) sobre ciertas acciones y estados de cosas (ATIENZA y RUIZ, 1996, p. 138).

Así pues, es importante señalar que en un sistema jurídico existen juicios de valor explícitos e implícitos. Implícitos cuando las autoridades aceptan que existe una razón para considerar justificado, injustificado o indiferente realizar determinadas acciones o procurar alcanzar determinados estados de cosas. Explícitos, cuando las autoridades expresamente plasman la razón para considerar justificada o no, la realización de acciones o estados de cosas (ATIENZA y RUIZ, 1996, p. 138).

De igual forma, las acciones o estados de cosas pueden ser intrínseca o extrínsecamente valiosas. Son intrínsecamente valiosas cuando se les atribuye valor positivo por sí mismas. Lo son extrínsecamente cuando la acción o el estado de cosas, en sí mismo considerado, es indiferente y lo que lo hace valioso es exclusivamente la conexión que se le atribuye con alguna acción o con algún estado de cosas que sea intrínsecamente valioso (ATIENZA y RUIZ, 1996, p. 138).

Dentro de lo intrínsecamente valioso se distinguen dos tipos de valores: los valores últimos y los valores utilitarios. Un valor último significa que se prescinde de sus consecuencias, no significa que no tenga consecuencias, sino que se valora con abstracción de ellas. Los valores utilitarios se caracterizan porque las acciones o estados de cosas que consideramos tales admiten un criterio superior de valoración. Finalmente, se resalta que los valores utilitarios están limitados

horizontalmente por otros valores utilitarios y verticalmente por los valores últimos (ATIENZA y RUIZ, 1996, p. 138).

Estos juicios de valor se plasman en las normas jurídicas y dan contenido a los principios jurídicos, ya que el aspecto justificativo de los principios es distinto según se trate de principios en sentido estricto o de directrices. Los primeros proporcionan una justificación última (dado que expresan valores últimos), pero no concluyente (hasta decidir cómo se resuelve la posible concurrencia de otros valores). En el caso de directrices la justificación que proporcionan no es última, puesto que solo contienen valores utilitarios que están limitados -negativamente- por los valores finales. En las directrices las relaciones entre los estados de cosas y las acciones es de tipo extrínseco o causal (ATIENZA y RUIZ, 1996, p. 140).

Ahora bien, ATIENZA (2010) indica que los jueces, y en particular los jueces constitucionales tienen que recurrir a principios, básicamente, cuando no existe una regla aplicable a la situación, o cuando existe una regla, pero ella es incompatible con los valores y principios del sistema; en estos últimos supuestos, la pretensión de la regla de servir como razón concluyente y excluyente falla, porque el aspecto directivo de la misma se separa del justificativo (ATIENZA, 2010, p. 96).

Sin embargo, la aplicación de principios para resolver casos no puede tener lugar de manera directa, pues los principios suministran solo razones no perentorias, razones, prima facie, que tienen que ser contrastadas con otras, provenientes de otros principios o de otras reglas. La aplicación de principios supone, por ello, una operación con dos fases: en la primera, se convierte el principio o los principios en reglas: esto es a lo que propiamente se le puede llamar ponderación; luego, en una segunda fase, la regla creada se aplicará según alguno de los anteriores dos modelos: el subsuntivo o el finalista (ATIENZA, 2010, p. 96).

Además, los principios en sentido estricto suponen la asunción de valores que se consideran como razones categóricas frente a cualquier interés. Las normas que recogen esos valores son los principios en sentido estricto y por tal razón prevalecen siempre frente a las directrices cumpliendo una función predominantemente negativa: evitar que la persecución de los intereses pueda dañar a esos valores (ATIENZA y RUIZ, 1996, p. 123).

Resta precisar que, según ATIENZA (2010, p. 76), los fines y valores que definen la práctica cumplen una función determinante en cuanto dan sentido y tienen primacía sobre las normas, vistas como razones para la acción, contienen una dimensión directiva, de guía de la conducta, pero también una valorativa o justificativa; que esos elementos pueden entrar en algún caso en contradicción; y que cuando eso ocurre, el último elemento, el valorativo, tiene primacía sobre el primero, esto es sobre el directivo.

V. EN LA PONDERACIÓN

La ley de la ponderación dice así: “Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia o satisfacción del otro”; y se concreta a través de tres variables en la fórmula del peso. Esas tres variables son: el grado de afectación de los principios en el caso concreto; el peso abstracto de los principios relevantes (según la concepción de los valores predominante en la sociedad); y la seguridad de las apreciaciones empíricas (ATIENZA, 2010, p. 99).

Frente a la ponderación BERNAL (2003, p. 232) advierte que como forma de resolver la contradicción entre principios no garantiza una articulación material de todos los principios jurídicos, es decir, no establece una jerarquía duradera de los principios, sino que, simplemente permite solucionar la contradicción a través de una “operación matemática” que privilegia un principio en un caso concreto, con una situación fáctica y normativa especialísima, que difícilmente se puede entender como una subregla de derecho aplicable a otras situaciones similares, vía respeto del precedente horizontal o vertical.

Además, recalca los límites racionales a la ley de ponderación, tales como la inexistencia de un criterio objetivo para determinar los factores determinantes del peso que tienen los principios en la ley de la ponderación, y que conforman la fórmula del peso, es decir, el grado de afectación de los principios al caso concreto, su peso abstracto y la seguridad de las premisas empíricas relativas a la afectación (BERNAL, 2003, p. 232).

En relación con el grado de afectación hay casos difíciles en los que las premisas que fundamentan la graduación, tanto fácticas, como

normativas y analíticas son extremadamente inciertas, como sucede cuando se involucra la libertad religiosa, que no puede ser determinada objetivamente en abstracto, sino que solo puede establecerse a la luz de la subjetividad del creyente. Por ejemplo, la gravedad de obligar a un evangélico a llevar a su hija al hospital o a un testigo de Jehová a autorizar la práctica de una transfusión de sangre, ya que para un creyente puede ser más importante la muerte bajo el cumplimiento de sus reglas religiosas, que la continuación de una vida en pecado.

A su vez, la variable del peso abstracto se funda en el reconocimiento de una jerarquización abstracta generada por los valores predominantes en la sociedad. situación que se presenta cuando, a pesar de que, dos principios que entran en colisión tienen la misma jerarquía, debido a la fuente en la que aparecen, por ejemplo, dos derechos fundamentales que estén en la constitución y tengan la misma jerarquía normativa, en ocasiones uno de ellos puede tener una mayor importancia en abstracto, de acuerdo con la concepción de los valores predominante en la sociedad. En el mismo sentido, señala que la jurisprudencia constitucional de diversos países ha reconocido un peso abstracto mayor a la libertad de información frente al derecho al honor o a la intimidad, por su conexión con el principio democrático, o a la intimidad y a la integridad física y psicológica sobre otros principios, por su conexión con la dignidad humana (BERNAL, 2003, p. 228).

CONCLUSIÓN

A pesar de que en Latinoamérica existe una tradición normativista y autoreferencial que subestima la importancia de la dimensión valorativa del derecho, se puede afirmar que los valores en los sistemas jurídicos modernos, surgidos después de la Segunda Guerra Mundial, tienen un rol muy importante, debido a que el Estado constitucional tiene un carácter eminentemente principialista y valorativo, en el que la interpretación del derecho ya no se limita a un simple ejercicio de subsunción o ponderación, y los valores se vuelven determinantes al momento de definir la validez de las normas jurídicas, así como las interpretaciones de las mismas, y cumplen una función de jerarquización de los principios jurídicos dotándolos de contenido. En este sen-

tido, se afirma que el derecho es una determinación que se encuentra determinado por otros sistemas como el lenguaje, la sociedad, la política, la economía, la cultura y la religión etc, y que incorpora valores, que a su vez, determinan su interpretación y aplicación para la solución del caso concreto.

BIBLIOGRAFÍA

- ALCHOURRÓN, CARLOS E. y EUGENIO BULYGIN. "Sobre el concepto de orden jurídico", *Crítica: Revista Hispanoamericana de Filosofía*, vol. VIII, n.º 23, México, UNAM, 1976.
- ARIZA SANTAMARÍA, ROSEMBERT. *El derecho profano: Justicia indígena, justicia informal y otras maneras de realizar lo justo*, Bogotá, Externado, 2010.
- ATIENZA RODRÍGUEZ, MANUEL. *Interpretación constitucional*, Bogotá, Universidad Libre, 2010.
- BERNAL PULIDO, CARLOS. "Estructura y límites de la ponderación", *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, n.º 26, España, Universidad de Alicante, 2003.
- BOBBIO, NORBERTO. *El problema del positivismo jurídico*, México, Fontamara, 1965.
- BULYGIN, EUGENIO. "Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos", *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, n.º 9, España, Universidad de Alicante, 1991.
- BULYGIN, EUGENIO. "Tiempo y validez", en CARLOS E. ALCHOURRÓN y EUGENIO BULYGIN. *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- FERRARI, VINCENZO. *Derecho y sociedad, elementos de sociología del derecho*, Bogotá, Externado, 2004.
- GARCÍA MÁYNEZ, EDUARDO. *Introducción al estudio del derecho*, México, Porrúa, 1974.
- GARCÍA-PELAYO, MANUEL. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, Alianza Editorial, 1983.
- KELSEN, HANS. *Teoría pura del derecho: Introducción a la ciencia del derecho*, México, Ediciones Coyoacán, 1960.
- RUIZ MANERO, JUAN y MANUEL ATIENZA RODRÍGUEZ. *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel, 1996.

