EL DERECHO IMPLÍCITO

MIGUEL H. JAIME C.

EDITORIAL TEMIS
OBRAS JURÍDICAS

EL DERECHO IMPLÍCITO

Jaime Contreras, Miguel Humberto
El derecho implícito / Miguel Humberto Jaime Contreras. -- Bogotá : Editorial Temis, 2014.
216 páginas ; 16 x 23 cm.
Incluye bibliografía e índice.
ISBN 978-958-35-1012-0
1. Hart, Herbert Lionel Adolphus, 1907-1992 - Crítica e Interpretación 2. Kelsen, Hans, 1881-1973 - Crítica e interpretación 3. Teoría del derecho 4. Filosofía del derecho 5. Positivismo jurídico I. Tít.
340.1 cd 21 ed.
A1446983

CEP-Banco de la República-Biblioteca Luis Ángel Arango

MIGUEL H. JAIME CONTRERAS

EL DERECHO IMPLÍCITO

EDITORIAL TEMIS S. A.
Bogotá - Colombia
2021



ANTES QUE EL LIBRO CIENTÍFICO MUERA

El libro científico es un organismo que se basa en un delicado equilibrio. Los elevados costos iniciales (las horas de trabajo que requieren el autor, los redactores, los correctores, los ilustradores) solo se recuperan si las ventas alcanzan determinado número de ejemplares.

La fotocopia, en un primer momento, reduce las ventas y por este motivo contribuye al aumento del precio. En un segundo momento, elimina de raíz la posibilidad económica de producir nuevos libros, sobre todo científicos.

De conformidad con la ley colombiana, la fotocopia de un libro (o de parte de este) protegido por derecho de autor (copyright) es ilícita. Por consiguiente, toda fotocopia que burle la compra de un libro, es delito.

La fotocopia no solo es ilícita, sino que amenaza la supervivencia de un modo de transmitir la ciencia.

Quien fotocopia un libro, quien pone a disposición los medios para fotocopiar, quien de cualquier modo fomenta esta práctica, no solo se alza contra la ley, sino que particularmente se encuentra en la situación de quien recoge una flor de una especie protegida, y tal vez se dispone a coger la última flor de esa especie.

© Miguel H. Jaime Contreras, 2021.
© Editorial Temis S. A., 2021.
Calle 17, núm. 68D-46, Bogotá.
www.editorialtemis.com
correo elec. gerencia@editorialtemis.com

Hecho el depósito que exige la ley.

ISBN 978-958-35-1012-0
2737 201400036500
ISBN e-book 978-958-35-1522-4

Queda prohibida la reproducción parcial o total de este libro, sin la autorización escrita de los titulares del copyright, por medio de cualquier proceso, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático.

Esta edición y sus características gráficas son propiedad de Editorial Temis S. A.

A la memoria de Carmen Sanjuán
y Clara Isabel Contreras de Jaime.

AGRADECIMIENTOS

Mi gratitud a todas las personas que contribuyeron para la elaboración de este texto y mi expreso reconocimiento a Delfín Ignacio Grueso, que me orientó en la indagación filosófica, y a Hubed Bedoya, por sus comentarios sobre la reconstrucción del pensamiento de KELSEN. Fue un privilegio contar con la orientación y la crítica señalada. Naturalmente que las falencias de este libro solo pueden atribuírsele al autor.

ÍNDICE GENERAL

PÁG.

Agradecimientos IX
Introducción 1

CAPÍTULO I

LA PREGUNTA POR LA LEGITIMIDAD
Y LA PREGUNTA POR LA LEGALIDAD

1. La distinción del poder político de hecho y el poder político legítimo 10
2. La posibilidad de legitimar el poder 13
3. Los nexos entre la filosofía del derecho y la filosofía política 16
4. Del Estado justo al Estado legítimo 20
5. Los modos de legitimación en Max Weber 24
6. La crítica de Habermas a la idea como Weber concibe la obtención de la legitimidad del Estado liberal por la legalidad 26
7. La efectividad como fuente de legitimidad 30
8. La legalidad como fuente de legitimidad 32
9. El decaimiento de la filosofía normativa y su rehabilitación 34

CAPÍTULO II

EL POSITIVISMO JURÍDICO Y LA DISCRECIONALIDAD
JUDICIAL EN KELSEN Y HART

1. La teoría pura del derecho y la discrecionalidad judicial en Kelsen 40
   A) Los presupuestos metodológicos de Kelsen: ciencia segura y moralidad incierta 41
   B) La separación del derecho y la moral en Kelsen 52
   C) De la legitimidad y de la norma básica supuesta 59
      a) De la legitimidad 59
      b) De la norma básica supuesta 62
   D) La discrecionalidad judicial en Kelsen. La ciencia del derecho, una disciplina en la que no conocen los científicos sino los jueces 67

PÁG.

2. El positivismo suave de Herbert Hart 76
A) La separación del derecho, la moral y la justicia en Hart 77
B) El contenido mínimo del derecho natural 80
1) Vulnerabilidad humana 80
2) Igualdad aproximada 81
3) Altruismo limitado 81
4) Recursos limitados 81
5) Comprensión y fuerza de voluntad limitadas 81
C) La crítica a las seis formas de pretensión de conexión necesaria entre derecho y moral 82
a) Poder y autoridad 83
b) La influencia de la moral sobre el derecho 84
c) El influjo de la moral en la interpretación del derecho 84
d) La incidencia de la moral en la crítica del derecho 85
e) La justicia mínima del control social por reglas 85
f) La validez jurídica y la resistencia al derecho 86
D) La norma de reconocimiento y la discreción judicial 88

Capítulo III

LA REHABILITACIÓN DE LA JUSTICIA Y LA CRÍTICA A LA CONCEPCIÓN POSITIVISTA DE LA DISCRECIÓN JUDICIAL

1. El predominio de la justicia y la razón pública en John Rawls 95
A) La preeminencia de la justicia 96
B) La idea de la razón pública 100
2. La crítica de Dworkin al positivismo y su concepción sobre la discrecionalidad judicial 105
A) La perspectiva metodológica de Dworkin sobre la teoría del derecho 107
B) La crítica a la regla última de identificación del derecho 113
C) La idea de derechos preestatales o morales y la legitimación del activismo judicial 116
D) La creación del derecho por los jueces y la discrecionalidad judicial 119
3. El restablecimiento del vínculo entre lo político y lo jurídico en Habermas 124
A) La razón práctica y la razón comunicativa 126
B) Sistema y mundo de la vida 131
C) La visión jurídica de Habermas 134
D) El paradigma procedimental del derecho 138
E) La comprensión dinámica de la Constitución y la discrecionalidad judicial en Habermas 143

Capítulo IV

LA IDEA DEL DERECHO IMPLÍCITO

PÁG.

1. El entorno de la idea del derecho implícito 151
2. La pretensión política de regular el ejercicio de la discrecionalidad judicial 158
3. La indeterminación parcial del derecho 162
4. Las ideas regulativas 174
5. El orden jurídico y el caso 178
6. La razón pública y los jueces 181
7. El derecho implícito 185

Bibliografía 193
Índice de autores 197

INTRODUCCIÓN

En un amanecer, en el año 399 a. C., entre los ciudadanos congregados en el ágora ateniense fueron escogidos por sorteo cerca de quinientos de ellos para juzgar ese mismo día a un ágrafo imperecedero, al viejo SÓCRATES. Según relata PLATÓN, 281 de los jurados encontraron responsable al maestro, mientras que 275 disentían de la condena; de ser así, evidentemente, medió apenas una estrecha diferencia que podría generar dudas del acierto de la decisión o, cuando menos, parece indicar la subjetividad que la informaba. Bastaba persuadir de la inocencia del acusado a tres de los jueces que lo encontraron responsable para igualar el veredicto, lo que a juzgar por el número de ellos, no sería un asunto difícil. Lo resuelto lo consideró el sentenciado a muerte una injusticia de los hombres, mas no de las leyes. Aunque algunos de sus seguidores le crearon la ilícita oportunidad de eludir su ejecución, SÓCRATES no quiso fugarse; prefirió ser víctima de una injusticia a realizarla. Evadir el resultado de un juicio al que se había sometido sin que mediara la fuerza o la sorpresa le parecía injusto, motivo de vergüenza y una conducta que no concordaba con sus discursos sobre la virtud. A pesar de estimar errado el fallo, lo respetó para no restarles fuerza a las leyes de la *polis*, bajo cuyo amparo había crecido y a las que no había querido renunciar durante sus 70 años de vida.

De los aspectos relevantes de este juicio, interesa subrayar que el jurado decidía sin deliberación y en conciencia, después de haber jurado votar de acuerdo con las leyes donde las hubiera, y en su defecto, lo más justamente posible. Este postulado presupone, por un lado, que la ley no lo regulaba todo, y por otro, que los ciudadanos, quienes por azar se convertían en jueces, tenían cierto sentido de justicia, el cual debía asistirlos para tomar la decisión en lo que no dispusiera la ley.

Con notable licencia puede estimarse que para acertar en su decisión, el jurado asumía una postura racional del modo como se entiende lo hacen actualmente los jueces. Si fuera así, cada uno de ellos tenía a su cargo, en la intimidad de su reflexión, determinar si existía ley sobre el punto que examinaba o si ante su ausencia se guiaba por lo justo. Les

concernía, además, establecer el significado y el alcance de las prescripciones legales o de la justicia, según lo que fuera pertinente, y fijar los hechos del caso y subsumirlos bajo los preceptos adecuados. Esto dicho con simpleza, porque estas operaciones, que no están exentas de valoraciones, no constituyen un orden sucesivo de pasos que en la práctica puedan encontrarse claramente diferenciados, dada la recíproca relación entre ellos que vuelve complejo el asunto.

Desde luego que por fuera de pretender cumplir con el deber que cada juez asumía con el juramento, era posible procurar contrariarlo, como ocurre cuando el jurado se decidía a ser infiel a la ley o ser inicuo, o prescindir del compromiso adquirido para decidir al azar o por pálpitos. En todo caso, los desatinos en la apreciación de lo normativo o de las pruebas, esto es, en la determinación del derecho o en la reconstrucción de los hechos, podrían conducir a un fallo errado. No obstante, al estipularse que la decisión se tomara en conciencia por un número representativo de jueces, vinculados a la ley o la justicia por el juramento, se descartaba cualquier otro control sobre el acierto de la sentencia, que no tenía que ser motivada. No se requería exponer argumentos para justificar la decisión; su corrección la aseguraba la aséptica dinámica de imparcialidad que regía la actuación, dentro de un contexto de legitimación política, pues el tribunal de los quinientos era algo más que un simple órgano de decisión judicial, en tanto se entendía que era el pueblo ateniense el que decidía[1].

Para las reflexiones que se harán, se supone que Sócrates estaba en lo cierto cuando consideraba errada su condena, pero no las leyes, lo cual significa que el marco de decisión impuesto por la legislación o la justicia y su adecuada concreción basada en una atinada apreciación de los hechos permitía darle al asunto una solución correcta, que en su perspectiva sería absolverlo de la acusación, así no pudiera estimarse que la resolución del caso fuera fácil, como lo sugiere la escasa diferencia de votos entre una y otra postura del jurado. Desde luego que para los fines de este libro no interesa si el fallo realmente fue errado —cualquier tesis al respecto no dejaría de ser una especulación más sobre un juicio cuya fidedigna reconstrucción histórica puede válidamente cuestionarse— lo que importa es dar por cierta la posibilidad de que las prescripciones generales, a las que deben atenerse los jueces, se orienten hacia un lado mientras que sus decisiones se dirijan hacia otro. Entre las posibles cau-

[1] De ahí que no solo fuera extraña la idea de recursos procesales, sino también de precedentes judiciales. Ver George H. Sabine, *Historia de la teoría política*, México, D. F., Fondo de Cultura Económica, 2006, págs. 36 y ss.

sas de esa divergencia no se da relevancia a la falibilidad humana, que es elemento constante en cualquier actividad, no susceptible de superarse, circunstancia que no alienta a teorizar al respecto. Así mismo, tampoco se ingresará directamente en el problema de la fidelidad del juez a la ley, puesto que la atención se centrará en la discrecionalidad que tiene el funcionario judicial para aplicar las normas jurídicas, aunque se dejará a un lado la que le asiste al reconstruir los hechos del caso que decide.

En suma, se evoca el juicio de SÓCRATES para dar por sentado que la discrecionalidad de muchos de sus juzgadores se orientó a su condena, cuando podían optar por su absolución, como otros lo hicieron. Dado que las oscilaciones en el arbitrio de los jueces se mantienen y puede anticiparse que se mantendrán, se trata de un tema que conserva actualidad e interés, pese a que no siempre se le haya dado mayor importancia. En la época del tribunal de los quinientos, las dificultades que ofrecía la discreción judicial no parecían tener mayor significación, pues la decisión de los casos se legitimaba como una expresión popular; sin embargo, esto no impidió que al dramático resultado del caso de SÓCRATES se le atribuya cierta incidencia en el pensamiento de PLATÓN para evitar su repetición[2]. Así mismo, en los tiempos primitivos, con una regulación fragmentaria y costumbres inciertas, quienes juzgaban tenían una capacidad de decisión muy amplia, amparada en una legitimación religiosa[3]; al juez lo respaldaba algo así como una inspiración divina. En estos dos momentos históricos, la fuerte legitimación del juez permitía reducir la conflictividad de la discreción; lo mismo ocurrió en épocas más recientes cuando, sobreestimando el saber jurídico y las capacidades del legislador, se suponía que el juez podría ser un simple vocero de la ley.

El término *discrecionalidad,* pese a ser relativo y tener distintos sentidos —fuertes o suaves—[4] que se le pueden anejar, se emplea adecua-

[2] JOSÉ RUBIO CARRACEDO explica el paso que dio este filósofo de una visión antropogenética de ética y política, en la que todos y cada uno de los hombres participan del sentido de pudor y de justicia a un modelo aristocrático e ilustrado en el que se distinguen dos niveles entre la elite gobernante y la clase económica, precisamente por la búsqueda de la fórmula para evitar que los resultados de este caso se repitiesen. *Paradigmas de la política. Del Estado justo al Estado legítimo,* Barcelona, Anthropos, 1990. pág. 20.

[3] FRANÇOIS GÉNY, *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo,* Madrid, Reus, 1925, pág. 521.

[4] RONALD DWORKIN advierte que la concepción sobre la discrecionalidad judicial difiere entre los positivistas modernos y los no positivistas, porque según los primeros los márgenes abiertos de las normas son colmados por cada juez de acuerdo con sus valoraciones y preferencias, las que conservan su carácter de acertadas dentro de dicho marco.

damente, como señala Dworkin, en un contexto de sometimiento a una norma o a una autoridad. Fuera de estas circunstancias, verdaderamente, resulta extraño hablar de discrecionalidad. Por lo pronto, esta expresión se usará para referenciar los casos en que lo decidido puede atribuirse más al juez que a la norma, excluido el error, que el funcionario estaría dispuesto a corregir de percatarse de él, y la infidelidad al derecho, evento en el que, más bien, se pierde el sometimiento al referente normativo y no hay pretensión de acertar. En el ámbito de la discreción, lo jurídico no deja de ser un asunto opinable que abre campos a las ideas de justicia, la política y, en general, a la valoración moral. En este entorno se hacen más visibles los nexos entre el derecho, la moral, la justicia y la política, a la vez que se agudiza la discusión sobre sus límites.

Por definición, la discrecionalidad judicial no puede superarse con la regulación jurídica positiva porque su existencia se debe precisamente a que las leyes no determinan cabalmente su adecuada aplicación. De este modo surge un ámbito en el que los jueces ejercen un poder propio, cuyo direccionamiento es objeto de disputa en tanto estos funcionarios no actúan como autómatas. Este poder se ve aumentado, y también la envergadura y complejidad del tema, cuando al juez que inspira el constitucionalismo contemporáneo, además de resolver controversias jurídicas interindividuales, le compete intervenir en la solución de conflictos macrosociales, en ambos casos con referentes normativos relativamente flexibles que no siempre son formalmente precisos ni incontrovertibles en su materialización. Al aumentarse el poder propio del juez en una época en que no parecen ser suficientes las fuentes que acríticamente lo podían justificar como son Dios, el pueblo o el legislador, se acrecientan los requerimientos de legitimación de la función judicial que limita o inhibe la injerencia del legislador o del poder ejecutivo en la resolución de estos asuntos, a quienes igualmente les cabe responsabilidad en la materia y que en las repúblicas tienen un origen democrático.

Así nos topamos con el problema de cómo se legitima en nuestro medio el ejercicio del arbitrio del juez, y aunque en algo pueda ayudar a su legitimación que el origen de su poder deriva del pacto constitucional que

---

En opinión de los no positivistas, la existencia de principios, morales en su contenido pero jurídicos en su forma u operación, permite que la discreción solo pueda entenderse en un sentido suave, es decir, como la potestad irrevisable de reconocer el derecho o de que los estándares no se aplican mecánicamente sino que exigen discernimiento. *Los derechos en serio,* Barcelona, Ariel, 1999, págs. 83 y ss.

incluye la necesidad de defender las minorías inefectivas políticamente, esto no parece ser suficiente para desentenderse del modo como ejerce ese poder. En este campo, para contribuir a esa legitimación vendría bien que el juzgador se guiara por la juridicidad, en su amplio sentido, que se encuentra implícita en el orden jurídico y el caso. Concebir la existencia de un derecho implícito como referente de la decisión en el ámbito de la discreción constituye, de ser posible, un elemento importante para brindarle aceptabilidad a la actividad judicial. Sin embargo, no puede perderse de vista que esta es una idea regulativa, por lo cual, más que interesar su verificación empírica, importa determinar si goza del valor requerido para convertirse en guía de la decisión judicial en el ámbito de la discreción, todo porque la relativa indeterminación del derecho no autoriza a este funcionario a decidir caprichosamente ni lo releva de la responsabilidad de procurar resolver acertadamente.

Conforme a lo expuesto, parece obvio que un iusfilósofo tendría mucho que decir sobre la discrecionalidad judicial y la posibilidad de regularla con fundamento en la moralidad, la política y la ideología. Pero así no ocurre con Hans Kelsen, quizás el más importante positivista jurídico[5] del siglo pasado, lo cual cobra explicación en que no estima posible adelantar postulados científicos al respecto. En efecto, su doctrina se caracteriza por la pretensión de excluir la influencia ideológica, política y moral del conocimiento del derecho para construir una ciencia jurídica pura en cuanto estaría descontaminada de esos elementos. Su pensamiento, forjado en los tiempos del declive de la filosofía política normativa, refleja tanto la visión positivista de la ciencia como del escepticismo de que la razón pueda fundamentar lo debido. Kelsen hace en lo jurídico lo que hace Weber en lo social, al restringir el conocimiento científico a la mera descripción de sus objetos de estudio sin permitir que en ello ingrese la perspectiva moral. Representan, entonces, la culminación de un proceso de marginamiento de la moral. Junto a la rigurosidad de las elaboraciones teóricas de Kelsen sobre el derecho, de ordinario consideradas con una consistencia interna refractaria a la crítica inmanente, lo convierten en un autor paradigmático, de obligada referencia, por lo cual para postular la existencia de un derecho implícito en el ámbito propio de la discrecionalidad judicial, que es el objetivo de este libro, es menester, entre otros presupuestos, descartar que su método para abordar lo jurídico y

[5] El sentido que se le da a esta corriente del pensamiento jurídico no es unívoco ni deja de tener matices, hasta el punto de que Kelsen criticó a los positivistas del siglo xix, y en la actualidad Luigi Ferrajoli lo considera un paleopositivista.

sus tesis sobre el derecho, y el de muchos connotados positivistas, sean satisfactorios, específicamente en cuanto le niegan utilidad a la racionalidad práctica en el direccionamiento de la discrecionalidad judicial.

La teoría pura del derecho, doctrina que elabora Kelsen en nombre de la ciencia, fundada exclusivamente en las formas jurídicas y con la decidida pretensión de ser neutral frente a cualquier idea política, moral o de justicia, ha sido criticada por artificiosa, pues parte de una hipótesis que hace el papel de axioma de su sistema. Si bien en su momento se opina al respecto, la crítica que interesa es la evaluación de sus resultados en el campo de la discrecionalidad judicial, en el que se hace visible que los límites entre el derecho y la moral no pueden trazarse arbitrariamente para obtener una pureza inexistente en lo social y conservar el análisis dentro de lo formal, sino al precio de referenciar un mundo jurídico precario. En este mundo no importa la legitimidad del derecho ni del poder político que lo sustenta. El conocimiento científico de lo jurídico sería ajeno a la moral, la ideología y la política, que se conciben como asuntos que escapan al saber y la racionalidad, dado que carecerían de la objetividad requerida para establecer la verdad. Por ello, las cuestiones valorativas quedan relegadas a un mero asunto de preferencia personal, por ende, sin validación racional para justificarlas, labor que se evita por no ser propia de una disciplina científica; en fin, como si la ciencia social y el conocimiento jurídico se agotaran en la descripción y no fuera importante ofrecer herramientas apropiadas para afrontar y solucionar los problemas prácticos que se presentan en estos campos.

Se sostendrá que por la pureza que adopta Kelsen en el estudio del derecho, su doctrina resulta recortada y, paradójicamente, incapaz de describir de manera cabal el derecho que es. A lo sumo puede constituir una aproximación importante al derecho sistémico —en la denominación de Wroblewski—, mas no logra dar entera cuenta del derecho operativo, es decir, del aplicado, el que vive en lo concreto, mediado por las ideas de justicia y fijado con cierta racionalidad práctica. Y es que en los ámbitos de la discrecionalidad y la indeterminación, el derecho que es no puede ser ajeno, hasta cierto punto, al que se entiende que debe ser. El observador en este entorno no puede precisar qué es derecho antes de la decisión judicial, pero el partícipe al que le corresponde resolver el caso está sujeto, cuando menos, a una regulación implícita, en aras de que su actuar no sea arbitrario. La función del juez no puede asimilarse en este caso de modo estricto a la del legislador, porque lo que percibe el observador como creación del derecho, el funcionario judicial lo hace bajo

la idea regulativa de decidir correctamente, de reconocer y adjudicar el derecho existente, aunque este no se encuentre explícito.

La sustentación de la idea de un derecho implícito obliga a contextualizar la consolidación de algunas ideas modernas, especialmente aquella que en la filosofía separa la pregunta por la legitimidad de la pregunta por la legalidad. Este tema constituye el primer capítulo del libro, destinado a brindar una orientación histórico-filosófica de estos aspectos; así, con apoyo en el pensamiento de Norberto Bobbio se introducen algunas nociones básicas para revisar la separación de la filosofía del derecho y la filosofía política; con Rubio Carracedo se muestran las variaciones de paradigmas de la organización estatal al respecto que van del Estado justo al Estado legítimo. Con el enfoque histórico-sociológico de Weber se repara en las diferenciaciones que caben hacer en este campo e incidentalmente se da cabida a la crítica que Habermas hace a la legitimación del Estado liberal por el derecho formal. Apenas habrá oportunidad de señalar la conexión de la filosofía política y la filosofía del derecho con la filosofía práctica de vocación normativa, aquella que más que pretender fijar un conocimiento, lo que procura es determinar la corrección de las acciones, es decir, establecer si son justas o debidas y abordar lo conceptual, descriptivo y empírico en función de dicha labor.

En un segundo capítulo se estudia el intento de Kelsen por depurar el conocimiento del derecho con la construcción de su teoría pura. Se reseña lo esencial de su doctrina, que en lo concerniente al método se centra en la separación del saber y el valorar, y del ser y del deber ser; se examina cómo aísla al derecho de la moral, y la hipótesis básica en que soporta el ordenamiento jurídico. También se revisa su idea de la legitimación y naturalmente se pondrá el acento en el aspecto de la discrecionalidad judicial, adelantando apenas algunas líneas de crítica sin agotarlas. Sigue un acercamiento a la visión de Hart sobre el derecho y la moral, puesto que si bien en este pensador se percibe un mayor espacio para los nexos entre ellas, lo que hace, en honor al método, es mantener la postura de la separación del derecho y la moral.

En contrapeso, en un tercer capítulo se presenta el pensamiento de algunos críticos de la tesis de la separación radical del derecho y la moral. Se mostrará cómo Rawls pretende cerrar la brecha abierta en la modernidad que distancia el derecho y la moral y la política y la moral. A continuación se le da un vistazo a su idea de razón pública, que podría tener alguna incidencia en la limitación de la discrecionalidad judicial y en la sustentación de la idea del derecho implícito. Luego se centrará la aten-