

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
DOCTORADO EN DERECHO**



EL CONTENIDO MORAL DE LAS DECISIONES JUDICIALES

RAMIRO ALEJANDRO CONTRERAS ESCOBAR

GUATEMALA, AGOSTO DE 2020

CONTENIDO

Introducción	i
Capítulo I: Sobre la relación entre derecho y moral	1
1.1. Enfoques teóricos sobre la vinculación o la separación entre derecho y moral	1
1.1.1 Los fundamentos del debate	2
1.1.2 Planteamientos teóricos contemporáneos	8
1.2. La propuesta teórica de Eduardo García Máynez frente al debate iusnaturalismo-positivismo	12
1.2.1 Positivismo jurídico	12
1.2.2 Iusnaturalismo	17
1.2.3 La superación del debate en la tesis de García Máynez	21
Capítulo II: El paradigma moral en el neoconstitucionalismo	25
2.1. Situación actual del neoconstitucionalismo	25
2.2. Constitucionalismo y neoconstitucionalismo	25
2.3. Sobre la conexión entre derecho y moral	29
2.4. La distinción entre normas y principios	31
2.5. La ponderación y la subsunción	34
2.6. Sobre la derrotabilidad y la ponderación	38
Capítulo III: La evolución del contenido moral de las resoluciones judiciales en el desarrollo del pensamiento iusfilosófico	45
3.1. Antecedentes	45
3.2. Acerca de los límites de la aplicación del razonamiento lógico en el derecho	46
3.3. El aporte de Godofredo Leibniz	48
3.4. El aporte de Hans Kelsen	53
3.5. El aporte de Georg Henrik von Wright	59

Capítulo IV: Una visión analítica sobre el contenido moral de las resoluciones judiciales	67
4.1. El modelo neoconstitucionalista	67
4.2. El significado del constitucionalismo	68
4.3. La Constitución y la democracia	69
4.4. El neoconstitucionalismo y la democracia	74
4.5. El neoconstitucionalismo y la omnipresencia constitucional	79
4.5.1 El papel de la ley en la concepción axiológica de la Constitución concebida como norma	84
4.5.2 La sujeción de los jueces al derecho	90
4.6. Los juicios fundados en la razón	96
4.6.1 El código de normas para un debate ideal	98
4.6.2 La potencialidad epistémica del debate intersubjetivo	101
4.7. El poder judicial y la función jurisdiccional	106
4.8. Interpretación constitucional y política constitucionalista	112
4.9. Visión analítica sobre el contenido axiológico de la decisión judicial	114
Conclusiones	121
Referencias	123

INTRODUCCIÓN

El contenido moral de las resoluciones judiciales se ha discutido desde mucho tiempo atrás en el ámbito de la filosofía del Derecho. La discusión, sobre todo, en tiempos posteriores a la segunda postguerra, se ha trasladado con bastante encono y abundancia hacia el campo constitucional. En este ámbito, se han caracterizado especialmente los siguientes tópicos que forman la estructura de la discusión: a) la oposición entre principios y reglas; b) la oposición entre ponderación y subsunción; c) la idea de que la Constitución no es simplemente un nivel más en la pirámide, sino que está pensada como un conjunto plural de valores, a través de los cuales se controla la legislación y; d) la oposición entre jurisdicción y legislación se traduce en la juridificación de toda cuestión política.

Desde la mitad del siglo XX, la difusión del Estado constitucional es incontenible, pero no lleva consigo la tradicional ideología constitucionalista ligada a la división de poderes. La Constitución representa, por el contrario, el vehículo para una doctrina más genérica de los derechos humanos, que, a su vez, empujan a la afirmación de políticas más o menos democráticas. Así, se ha desarrollado un difuso enfoque neoconstitucionalista que, en lugar de restringir los márgenes de indeterminación de las disposiciones, ha contribuido a ampliarlos y ha favorecido el desplazamiento de poder en la jurisdicción. Todo ello, en la contextual afirmación de la forma política democrática, de los sistemas del estado de bienestar y de su crisis, y también de la creciente internacionalización económica.

Del origen de la constitucionalización, pues, se llega a la introducción de las Constituciones densas, dotadas de un fuerte espíritu sustancial, aparentemente capaces de dotar de un sentido concreto a fórmulas lingüísticas abstractas. Estas Constituciones durante el proceso de concreción se revelan plastilina en manos de los intérpretes y contribuyen a evidenciar la crisis del parlamentarismo. El juicio sobre las leyes adquiere color propio, es decir, se parece más a una valoración de

las políticas implementadas o realizadas por el legislador. Juzgando de tal manera, sobre la base de los resultados, las leyes son más fácilmente invalidables y se consigue un posterior desplazamiento del poder dispositivo en favor de la función judicial y produce el correspondiente debilitamiento de la función legislativa y, como reflejo, también de la ejecutiva.

El modelo neoconstitucionalista, por tanto, funda su peculiaridad, sobre todo, a partir de la oposición entre principios y reglas, desarrollando una teoría de la interpretación específica para los principios. Partiendo de un general rechazo hacia aproximaciones descriptivas, amplios sectores del neoconstitucionalismo han ido recogiendo esta potencialidad, encontrando en esa vía una manera para tratar de reducir las dificultades que se derivan de la interpretación moral de la Constitución. El neoconstitucionalismo ideológico, por ejemplo, parece caer en los mismos errores políticos de los que acusa al positivismo jurídico: se caracteriza para afirmar la obligación moral de adhesión al Derecho conforme a las Constituciones. Se puede objetar que la validez de la ley no exime de la obligación moral de su crítica; que sea la Constitución u otra norma positiva, el Derecho no es la moral (sea cual sea), pues, ni puede hablarse de una obligación moral de obediencia al Derecho y no tiene sentido considerar que haya una obligación jurídica de obedecer a la moral. Este discurso funcionaría solo si se alimenta la misma creencia sobre la existencia de un mundo moral universal tal. De otra manera, es lícito plantear la pregunta de en qué modo la calificación de *positivización de normas morales* pueda limitar los sentidos incorporados por el texto. El significado, será asignado a la luz de alguna doctrina política que, en la mejor de las hipótesis, está quizá también en situación de dar un sentido sistemático, sino a todos, al menos a los principios considerados.

Cuando se habla de moral como si fuese un objeto puesto allí, a la vista de todos, como un árbol o un lago, parece siempre que se comete una confusión fácil y enorme. ¿Se habla de positivización de la moral? ¿Una moral universal? Dado que no existen morales objetivas, puede decirse que se trata de la llamada moral

crítica. Pero si así fuese, se trataría simplemente de una construcción social de una forma elaborada de manera teórica, sería también el producto de un cierto momento histórico, de un cierto desarrollo humano. Como la moral positiva, aquella cambia con el curso del tiempo y del espacio y no puede ser el dato fijo que permita eliminar la objeción democrática.

El discurso normativo es un producto positivo de manera distinta a como lo es la formulación de las leyes de la naturaleza. Y, en particular, el Derecho ostenta la característica de poderse avalar con la fuerza para su afirmación: es un orden impuesto sobre las personas; es artificial y pretende obediencia reivindicando también la propia legitimidad. En suma, el Derecho no explica el mundo y no afirma ser verdad, sino que sirve para modificarlo según ciertos fines o intereses. Esto no debería olvidarse nunca y, por el contrario, se mantiene peligrosamente ofuscado en el discurso que moraliza el Derecho.

Moral y Derecho son ambos discursos normativos. La moral crítica no es otra cosa que la representación de ciertas creencias sobre el mundo, de ciertos fines considerados buenos, de ciertos intereses recomendables que, aunque valiosa, no representa la verdad. Su imposición a través de un aparato jurídico no cambia el estado de las cosas, ni para un lado ni para otro: si una acusación no está probada, no se convierte en tal, aunque se intente justificarla con discursos morales en lugar de jurídicos. También en los viejos Estados constitucionales el debate sobre las cuestiones éticas sobre cómo y si el Derecho debe ayudar a una ética (y a cuál) a imponerse sobre todos, está todavía abierto. Si lo que se busca es la respuesta a problemas políticos, una investigación sobre el significado de las disposiciones constitucionales no será suficiente para proporcionarla. Y, por otra parte, ninguna respuesta jurídica podrá venir de un derecho que no es o no es todavía.

Algunos creen que los valores enunciados en los textos de las Constituciones densas fundamentan también la obligación moral de adherirse al

Derecho conforme con ellas. Esta parece ser una posición muy similar al iuspositivismo ideológico. Afirmar la verdad de una interpretación no cambia las cosas. La exigencia jurídica y política de controlar las decisiones judiciales, de poderlas leer como resultado de procesos racionales, no puede esconder su naturaleza constitutiva. Por el otro, la separación entre Derecho y moral es un corolario del liberalismo político que funciona como garantía de las libertades fundamentales en todo lo que no produce daño a otros, la utilización del Derecho como instrumento de refuerzo de la moral o, mejor dicho, de una determinada moral. La separación, por tanto, representa un doble margen: contra el poder de los jueces y su arbitrio moral; contra el poder del legislador y su tendencia a invalidar la vida moral de las personas. En la perspectiva garantista el Derecho entonces, no puede ser un bien necesario, porque es siempre la imposición de una de las morales que buscan afirmarse en la sociedad; esto no afecta en nada al hecho de que, como mal necesario, quizás es un instrumento hoy irrenunciable para imponer algunas restricciones al poder.

El problema a resolver se planteó de la siguiente manera:

¿Es jurídicamente válida para justificar el contenido moral de las decisiones judiciales la afirmación neoconstitucionalista que afirma que: el discurso del Derecho, teniendo un origen convencional no podría aportar por sí mismo razones para actuar, entonces no podría justificar realmente, ¿porque en un cierto punto la cadena de validez termina en (o nace de) normas no jurídicas? Por tanto, ¿para ofrecer decisiones justificadas debe necesariamente formar parte del más amplio discurso moral?

La hipótesis se formuló de la siguiente forma:

En primer lugar, hay una fundada sospecha de que el iuspositivismo, blanco de la crítica neoconstitucionalista sea, al menos en parte, un objetivo polémico construido ad hoc, porque la polémica neoconstitucionalista no dice nada respecto a los distintos iuspositivismos que existen. Entonces, el neoconstitucionalismo favorece la sobreposición de discursos en términos de legitimación a discursos en

términos de legalidad, en tal modo que niega la legitimidad de las derivaciones de normas según la nomodinámica kelseniana, para afirmar su sola validez de la derivación según la nomoestática. Por lo tanto, la pretendida descripción del Derecho ofrecida por el neoconstitucionalismo está fuertemente impregnada de idealismo y, en consecuencia, si la validez del Derecho se hace depender de fuentes extranormativas como la moral, se rompería la unidad del ordenamiento jurídico y se estaría introduciendo un orden superior metanormativo que no es identificable en términos puramente jurídicos, aumentando sobremanera la discrecionalidad judicial.

El presente informe de investigación consta de cuatro capítulos, en el primero se analiza la relación entre derecho y moral, en el segundo se trata el tema de los paradigmas morales del neoconstitucionalismo; en el tercer capítulo se desarrolla el tópico de la evolución del contenido moral en el desarrollo del pensamiento iusfilosófico y, en el cuarto capítulo, se desarrolla una visión analítica sobre el contenido moral de las resoluciones judiciales, y, por último, se trata de arribar a una conclusión objetiva que confirme la verosimilitud de la hipótesis formulada en el diseño de la investigación.

CAPÍTULO I

Sobre la relación entre derecho y moral

En el presente capítulo se pretende arribar a alguna conclusión válida sobre la relación entre derecho y moral, específicamente, si se trata de una relación conceptual (necesaria o lógica) o una relación empírica (sobre lo cual existe aceptación general), en ese sentido, se analizarán algunas de las principales propuestas acerca de la relación entre derecho y moral.

1.1. Enfoques teóricos sobre la vinculación o la separación entre derecho y moral

Francisco Laporta manifiesta que “el problema de las relaciones entre moral y derecho no es *un* tema de la filosofía jurídica, sino que es *el* lugar donde la filosofía del derecho *está*”¹. Mucho se ha escrito en torno a este tema y, como señala Ernesto Garzón Valdés, “difícilmente se encontrará algún filósofo del derecho que no haya dedicado alguna parte de su obra a intentar dilucidar sus posibles relaciones”². Dos son las posibilidades básicas concebibles respecto a la relación entre derecho y mora: la tesis de la separación y la tesis de la vinculación. (En las citas, si usted resaltó con cursivas debe insertar [cursivas añadidas], inmediatamente después de las palabras en cursivas, tantas veces como haya resaltado con cursiva. Aclare en todas las citas).

¹ Laporta, Francisco. *Entre el derecho y la moral*. Editorial Fontamara. México. 1993. pp. 7.

² Garzón Valdés, Ernest. Derecho y moral. En: Vásquez, R. (compilador). *Derecho y moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*. Editorial Gedisa. Barcelona. 1998. pp. 19.

1.1.1 Los fundamentos del debate

Durante las cuatro primeras décadas del siglo XX se impuso la tendencia no a la vinculación, sino a la separación entre la ética y las ciencias humanas y sociales. Esta tendencia puede percibirse claramente en tres ejemplos significativos: el de Lionel Robbins en economía con su libro *Ensayo sobre la naturaleza y significado de la ciencia económica* de 1935; el de Hans Kelsen en derecho con su *Teoría pura del derecho* de 1934; y el de Julius Ayer en filosofía con su *Lenguaje, verdad y lógica* de 1936, sin olvidar por supuesto los trabajos que de tiempo atrás venía realizando en el ámbito político y social Max Weber.

Todos estos autores asumían con más o menos diferencias la postura que en ética se conoce como *no cognoscitivista*. Así, para Robbins:

Los juicios de valor de naturaleza ética deben ser desterrados del campo de la economía. Si se quiere hablar de una economía normativa, lo único que puede aceptarse es la formulación de reglas para el uso de recursos escasos, dentro del marco de un mercado libre, con miras a la obtención de fines dados de antemano. La justificación de estos fines supera los límites de la razón³.

En su *Teoría pura del derecho*, Kelsen abogaba por una separación radical entre moral y derecho:

Esta separación es la que asegura la *pureza* del derecho. A diferencia de la moral, cuyo sistema normativo es estático, el del derecho es dinámico; es decir, requiere para la creación de sus normas de actos volitivos dirigidos a la persecución de sus fines⁴.

³ Robbins, Lionel. *Ensayo sobre la naturaleza y significación de la ciencia económica*. Fondo de Cultura Económica. México. 1986. pp. 177.

⁴Kelsen, Hans. *La teoría pura del derecho*. Editorial Porrúa. México. 1991. pp. 78.

Estos fines señalados por Kelsen, al igual que en Robbins, escapan a todo intento de justificación universalmente válida. Según Kelsen, si el positivismo jurídico quiere ser congruente debe descansar en un relativismo axiológico.

Para Ayer “los juicios éticos se reducen a expresiones de estado de ánimo, de aprobación o de rechazo”⁵. En la filosofía del derecho, Alf Ross, digno representante del realismo jurídico escandinavo, recogía esta versión emotivista de la ética en su libro *Sobre el derecho y la justicia* (1958), en el que sostendría que “decir que algo es justo es equivalente a dar un puñetazo sobre una mesa como señal de desaprobación”⁶. “Hasta la década de los cincuenta, inclusive, la posición no cognoscitivista de Kelsen fue la predominante en el pensamiento iusfilosófico”⁷.

La segunda guerra mundial provocó una enorme conmoción que se extendió desde la total desconfianza en la razón hasta el intento de buscar nuevas vías teóricas para superar el escepticismo ético. Una de estas vías se dio a partir de un renacimiento vigoroso del iusnaturalismo que, desde 1945, se prolongó con fecundidad hasta principios de los setenta.

Al analizar a los pensadores que reúne y analiza Luis Recaséns Siches en su libro *Pensamiento Jurídico en el siglo XX* –Brunnr, Messner, Verdross, Maihofer, Welzel, Maritain, Leclerq, Villey, Bodenheimer, Fuller, Legaz y Lacambra, Preciado Hernández, por citar solo algunos–, es notorio el entusiasmo de un filósofo que ve un futuro prometedor para la doctrina del derecho natural. La realidad, sin embargo, lo desmintió.

En no pocos casos el isunaturalismo ha terminado mostrando un carácter ideológico muy cercano a posiciones ético-religiosas que, por lo general, resultaron difícilmente coherentes con los postulados de doctrinas democrático-liberales y, en

⁵Ayer, Alfred Julius. *Lenguaje verdad y lógica*. Editorial Trotta. Madrid. 1995. pp. 273.

⁶Ross, Alf. *Sobre el derecho y la justicia*. Editorial Marcial Pons. Madrid. 2000. pp. 186.

⁷ Nakhnikian, George. *El derecho y las teorías éticas contemporáneas*. Editorial Fontamara. 1991. pp. 119.

otros, ha comulgado con lo que algunos autores han llamado iusnaturalismo ontológico, cuyos representantes no terminaron de superar ciertos problemas lógicos como es el de la llamada *falacia naturalista*, o bien problemas epistemológicos como la creencia en el carácter absoluto e inmutable de la verdad y de los principios morales.

Una versión menos rígida del iusnaturalismo, lo que podría denominarse *iusnaturalismo deontológico*, que sin duda resulta más atractiva que el iusnaturalismo de corte absolutista y confesional, es la que presenta John Finnis a partir de una reinterpretación del pensamiento de Tomás de Aquino. En un esfuerzo de síntesis, se podría decir que los partidarios del iusnaturalismo ontológico aceptarían, con más o menos énfasis, las siguientes premisas:

- a) Existe un nexo necesario entre moral y derecho. La validez del derecho se fundamenta en la moral.
- b) Una ley para ser válida debe ser justa.
- c) El derecho natural se deduce de la naturaleza humana.
- d) Existe uno y solo un principio de ley natural que desde el punto de vista formal se formularía: *se debe procurar el bien y evitar el mal*; y desde el punto de vista material: *para todo x, x es moralmente recto si es un acto conforme a la naturaleza humana*.
- e) El último fundamento de validez de la ley natural es la ley eterna.

Por su parte, el iusnaturalismo deontológico partiría de los siguientes enunciados:

- a) Existe un nexo necesario entre moral y derecho. La validez del derecho se fundamenta en la moral. (Premisa compartida con el iusnaturalismo ontológico y que para muchos constituye el sello distintivo del iusnaturalismo).

- b) No se sigue necesariamente que una ley para ser válida deba ser justa. Un derecho injusto sigue siendo válido, aunque sea una *corrupción de ley*.
- c) El derecho no se deduce de la naturaleza humana. El deber ser no puede inferirse del ser, a menos de incurrir en la falacia naturalista. La ley natural es el conjunto de principios prácticos auto-evidentes que prescriben lo que debe ser.
- d) Existe una pluralidad de principios prácticos de acuerdo con la pluralidad de inclinaciones naturales de los individuos. Estas inclinaciones naturales en tanto que bienes básicos son incommensurables y, por lo tanto, no susceptibles de jerarquización.
- e) Los principios prácticos normativos en tanto principios auto-evidentes no requieren de una ulterior fundamentación en la ley eterna.

De acuerdo con Finnis, “ser iusnaturalista desde el punto de vista deontológico, por lo pronto, no compromete con respecto a la crítica tantas veces escuchada de que se incurre en la falacia naturalista”⁸. No hay que llegar hasta Hume y Kant para distinguir claramente entre el mundo del ser y el mundo del deber ser.

En la *Suma teológica*, Tomás de Aquino distingue claramente entre los dos órdenes “uno es el mundo descriptivo y el otro el prescriptivo. Los principios de la ley natural son principios *per se nota*, es decir, principios conocidos por sí mismos y no a partir de otra cosa; por ejemplo, de la naturaleza humana”⁹. Pero, además, a la pregunta que se formula Tomás de Aquino en dicha cuestión, a saber, si los preceptos de ley natural son muchos o solo uno, responde sin titubear que son muchos.

⁸ Finnis, John. Op Cit. pp. 29.

⁹ De Aquino, Santo Tomás. *Suma teológica*. Editorial Biblioteca de Autores Cristianos. España. 2010. pp. 358.

Finnis manifiesta que Tomás de Aquino “no se compromete con un monismo, sino con un pluralismo de principios, lo que posibilita la coexistencia de diversos planes de vida en una sociedad, todos igualmente buenos y dignos de respeto”¹⁰.

Pero, además, puede darse otro paso adelante y sostener que en tanto que los principios normativos de la ley natural son principios *per se nota*, no requieren de una ulterior justificación. Por lo tanto, no se necesita postular una ley eterna que los justifique o, lo que es lo mismo, no se necesitaría ser creyente para aceptar tales principios. Se trataría entonces de una ley natural secularizada que justificaría una respuesta iusnaturalista con pretensiones de universalidad.

En los años de la posguerra, no mejor suerte corrió el positivismo jurídico. En su vertiente ideológica ha pretendido justificar la obediencia incondicional al derecho a partir de la validez de la norma, favoreciendo, al igual que el iusnaturalismo extremo, posiciones abiertamente antidemocráticas.

Su vocación aséptica con respecto a la moral lo condujo a un callejón sin salida para una posible justificación integral del derecho. Asimismo, desde el punto de vista teórico, el positivismo jurídico fue objeto de innumerables críticas – especialmente por los defensores del realismo jurídico– por su cercanía con una concepción estatista del derecho en un momento donde lo que se cuestionaba, precisamente, era el concepto cerrado de soberanía estatal.

Desde fines de los años cincuenta y principios de los sesenta del siglo XX, con la obra de Norberto Bobbio y de Herbert Hart, y en México con Eduardo García Máynez, se comenzó a tomar conciencia de la necesidad de superar críticamente los paradigmas tradicionales, suavizándolos o simplemente buscando nuevas alternativas. La polémica *dura* entre iusnaturalistas e iuspositivistas comenzó a diluirse para dar lugar a puntos de vista no solo más ajustados a la realidad, sino más fecundos en sus propuestas teóricas.

¹⁰ Finnis, John. Op Cit. pp. 37.

A partir de Bobbio resulta obligado hacer una clara distinción entre diferentes enfoques desde los cuales se puede analizar el positivismo o el iusnaturalismo: como *método* de estudio del derecho, donde el problema tiene que ver con la validez de las normas; como *teoría*, donde lo que se pone en juego es la verdad o la falsedad de las distintas propuestas teóricas, y como *ideología*, que tiene que ver con la evaluación axiológica de las normas o de los sistemas normativos. Entre el método, la teoría y la ideología no existe un nexo lógico o necesario.

Por su parte, Herbert Hart, entre otros propósitos, intentó en su libro *El concepto de derecho*: primero, refutar la teoría de Austin y en parte la de Kelsen, y, segundo, tratar de explicar la normatividad del derecho manteniendo la tesis de la separación entre moral y derecho. Más allá del éxito alcanzado por Hart en su doble propósito, lo cierto es que la rigidez en la confrontación entre iusnaturalistas y positivistas se suavizó apelando a la distinción entre *punto de vista interno* y *puntos de vista externo* respecto a las normas, y también con su propuesta de un *contenido mínimo de derecho natural*, inspirada en el empirismo de Hume.

En 1971, John Rawls publica *Una teoría de la justicia*, el intento más serio, junto con el de Jürgen Habermas, de ofrecer una fundamentación racional de las normas morales. La obra de Rawls no solo ha tenido una influencia directa en la reformulación de la relación entre derecho y moral, sino que también ha estimulado el interés de muchos filósofos del derecho por la filosofía política. En efecto, uno de los conceptos básicos de la filosofía política es el de *autoridad normativa* y su vinculación lógica con la pretensión de obediencia.

Esta pretensión implicaría una presunción de corrección o de legitimidad por parte de quien ordena con respecto a lo ordenado. Si esto es así, se puede decir que esa pretensión de corrección tiene una connotación moral y sostener, además, la tesis de que existe una conexión débil, no fuerte, pero sí necesaria, entre derecho, política y moral.

Esta ha sido la posición sostenida, entre otros filósofos, por Robert Alexy, Neil MacCormick y Ernesto Garzón Valdés. Esta tesis apunta, por supuesto, al rechazo de la tesis clásica de la separación entre derecho y moral, que entre los contemporáneos, en su versión fuerte, es sostenida por autores como Eugenio Bulygin y Ulises Schmill, y en una versión más débil por filósofos como Norbert Hoerster.

1.1.2 Planteamientos teóricos contemporáneos

Con respecto de la tesis de la vinculación, para Robert Alexy existe una relación conceptual necesaria entre derecho y moral, y la aceptación de este vínculo “supone que el positivismo jurídico falla como teoría general”¹¹. Desde la perspectiva de un marco conceptual –caracterizado por los conceptos de procedimiento, de participante y de ideal– Alexy trata de mostrar que “en procesos de creación y aplicación del derecho, los participantes tienen, necesariamente, una pretensión de corrección, la cual incluye una pretensión de corrección moral”¹².

El conocido *argumento de la corrección* de Alexy se presenta como un *argumento débil* –frente a la versión *fuerte* de lo que denomina *argumento de la injusticia*– y se expresa a partir de dos teorías: la de la pretensión y la del discurso, concluye Alexy, “deja claro que el derecho tiene una dimensión ideal conceptualmente necesaria que conecta al derecho con una moral procedimental universalista”¹³.

¹¹ Alexy, Robert. Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral. En: Vázquez, Rodolfo. *Derecho y moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*. Editorial Gedisa. Barcelona. 1998. pp. 109.

¹² *Ibidem*. pp. 111.

¹³ *Ibidem*. pp. 115.

La propuesta de MacCormick gira en torno a la cuestión relativa de si “han de utilizarse las leyes para la consecución de valores morales”¹⁴. Para el autor, la concepción socialdemócrata de la justicia debe ser compatible con un *buen* sistema jurídico. Después de una revisión minuciosa de los argumentos a favor y en contra de la ausencia de fundamento moral, MacCormick concluye con una propuesta moderada.

La fundamentación moral limitada. Esta sostiene que la regulación y ordenación de cualquier comunidad debe comprender los llamados *deberes de justicia*. Estos son deberes morales que constituyen solo una parte de la moralidad general, pero son suficientes para sostener la tesis de que el derecho, *al regular sistemáticamente la exacción y vindicación de tales deberes, tiene una función decididamente moral*¹⁵.

Por su parte, Ernesto Garzón Valdés defiende la tesis de la vinculación a partir de la equivalencia de lo que H. L. A. Hart ha llamado *el punto de vista interno* con el *punto de vista moral*. Puesto que las razones para obedecer el derecho solo pueden ser prudenciales o morales y *el punto de vista externo* –al que también se refiere Hart– hace alusión a las razones prudenciales, entonces el punto de vista interno solo podría implicar una adhesión a las normas jurídicas por razones morales. Esto sería lo mismo que decir que todo enunciado de existencia de un sistema jurídico positivo presupondría la existencia de un punto de vista moral.

Esta tesis la complementa Garzón, con el argumento de la *relevancia esencial de la pretensión normativa del derecho*, que se aparta ligeramente de la

¹⁴ MacCormick, Neil. En contra de la ausencia de fundamento moral. En: Vázquez, Rodolfo. *Derecho y moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*. Editorial Gedisa. Barcelona. 1998. pp. 158.

¹⁵ *Ibidem*. pp. 160.

teoría de la pretensión de corrección de Alexy, para referirla ahora a la “pretensión de legitimidad por parte de las autoridades de un sistema jurídico”¹⁶.

En relación con la tesis de la separación, para Eugenio Bulygin, el hecho de que las autoridades y los funcionarios adopten lo que Hart ha llamado el punto de vista interno “no significa necesariamente que consideren que todas las normas jurídicas sean moralmente obligatorias ni que su aceptación interna forme parte de la definición de *norma jurídica*: la vigencia es una propiedad contingente de las normas jurídicas”¹⁷.

Es claro que, si la tesis de la vinculación se refiere a la que existe entre el derecho vigente y la moral positiva, esta es verdadera, pero trivial. Si lo que se quiere expresar es la vinculación existente entre el derecho y la moral ideal, deja de ser trivial, pero difícilmente se podrá aceptar “por la muy prosaica razón de que las normas son prescriptivas, y no descriptivas y, por lo tanto, carecen de valores de verdad. Se sigue *a fortiori* que no hay normas morales verdaderas”¹⁸.

Ulises Schmill propone la reconstrucción del concepto de derecho y de los órdenes morales a partir de un modelo pragmatista o conductista del mandato y de algunas consideraciones sobre la posible relación entre el derecho y la moral. El acercamiento empirista asumido en el primero de los propósitos figura la posición del autor con respecto a la relación entre los dos órdenes normativos: “entre estos solo es posible una relación externa; es decir, conexiones de carácter causal con la conducta que crea o aplica las normas del orden”¹⁹.

¹⁶ Garzón Valdés, Ernesto. Algo más sobre la relación entre derecho y moral. En: Vázquez, Rodolfo. *Derecho y moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*. Editorial Gedisa. Barcelona. 1998. pp. 138.

¹⁷ Bulygin, Eugenio. ¿Hay vinculación necesaria entre derecho y moral? En: Vázquez, Rodolfo. *Derecho y moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*. Editorial Gedisa. Barcelona. 1998. pp. 214.

¹⁸ *Ibidem*. pp. 215.

¹⁹ Schmill, Ulises. Derecho y moral: una relación externa. En: Vázquez, Rodolfo. *Derecho y moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*. Editorial Gedisa. Barcelona. 1998. pp. 265.

De esta manera, aceptar una relación externa entre el derecho y la moral no implica ni la subordinación de uno al otro ni la coordinación de ambos bajo un orden normativo superior (relaciones internas), sino lo que el autor denomina un *condicionamiento normativo*.

Este condicionamiento externo o causal no desmerece el valor de la moral (positiva) para el derecho, porque, entre otras ideas, en la medida en que:

Fuera posible constatar la existencia de una moralidad más o menos uniforme en una sociedad determinada, entonces sería posible fijar el marco de interpretaciones al que se reduce la *textura abierta* de la norma a ejecutar. En otros términos, contribuiría a disminuir la incertidumbre en el derecho²⁰.

Finalmente, Norbert Hoerster se pregunta si en verdad existen principios de un comportamiento social justo racionalmente (objetivamente) fundamentales; o bien si existe, al menos en sus rasgos esenciales, un derecho *justo* anterior al derecho positivo.

Para Hoerster las éticas objetivas:

No están en condiciones de resistir un análisis crítico, entre otras razones, por la falta de un método universalmente aceptado para un conocimiento científico-racional del mundo y porque, finalmente, una norma puede estar fundada o infundada siempre por referencia a los deseos o intereses del sujeto que sostiene la norma. Esto no impide esbozar una ética jurídica intersubjetivamente fundamentable siempre que se acepte la limitante de que tal fundamentación solo abarca a aquellas personas que tienen el correspondiente objetivo y nada más; es decir, bajo determinadas condiciones histórico-sociales²¹.

²⁰ *Ibidem*. pp. 267.

²¹ Hoerster, Norbert. Ética jurídica sin metafísica. En: Vázquez, Rodolfo. *Derecho y moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*. Editorial Gedisa. Barcelona. 1998. pp. 224.

El debate sobre la relación entre derecho y moral se ha reavivado en los últimos años a partir de la publicación del *post scriptum* de Herbert Hart a *El concepto del derecho*. En el seno de la familia positivista se han confrontado los defensores del positivismo fuerte y los defensores del positivismo incluyente, incorporacionista o, simplemente, corregido. El propio Hart reconoce su posición en términos de *positivismo suave*.

1.2. La propuesta teórica de Eduardo García Máynez frente al debate iusnaturalismo-positivismo

El debate sobre las relaciones entre derecho y moral confrontó a dos escuelas clásicas: el positivismo jurídico, con su defensa de la tesis de la separación, y el iusnaturalismo, que defiende la tesis de la vinculación. El punto de vista desde la perspectiva del filósofo del derecho mexicano Eduardo García Máynez, quien fue también uno de los protagonistas, se expondrá a continuación, así como la propuesta del autor para la superación de tal debate.

1.2.1 Positivismo jurídico

En 1967, Eduardo García Máynez impartió un curso en el Colegio Nacional de México y se fundamentó en un libro que lleva por título *Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo*. Este libro resulta especialmente interesante, porque se encuadra en la época en que el debate entre iusnaturalistas y positivistas adquiere su punto de mayor riqueza conceptual y en el que se dan cita personalidades como Norberto Bobbio, Uberto Scarpelli (por cierto, en la exposición que García Máynez realiza de este último, dedica una especial atención a Herbert Hart), Alf Ross (para criticar a Ross, García Máynez se vale de algunas ideas del filósofo argentino Eugenio Bulygin), Eric Wolf, Hans Welzel, Werner Maihofer y Arthur Kaufmann.

Concretamente, en relación con el positivismo jurídico, García Máynez comenta dos posiciones encontradas: una, preocupada por *despedazar* (es el término que usa García Máynez) el significado de *positivismo jurídico*, y la otra, preocupada por encontrar una definición unitaria de este. La primera, representada por Bobbio y Hart; la segunda, por Scarpelli. No obstante, la propuesta de García Máynez no pretende ser ni disgregadora ni unificadora.

García Máynez es un gran convencido de la necesidad de definir el derecho aunque ciertamente, no por la vía tradicional del género y la diferencia específica. “Para García Máynez la filosofía puede conocer un universo de leyes, conceptos y valores objetivos, y sobre estas verdades metafísicas y axiológicas debe estar fundado el derecho”²².

Por esta razón, si bien acepta con Bobbio y Hart, y contra Scarpelli, que no es posible dar con una definición unitaria del derecho, ello no significa que deba fragmentárselo al punto de negar algún nexo necesario entre las diferentes tesis que especifican a los distintos positivismos. En lugar de buscar una definición unitaria del positivismo jurídico habría que preguntarse si entre las diferentes tesis “existe algún elemento que justifique la denominación común y pueda considerarse como esencial al iuspositivismo o, al menos, como el más importante de todos”²³.

La pretensión *esencialista* de García Máynez no es compatible con la perspectiva analítica disgregadora de Bobbio y de Hart. Ninguno de ellos está interesado en partir o buscar una *definición del derecho*, como tarea fundamental de la filosofía jurídica. Su tarea, más bien, es aclarar y hacer explícitos los diferentes usos que la comunidad de juristas, actual e histórica, dan y han dado a la expresión *positivismo jurídico*, pero sin ninguna pretensión de sistematización o de fundamentación metafísica.

²² Hurtado, G. *Eduardo García Máynez y la filosofía científica en México*. Editorial Fontamara. México. 2001. pp. 15.

²³ García Máynez, Eduardo. *Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo*. Editorial Coyoacán. México. 2001. pp. 69.

Bobbio distingue tres aspectos desde los cuales se ha presentado históricamente el positivismo: 1) como una forma de abordar el estudio del derecho (*approach*, es el término que emplea); 2) como concepción teórica, y 3) como ideología. Entre estos tres aspectos cabe decir que se puede ser positivista desde el punto de vista teórico, y no serlo desde el ideológico ni como *approach*.

El mismo Bobbio hace la siguiente declaración:

En la medida que sea útil, pongo como ejemplo mi caso personal: ante el enfrentamiento de las ideologías, donde no es posible ninguna tergiversación, soy iusnaturalista; con respecto al método soy, con igual convicción, positivista; en lo que se refiere, finalmente, a la teoría del derecho, no soy ni uno ni lo otro²⁴.

Por lo que hace referencia a Hart, la expresión *positivismo jurídico* es aplicable a las siguientes tesis:

1) el derecho es el conjunto de mandatos formulados por seres humanos; 2) entre derecho y moral, o entre el derecho que es y el que debiera ser, no existe una conexión necesaria; 3) el análisis del significado de los conceptos jurídicos debe distinguirse de las indagaciones históricas, de las sociológicas y de los ensayos de valoración; 4) un sistema jurídico es un sistema en el cual, aplicando procedimientos lógicos, es posible inferir decisiones correctas de una serie de normas predeterminadas, y 5) los juicios morales no se formulan ni pueden ser racionalmente defendidos, en la forma en que lo son los que se refieren a hechos²⁵.

Lo que le interesa destacar a García Máynez es que para Hart no existe una relación necesaria entre estas cinco tesis. Es posible que quien defienda una o dos

²⁴ Bobbio, Norberto. *El problema del positivismo jurídico*. Editorial Fontamara. México. 1991. pp. 89.

²⁵ Hart, Herbert. *El positivismo jurídico y la separación entre el derecho y la moral*. UNAM. México. 1958. pp. 593-594.

de ellas no sea partidario de las demás. Los casos de Bentham, Austin y Kelsen ilustran esta idea.

A diferencia de Bobbio y Hart, Scarpelli intenta dar con una definición unitaria del derecho. La posición de Scarpelli se ubica también en la vertiente analítica, aunque, quizás paradójicamente, con una pretensión unitaria. Si se despedaza el positivismo jurídico en tantas partes, sin conexión alguna piensa Scarpelli, no se entiende por qué deban quedar reunidas bajo una etiqueta común.

El error ha sido no distinguir con claridad la *expresión lingüística* del *significado* de tal expresión y de otras posibles que difieren de la primera en el aspecto sensible (figura, sonido); es decir, *el significado común de una clase de expresiones sinónimas*²⁶.

Si bien la definición debe ajustarse al uso lingüístico, no debe limitarse a registrar las variedades y transformaciones del uso de una expresión, sino que, como afirma Scarpelli:

Tiene que intentar reajustar y reelaborar el núcleo de mayor importancia y valor operativo, a fin de conseguir un instrumento semántico preciso y eficaz, que pueda emplearse con mayor claridad y fuerza orientadora en la situación cultural a que habrá de aplicarse²⁷.

Tal significado común de la expresión *positivismo jurídico* consiste en que sus defensores conciben el derecho como “un conjunto de normas puestas (e impuestas) por seres humanos y que corresponde a la ciencia del derecho estudiar y, a la práctica, aplicar e imponer el derecho así concebido”²⁸.

²⁶ Scarpelli, Uberto. *¿Qué es el positivismo jurídico?* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. España. 1965. pp. 11.

²⁷ *Ibidem*. pp. 14.

²⁸ García Máynez, Eduardo. *Op Cit*. pp. 58.

Para García Máynez el análisis realizado por Scarpelli no supera las discrepancias y la diversidad de tesis y aspectos mencionados por Bobbio y Hart. La descripción de los elementos que Scarpelli considera determinantes de la unidad de lo definido –el positivismo jurídico– solo sería admisible si tales elementos fuesen aceptados por los defensores del iuspositivismo y si, entre tales elementos, hubiese un nexo necesario. Tal no es el caso. Los positivistas no se ponen de acuerdo en una posible caracterización unitaria del positivismo.

Pero, entonces, si García Máynez toma distancia de la posición analítica disgregacionista de Hart y Bobbio, pero al mismo tiempo no puede renunciar a la búsqueda de un rasgo común, aunque no con pretensiones unitarias como quería Scarpelli: ¿qué caracterización puede dar del positivismo jurídico? La vía que propone García Máynez para responder a esta pregunta es la negativa; es decir:

El positivismo jurídico tiene su raíz en una intención polémica frente a las concepciones iusnaturalistas [...] lo que ante todo preocupa al iuspositivista es negar que el llamado *natural* sea verdadero derecho, es decir, niega que junto al derecho positivo, o supraordinado a él, exista otro que derive de la razón, de la naturaleza humana o de cualquier otra fuente. Este aspecto negativo es el rasgo esencial al positivismo²⁹.

El positivismo jurídico se concibe, entonces, en tensión dialéctica con el iusnaturalismo. Su afirmación, en el sentido de que el derecho, por definición, debe concebirse como *derecho puesto*, sin ninguna referencia a su validez intrínseca, sino únicamente formal y extrínseca, se constituye, al mismo tiempo, en la negación de su opuesto, el iusnaturalismo, que solo acepta como derecho el derecho intrínsecamente justo.

²⁹ *Ibidem*. pp. 70-71.

Obviamente, ambos monismos se oponen radicalmente. La pregunta obligada será la de saber si existe la posibilidad de alguna superación de los opuestos y cómo opera esa superación.

1.2.2 Iusnaturalismo

Es un hecho que a lo largo de la milenaria historia del iusnaturalismo se ha presentado una gran variedad de teorías, tantas como los distintos significados que se han dado al sustantivo *naturaleza* y al adjetivo *natural*.

En varios pasajes de su obra, García Máynez traza un arco de las diferentes teorías que van desde las clásicas y medievales hasta aquellas que alcanza a revisar todavía con algún detalle, que son las enmarcadas bajo el rubro de *naturaleza de la cosa*, y que cubren el periodo de la posguerra hasta 1970, aproximadamente. El iusnaturalismo que representa Werner Maihofer, es analizado por García Máynez para contraponer al positivismo jurídico que ya se conoce.

Hay que recordar cierto clima de euforia que se vivió por lo que se dio en llamar un nuevo *renacimiento* del derecho natural después de la Segunda Guerra Mundial, en buena parte inspirado por el mismo giro ideológico de Gustav Radbruch:

La ciencia jurídica, decía Radbruch, tiene que recordar nuevamente la milenaria verdad de que existe un derecho superior a la ley, natural, racional o divino, frente al cual el entuerto sigue siendo entuerto, aun cuando parezca revestido de formas legales³⁰.

Tal clima de euforia es registrado por un contemporáneo de García Máynez, Luis Recaséns Siches. En una de sus últimas obras se lee lo siguiente:

³⁰ Radbruch, Gustav. Citado por: García Máynez, Eduardo. Op Cit. pp. 124.

Es un hecho, pues está ahí entre nosotros que, en términos generales, la filosofía jurídica del siglo XX –en un gran número de sus producciones– se caracteriza por un vigoroso renacimiento de la axiología o estimativa; y que en sus desarrollos durante los últimos veinticinco años (1945-1970), además, se caracteriza, dentro de la estimativa, por un renacimiento de tesis del derecho natural [...] se ha producido en el siglo XX lo que puede llamarse el Segundo Renacimiento iusnaturalista, lleno de ímpetu, y a la vez, de rigor filosófico, en nuevas mediaciones de ejemplar ímpetu, y a la vez, de rigor filosófico, en nuevas meditaciones de ejemplar precisión mental y con plena conciencia estricta de los problemas y de los renovados métodos que se deben emplear para el enfoque y el tratamiento de estas cuestiones³¹.

La década posterior se encargaría de mostrar lo errado que se encontraba Recaséns Siches en su apreciación del iusnaturalismo. Se debe reconocer a García Máynez la medida y la revisión crítica que hace del iusnaturalismo precisamente en un momento en que en las Facultades de Derecho de las universidades públicas de Hispanoamérica se enseñaba casi, con exclusividad, esta corriente de pensamiento.

Respecto de Maihofer, con una fuerte influencia del existencialismo, este autor resume su posición en los siguientes términos:

Las deducciones y argumentaciones que tienen su punto de partida en la naturaleza de las cosas son ensayos tendientes a derivar las proposiciones de deber del derecho positivo de algo que se halla *fuera* de las normas estatuidas, mas no a la manera de las deducciones de un derecho natural abstracto derivado de principios jurídicos supremos, sino del derecho natural concreto de todos los tiempos, partiendo de las situaciones vitales que el material jurídico ofrece. Esas deducciones y argumentaciones no fundan las proposiciones de deber del derecho positivo en otras proposiciones de deber

³¹ Recaséns Siches, Luis. *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y lógica "razonable"*. FCE/UNAM. México. 1971. pp. 309.

más generales, sino que nos reconducen –como Radbruch decía– *al deber ser realizado en el ser*³².

El texto es lo suficientemente ilustrativo de una de las notas que caracterizan al iusnaturalismo óntico u ontológico, a saber, el tránsito desde el orden del ser al del deber ser. En este caso, para Maihofer, desde las situaciones vitales hasta la normatividad jurídica. Tales situaciones vitales, en un orden que Maihofer llama *precientífico* del derecho, se mueven en un nivel concreto, existencial, en el cual los intereses y las expectativas de los hombres concretos valen como deber ser. Es el mundo de la práctica y de lo *razonable*; no de la teoría y de lo *racional*, donde quizás podamos ser unos convencidos negadores del derecho natural.

En el nivel existencial, “todos, legos y juristas, en vez de vivir con las proposiciones normativas del derecho positivo, en realidad nos guiamos por los principios de un derecho ultrapositivo cuyo fundamento reside en la naturaleza de las cosas”³³. Sin embargo, con independencia de que esta posición incurra en la falacia naturalista y que, de alguna manera, pretenda justificar su posición iusnaturalista, no en el orden teórico y científico, sino en el orden existencial y precientífico que por definición escapa a cualquier conceptualización, la crítica de García Máynez se enfila en otra dirección.

La pregunta que se hace el autor después del repaso de las diferentes teorías iusnaturalistas es la misma que se formuló con respecto al positivismo jurídico: ¿puede hablarse del iusnaturalismo como si fuera una posición teórica unitaria? Responde García Máynez:

Mi opinión es que, si bien no hay una, sino múltiples, casi siempre discrepantes, concepciones en torno de lo que se denomina –con término muy ambiguo– *derecho natural*, debemos, no obstante, preguntarnos por el

³² Maihofer, Werner. Citado por: García Máynez, Eduardo. Op Cit. pp. 137.

³³ *Ibidem*. pp. 142.

elemento que, pese a tales discrepancias, permite englobar las mencionadas corrientes bajo un solo rubro y contraponerlas al positivismo jurídico³⁴.

Tal elemento, según García Máynez, es “el aserto de que el derecho vale y, consecuentemente, obliga no porque lo haya creado un legislador humano o tenga su origen en cualquiera de las fuentes formales, sino por la bondad o justicia intrínsecas de su contenido”³⁵. A partir de esta nota característica, García Máynez construye su argumentación para concluir que no es sostenible la teoría de los dos órdenes y que la única posición teórica consecuente es el monismo. Los pasos son claros:

1. El iusnaturalismo solo reconoce como norma válida aquella que se presenta como intrínsecamente justa. Si esto es así, entonces “los preceptos que valgan formalmente, pero exijan una conducta contraria a determinados valores, serán inválidos siempre, aunque los órganos del poder público estén en condiciones de imponerlo por la fuerza”³⁶. Ya Leibniz había dicho que hablar de *derecho justo* es un pleonasma y de *derecho injusto* una contradicción. Más categórico, Agustín de Hipona legó para la tradición iusnaturalista la frase *no es ley la que no es justa*.
2. De esto se sigue que no puede mantenerse la *teoría de los dos órdenes*, según la cual al lado o por encima del derecho positivo existe otro natural que vale por la justicia de su contenido, porque cuando las normas de ambos se oponen contradictoriamente, los criterios de validez extrínseco e intrínseco se excluyen mutuamente y su aplicación simultánea es imposible.
3. Por lo tanto, la única postura consecuente no es la dualista, sino la monista, que para el caso de la postura iusnaturalista conduciría

³⁴ *Ibidem*. pp. 127.

³⁵ *Ibidem*. pp. 128.

³⁶ *Ibidem*. pp. 128.

necesariamente a la aceptación de la justicia intrínseca como único criterio de validez y contraponerlo al concepto formal o extrínseco de validez defendido por los positivistas.

Si se pregunta por la relación entre los dos criterios mencionados se tiene que concluir que ni se implican uno al otro ni se excluyen entre sí. Pero entonces: ¿cabrá afirmar que el verdadero derecho deriva de la concurrencia de aquellos atributos en un mismo sistema de normas? O, dicho de otra manera: ¿podremos encontrar, más allá del iusnaturalismo y del positivismo jurídico, la solución del problema? García Máynez piensa que el viejo debate entre iusnaturalistas y positivistas puede superarse.

1.2.3 La superación del debate en la tesis de García Máynez

En su libro *La definición del derecho*, y muy específicamente en el capítulo que lleva por título *Más allá del iusnaturalismo y del positivismo*, García Máynez expone su tesis de la superación del debate iusnaturalismo-positivismo jurídico.

Para García Máynez los conceptos de validez intrínseca (iusnaturalismo), validez formal (positivismo) y positividad no corresponden a un solo objeto, con lo cual el derecho es susceptible de tener tres definiciones diversas. Esta tesis fue criticada, en su momento, tanto desde posiciones iusnaturalistas (Miguel Villoro Toranzo) como de positivistas (Fausto Vallado Berron).

No obstante, García Máynez estaba convencido de que esta división solo tiene valor teórico y que la reunión de las tres notas en todos y cada uno de los preceptos que forman un ordenamiento jurídico constituyen el caso *límite* o *ideal* de realización de la justicia.

Por ello afirma con claridad:

La superación de tal diversidad no estriba en referir las nociones de validez formal y validez intrínseca a un concepto genérico de validez ni en una reducción semejante de los términos derecho vigente, derecho justo y derecho positivo, sino en el establecimiento de un orden jurídico que, además de tener validez formal, valga de manera objetiva y goce de eficacia. Si la solución del problema no puede hallarse en la órbita de la teoría, habrá que buscarla en el terreno de la acción³⁷.

Esto es lo que Máynez denominó *la idea jurídica y su desarrollo dialéctico*. ¿Qué entiende García Máynez por esta idea?:

El dualismo normativo aparece como oposición *transitoria y relativa* de los momentos iniciales de un solo desarrollo, que encuentra su culminación en la síntesis superadora de esos momentos. La realización –y oposición pasajera– entre el ideal no realizado y la realidad que para afirmarse niega los principios que le confieren sentido, encuentra su cumplimiento y elimina todo antagonismo cuando la idea se transforma en realidad y esta realiza la idea. *La pugna entre los dos criterios queda superada en el tercer estadio del proceso, al coincidir en un solo orden jurídico los atributos de validez intrínseca, validez formal y positividad*³⁸.

Para García Máynez los iusnaturalistas clásicos cometían el error de pensar que era posible construir todo un sistema de derecho natural sobre unos pocos principios básicos, ignorando la relatividad esencial de los valores jurídicos, en conexión con las circunstancias cambiantes de espacio y tiempo. Por su parte, el positivismo jurídico caía en el error de creer que el derecho natural era irrealizable, ya que en cuanto se positivizaba quedaba destruida su propia idea. Lo que ninguno llegó a comprender es lo que, según García Máynez, ya había visto con claridad Nicolai Hartmann, a saber: que existe una tendencia hacia lo ideal inmanente en lo

³⁷ García Máynez, Eduardo. *La definición del derecho*. Editorial Porrúa. México. 1974. pp. 245.

³⁸ *Ibidem*. pp. 249.

positivo, así como existe también una tendencia y hacia la positividad propia de los principios ideales. Dicho con otros términos: todo derecho positivo tiene la *pretensión de ser justo*.

Que así sea es un hecho que se percibe en los mismos regímenes de tipo dictatorial más acentuado, que –sin prejuzgar sobre la calidad de su valoración– quieren persuadir y pregonar que su derecho es un orden justo.

En los sistemas democráticos, piensa García Máynez, existe en el propio legislador una determinación del contenido de la ley solo puede hacerse a la luz de criterios de orden material; asimismo, en los órganos judiciales, ante las situaciones de casos no previstos por el legislador (lagunas en la ley) o, bien, de aplicación analógica de esta, se recurre a criterios ultrapositivos de valoración.

De esta manera, la *idea del derecho* (o *ideal*), en cuanto afirmación de que el sentido del derecho consiste en la realización de valores concretos, en la raíz del iuspositivismo y el iusnaturalismo. Por ello, quien acepte que la verdadera seguridad es la afincada en la justicia y que la eficacia de un orden injusto es siempre relativa, no podrá aceptar que justicia y seguridad son valores antagónicos.

De acuerdo con García Máynez:

Si la legalidad es valiosa, su valor depende precisamente de ese mínimo de justicia que a través de ella se logra. Comparada con la anarquía, no hay duda de que es un valor positivo; más de aquí no debe inferirse que tal valor sea el supremo entre los jurídicos ni, menos aún, que se oponga a la de lo justo. Lo que ocurre es precisamente lo contrario: *la regulación legal vale en la medida que asegura cierto grado de igualdad y de justicia*³⁹.

Hay mucho de cierto en estas reflexiones de García Máynez. De un tiempo a estas fechas se ha reavivado el debate en torno a la relación entre moral y derecho.

³⁹ *Ibidem*. pp. 253.

Varios filósofos del derecho contemporáneos se alinean en torno a la defensa de la *tesis de la vinculación* entre moral y derecho.

Tal es el caso de Robert Alexy con su idea de la *pretensión de corrección* como un elemento necesario del concepto de derecho; o de Ernesto Garzón Valdés, que extiende la idea de *pretensión de corrección* de Alexy a la idea de *pretensión de legitimidad* de los sistemas jurídico-políticos; o, bien, la idea de Otto Brustin y del mismo Garzón Valdés con el argumento, que ya se encuentra en García Máynez, de la interrelación entre seguridad y un mínimo de justicia.

Sostener la tesis de la vinculación entre moral y derecho en las versiones *débiles* que se han mencionado, y con las cuales se manifiesta acuerdo, no compromete a estos autores con las propuestas iusnaturalistas en sus presentaciones paradigmáticas. Por otra parte, todos ellos se declaran, al mismo tiempo, *normativistas*; es decir, reconocen que la ciencia del derecho solo puede construirse a partir del análisis de las normas puestas o positivas.

En esta misma dirección cabe situar la posición de García Máynez. Si se acepta esta interpretación, los estudiosos de la filosofía del derecho ganarían mucho acercándose a su obra, al menos en este tema tan polémico de las relaciones entre moral y derecho. Quizás, con respecto al debate entre iusnaturalistas y positivistas, las propuestas superadoras como la de Máynez los hagan caer en la cuenta, de una vez por todas, de que tal debate merece ya un descanso y debe quedar justamente situado como un capítulo más de una buena historia de las ideas jurídico-filosóficas.

Como comentario último al problema de la relación entre derecho y moral puede afirmarse que esta depende más de la concepción del intérprete que del objeto *derecho per se*, es decir, depende de la manera como los intérpretes se aproximen al derecho, pues en esta acción están inmersos otros recaudos como la cultura, la ideología, la religión, la cosmovisión y la formación jurídica.

CAPÍTULO II

El paradigma moral en el neoconstitucionalismo

2.1. Situación actual del neoconstitucionalismo

Existe hoy una *tercera teoría del derecho* –como fue denominada por John Mackie– a la que se llama neoconstitucionalismo en Italia y Latinoamérica, constitucionalismo en España, *no positivismo*, *teoría del derecho como integridad*, o como interpretación, positivismo inclusivo, pospositivismo, etc., en el mundo anglosajón. Esencialmente, el neoconstitucionalismo se distingue por defender las siguientes tres tesis: la conexión entre derecho y moral; la distinción entre reglas y principios; y la ponderación de los principios.

Esta reconstrucción es casi opuesta a las trazadas en sus últimos trabajos por Luigi Ferrajoli y Riccardo Guastini, razón más que suficiente para compararlas.

2.2. Constitucionalismo y neoconstitucionalismo

La palabra *neoconstitucionalismo* remite a *constitucionalismo*, expresión acuñada en Estados Unidos entre las dos guerras mundiales al fin de explicar y justificar la ajenidad de del mundo anglosajón a la difusión del totalitarismo en este periodo, y proyectada después sobre toda la historia de la filosofía occidental⁴⁰.

Según esta explicación y justificación, solo en Los Estados Unidos de América el constitucionalismo –el ideal del gobierno de las leyes (*rule of law*), y no de las personas, enraizado allí en constituciones rígidas y garantizadas por la *judicial*

⁴⁰ MacIllwain, Charles Howard. *Constitucionalismo antiguo y moderno*. Editorial Civitas. Madrid. 2016. pp. 125.

review– se habría convertido en una cultura institucional, la cual hizo más difíciles involuciones totalitarias como las ocurridas en Europa.

En el viejo continente, por el contrario, se habrían difundido doctrinas iuspositivistas (teóricas) como la de la soberanía (del rey, del pueblo y/o del Parlamento), que fueron más favorables a estas involuciones.

Esta explicación-justificación, tiene una virtud: la limitación del poder no puede ser confiada a la ley hecha por el propio poder y una debilidad: la falaz reducción hitleriana del iuspositivismo teórico. Como puede constatarse, desde el fin de la Segunda Guerra Mundial, esta idea ha favorecido la difusión de constituciones rígidas y garantizadas por tribunales constitucionales en todo el mundo, y esto ha producido ulteriores procesos políticos y jurídicos.

Los filósofos políticos se refieren a estos procesos como transición de la democracia parlamentaria y del Estado legislativo a la democracia constitucional y al Estado constitucional, mientras que los juristas hablan de constitucionalización como la irradiación de los principios constitucionales en todo el derecho⁴¹.

Todos estos procesos, por supuesto, acarrearán múltiples consecuencias para la teoría del derecho: el propio ideal político del *constitucionalismo*, después de todo, es el gobierno del derecho (*rule of law*). La expresión *rule of law* podría referirse solo al gobierno de la ley (*statute*), y no del derecho (*law*); pero no es este el ideal político del constitucionalismo. Se trata, por el contrario, de aquella limitación jurídica del soberano que los padres del iuspositivismo jurídico inglés, Thomas Hobbes y John Austin, creían conceptualmente imposible: una metáfora que no puede ocultar la realidad del gobierno de las personas, el único concebible desde una aproximación positivista.

⁴¹ Dyzenhaus, David. (editor). *La unidad del derecho público*. UNAM. México. 2004. pp. 196.

El constitucionalismo parece así opuesto al positivismo *teórico* defendido por los iuspositivistas en los siglos pasados, y todavía ajeno a la perspectiva avalorativa del positivismo metodológico. Las relaciones entre constitucionalismo y positivismo, en suma, siguen siendo problemáticas: y, *a fortiori*, también las relaciones entre constitucionalismo y neoconstitucionalismo⁴².

Hay una simple distinción entre estos conceptos: el constitucionalismo es una filosofía política, positivismo y neoconstitucionalismo son teorías jurídicas. Pero esta distinción está muchas veces difuminada, por dos razones.

La primera es el rechazo neoconstitucionalista del propio principio de avaloratividad: que solo permitiría distinguir entre filosofías normativas y teorías cognoscitivas. La segunda es que constitucionalismo y neoconstitucionalismo sufren ambos de una ambigüedad muy común; la existente entre fenómenos y teorías que hablan de ellos⁴³.

No menos problemáticas, por supuesto, son las relaciones entre las teorías respectivamente, positivista y neoconstitucionalista. Desde 1958, Herbert Hart ha distinguido entre la teoría del derecho natural, identificada con la tesis de la conexión necesaria entre derecho y moral, y la teoría del positivismo jurídico, asimilada a la tesis de la separación o, mejor, de la conexión contingente entre derecho y moral, suponiendo esta distinción, desde los años sesenta del siglo XX autores como Ronald Dworkin, Robert Alexy, Carlos Nino, Neil MacCormick y Manuel Atienza han propuesto una tercera teoría: una teoría del derecho positivo, pero constitucionalizado, es decir, irradiado de principios constitucionales que, para todos estos autores, serían en última instancia valores morales.

⁴² Prieto Sanchís, L. *Constitucionalismo y positivismo*. Editorial Fontamara. México. 1999. pp. 63.

⁴³ Commanducci, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. En: *Doxa – Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*. No. 16. abril 2002. pp. 98.

La propia teoría jurídica de Ferrajoli ha sido muchas veces asimilada al neoconstitucionalismo. Es verdad que se va acercando a los temas propios de los neoconstitucionalistas; procesos de constitucionalización, primacía de los derechos fundamentales, transición del Estado legislativo al Estado constitucional, etc.

Pero el propósito originario de Ferrajoli era la axiomatización de los conceptos jurídicos, a la manera de Wesley Hohfeld, el derecho constitucionalizado constituye solo una posible interpretación, en sentido lógico, de esta axiomatización. Además, las coordenadas metateóricas de Ferrajoli y de los neoconstitucionalistas parecen diferentes; para el primero, la distinción entre iusnaturalismo y positivismo jurídico pasa sobre todo por la distinción entre objetivismo y subjetivismo metaético, mientras que para los segundos –al igual que para Hart– pasa por la conexión o separación entre derecho y moral.

Ferrajoli ha reaccionado a las asimilaciones marcando las distinciones entre su teoría, hoy llamada por él constitucionalismo garantista (e iuspositivista), y el neoconstitucionalismo, rebautizado como constitucionalismo principialista (iusnaturalista). Esta última distinción metateórica, sin embargo, tiene al menos dos defectos: por un lado, construye una nueva posición, el constitucionalismo garantista, que parece encarnada solo por la teoría del propio Ferrajoli; por otro, y sobre todo, asimila sin más el constitucionalismo principialista al iusnaturalismo. Además, Ferrajoli rechaza la propia noción de neoconstitucionalismo.

La palabra *neoconstitucionalismo* fue acuñada a finales de los noventa del siglo pasado, por tres teóricos genoveses –Susanna Pozzolo, Paolo Comanducci y Mauro Barberis– a fin de destacar rasgos comunes a la mayoría de las críticas actuales del positivismo. Ellos compartían –y todavía comparten con otros teóricos genoveses como Riccardo Guastini– una actitud positivista metodológica y una atención privilegiada hacia los procesos de constitucionalización.

Pero, a diferencia de Guastini, creían que existe un espacio lógico entre derecho natural y positivismo. Así, Pozzolo, Comanducci y Barberis, en muchos trabajos, comenzaron a emplear la denominación de neoconstitucionalismo para esta *tercera teoría del derecho*, lo que fue suficiente para producir una rápida difusión del término y también muchos malentendidos.

En los artículos y libros sobre este tema no siempre se ha entendido siquiera que estos autores eran neoconstitucionalistas, sino críticos del neoconstitucionalismo; además, casi nunca se han tenido en cuenta todas las dificultades de buscar ese espacio lógico que se predicaba para el neoconstitucionalismo.

Esto requeriría, al menos, comparar la noción de neoconstitucionalismo con las empleadas en el debate anglosajón: como las de los tres positivimos posdworkinianos (incluyente, excluyente y normativo), por no hablar de la aún más difusa noción de post-positivismo. Lo único que no se puede hacer, es negar –como hace Guastini– la existencia de esta *tercera teoría*, o disolverla –como hace Ferrajoli– en constitucionalismos iusnaturalistas o iuspositivistas.

2.3. Sobre la conexión entre derecho y moral

El neoconstitucionalismo podría ser definido como la filosofía normativa, o como la teoría cognoscitiva que privilegia tres temas. El *primer* tema neoconstitucionalista –el más relevante para la metateoría, es decir, para distinguir la propia *tercera teoría* del iusnaturalismo y del iuspositivismo– es la conexión entre derecho y moral. Aparentemente, aquí tienen razón Ferrajoli y Guastini, entre la tesis iusnaturalista de la conexión necesaria y la tesis iuspositivista de la conexión contingente, *tertium non datur* (principio del tercero excluido).

En realidad, todos los autores neoconstitucionalistas sostienen tesis diferentes sobre la conexión entre derecho y moral, pero todos comparten la tesis de que esta relación –aun si fuese contingente– tiene demasiada importancia y demasiadas dimensiones y, por ende, la teoría del derecho no la puede ignorar, como ha hecho el positivismo hasta la famosa distinción de Hart.

Guastini y Ferrajoli, en efecto, banalizan esta relación; para ellos es obvio que siempre el derecho ha incorporado normas morales. Ferrajoli manifiesta: “las constituciones expresan e incorporan valores ni más ni menos como lo hacen las leyes ordinarias”⁴⁴. Sin embargo, como subraya Giorgio Pino, “aquí Ferrajoli no solo deja de lado que las constituciones actuales incorporan *expresamente* valores morales, sino que parece compartir con Guastini el viejo argumento kelseniano del rey Midas: todo aquello que el derecho toca se convierte en derecho”⁴⁵.

Según Ferrajoli, por tanto, o las constituciones incorporan valores en el sentido banal en que lo hacen también las leyes ordinarias, o bien se transforman en tablas de valores y caen en el constitucionalismo ético: la idea –en realidad absurda, y hoy rechazada por todos los neoconstitucionalistas– de que todas las constituciones son justas y deben ser obedecidas por definición⁴⁶.

De hecho, la relación entre derecho y moral es hoy ampliamente discutida entre los propios positivistas. El debate plantea al menos tres problemas:

Primero, ¿la positivización de la moral es *todo o nada*, como parecen suponer todos los iuspositivistas, o bien hay partes del derecho menos positivizadas que

⁴⁴ Ferrajoli, Luigi. Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista. En: Doxa – *Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*. No. 34. 2011. pp. 43.

⁴⁵ Pino, Giorgio. Principios, ponderación y separación entre derecho y moral. Sobre el neoconstitucionalismo y sus críticos. En: Doxa – *Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*. No. 34. 2011. pp. 203.

⁴⁶ Atienza, Manuel. Debate sobre el positivismo. Un intercambio epistolar (con un comentario de Álvaro Núñez vaquero). En: Chiassoni, P y Atienza, Manuel. *Análisis del derecho*. Centro de Estudios Constitucionales. España. 2011. pp. 285.

otras, como pueden ser los *Bills of rights*? Segundo, ¿las conexiones entre derecho y moral, aunque fuesen contingentes, no serían lo suficientemente importantes como para requerir una teoría? Tercero y, sobre todo, ¿hay conexión *sin restricción*, como parecen suponer neoconstitucionalistas e iuspositivistas incluyentes, o bien *con restricción*, como ha sostenido el positivista presuntivo Frederick Schauer? En particular, si la conexión fuese sin restricción, ¿no colapsaría el derecho en una moral positiva creada por los jueces caso por caso? Ferrajoli y Guastini, pasando por alto todas estas cuestiones, parecen compartir lo que Ludwig Wittgenstein en su obra *Zettel* en la cual plantea el problema de los conceptos.

2.4. La distinción entre normas y principios

El *segundo* tema neoconstitucionalista, aunque ligado al primero, atañe a la teoría de las normas. Como es bien conocido, la distinción entre reglas y principios en sentido fuerte ha sido trazada en versiones diversas por Dworkin, Alexy, Gustavo Zagrebelsky, Atienza y Juan Ruiz Manero, autores todos ellos que, aunque de manera diferente, reaccionan al reduccionismo del positivismo teórico.

Desde el siglo XX, en efecto, los positivistas han concebido todas las normas –y específicamente las normas jurídicas– como reducibles a un solo tipo: a órdenes (Austin), a juicios o prescripciones hipotéticas (Kelsen). Lo que resulta menos conocido, sin embargo, es que desde los primeros años sesenta del siglo pasado, los propios positivistas han venido criticando este reduccionismo: como lo muestran los tres ejemplos siguientes.

Primer ejemplo: el propio Hart –el blanco del ataque de Dworkin al reduccionismo positivista– habla solo de reglas (*rules*), pero funda su *concepto del derecho* sobre la conocida distinción entre reglas de deberes y reglas de derechos. *Segundo ejemplo:* Georg-Henrik Von Wright, en *Norma y Acción*, clasifica las normas jurídicas como prescripciones, pero elabora una tipología no reduccionista

de las normas en general; tipología que puede servir para dar cuenta de normas jurídicas que no sean prescripciones. *Tercer ejemplo:* Norberto Bobbio, en su *Teoría general del derecho* suscribe la tradicional exclusión de los consejos del ámbito de lo normativo, pero esboza una tipología de las normas jurídicas, según su mayor o menor fuerza normativa. En suma, la mejor teoría positivista iba abandonando el reduccionismo ya antes del desafío neoconstitucionalista.

No obstante, cincuenta años después, las distinciones fuertes, estructurales y dicotómicas entre reglas y principios trazados por los neoconstitucionalistas han fracasado, y por reacción, algunos autores neoconstitucionalistas y muchos positivistas tienden hoy a rechazar cualquier tipo de distinción.

En particular, neoconstitucionalistas como el propio Dworkin desde *El imperio de la justicia* (1986), y hoy Alfonso García Figuerola, afirman que todas las normas funcionan como principios; muchos más son quizá los positivistas que, como el propio Ferrajoli y la última Cristina Redondo, rechazan cualquier distinción entre reglas y principios reclamándose partidarios de una noción fuerte de normatividad. Se cree que existe una distinción, aunque débil, es decir, funcional, y no dicotómica; en efecto, se sostienen tres tesis.

Primero, las normas son típicamente significados de disposiciones, y estas pueden ser interpretadas o como reglas o como principios. Segundo: puede proporcionarse una re-definición no estructural, sino funcional de la distinción, según el papel jugado por los dos tipos de normas en la interpretación. Tercero: según esta re-definición, se llaman reglas a las normas aplicadas directamente (deductivamente) a la conducta, mientras que se llaman principios a las normas aplicadas no directamente (no deductivamente), sino que son consideradas relevantes para extraer argumentativamente reglas que sí regulan la conducta.

Esta redefinición proporciona una distinción lógicamente débil, pero bastante fuerte para una teoría avalorativa de las normas jurídicas; y se hace énfasis en

valorativa, porque si no se quiere caer en una verdadera ideología, una teoría no puede dejar de constatar que los diferentes tipos de normas tienen diversa fuerza normativa.

Cuando Ferrajoli dice que “la diferencia entre la mayor parte de los principios y las reglas es inestructural, sino meramente de estilo”⁴⁷, lo hace por una razón teórica: en el sistema axiomático de *principia iuris*, por definición, solo hay lugar para reglas, aplicables deductivamente y ligadas lógicamente entre sí, y no para principios.

Pero, Ferrajoli no solo no apela explícitamente a esta razón sistemática, que obviamente vale solo en su teoría axiomatizada y o en todas las otras, sino que, además, emplea este argumento normativo: la distinción entre reglas y principios produciría “un ofuscamiento para la normatividad de los principios constitucionales, cuyo respeto quedaría a la discrecionalidad argumentativa del intérprete, renegando así la *normatividad fuerte* de la Constitución”⁴⁸.

A estos argumentos –no sé sabe si teóricos o políticos– se podría responder que siempre los principios –como el propio Ferrajoli admite únicamente para los principios que llama directivos– han gozado de una normatividad más débil que las reglas; esta ha sido justamente una de las razones para introducir el control de constitucionalidad de las leyes, sin el cual los principios constitucionales habrían sido sistemáticamente derrotados por las reglas emanadas del legislador.

La debilidad normativa es seguramente un defecto de los principios; defecto que, sin embargo, se convierte en virtud desde el punto de vista de la democracia. Si la Constitución estuviese compuesta solo por reglas, entonces al Parlamento le quedaría poco más que la función de deducir reglas legislativas de las reglas constitucionales; y esto casi sin discreción política. Por el contrario, la distinción entre

⁴⁷ Ferrajoli, Luigi. *Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista*. Op Cit. pp. 48.

⁴⁸ *Ibidem*. pp. 51.

reglas y principios permite explicar el papel democrático del Parlamento en la aplicación de la Constitución.

2.5. La ponderación y la subsunción

El tercer tema neoconstitucionalista –conectado con el segundo, pero referido a la teoría de la interpretación o argumentación constitucional– es el balance o ponderación: la solución de los conflictos entre principios que en el derecho constitucionalizado es proporcionada paradigmáticamente por los jueces constitucionales. “Esta es, sin embargo, tan solo la forma jurídica y más conocida de un razonamiento ético (moral, político, jurídico) mucho más difundido: el balance entre todos los intereses, derecho o valores relevantes”⁴⁹.

Sea cual sea la extensión (judicial, jurídica o incluso ética) que se atribuya al propio concepto de ponderación, cabe constatar que en la teoría jurídica, al menos desde el Dworkin de *Los derechos en serio*, se sostiene que reglas y principios tienen dos formas de aplicación diferentes: “las primeras se aplicarían en sentido estricto, deductivamente o por subsunción; los segundos en sentido amplio, argumentativamente o por ponderación”⁵⁰.

En realidad, como se ha dicho, la distinción no es tajante, si se adoptan las redefiniciones trazadas en el apartado anterior.

Las reglas son aplicables solo deductivamente, pero no dejan de ser derrotables, es decir, sujetas a excepciones implícitas en la aplicación; y en caso de derrotabilidad, las reglas funcionan como principios, es decir, como normas desde las cuales se buscan otras normas⁵¹.

⁴⁹ Davidson, D. *Ensayos sobre acción y eventos*. UNAM. México. 1980. pp. 41.

⁵⁰ Dworkin, Ronald. *Los derechos en serio*. Editorial Ariel. Barcelona. 2012. pp. 64.

⁵¹ García Figueroa, A. *Principios y positivismo jurídico*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 1998. pp. 193.

Los principios, a su vez, son aplicables directamente solo especificando reglas aplicables deductivamente; pero de hecho se llaman principios incluso a verdaderas reglas, aplicables deductivamente a la conducta, como muchas *rationes decidendi* del *common law* y muchos principios generales del *civil law*. Además, los propios neoconstitucionalistas usan el término *ponderación* por metonimia *pars pro toto* (tomar una parte del todo), para subrayar que –tal vez, y tan solo potencialmente siempre– para aplicar un principio no es suficiente especificarlo en reglas, cabe ponderarlo con otro, en conflicto con aquel.

Aquí Guastini y Ferrajoli comparten con Jürgen Habermas y con muchos iuspositivistas una actitud crítica hacia la ponderación: se trataría tan solo de una herramienta de los jueces constitucionales para liberarse de uno entre dos principios conflictivos; el de *balance* no sería siquiera un verdadero concepto, sino “una burbuja terminológica, inflada enormemente hasta designar las formas más desarrolladas de vaciamiento y de mala aplicación de las normas constitucionales”⁵².

Barberis, por el contrario, siempre ha tenido una actitud diferente, y más caritativa, frente a la ponderación. Para este autor, “la práctica de la ponderación está aplicada y justificada por el *pluralismo de los valores* (*value pluralism*): valoraciones abstractas como valores éticos y principios constitucionales son plurales, genéricas y siempre potencialmente conflictivas entre sí”⁵³.

Ya Karl Marx señaló que las constituciones liberales expresan *contradicciones* entre principios; en realidad, hay al menos dos razones teóricas acerca de por qué todas las constituciones, desde el siglo XVII, son redactadas así y quizá no pueden serlo diversamente.

La primera razón es el propio pluralismo de los valores: mientras que las formas de gobierno, que instituyen los poderes, pueden y deben ser específicos, las

⁵² Ferrajoli, Luigi. *Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista*. Op Cit. pp. 55.

⁵³ Barberis, Mauro. *La heterogeneidad del bien. Ensayos sobre pluralismo ético*. Editorial Fontamara. México. 2006. pp. 90.

Billis of Rights no pueden más que ser genéricas, si quieren buscar compromisos entre valores políticos y morales básicamente conflictivos, como requiere hoy en día una cultura de la justificación difundida globalmente.

La segunda razón es la propia democracia: “si el Parlamento debe conservar un espacio de decisión autónomo incluso en el Estado constitucional, la Constitución no puede hacer otra cosa que esbozar muchos mundos constitucionales posibles, entre los cuales elegirán las cambiantes mayorías parlamentarias”⁵⁴.

Si se adopta una aproximación a la deliberación como la de Cass Sunstein, entonces la redacción de textos constitucionales –y *a fortiori* su interpretación y aplicación– necesita de la ponderación; y si constituyentes, legisladores y jueces no pueden dejar de ponderar, es mejor que lo hagan explícitamente⁵⁵.

Pero aquí surgen al menos tres problemas.

El *primer problema* tiene que ver con la distinción entre las aplicaciones respectivamente de reglas deductivas y de principios argumentativos; actividades que, como destaca la teoría hermenéutica, no tienen relaciones lineales, sino circulares.

En particular, hay una doble aplicación de los principios: una, antes de la propia interpretación, que se podría llamar pre-aplicación y que consiste en un juicio sobre la relevancia del principio para el problema práctico a resolver; y otra, después de la interpretación, que conlleva siempre la especificación del principio en una regla y -pero solo potencialmente- su ponderación.

⁵⁴ Moreso, J. *La indeterminación de la constitución y la interpretación constitucional*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 1997. pp. 167.

⁵⁵ Prieto, L. Replica a Juan Antonio García Amado. En: Carbonell, Miguel (compilador). *Teoría del neoconstitucionalismo*. Editorial Trotta. Madrid. 2007. pp. 279.

El *segundo problema*, denunciado por Ferrajoli, es la debilidad normativa de los principios. Cabe distinguir aquí entre las dimensiones cognoscitiva y normativa del problema. Desde el punto de vista cognoscitivo ya valorativo del positivismo metodológico, normas diferentes pueden funcionar de forma diversa en la argumentación constitucional: pero de hecho muchas disposiciones constitucionales de principio, por ejemplo, las relativas a las garantías penales, son interpretadas como verdaderas reglas, al fin de garantizar los derechos de libertad.

Como subraya Iddo Porar, “en efecto, incluso los realistas americanos, quienes fueron los primeros en defender el balance, no la proponían para todo el *judicial review*, sino tan solo para ponderar los intereses”⁵⁶. Pero esto, en realidad, atañe ya a la segunda dimensión del problema, la normativa: la cual puede ser distinguida como un *tercer* problema.

Desde el punto de vista normativo y valorativo, no de la teoría, sino de la filosofía del derecho, la debilidad normativa de los principios puede ser expresamente defendida.

En efecto, como para todos los pluralistas de los valores, la debilidad de los principios constitucionales puede ser defendida normativamente por dos razones, es decir, por el doble respeto debido, de un lado, a todos los principios constitucionales, que pueden ser todos relevantes y que no tienen una jerarquía fija entre sí, y, por otro, a todas las mayorías democráticas, siempre que lo hagan dentro de los confines de la propia Constitución. “Que los principios constitucionales no se vuelvan demasiado débiles, al final solo puede asegurarse mediante instituciones destinadas a ello, como la justicia constitucional”⁵⁷.

Partiendo del supuesto que se refiere a los métodos de interpretación y aplicación de normas y principios, es conveniente analizar lo concerniente a la

⁵⁶ Porar, Iddo. *El modelo dual del balancing*. UNAM. México. 2005. pp. 28.

⁵⁷ Barberis, Mauro. *Ética para juristas*. Editorial Trotta. Madrid. 2008. pp. 84.

subsunción. En ese sentido, el método de la subsunción ha sido referido al tipo de norma conocida como regla; sin embargo, debe asentarse que existen posturas que niegan la exclusividad del método de subsunción para ser aplicado a reglas jurídicas, pues existen principios que al no entrar en contradicción con otros, pueden aplicarse utilizando el silogismo de subsunción, como ejemplo de ello tomado de nuestra legislación: el principio de irretroactividad de la ley.

En suma, una forma para aplicar el derecho consiste en formular un simple silogismo deductivo mediante el cual se subsume una norma jurídica de carácter general a un caso de tipo particular. Debe indicarse que el nacimiento de los enunciados de subsunción se debe en gran parte a las escuelas formalistas del derecho, y desde luego a Kelsen y su “teoría pura del derecho”, (si se refiere a la obra debe estar con cursiva [teoría: con inicial mayúscula]) donde este llega a la conclusión de que internamente las normas jurídicas se asemejan a un juicio hipotético donde la realización de un hecho, es la condición de aplicación de una norma jurídica.

2.6. Sobre la derrotabilidad y la ponderación

Se ha revisado los aportes filosóficos de Leibniz, Kelsen y Von Wright, para dejar sobre la mesa, de manera clara, tanto las dificultades como las oportunidades que ofrece el estudio lógico de las normas. La lección que ofrecen Leibniz, Kelsen y Von Wright es que el paradigma del positivismo jurídico moderno pretendió fundarse en la lógica deductiva, peor desembocó, en última instancia, en un libre decisionismo, en el cual lo que contaba era el libre arbitrio del que decide.

Ante este panorama, se puede preguntar si la inclusión de razonamientos morales en las decisiones judiciales es preferible frente a dicho decisionismo *cuando los lógicos resultan insuficientes*. Pero es necesario aclarar que esta pregunta no nos retrotrae al dilema entre iusnaturalismo y positivismo jurídico. Es una petición de

principio decir que cuando el derecho resulta suficiente para resolver un caso, la *solución jurídica* de este no requiere de apelar a la moral.

Aunque Leibniz, Kelsen y Von Wright parecieran negarlo al final de sus vidas, existen casos en los que el derecho resulta suficiente para resolver ciertos casos. Por tanto, el contenido moral de las decisiones judiciales es solo necesario cuando la lógica resulta insuficiente. Mientras que el iusnaturalista pretende reemplazar el razonamiento jurídico por el razonamiento moral, el resto de los juristas suelen apelar al segundo como bombero o salvador en caso de que la lógica falle.

Pero ¿el fracaso de la lógica para abordar contradicciones y lagunas conduce necesariamente al dilema entre arbitrariedad o inclusión de la moral? ¿o acaso una cuarta posibilidad está excluida?

Las tendencias recientes en filosofía del derecho han planteado el razonamiento llamado derrotable y la ponderación. De Hart a Fuller, pasando por los especialistas contemporáneos en inteligencia artificial y lógicas no clásicas, se ha tratado de reconstruir un estilo de razonamiento no deductivo en el derecho.

Si se ve en un parque un letrero que dice *prohibido ingresar con vehículos*, ello no necesariamente intimida si se quiere entrar con una patineta o con un auto de juguete. El contexto puede indicar que ingresar con estos objetos no está prohibido (por ejemplo, si en el parque hay pistas para patinetas y autos de juguete).

De manera similar, la norma legal que establezca que las viudas heredarán el patrimonio de sus esposos muertos no necesariamente lleva a la conclusión de que las mujeres que asesinan a sus esposos serán herederas legítimas (pues una intuición le dice a muchas personas que esta última es una especie de excepción natural, dado el principio de que *nadie debe beneficiarse de su propia conducta ilícita*). El ejemplo de los vehículos no parece requerir para su solución de un razonamiento moral, sino de sentido común intrínseco al razonamiento jurídico.

De Dworkin a Fuller, se ha creído que casos como el de la viuda asesina que carece del derecho de heredar se solucionan jurídica, y no moralmente. Existe una larga discusión acerca de la llamada *textura abierta* del lenguaje jurídico y del estudio de las lógicas no monotónicas que supuestamente darían cuenta de los razonamientos derrotables, pero basta con señalar que en la decisión de un juez que niega el carácter de heredera de su marido a una viuda asesina existe sin duda un pronunciamiento moral, independientemente de que esta decisión sea también jurídica.

La prueba es que otra perspectiva moral (por ejemplo, la que postula que *nadie debe ser sancionado dos veces por la misma falta*) produciría la decisión contraria: en efecto, si la viuda asesina debe pagar su crimen con prisión, privarla de la herencia equivale a sancionarla dos veces. Incluso si los partidarios de la existencia de un tipo de razonamiento derrotable afirman que los dos principios en competencia (*nadie debe beneficiarse de su propia conducta ilícita* y *nadie debe ser sancionado dos veces por la misma falta*) son principios jurídicos, se cree que la selección del principio ganador no está decidida por el derecho.

El profesor de la Universidad de Kiel, Robert Alexy, ha defendido con enorme popularidad una teoría pluralista del razonamiento jurídico: junto al razonamiento lógico caracterizado por la subsunción, los juristas emplearían la ponderación. Recientemente, Alexy ha incluido una tercera forma de razonamiento jurídico: el estudio de los precedentes.

No sería necesario acudir a la moral para resolver, por ejemplo, una contradicción normativa como la que surge de la conjunción de las dos frases siguientes: *el presidente Bill Clinton no tiene obligación de hablar públicamente de su vida sexual, porque tiene derecho a la intimidad* y *El presidente Bill Clinton tiene obligación de hablar públicamente de su vida sexual, porque la sociedad estadounidense tiene derecho a la información y a la transparencia*. Según Alexy,

“las autoridades están obligadas a optimizar la aplicación de los principios constitucionales involucrados en este caso”⁵⁸ .

Es esa operación jurídica lo que Alexy llama *ponderación* en su *Teoría de los derechos fundamentales* y en escritos posteriores. Más específicamente, la ponderación consiste en estimar el *peso* o importancia de una norma y compararlo con el peso de la contraria (se trata tanto del peso abstracto, es decir, su jerarquía legal o constitucional, como del peso concreto o pertinencia en el caso concreto).

Por si fuera poco, Alexy ha propuesto una fórmula matemática para responder a las críticas de Habermas que lo acusaban de llamar ponderación a la libre discrecionalidad de los jueces. En dicha fórmula, el peso abstracto de las normas es representado con la letra *W* (*weight*), su peso concreto tomando en cuenta la interferencia de otras normas con *I* (*interference*) y el grado de confianza de las anteriores estimaciones con *R* (*reliability*). Los subíndices corresponden a las normas en conflicto *i* y *j*:

$$W_{i,j} = \frac{I_i \cdot W_i \cdot R_i}{I_j \cdot W_j \cdot R_j}$$

La teoría de Alexy podría parecer una refutación de la idea, según la cual las insuficiencias de la lógica en el derecho obligan a los jueces a emplear el razonamiento moral para llenar algunas y resolver contradicciones. Sin embargo, ello no es así al menos por dos razones.

En primer lugar, porque Alexy no se considera a sí mismo como un positivista y sí como un *inclusivista* de la moral en el derecho.

En particular, Alexy acepta la fórmula de Radbruch, según la cual las leyes radicalmente injustas no son derecho (piénsese en leyes decretando genocidios o sometiendo a esclavitud a una población). Pero, más allá de este iusnaturalismo

⁵⁸ Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1997. pp. 86.

moderado (en el sentido de que no sostiene que cualquier norma injusta sea inválida), su teoría de la ponderación está lejos de ofrecer un procedimiento mecánico, algorítmico de decisión que pueda aislar al derecho de las opiniones morales de los jueces.

Basta decir que las variables *W*, *I* y *R* carecen de peso objetivo y que este lo asigna subjetivamente a quien toma la decisión. Por ejemplo, si el derecho a la intimidad vale mucho, bastante, poco, muy poco o nada es algo que no está escrito en la Constitución ni dicho de manera unívoca a través de los precedentes judiciales. No es de sorprender que para un juez sexualmente liberal este derecho pudiera ser más importante que el derecho a la información de prensa, sobre todo tratándose, como caso concreto, de las aventuras sexuales ilícitas de un gobernante. A fin de cuentas, aun empleando la fórmula de la ponderación de Alexy, si el presidente Clinton tiene obligación de hablar públicamente de su vida sexual o si tiene el privilegio de guardar silencio, dependerá en última instancia de las ideas morales del juez que decida el caso.

Este contenido moral de las decisiones judiciales puede resultar alarmante para muchos, pues implica que un juez ultracatólico, de extrema izquierda o radical en cualquier sentido puede imponer sus preferencias axiológicas en algunos casos. Pero, además de que este hecho parece inevitable en alguna medida, por otro lado, no parece tan grave siempre y cuando dicho contenido moral se vuelva explícito. Una vez que las decisiones judiciales y la argumentación que las acompaña se hacen públicas, la sociedad y las autoridades estatales pueden revertir; para casos futuros, los criterios morales que consideren inaceptables.

Una viuda asesina podrá heredar el patrimonio de su esposo, pero otras ya no lo harán si este hecho atenta contra la moral pública y, por ello, el legislador o el poder judicial toman cartas en el asunto. Existe, además, una última objeción contra la tesis que sostiene que las decisiones de los jueces resultan, en parte, de razonamientos morales.

Existe otro tipo de razonamientos asociados a las decisiones judiciales, como son los argumentos económicos, antropológicos, sociológicos, históricos, estéticos ¿por qué privilegiar entonces el papel de la moral? En particular, el análisis económico del derecho se ha desarrollado ampliamente en las últimas décadas, invitando a los jueces a considerar aspectos de eficiencia, eficacia, fomento del crecimiento económico, conveniencia de simplificar trámites, entre otros, sobre todo en las materias fiscal y financiera.

Y no es despreciable el peso que, en ciertos contextos, pueden tener para el juez consideraciones que apelan a la cultura o la etnia de las personas o a la belleza de ciertos modelos de decisión tomados de la literatura o de la historia.

Pero el peso que el juez dará a estos argumentos tendrá una dimensión normativa y, si no existe una obligación jurídica de adoptar uno u otro criterio, la elección será moral. Si el sistema jurídico no ordena al juez optar por la eficiencia económica, la tradición histórica o la comprensión antropológica, apelará alguno de estos aspectos, y no a los otros, será, en última instancia, una decisión moral.

A manera de síntesis, se ha visto que Leibniz, el más grande filósofo jurista de la historia murió siendo, en la práctica, un realista político y jurídico. Kelsen, el líder del positivismo jurídico del siglo XX, llegó a la conclusión de la separación del derecho y de la lógica luego de intentar aplicar la lógica deductiva a la práctica jurídica. Von Wright, por su parte, asimiló su trayectoria a la de Kelsen y de algunos filósofos escandinavos de corte realista.

No es de sorprender que lo hiciera, pues pocos dominios de la lógica filosófica son tan fértiles en paradojas como la lógica deóntica. Quienes actualmente postulan la existencia de un tipo de razonamiento derrotable y de técnicas de ponderación jurídica creen que se cuenta con procedimientos de ayuda a la decisión jurídica adicionales a la lógica deductiva. Entre el razonamiento subjetivo del jurista y la

técnica de cálculo que confía ciegamente en la validez de un procedimiento mecánico, existen niveles intermedios.

Como se ha visto, la fórmula de la ponderación propuesta por Robert Alexy recomienda someter las valoraciones subjetivas del juez (incluyendo sus juicios morales) a un cálculo aritmético. En ese caso, quien toma la decisión debe acatar la sentencia que pronuncian los números, porque estos solo combinan las premisas que él reconoce como válidas. Pero, incluso bajo estos modelos sofisticados de razonamiento, la decisión judicial parece operar en buena medida como un dispositivo que limita y combina, entre otras premisas, las intuiciones morales del juez.

CAPÍTULO III

La evolución del contenido moral de las resoluciones judiciales en el desarrollo del pensamiento iusfilosófico

3.1. Antecedentes

Una vez aplicada al objeto específico de las decisiones judiciales, la polémica acerca de las relaciones entre la moral y el derecho resulta más abordable. Históricamente, este tema es fértil en aporías, desde el primer libro de La República de Platón (en las voces de Sócrates y Trasímaco) hasta el puñado de paradojas que caracteriza a la lógica deóntica contemporánea.

Muchas de las controversias que han provocado el enfrentamiento entre defensores del derecho natural, de un lado, y positivistas jurídicos y realistas políticos, de otro, se disuelven si se especifica mejor el objeto de estudio, en el presente caso se abordará el tema de las decisiones de los jueces y tribunales.

En una mirada general a la historia de los intentos de aplicar la lógica al derecho, podría decirse que estos han fracasado parcialmente y, en la medida de este fracaso, han abierto un espacio al razonamiento moral en la etapa final de aplicación del derecho: en la decisión de los jueces al hablarse del derecho en general se suele aludir tanto a las leyes escritas como a las costumbres obligatorias, a las decisiones de los parlamentos como al funcionamiento de las burocracias; de manera semejante, si se hace referencia a *la justicia* puede tratarse de asuntos tan diferentes entre sí como la distribución de bienes o la aplicación de castigos corporales.

Se entiende por decisiones judiciales los fallos o resoluciones de funcionarios profesionales llamados jueces que no son otros, sino especialistas en resolver controversias y que han sido nombrados para ello en un sistema político dado.

En primer lugar, se parte del criterio que las decisiones judiciales no pueden depender exclusivamente de la competencia lógica del juez y que, por tanto, este se enfrenta a la opción de acudir también a razonamientos morales o, en su defecto, a técnicas de decisión arbitrarias (es decir, infundadas, caprichosas, azarosas). Lo anterior no significa, desde luego, negar la existencia del derecho como un subsistema social autónomo y diferente de la moral; implica solamente reconocer que dicho subsistema no es ni exhaustivo ni completo ni cerrado.

Por otro lado, también se parte del criterio que, a pesar del inconveniente que representa el que los jueces usen razonamientos morales personales o subjetivos para decidir asuntos públicos, esta alternativa es, en la mayoría de los casos, más conveniente para la sociedad y los interesados que la segunda, es decir, la vía de la ausencia total de justificación normativa. En una frase, tratar de erradicar por completo los razonamientos morales dentro de las decisiones judiciales es tanto como preferir el absurdo y la arbitrariedad en muchos de esos casos.

3.2. Acerca de los límites de la aplicación del razonamiento lógico en el derecho

El estudio de la lógica formal y de las matemáticas sigue siendo marginal en la formación de abogados y jueces; en cambio, la lógica juega un papel que no es despreciable en el trabajo de juristas teóricos y entre especialistas en filosofía analítica. El pensamiento jurídico involucra cuestiones típicamente lógicas, como el carácter correcto o incorrecto de los razonamientos acerca de los derechos y los deberes, la validez de ciertos enunciados aparentemente inferidos a partir de la ley, el razonamiento a partir de reglas generales o de casos particulares, etcétera.

A pesar de todo, no existe un consenso acerca de la utilidad que ofrece la lógica formal para la práctica del derecho. Y es cuestionable la utilidad de los

escasos manuales de matemáticas para juristas, más allá del caso particular de las teorías de la prueba jurídica (evidencia) que emplean nociones probabilísticas.

Este panorama, es bastante sorprendente si se piensa en el interés que profesaba Georg Henrik von Wright, creador del sistema estándar de lógica deóntica contemporánea, por los estudios sobre probabilidad. Sin embargo, el análisis de las decisiones judiciales y, en general, de las decisiones de los juristas debería estar estrechamente asociado con conocidos resultados matemáticos pues es importante recordar que la teoría de la decisión es una disciplina matemática aplicada, desarrollada en particular en economía, y que existe una lógica de la decisión en sentido estricto.

Incluso en los países en los cuales la filosofía analítica del derecho se desarrolló con fuerza (como Inglaterra, Estados Unidos, Argentina, Finlandia o Italia), la utilización de la lógica deóntica es bastante rara en la práctica jurídica.

Según el italiano Luigi Ferrajoli:

La ciencia jurídica positiva no ha estado ni está todavía lista para aprender las lecciones de la filosofía del derecho, en particular en lo que respecta a la metodología jurídica y al análisis del lenguaje. Las preocupaciones sofisticadas de la filosofía analítica del derecho se sitúan más allá de la competencia actual de los juristas, pues la formación técnica de estos sigue una tradición milenaria y refractaria al cambio⁵⁹.

Se podría decir lo mismo respecto a la aplicación de la lógica deóntica a la ética aplicada y a la ciencia política. Es quizá todavía muy pronto para que la revolución lógica y filosófica desencadenada a partir del siglo XIX por los trabajos de George Boole, Giuseppe Peano, Gottlob Frege, Bertrand Russell y continuada, entre otros, por Von Wright en el siglo XX, pueda contribuir a mejorar las prácticas jurídicas y políticas, así como los juicios normativos. O quizá, los avances técnicos en lógica y

⁵⁹ Ferrajoli, Luigi. *Cultura jurídica y paradigma constitucional*. Palestra Editores. Perú. 2010. pp. 97.

en matemáticas no tendrán nunca un impacto positivo en el ámbito social, como lo creía Von Wright (pesimista acerca de la existencia del progreso, no acerca del valor de la racionalidad humana).

No puede atribuírsele a las dificultades de aprendizaje de la lógica toda la responsabilidad por la falta de difusión y de aplicación de esta entre juristas, filósofos políticos y morales. Desde hace tiempo existe un escepticismo interno en los círculos de lógicos deónticos y juristas analíticos.

Una trayectoria semejante que culmina en la duda generalizada puede observarse en tres pensadores destacados: Leibniz, Kelsen y Von Wright. En efecto, si al final de su vida Leibniz es un escéptico de la eficacia real del *derecho de la razón*, Hans Kelsen luego de haber intentado aplicar la lógica deóntica de Von Wright a la práctica jurídica llegó a la conclusión de la separación radical entre el derecho y la lógica. Von Wright, finalmente, interpreta su propia trayectoria en filosofía del derecho como asimilable a la de Kelsen: un camino hacia el escepticismo.

3.3. El aporte de Godofredo Leibniz

Gottfried Leibniz es frecuentemente considerado como el precursor de la lógica contemporánea gracias a su proyecto de *lingua characteristic universalis* que anticipa los lenguajes artificiales, de un *calculus ratiocinator* que anticipa los fundamentos teóricos de la informática del siglo XX y por haber reconocido los límites de la silogística. Leibniz es con frecuencia calificado como el padre fundador de la lógica deóntica, pues él observó la analogía entre, por un lado, los conceptos normativos *justo*, *injusto* y *facultativo* y los modales aléticos *necesario*, *posible*, *imposible*, analogía que marca el punto de partida de Von Wright tres siglos después.

Leibniz observa que las modalidades aléticas dan lugar a modalidades deónticas cuando se predicán de una persona imaginaria que encarna el ideal normativo, semejante al juez Hércules de Dworkin:

1. Todo lo que es justo es posible para quien ama a todo el mundo (*amanti omnes*).
2. Lo que es importante para quien ama a todo el mundo es injusto.
3. Lo que es importante para quien ama a todo el mundo es facultativo (*omissibile*).
4. Todo lo que es posible para quien ama a todo el mundo es justo.
5. Todo lo que es injusto es imposible para quien ama a todo el mundo.
6. Todo lo que lleva a cabo quien ama a todo el mundo es justo. Porque todo lo que tiene lugar es posible.
7. Todo lo que no es justo no es llevado a cabo por quien ama a todo el mundo.
8. Todo lo que es debido (*debitum*) es necesario para quien ama a todo el mundo.
9. Todo lo que es contingente para quien ama a todo el mundo es facultativo.
10. Todo lo que es necesario para quien ama a todo el mundo es debido.
11. Todo aquello necesario para quien ama a todo el mundo es justo.
12. Todo lo que es facultativo es contingente para quien ama a todo el mundo.
13. Todo lo que es injusto es contingente para quien ama a todo el mundo.
14. Todo lo que es debido es realizado por quien ama a todo el mundo. Pues todo lo que es necesario tiene lugar.
15. Todo lo que no es realizado por quien ama a todo el mundo es no debido (*indebitum*) o facultativo⁶⁰.

⁶⁰ Leibniz, Gottfried. *El derecho de la razón*. UNAM. México. 1994. pp. 209-210.

Hijo de un profesor de ciencia moral, Leibniz estaba interesado –como más tarde Hans Kelsen– por el *jus purum* (derecho puro). Según Tarello, la aportación preponderante de Leibniz a la cultura jurídica moderna es el hecho de que las normas del derecho en vigor sean presentadas como *proposiciones*: “las proposiciones, según la tradición lógico-dialéctica a la cual pertenecía Leibniz, son predicadores, es decir, la unión de un predicado y de una entidad a través de una cópula”⁶¹.

De acuerdo con Russell, “Leibniz, al igual que Spinoza, Hegel y el señor Bradley, sostienen esta teoría y si se la rechaza se conmueve la base entera de la metafísica de todos esos filósofos”⁶².

Hay en el proyecto del filósofo de Leipzig una ampliación de las nociones de cálculo y de matemáticas más allá de número y de cantidades, hacia juicios descriptivos y morales. Su *lingua characteristic universalis*, inspirada en el proyecto del catalán Ramon Llull, pretendía servir a la escritura de manera racional sobre los pensamientos más complejos, entre ellos los jurídicos.

El arte combinatorio sería empleado para considerar todas las situaciones jurídicas posibles y deducir la solución de cada caso siguiendo la ciencia de los actos justos, la jurisprudencia.

De todas las combinaciones posibles, solo hay que retener aquellas que son conforme al derecho natural, es decir, a la justicia, o a la definición del hombre bueno. El arte combinatorio es puesto de este modo al servicio de la cantidad del sabio, todo en él siendo necesario para determinar el contenido⁶³.

⁶¹ Tarello, Giovanni. *Cultura jurídica y política del derecho*. Editorial Comares. España. 2002. pp. 138.

⁶² Russell, B. Atomismo lógico. En: Auer, A.J. (coordinador). *El positivismo lógico*. Fondo de Cultura Económica. México. 1965. pp. 37.

⁶³ Leibniz, Gottfried. Op Cit. pp. 188.

Los primeros trabajos de Leibniz buscaban la certeza en las ciencias, en el derecho y en las matemáticas. Leibniz pretendía deducir la ciencia jurídica de algunos principios y establecer los *elementos* concisos del derecho romano que permitirían demostrar todas las leyes romanas “de un solo vistazo, unas pocas reglas, claras, cuya combinación pueda resolver todos los casos”⁶⁴. Así, la jurisprudencia iba a ser enseñada enteramente mediante la enumeración de proposiciones hipotéticas.

En cambio, Leibniz rechaza el método casuístico y mediante precedentes:

La llamo ciencia (a la jurisprudencia) aunque sea práctica, porque a partir de la simple definición del hombre bueno todas sus proposiciones pueden ser demostradas, y no dependen de la inducción ni de los ejemplos, aun cuando la armonía de leyes diversas y el consenso escrito o no escrito de los hombres prudentes y la voz pública de los pueblos las ilustren de maravilla⁶⁵.

Leibniz confiesa que durante su juventud *se sentía atraído por el trabajo de juez y detestaba las argucias; es por esa razón que jamás quiso litigar*. Pero Leibniz terminaría ejerciendo como consejero en las cortes reales. Si el Barón von Leibniz buscaba deducir el derecho a partir de un puñado de axiomas seguros, detestando las desordenadas y tramposas pretensiones de los querellantes, al final de su vida ejerce la política y cae en el escepticismo acerca del derecho de la razón.

Leibniz se resigna a la separación brutal entre el mundo del deber ser y la política real. Un mes antes de su muerte, el glorioso matemático defendía a través de sus intercambios epistolares con el francés Castel de Saint Pierre la causa del Imperio germánico, partiendo de la más abierta *Realpolitik* y enumerando fríamente las pretensiones imperiales.

En su respuesta al proyecto de tratado para la unión europea y la paz perpetua en Europa, de Castel de Saint Pierre, Leibniz opone una propuesta de

⁶⁴ *Ibidem*. pp. 205.

⁶⁵ *Ibidem*. pp. 208.

repartición de territorios entre las grandes potencias. “No hablo del derecho o de la injusticia, sino solamente de los hechos, es decir, de lo que se puede prometer los ministros”⁶⁶.

A partir de la tradición leibniziana, una parte de la ciencia jurídica alemana busca caracterizar las normas en vigor como si formasen un sistema. “El orden sistemático está constituido por el conjunto de las proposiciones jurídicas, de tal suerte que tengamos, como en la geometría, primero las definiciones generales y los axiomas; enseguida, una serie de inferencias deductivas, demostradas como teoremas”⁶⁷. Leibniz anticipa así el movimiento codificador.

En efecto, al final del siglo XVIII, con el impulso de la Ilustración y de la Revolución Francesa, se comienza a instaurar soluciones jurídicas más generales, simples y claras. A partir de la herencia de Leibniz y de la escuela francesa de derecho natural, se elabora en 1804 el *Código Civil de los Franceses*. Jean Domat, civilista que en la segunda mitad del siglo XVII había depurado el *Corpus Iuris Civilis*, y Joseph Pothier; que en el siglo XVIII había puesto en orden el derecho de obligaciones y de contratos, ellos establecieron las bases del nuevo Código de 1804 (rebautizado en 1807 *Código Napoleón*).

“Domat –influenciado por su amigo Pascal– adopta la disciplina de los tratados geométricos, pretendiendo emplear definiciones, principios y demostraciones. Esta técnica se convierte en un modelo para codificaciones posteriores”⁶⁸.

Sin embargo, de la misma manera en que Leibniz, al final de su vida, es escéptico acerca de la eficacia del *droit de la raison* frente a la política real, el legislador francés termina rechazando la idea de un derecho que encarne la razón

⁶⁶ Leibniz, Gottfried. Citado por: Robinet, A. *Correspondencia: Leibniz-Castel de Saint Pierre*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. España. 1995. pp. 91

⁶⁷ Tarello, Giovanni. Op cit. pp. 153.

⁶⁸ Arnaud, A. J. *Los orígenes doctrinales del Código Civil francés*. UNAM. México. 1969. pp. 183.

natural. Si en el libro preliminar del proyecto de Código Civil se afirmaba que existe un derecho universal e inmutable, fuente de todas las leyes positivas y no es otro que la razón universal en tanto que ella gobierna en todos los hombres, el legislador francés rechaza esta concepción del derecho, *indigna* de figurar en el encabezado del Código Civil.

El movimiento codificador es, junto con el positivismo jurídico del siglo XX, uno de los grandes proyectos racionalistas de la historia del derecho, pero su concreción positiva quedó muy lejos de satisfacer los estándares de matemáticos y lógicos juristas. O quizá haya que decir, más bien, que la lógica y la matemática jurídica no alcanzaron los estándares exigidos por un legislador pragmático y ávido de solucionar problemas sociales.

3.4. El aporte de Hans Kelsen

Hans Kelsen fue el jurista más influyente del siglo XX, famoso por sus trabajos acerca de la filosofía del derecho, la teoría del Estado, el derecho internacional, entre otros, Kelsen ejerció el cargo de magistrado constitucional (de la Corte Constitucional que él mismo concibió en el proyecto de Constitución del Estado austríaco en 1918). A partir de 1940, Kelsen se instala en Estados Unidos, imparte en 1942 las conferencias Oliver Wendell Holmes en la Universidad de Harvard y, en 1945, se convierte en profesor de tiempo completo en la Universidad de Berkeley.

Su libro más importante, *La teoría pura del derecho (Reine Rechtslehre)*, pretende desarrollar una teoría exenta de toda ideología política y autónoma de consideraciones psicológicas, sociológicas o relativas a las ciencias naturales.

Se trata de una teoría positivista, porque su objeto es el derecho positivo, es decir, el derecho realmente válido, y no un derecho ideal (incluso si *validez* se refiere

no solamente al hecho de que una norma ha sido emitida por la autoridad, sino también a la condición de que dicha autoridad esté habilitada a hacerlo condición que puede ser interpretada al mismo tiempo como *empírica* e *ideal*).

La primera edición de *La teoría pura del derecho* se inscribe en la tradición leibniziana que concibe a las normas jurídicas como proposiciones lógicas. Una presuposición básica del proyecto kelseniano inicial es que es posible inferir normas a partir de otras normas, ya sea por deducción o por inducción. Además, Kelsen pretende someter las normas jurídicas al principio de no contradicción. Para él “una ciencia normativa no puede admitir contradicción entre dos normas pertenecientes a un mismo sistema”⁶⁹.

Kelsen considera que dos normas jurídicas con significados incompatibles no deben considerarse válidas ni pertenecientes al sistema jurídico, pues al menos una de ellas no será *pertinente desde el punto de vista jurídico*.

Las relaciones lógicas entre normas son garantizadas gracias a los principios de solución de contradicciones, por ejemplo, el que la ley posterior derogue a la anterior (*lex posterior derogat priori*), la ley específica deroga a la que es más general (*lex specialis derogat legi generali*) o que la ley superior deroga a la inferior (*lex superior derogat legi inferiori*). Estos son considerados por Kelsen como principios lógicos aplicados al derecho.

En un viaje a Finlandia, en 1952, Kelsen se muestra entusiasmado por la reciente publicación del artículo *Deontic Logic*, texto frecuentemente considerado como acta de nacimiento de la lógica deóntica. Las sorprendentes analogías formales entre las concepciones modales y deónticas son el punto de partida de Von Wright para concebir una lógica de las normas o lógica deóntica.

Al lado de los conceptos de la lógica modal tradicional (necesidad, posibilidad y contingencia), se hallan las nociones propias a la lógica deóntica (obligatorio,

⁶⁹ Kelsen, Hans. *Teoría pura del derecho*. Editorial Porrúa. México. 1991. pp. 134.

permitido, prohibido). Kelsen aspira entonces a cimentar las ideas de consistencia y completitud del orden jurídico, presentes en su propia teoría, en dicha lógica. En 1953, en su escrito *Was die Reine Rechtslehre* (¿cuál es la doctrina pura?) el jurista vienés se ostenta como el precursor de la *lógica general de las normas*.

Ahora bien, Kelsen modificará radicalmente su posición en la segunda edición de la *Teoría pura del derecho*, de 1960, afirmando que el principio de no contradicción no se aplica directamente a las normas jurídicas, sino solamente indirectamente gracias a las llamadas *proposiciones de derecho o enunciados jurídicos*. Estas permiten enunciar a título descriptivo el contenido de las normas:

Dado que las normas jurídicas, en cuanto prescripciones –es decir, en cuanto mandamientos, permisiones, facultamientos– no pueden ser ni verdaderas ni no verdaderas, aparece la cuestión de cómo pudieran aplicarse los principios lógicos, en especial, el principio de no contradicción y las reglas de inferencia, a las relaciones entre normas jurídicas (como la teoría pura del derecho lo ha efectuado siempre), si, conforme con la opinión tradicional, esos principios solo se aplican a las expresiones que pueden ser verdaderas o no verdaderas. La respuesta a este interrogante es la siguiente: los principios lógicos, si bien no directamente, por lo menos indirectamente, pueden ser aplicados a las normas jurídicas, en tanto y en cuanto esos principios sean aplicables a los enunciados jurídicos que describen esas normas jurídicas, enunciados que pueden ser verdaderos o no verdaderos. Dos normas simultáneamente válidas, cuando los dos enunciados jurídicos que las describen se contradicen⁷⁰.

En esta segunda edición de su *Teoría pura del derecho*, Kelsen afirma que la deducción lógica de las normas jurídicas es una operación indirecta que se efectúa a través de las proposiciones jurídicas que describen el contenido de aquellas. “Una

⁷⁰ Kelsen, Hans. Op Cit. pp. 88.

norma jurídica puede ser inferida de otra, cuando los enunciados jurídicos que las describen pueden articularse en un silogismo lógico⁷¹.

Durante los años posteriores, la posición de Kelsen llega a ser escéptica o, según algunos, *nihilista* acerca de las relaciones entre el derecho y la lógica.

En su ensayo sobre la derogación, de 1962, Kelsen abandona la aspiración logicista. En el primer caso, afirma que el principio de no contradicción no es aplicable en el derecho. En particular, que los principios de la derogación no son principios lógicos (lo cual no es nuevo en su teoría, porque las normas derogatorias en tanto son normas no pueden ser ni verdaderas ni falsas), y que los conflictos entre normas son insolubles a pesar de que el legislador tenga la atribución de derogar; pues la ciencia del derecho es impotente para eliminar de manera clara las antinomias tanto como para prever los conflictos al momento de legislar:

Los conflictos entre normas permanecen sin solución debido a la ausencia de normas derogatorias expresamente establecidas o tácitamente presupuestas, y si la ciencia del derecho es incapaz de resolver mediante interpretación los conflictos existentes entre normas, tanto más lo es para revocar la validez de las normas positivas de la misma manera que es incompetente tratándose de la promulgación de normas jurídicas⁷².

Y, efectivamente, es cierto que en la práctica legislativa y en la administración pública la derogación explícita o la determinación precisa del conjunto de normas a derogar suele ser una meta ilusoria, porque el legislador no puede saber de manera exhaustiva cuáles de las miles de normas promulgadas en el pasado se oponen a las nuevas. Aparte de un pequeño número de reglas y principios que son claramente sustituidos por los nuevos, el resto pueden o no verse afectados.

⁷¹ *Ibidem*. pp. 89.

⁷² Kelsen, Hans. *Derecho y lógica*. Ediciones Coyoacán. México. 2012. pp. 51.

Recientemente, las nuevas tecnologías han contribuido a mejorar la situación, porque las páginas oficiales ministerios y parlamentos, que puede ser consultadas mediante Internet, suelen contener listas razonablemente exhaustivas de leyes positivas vigentes; pero nada impide a un Abogado invocar ante los tribunales antiguas leyes que nunca fueron derogadas explícitamente, aunque no estén incluidas en dichas bases de datos oficiales.

Finalmente, en *Derecho y lógica*, Kelsen responde de manera negativa a la pregunta acerca de la aplicación en el derecho de los principios lógicos en general y, en particular, al uso de la *regla de inferencia*.

El silogismo: *todos los ladrones deben ser sancionados, Schulze es un ladrón, por lo tanto, Schulze debe ser sancionado*, sería inválido por los siguientes motivos: una norma jurídica es siempre una norma jurídica *positiva*, es decir, una norma en vigor que ha sido decidida por una autoridad competente. Ahora bien, el acto de voluntad de una autoridad no es solamente una operación intelectual, sino un hecho objetivo. En conclusión, para que la norma individual *Schulze debe ser sancionado* sea válida, es necesario que sea dictada por una autoridad competente. Nada impide que la voluntad de esta sea que Schulze no debe ser sancionado, pues, mientras los *silogismos descriptivos* hacen referencia al significado implícito en una aserción, los *silogismos normativos* conciernen las decisiones reales de jueces y autoridades competentes⁷³.

En su *Teoría general de las normas*, Kelsen afirma que el principio de no contradicción y la relación de consecuencia no son aplicables a las normas, pues una relación entre condición y consecuencia supondría preguntarse si una aserción es verdadera y, según él sostiene, “no se puede predicar la verdad o falsedad de una norma”⁷⁴.

⁷³ *Ibidem*. pp. 32.

⁷⁴ Kelsen, Hans. *Teoría general de las normas*. Editorial Marcial Pons. Madrid. 2018. pp. 75.

Como se ve, la tesis, según la cual las normas no pueden ser verdaderas o falsas, sino válidas o inválidas, es central en el positivismo kelseniano. Sin embargo, algunos lógicos deónticos han tratado de escapar a dicha idea.

Como se pregunta Patrice Bailhache:

¿Acaso no tenemos el derecho de afirmar que es verdad que, bajo tales y tales circunstancias, está prohibido robar? Con excepción de las llamadas verdades *a priori* ni la *lógica de las normas* ni la lógica clásica dicen por sí solas qué verdad o mentira, para lo cual es necesario referirse a la experiencia.

La lógica dice simplemente en qué casos estamos autorizados a deducir que algo es verdad a partir de hipótesis que suponemos verdaderas⁷⁵.

Tratándose de las normas, la situación, según Bailhache no es diferente.

Esta reflexión permite a lógicos deónticos como él, preservar cierta economía instrumental, no multiplicar sus herramientas lógicas, pues de seguirse el consejo kelseniano de sumar a la pareja verdadero/falso, la nueva pareja válido/inválido, se haría necesario emplear conectores proposicionales distintos para uno y otro caso, incrementando así la complejidad en las aplicaciones.

Durante más de treinta años, el escepticismo del último Kelsen ha suscitado importantes debates entre los filósofos del derecho. Algunos autores han pensado que Kelsen estaba intoxicado por los problemas de la filosofía analítica y de la lógica formal.

De acuerdo con Látizia Gianformaggio:

Entrar en contacto con los lógicos fue fatal para la *Teoría pura*, pues la alejó de problemas propios, la contagió de otros que le eran ajenos y, peor aún, le

⁷⁵ Bailhache, Patrice. *Ensayo de lógica deóntica*. UNAM. México. 1991. pp. 96.

impuso tesis comprometedoras como la de la supuesta exhaustividad de la dicotomía descripción/prescripción⁷⁶.

Otros autores han elaborado interpretaciones sutiles, según las cuales Kelsen no habría modificado su posición, sino mantenido un itinerario filosófico coherente. Las contradicciones lógicas existentes entre los contenidos de las normas positivas serían simplemente resultado del carácter dinámico, en el tiempo, de los órdenes jurídicos.

3.5. El aporte de Georg Henrik von Wright

Los fundadores de la lógica deóntica e incluso los especialistas contemporáneos en esta han debido consagrar muchos esfuerzos no solo para desarrollarla, sino, lo que puede ser más frustrante, para defender el hecho mismo de que tal lógica existe o, al menos, de que es posible.

Proliferan los argumentos escépticos tanto de lógicos clásicos que no ven en el programa de investigación de los deónticos una evolución progresiva o que consideran que las paradojas deónticas son irresolubles, como de juristas que – como Kelsen o el legislador francés decimonónico– se rinden ante la evidencia de una práctica jurídica que puede ignorar la lógica. La situación es particularmente cruel cuando las críticas provienen del padre fundador de la disciplina.

En un principio, Von Wright pretendía reflexionar acerca de las analogías entre conceptos deónticos (la permisión, la obligación y la prohibición), los conceptos modales aléticos (lo posiblemente verdadero –o *lo verificado*–, lo indeterminado y lo que se sabe que es falso –o *lo refutado, falseado*– y los conceptos modales de existencia (la universalidad, la existencia y lo vacío).

⁷⁶ Gianformaggio, Latizia. *Estudios sobre Kelsen*. Editorial Fontamara. México. 1994. pp. 71.

Es interesante observar que el padre fundador de la lógica deóntica contemporánea no tenía como meta resolver problemas de filosofía jurídica o moral ni estaba guiado al principio por la pregunta de si una lógica de las normas era posible; Von Wright quería, más bien, explorar una analogía formal que le parecía *asombrosa* entre conceptos que a primera vista eran muy distintos.

Estimulado por el éxito de su primera tentativa, solamente en una segunda etapa Von Wright se convierte en filósofo del derecho y en filósofo moral y comienza a discutir con juristas y moralistas célebres, aunque apoyándose siempre en métodos formales, practicando pues lo que hoy se suele llamar la lógica filosófica.

Al final de su ambicioso libro *Norma y Acción*, Von Wright afirma que “la construcción de una lógica deóntica *completamente desarrollada* será una teoría de las expresiones interpretada de manera descriptiva (del tipo *es verdad que una obligación es, es falso que las condiciones de posibilidad de la permisión sean*)”⁷⁷.

Las leyes (principios y reglas) propias a esta lógica tratarían acerca de propiedades lógicas de las normas mismas, propiedades reflejadas en las propiedades lógicas de lo que Von Wright llamada *normas-proposiciones*. Von Wright cree en aquel momento, como el primer Kelsen, que es posible elegir como objetos de análisis expresiones de obligación y de permisión y aplicarles la lógica clásica.

En la línea de Leibniz, acepta en sus primeros textos la interdefinición de la permisión y de la prohibición (*protestar está permitido* equivaldría a decir que *no está prohibido protestar*). En símbolos:

$$Pp \equiv \neg Pp$$

... donde *p* es el nombre del acto *protestar*

⁷⁷ Von Wright, Georg. *Norma y acción. Una investigación lógica*. Editorial Tecnos. Madrid. 1970. pp. 133.

Ahora bien, las sorpresas surgieron rápidamente. La interdefinición de la permisión y de la prohibición, aparentemente clara, implica, entre otras ideas, que toda situación esté trivialmente normada, regulada (que todo lo que no esté permitido quede prohibido). Pero Von Wright ya no creía que ese resultado fuese correcto, pues la existencia de lo que los juristas llaman *lagunas* le parecía evidente.

En *Norma y Acción*, Von Wright rechaza la interdefinición simple de los operadores *permitido* y *prohibido*, y presenta un sistema diádico de modalidades deónticas fundado en la lógica temporal (*the logic of change*, que estudia las transformaciones de un estado inicial p en un estado final q ; fenómeno simbolizado pTq), y en la lógica de la acción (*the logic of action*, según la cual un individuo produce o se abstiene de producir el cambio pTq). Ese sistema fue perfeccionado En años en *A New System of Deontic Logic*.

Ahora, ante la sofisticación de los nuevos sistemas, Von Wright lamenta el sacrificio de la intuición, según la cual *permitido* es estrictamente lo mismo que *permitido*. En *Un ensayo de lógica deóntica y la teoría general de la acción*, el filósofo finlandés vuelve a la idea de partida: “si vemos los operadores de permisión y de obligación como interdefinibles, todo sistema normativo es, de manera trivial, un sistema cerrado”⁷⁸. Esta vez, aunque Von Wright acepta una forma trivial de interdefinición de los operadores de *permisión* e *interdicción*, distingue seis tipos diferentes de una y otra.

Así, se hace posible hablar de sistemas abiertos (que contienen lagunas), si las especies de permisión y prohibición que se relacionan, según el principio de permisión *par défaut* no se corresponden y si no están interdefinidas. En particular, la noción intuitiva o común de obligación (*Op* leído como es *obligatorio que p en todas las circunstancias*) sería demasiado fuerte, y no sería definible a partir de la noción intuitiva de permisión ($\neg P\neg p$ que se lee: *no está permitido que no p en todas circunstancias*).

⁷⁸ Von Wright, Georg. *Un ensayo de lógica deóntica y la teoría general de la acción*. Op Cit. pp. 85.

En lo que puede considerarse como su última posición acerca de la interdefinición de la permisión y la prohibición, Von Wright afirma que “en un código normativo que adopte el principio de que todo lo que no está prohibido está *ipso facto* permitido, toda situación está deónticamente determinada o posee un *valor deóntico*. En tal código no hay *lagunas de la ley*”⁷⁹. Como consecuencia, el principio de permisión *par défaut* (*todo lo que no está prohibido, está permitido*) parece ser o bien una tautología, o bien una afirmación contingente. ¿Podría acaso ser ambos asuntos al mismo tiempo?

En una sociedad disciplinaria cuyo tipo ideal, según Holmes, sería Prusia, todo lo que no estuviese permitido estaría prohibido; en una sociedad liberal, que Holmes identifica con Inglaterra, cualquier acto que no esté prohibido estaría permitido. Entre ambos extremos, habría que considerar una infinita variedad de casos intermedios.

Según Von Wright:

Cuando algo no está permitido por las normas actuales, eso puede significar que, para llevarlo a cabo, se debe solicitar al legislador el permiso; una tal meta-norma suele regir las relaciones de autoridad de los padres con respecto a sus hijos o de los educadores con sus pupilos⁸⁰.

Von Wright adopta así una posición convencionalista, según la cual “lo que es considerado como tautología normativa depende de la manera de definir la noción de pertinencia de las normas”⁸¹.

Los problemas prácticos de ciertas *reglas de clausura* podrían ser administrados agregando normas cada vez más elaboradas, de acuerdo con este autor. Sin embargo, siendo que el principio de permisión *par défaut* (que se puede representar así: $lp \vee \neg lp$), es solamente un caso particular del principio del *tercero*

⁷⁹ *Ibidem*. pp. 103.

⁸⁰ Von Wright, Georg. *Norma y acción. Una investigación lógica*. Op Cit. pp. 150.

⁸¹ Von Wright, Georg. *Normas, verdad y lógica*. Editorial Fontamara. México. 1997. pp. 49.

excluido, es sorprendente decir que su carácter tautológico depende de consideraciones convencionales.

¿Cómo es posible que el derecho pueda optar por aceptar o no la validez de un principio necesariamente verdadero como es el principio de permisión *par default*? ¿Cómo es posible que una tautología lógica dependa de una convención? Si en la lógica intuicionista no se acepta la validez del principio del tercero excluido, excepto en el caso en el que sea posible verificar efectivamente que la fórmula $(p \vee \neg p)$ es verdadera, es claro que los principios lógicos pueden ser convencionales en ese sentido. Pero la lógica intuicionista contiene exigencias aún más estrictas que la lógica ordinaria, lo que significa que su contenido *convencional* consiste en reforzar las garantías de precisión y plausibilidad de las inferencias.

Por el contrario, pareciera que en la lógica deóntica el contenido *convencional* contribuye a flexibilizar las reglas. La logicidad es una convención adoptada en un contexto histórico. En la introducción a *Los métodos de la lógica*, Quine afirma que:

A pesar de su carácter *necesario*, las leyes de la lógica y de la matemática pueden ser abrogadas, suprimidas. Ello no significa negar que tales leyes sean verdaderas en virtud de nuestro sistema conceptual o en virtud del significado de palabras como +, -, =, sí, y, etcétera⁸².

Dado que las leyes de la lógica y de las matemáticas ocupan una posición central en los sistemas conceptuales, revisarlas equivaldría a cambiar tales sistemas o cambiar el significado de las palabras. En resumen, la lógica y las matemáticas funcionarían como una especie de amortiguadores de la indeterminación, amortiguadores a los que estamos tan acostumbrados que o estamos dispuestos a hacer transformaciones revolucionarias.

⁸² Quine, Willard Van Orman. *Los métodos de la lógica*. Editorial Trotta. España. 1986. pp. 120.

En la madurez de su itinerario filosófico, Von Wright parece compartir la idea de Quine y deja de ir en busca de la verdad lógica para conformarse con estudiar la justificación normativa. Al cabo de varias tentativas insatisfactorias a lo largo de la segunda mitad del siglo XX y confrontando a la proliferación de enigmas y de paradojas de la lógica deóntica, la posición de Von Wright se hace más radical. El lógico finlandés adopta expresiones como *irracionalismo* y *nihilismo de valores* para calificar tanto su propia posición como la del último Kelsen y la del jurista sueco Axel Hägerström (interesado en las similitudes entre el derecho y la magia).

Para el Von Wright posterior a *Norma y Acción*, relaciones lógicas como la contradicción y la implicación ya no debían predicarse de las normas. Como consecuencia, era imposible hablar de una *lógica de las normas*. En cambio, la lógica deóntica podía ser considerada como “un estudio de las condiciones a satisfacer en la actividad racional que fija las normas”⁸³. En *Normas, Verdad y Lógica*, el autor afirma también que “las leyes de la lógica deóntica equivalen a *principios de producción legislativa racional*”⁸⁴.

La lógica en general sería así entendida no necesariamente como el resultado de los razonamientos que conducen, a partir de premisas verdaderas, a conclusiones verdaderas, sino como el estudio de los razonamientos que llevan, a partir de premisas racionales, a conclusiones también racionales.

Según Von Wright, la lógica poseería un contenido más extenso que la verdad. Dicho de otro modo, la racionalidad humana sería más amplia que lo que los lógicos podrían mostrar con ayuda de la lógica veritativo-funcional (lo que depende de las condiciones de verdad).

⁸³ Von Wright, Georg. Es y deber ser. En: Aarnio Aulis (coordinador). *La normatividad del derecho*. Editorial Gedisa. España. 1997. pp. 93.

⁸⁴ Von Wright, George. *Normas, verdad y lógica*. Op Cit. pp. 53.

Esta conclusión está lejos de ser simple pesimismo filosófico, al menos pesimismo filosófico generalizado. Si Von Wright no es ni un racionalista estándar; ni un platónico creyente en la verdad moral, es, sin embargo, un humanista que cree en la racionalidad humana y en la posibilidad de estudiarla.

CAPÍTULO IV

Una visión analítica sobre el contenido moral de las resoluciones judiciales

4.1. El modelo neoconstitucionalista

El modelo teórico neoconstitucionalista que se va delineando se refleja sobre distintos frentes, pero dos parecen ser los principales: la doctrina de la interpretación y la doctrina de las fuentes.

De la doctrina de las fuentes, el neoconstitucionalismo rechaza la idea de la supremacía de la ley ordinaria, no solo en el sentido más trivial de ponerla en una posición formalmente y materialmente subordinada a la Constitución, sino -y sobre todo- en el sentido de ponerla en una posición axiológicamente subordinada.

“En el modelo constitucionalista la Constitución es *sustanciada* o *rematerializada*: ella representa (así debe ser entendida) un orden objetivo de valores que dan fundamento ético-político al ordenamiento y no requieren a su vez otro fundamento o justificación”⁸⁵.

Según este modo de ver, la asunción de una *genuina posición constitucionalista* sería incompatible con el mero legalismo que caracteriza al positivismo jurídico. En efecto:

La constitución, al no poderse reducir al marco normativo que autoriza y define el ámbito de producción del derecho positivo, y habiendo reconocido y/o positivizado los valores del Estado de derecho y de la sociedad pluralista, aportando así un contenido sustancial al ordenamiento, no podría ser ni eficazmente comprendida ni, por tanto, desarrollada a partir de una

⁸⁵ La Torre, M. Derecho y concepto de derechos. Tendencias evolutivas desde la perspectiva europea. En: *Revista de Estudios Constitucionales* No. 16. España. 1993. pp. 67.

aproximación iuspositivista que ha expulsado de su horizonte de análisis el contenido sustancial de las normas⁸⁶.

Sin embargo, ¿qué significa *genuina posición constitucionalista*?

4.2. El significado del constitucionalismo

De la literatura neoconstitucionalista emerge un significado de *constitucionalismo* que aparentemente permanece en la línea trazada por la tradición: constitucionalismo es aquí sinónimo de *doctrina de la limitación del poder*.

El constitucionalismo continental, en particular, se ha caracterizado como doctrina de los límites jurídicos del poder puramente político (Ejecutivo y Legislativo): la exclusión de la jurisdicción del ámbito de los poderes a ser controlados ha sido determinada no solo por razones históricas y políticas contingentes que, como tales, hoy parecen venidas a menos; ha sido también determinada por la confusa percepción –derivada de la cultura del *common law* y/o de la experiencia constitucional americana– que precisamente el juez puede servir como límite jurídico del poder político, en particular, en la forma de control de constitucionalidad. Al contrario, cualquier control político sobre la jurisdicción, como el de tipo francés, parece característico del legalismo más que del constitucionalismo.

En la arquitectura del constitucionalismo –en la tradición francesa–, el poder que se materializa en la interpretación y en la aplicación del derecho es considerado todavía como neutro; esta actividad es considerada como una función técnica antes que como un verdadero centro de poder político. Por otra parte ya es claro que también la actividad jurisdiccional es, en algún sentido, ejercicio de un poder: se trata entonces de indagar en qué sentido y en qué grado lo sea y cómo pueda ser sometido a controles.

⁸⁶ Ferrajoli, Luigi. *La cultura jurídica en la Italia del siglo XX*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. España. 1999. pp. 38.

La actividad interpretativa y aplicativa en sentido estricto del derecho positivo conlleva, entonces, el ejercicio de un poder político en sentido lato; se trata de una actividad caracterizada, en distintos grados, de ineliminables aspectos creativos que impiden su *mecanización* –sea que se asuma que el derecho está compuesto por reglas, por principios o por reglas y principios.

Debido a lo señalado, el neoconstitucionalismo tradicional se encuentra en dificultades: habiendo identificado siempre los instrumentos de garantía con alguna forma de control judicial, una vez que se rechaza la posibilidad de una aplicación mecánica del derecho y, por tanto, la noción de jurisdicción como *poder neutro*, se encontraría, paradójicamente, en la necesidad de establecer controles y garantías contra los propios instrumentos de garantía.

Como señala Guastini:

Si se reconoce –como ya casi todos reconocen– que el poder jurisdiccional es también un poder político, nace entonces el problema –del todo nuevo para el constitucionalismo– de inventar técnicas constitucionales idóneas para garantizar los derechos de libertad contra el poder judicial⁸⁷.

Parece, entonces, necesario un distinto tipo de constitucionalismo que, a diferencia del tradicional, no se encuentre vinculado al binomio *garantía-jurisdicción*. La adopción de una genuina perspectiva constitucionalista parecería exigir al teórico constitucionalista un compromiso en esta dirección.

4.3. La constitución y la democracia

Indagar y delinear cuál sea el significado de una *genuina posición constitucionalista* se torna más complejo en cuanto se refleja sobre el binomio *democracia-Constitución*.

⁸⁷ Guastini, Riccardo. *Lecciones de derecho constitucional*. Ediciones Legales. Lima. 1991. pp. 188.

“El objetivo perseguido por el constitucionalismo consiste en sustraer ciertos temas a la controversia política o, mejor aún, al poder de las variables de un límite a la democracia”⁸⁸. Sin embargo, parece haber tensiones entre democracia y Constitución.

Como ha sucedido para otros fenómenos culturales y políticos que se han impuesto de modo generalizado en los países occidentales, lo mismo ha sucedido con la noción de democracia y esto, quizás, le ha hecho perder en parte sus señas de identidad: se puede decir sin temor a ser desmentido dadas las rarísimas excepciones, que hoy todos se proclaman de algún tipo o modelo de la democracia.

Un discurso más o menos análogo se podría hacer para el constitucionalismo, con la diferencia que mientras que para la democracia parece ya haberse alcanzado la unanimidad de los consensos, no sucede lo mismo -al menos todavía- con el constitucionalismo. En todo caso, es un hecho que gran parte de los defensores de la democracia también hacen una explícita declaración de fe constitucionalista.

Simplificando mucho un debate que ya ha asumido dimensiones destacadas, se puede decir lo siguiente: asumiendo que sea posible dividir los distintos intervinientes en dos grandes campos de opinión, se tendría, por un lado, a los partidarios del *constitucionalismo en sentido estricto* y, del otro lado, los defensores de la *democracia como mayoría*. Los primeros, que defienden la institución de la *Bill of Rights*, afirman que –según la afortunada expresión de Dworkin– los derechos constitucionalmente considerados son como *triumfos* respecto de la mayoría.

Tras esta posición subyace una teoría moral que asigna a los derechos fundamentales la tarea de sustraer algunos temas de la agenda política haciéndolos intangibles: resultado obtenible a través de la combinación de la supremacía constitucional de la ley ordinaria.

⁸⁸ Bayón Mohino, J. *La normatividad del derecho: deber jurídico y razones para la acción*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1991. pp. 73.

En efecto, de un lado, la construcción de una *zona franca* de la política cotidiana parece reenviar a la idea de una inscripción de tales derechos en una Constitución rígida; de otro lado, el control de constitucionalidad, aunque no lo sea conceptualmente, se diría prácticamente necesario para ofrecer una garantía a la superioridad constitucional apenas afirmada⁸⁹.

En todo caso, esta combinación de elementos no implica un único esquema institucional: podrá ser una constitución más o menos rígida, con o sin cláusula para su revisión, podrá ser toda o parcialmente modificable, etc. Desde este punto de vista, entonces, la posición constitucionalista en sentido estricto podrá revelarse más o menos fuerte, por ejemplo, según el grado de rigidez constitucional.

Los defensores de la democracia como mayoría preguntan de modo polémico: ¿cuán fuerte debe ser el constitucionalismo para poder tutelar los derechos fundamentales? ¿Qué legitimidad tienen los jueces, que no son representativos y son políticamente irresponsables, para invalidar las decisiones del legislador democrático?

Si los valores del derecho no son asumidos de modo exclusivo, entonces no parece que la adhesión al constitucionalismo pueda darse por descontado.

La réplica constitucionalista más usual afirma que la tensión entre democracia y Constitución es solo aparente: por un lado depende de qué se entiende por *democracia* y, por otro lado, los jueces constitucionales –dicen algunos– hacen valer la voluntad democrática del constituyente, incluso más profunda que la del legislador.

En cambio, es claro que esta última observación es difícilmente sostenible sin la adopción contextual de una concepción objetivista de la interpretación constitucional: en efecto, se necesitaría presuponer una relación biunívoca entre disposición y norma que pusiese al intérprete constitucional en capacidad de hallar la

⁸⁹ Blanco Valdés, Roberto. *El valor de la Constitución*. Alianza Editorial. Madrid. 1997. pp. 124.

verdadera voluntad del constituyente (siempre que exista). Sin embargo, no se cree siquiera que para seguir defendiendo una posición constitucionalista después de haber destacado la falta de una relación biunívoca entre disposición y norma sea necesario adoptar una concepción interpretativa extrema *a lo Dworkin*.

Es decir, no se cree que el rechazo del objetivismo interpretativo comprometa al teórico a la defensa de posiciones ultrainterpretativas, aunque moralmente, y quizás también jurídicamente, objetivista como la de Dworkin y de otros constitucionalistas. Simplemente, el teórico debería tener en cuenta: a) los ineliminables espacios de discrecionalidad política que se abren en la actividad interpretativa y aplicativa de las disposiciones constitucionales; b) que, en todo caso, a través de las disposiciones constitucionales, el constituyente aspira a reducir la discrecionalidad política del propio legislador orientando sus decisiones.

Es en este escenario que la doctrina de la separación (o, más bien, división) de los poderes adquiere relevancia: en efecto, una vez asumida la jurisdicción como poder en sentido pleno, ella puede desarrollar un rol de contrapeso de los demás poderes, en particular, sobre el poder democráticamente legitimado (el Legislativo).

En tal caso, ejercitando también ella una acción expresamente reconocida como política, parecería tener ciertamente que asumir responsabilidades políticas.

En todo caso, la objeción democrática contra el control de Constitucionalidad se hace tanto más fuerte cuanto más rígida sea la Constitución; en efecto, en tal caso, serán los jueces constitucionales, y no los ciudadanos, quienes tengan la última palabra.

Los defensores de la democracia, como mayoría, acosan afirmando, además, que la regla de la mayoría está dotada de un valor intrínseco ausente en el constitucionalismo (y en los demás procesos decisionales):

El valor se deriva de ser la única en tomar realmente en serio la igual capacidad de autogobierno de las personas. Según los partidarios de la democracia, para sostener lo contrario, se deberían demostrar que los jueces tienen mejores credenciales que los parlamentarios para la toma de ciertas decisiones⁹⁰.

Al respecto, es necesario notar que:

- i) La tensión entre constitucionalismo y democracia puede ser menos intensa de lo que parece en cuanto se considere que también la democracia presupone una regla *constitucional* –la regla de mayoría– más o menos inmodificable;
- ii) La defensa de la democracia como mayoría y las posiciones procedimentalistas en general tienden a subestimar la importancia y el rol de las razones sustanciales que justifican toda configuración procedimental;
- iii) Luego, la justicia de un procedimiento no implica la justicia de los resultados;
- iv) Finalmente, la historia concreta de la democracia ha podido desarrollarse solo sobre bases constitucionalistas.

Desde este punto de vista, quizás, se revalorarían también otros valores más allá del de autonomía –en el sentido de no heteronimia– constantemente enfatizado por los defensores de la democracia: por ejemplo, valores como el de la igualdad de derechos fundamentales o de los derivados de la elaboración y de la aplicación de deberes positivos por parte del ente colectivo.

⁹⁰ Dworkin, Ronald. *La lectura moral del derecho*. UNAM. México. 1996. pp. 46.

4.4. El neoconstitucionalismo y la democracia

El neoconstitucionalismo parecería abrazar una posición dirigida a conciliar Constitución y democracia: los vínculos constitucionales son asumidos como instrumentos que tienden a consolidar el proceso democrático, ofreciendo una trama procedimental y de valores político-morales, entre la que debe moverse la acción política. Por otra parte, el proceso democrático tiene necesidad de alguna estructura jurídica que haga capaz al electorado de expresar una voluntad coherente y, además, tiene como su presupuesto la asunción de algunos valores que ofrecen, de modo aproximado, una concepción de la persona.

Holmes manifiesta: “si no tiene las manos atadas, el pueblo no tendrá manos”⁹¹. En esto consiste la aparente paradoja: los ciudadanos pueden detener el poder solo con la condición de atarse las manos. El Estado constitucional democrático consiste precisamente en la aceptación de esta paradoja por la que el poder de la mayoría encuentra sus límites en la tutela de la minoría, en el respeto de ciertos procedimientos, en el principio de legalidad formal y sustancial, etc.

Cualquiera sea la motivación por la que se acepta la subordinación de la Carta Constitucional (el carácter autodestructivo de la democracia no limitada, la naturaleza objetiva de los derechos fundamentales, etc.), el poder constituyente confía al texto constitucional la imposición de los límites y las competencias del legislador democrático. Desde este punto de vista no es incoherente sostener la limitación jurídica del proceso democrático que, más bien, constituye la base de la democracia constitucional.

En este orden de ideas, afirma el neoconstitucionalismo, resulta evidente el error del iuspositivismo cuando pretende separar el derecho y los valores. Si la Constitución es el documento supremo del ordenamiento jurídico no es admisible

⁹¹ Holmes, Stephen. El precomiso y la paradoja de la democracia. En: Elster, Jon y Slagstad, Rune. *Constitucionalismo y democracia*. Fondo de Cultura Económica. México. 1999. PP. 225.

pensar respecto de ella ni en una interpretación discrecional ni en una limitación a la organización del poder.

Zagrebelsky pone en evidencia la diferencia entre el modelo constitucional dirigido a fundar el naciente *Estado de derecho* y el modelo constitucional del *Estado constitucional*. Así manifiesta:

La Constitución revolucionaria se decía positiva, porque fue creada de una vez por todas con un acto de voluntad cerrado en el tiempo e irrepitable. Al contrario, la constitución del pluralismo contemporáneo se puede decir positiva en cuanto recreada continuamente por el concurso de múltiples voluntades que en el converger hacia ella y, según el modo de esta convergencia, la redefinen continuamente en su alcance histórico-concreto. En suma, la positividad de la Constitución pluralista es a posteriori⁹².

Es una concepción de la Constitución como *acto irrepitable* la que lleva consigo la doctrina de la separación de los poderes: configurando la función jurisdiccional como una suerte de poder neutro –el poder de los jueces se limita a la simple aplicación de prescripciones formuladas por el poder político–, y la función legislativa como dotada de discrecionalidad en los límites de una Constitución con funciones de garantía.

Esta concepción constitucional produce la separación entre el derecho y la política, separación que cumple la función de proteger un área de relaciones sociales de los cambios de la vida política y del arbitrio de los legisladores. En este escenario la paradoja de la democracia se disuelve en una suerte de *autoreglamentación* bastante rígida, garantista y liberal.

⁹² Zagrebelsky, Gustavo. *Historia y Constitución*. Editorial Trotta. España. 2011. pp. 75.

Sin embargo, a diferencia del *de derecho*:

Al *Estado constitucional* no sería adecuado esta suerte de despolitización del derecho que confiaba a los jueces una labor meramente aplicativa; esto más bien representaría un defecto, porque impediría a la legitimación democrática de la política extenderse al derecho arriesgándose por tanto a quedarse privado de legitimación⁹³.

La doctrina neoconstitucionalista sugiere, entonces, una noción de constitución no como acto, sino como proceso en el que la separación de los poderes es frágil y los jueces conceden justicia sustancial, el legislador es puesto *bajo tutela* jurisdiccional-constitucional y el derecho no está separado de la política (y de la moral).

Se ponen al menos dos órdenes de problemas que derivan del evidente resquebrajamiento de las garantías constitucionales y del consiguiente esbozo de la incertidumbre jurídica. Por un lado, ya se ha advertido que la técnica de las garantías jurisdiccionales no resulta más satisfactoria una vez que también la jurisdicción es configurada como centro de poder político, al menos parcialmente autónomo que, en cuanto tal, estaría también controlado. Por otro lado, una noción de Constitución en continuo hacer reenvía al proceso democrático que el propio neoconstitucionalismo limita y busca que limitar ulteriormente.

De estos problemas parece derivarse una contradicción para el propio neoconstitucionalismo, porque, en el modelo preceptivo de la Constitución como norma, el reconocimiento de la omnipresencia de la Constitución está confiado precisamente a la función judicial (que estaría sometida a control, al menos asumiendo la *genuina posición constitucionalista*) juzgada en capacidad de considerar todas las exigencias que nacen de la sociedad pluralista y capaz de recomponerla en un cuadro coherente contraponiéndose a un legislador democrático

⁹³ Nino, C. S. *Derecho, moral y política*. Editorial Ariel. Barcelona. 1994. pp. 140.

pintado como sordo y legalista o presa de los intereses privados y de variados grupos de presión.

La jurisdicción sería el poder capaz de garantizar los derechos aprobados en el pacto originario contra un Poder Legislativo preso de intereses contingentes. Más aún, es el Poder Judicial el que interpreta, en última instancia, la Constitución, en sentido sustancial, mediante el uso de *súper principios* como el de proporcionalidad o de equidad, redefiniendo así los límites de la propia competencia y de la del legislador⁹⁴.

La judicatura es un nuevo centro de poder político: centro que, aunque en algún sentido limitado por la Constitución, tiende a reemplazar el proceso democrático como fuente de normas jurídicas válidas, transfiriendo así el conflicto al interior del propio ordenamiento jurídico.

De la idea de la ductilidad o maleabilidad de la Constitución se deriva otra contradicción del neoconstitucionalismo: en efecto, si correctamente se pone en evidencia los defectos y las insuficiencias de la democracia, desde un punto de vista constitucionalista solo una concepción de la Constitución como acto fundacional irrepetible puede servir como garantía.

La doctrina neoconstitucionalista intenta superar las dificultades basándose en la tesis de los principios. Los principios, explícitos o implícitos, pero en todo caso extraíbles y presupuestos por el texto constitucional, representan el nuevo marco en el que se inserta el propio derecho constitucional. Estado y derecho no serían más configurables como fenómenos correspondientes, sino como círculos concéntricos. El derecho es el círculo más amplio en el que se inserta el círculo estatal.

⁹⁴ Tropper, M. *La noción del principio supraconstitucional*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. España. 1996. pp. 39.

Como afirma claramente Alexy:

Configurando el sistema como compuesto de normas y de principios no se incurre en la indeterminación que se derivaría, en cambio, de un sistema solo de principios, ya que permanece la fuerza vinculante de las normas y el sistema se configura completo *en la medida en que siempre hayan principios a los que recurrir y, por tanto, no haya ningún caso posible en el sistema que no pueda ser decidido sobre la base de criterios jurídicos*⁹⁵.

De la reconstrucción aquí propuesta del neoconstitucionalismo surge la idea de un proceso democrático degenerado, que persigue intereses de parte, incapaz de ofrecer reglas que superen y solucionen los conflictos. Surgen entonces las dificultades que pueden afectar la experimentación práctica de proyectos políticos que se insertan en el ámbito de la posición que ha llamado *democracia como mayoría*.

Sin embargo, la incapacidad del legislador parecería encontrar una solución en la jurisdicción. En efecto, el neoconstitucionalismo reconoce a esta última (y, en parte, también a la ciencia jurídica) la capacidad y, por tanto, la tarea de resolver los conflictos. Esto, no obstante, a condición de que abandone el paradigma positivista, porque –en palabras de Zagrebelsky– “el positivismo legislativo, por su vocación exclusivamente servil a un derecho ya acabado (es decir, un derecho en cuya construcción no participa) no tiene nada que decir”⁹⁶.

Una vez que se toma nota que la Constitución (además de por principios) está integrada por reglas, ello bastaría:

Para sostener, en una primera aproximación, la irreductibilidad de la ciencia jurídica de la Constitución pluralista a la exclusiva reconstrucción de significados textuales, como expresiones de una voluntad soberana unilateral,

⁹⁵ Alexy, Robert. Sistema jurídico, principios y razón práctica. En: *Doxa – Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*. No. 5. 1988. pp. 142.

⁹⁶ Zagrebelsky, Gustavo. Op Cit. pp. 78.

o de una voluntad normativa contractual plurilateral. [...] La ciencia del derecho constitucional no puede abdicar de un rol autónomamente reconstructivo, no sería posible esconder sus responsabilidades ostentando las certezas del positivismo⁹⁷.

4.5. Neoconstitucionalismo y la omnipresencia constitucional

Hace algunos años, Gustavo Zagrebelsky expresaba el punto de partida del neoconstitucionalismo escribiendo: “lo que intento demostrar es que vivimos en un contexto ideológico dominado aún por los principios o por la ideología del positivismo jurídico, mientras las características del ordenamiento jurídico actual no son más conformes a dicha ideología”⁹⁸. En efecto, el neoconstitucionalismo parece ponerse el objetivo de *archivar* definitivamente la *fase iuspositivista* de la ciencia del derecho.

Ha sido Ronald Dworkin, quien reavivó el debate a partir de la mitad de los años setenta; aquí también será necesario tener presente un artículo de hace algunos años titulado *La lectura moral del derecho*. En este ensayo, Dworkin defiende la tesis de la especificidad de la interpretación constitucional: la Constitución exigiría al intérprete una previa toma de posición respecto a los principios morales incorporados en ella.

En la misma dirección se orientan las últimas obras de Nino, en particular *derecho, moral y política*, que presenta el significativo subtítulo *Una revisión de la teoría general del derecho*, además de la obra póstuma *The Constitution of Deliberative Democracy*, en la que propone, sobre la base de una peculiar interpretación de la Constitución, una teoría de la justificación de la democracia.

⁹⁷ *Ibidem*. pp. 79.

⁹⁸ Zagrebelsky, Gustavo. El derecho fundamental hoy. En: Becchi, Paolo. Materiales para una historia de la cultura jurídica. *Revista de Estudios Políticos*. España. 1997. pp. 187.

No obstante, es nuevamente Alexy, quien explicita sintéticamente las características distintivas que presentaría el Estado constitucional respecto al estado liberal del siglo XIX: características para las cuales sería necesaria una nueva teoría del derecho. Según Alexy:

Es posible distinguir dos concepciones fundamentales, la del legalismo (o iuspositivismo), que sería abandonada, y la nueva del constitucionalismo, cuyas características pueden ser sintetizadas: *valores* en lugar de normas; *ponderación* en lugar de subsunción; *omnipresencia de la Constitución* en lugar de independencia de la legislación ordinaria; *omnipresencia judicial* (sobre todo el tribunal Constitucional) basada en la Constitución en lugar de la autonomía del legislador democrático⁹⁹.

Como ha sido recordado, el neoconstitucionalismo adopta el modelo prescriptivo de la Constitución concebida como norma. La Constitución es, por tanto, entendida como un conjunto de estándares jurídicos positivos, generalmente expresados en un documento y situados en el más alto grado jerárquico del ordenamiento, a condición de que presente y exprese valores específicos. Así, el documento constitucional asume un carácter peculiar: la Constitución no sería más una simple *norma sobre la normativa*, que indica los procedimientos para la formación de las leyes y de las demás normas infraconstitucionales, sino que expresaría preferentemente principios normativos.

Según este modo de pensar, el control de la constitucionalidad que obviamente debe hacerse no puede ser meramente formal, de simple verificación si el legislador ha respetado los límites puestos por el constituyente, sino que debe alcanzar el plano sustancial, hasta valorar el punto en el que el legislador ordinario haya acogido los valores constitucionales. Entonces este no se caracteriza como simple declaración de compatibilidad entre leyes y Constitución, sino como juicio de *ponderación* que, balanceando los distintos principios involucrados, valorará si la

⁹⁹ Alexy, Robert. *Sistema jurídico, principios y razón práctica*. Op Cit. pp. 160.

lesión de un principio está justificada por la tutela de otro considerado más importante o de mayor peso.

Para estar justificada la decisión constitucional deberá, entonces, presentar argumentos traídos del discurso moral que no precisen de ulterior fundamento. Este tipo de juicio presupone, en definitiva, una toma de posición preliminar, o una valoración acerca de los valores subyacentes a los principios en conflicto. Solo este tipo de justificación podría realmente fundar la legitimidad de las decisiones jurídicas. Solo de este modo sería posible dar cuenta de la pretensión de corrección del derecho que lo distinguiría de las meras órdenes y de los mandatos.

Luego, es claro que aquí la Constitución se vuelve un proceso y no un acto dado el mecanismo de la ponderación dirigido a la continua *adaptación del derecho al caso* y al constituirse de jerarquías móviles entre principios (que, obviamente, a su vez, tienden a configurar de un modo distinto la Constitución en su complejidad, incluso si es asumida como orden –no ordenado de hecho– de valores). En este sentido, sin embargo, son los propios preceptos constitucionales los que se hacen *dúctiles* debiendo, a su vez, adaptarlos al caso concreto.

En este escenario aparece más claro también el rol que el neoconstitucionalismo confía a la ciencia jurídica. Si por un lado afirma que ella no puede ser avalorativa, es necesario advertir que ello es compatible con cuanto se hace necesario desde otro lado: es necesario revalorar el rol reconstructivo y participativo de la ciencia jurídica para inducirla a elaborar esquemas en los que reponer la unidad de la Constitución, que de otro modo se desperdigaría, anulándose en el amplio discurso de la moral.

Según este punto de vista, la ciencia jurídica debe asumir tareas de sustento para la práctica jurídica, por lo que debe ser capaz de ofrecer discursos normativos que, a su vez, estén en capacidad de justificar (en última instancia) acciones y decisiones jurídicas.

De un lado, esta concepción de la Constitución la *rematerializa* o *sustancializa* haciéndole asumir la función cubierta un tiempo por el derecho natural y, de otro lado, abre un amplio espacio a los órganos autorizados para interpretarla. Así configurada, la doctrina neoconstitucionalista podría ser reconducida al *constitucionalismo de las reglas garantizadas* en sentido fuerte, pero es necesario tener presente la adopción de una noción preceptiva de Constitución que todavía modifica los asuntos.

Es evidente que esta labor no puede ser desarrollada por el positivismo jurídico, al menos, no por el metodológico.

Es también cierto que gran parte de la filosofía jurídica contemporánea ha abandonado el objetivo puramente científico-descriptivo para intentar respuestas de tipo normativo, rechazando la búsqueda en los términos puramente del conocimiento, bien porque sería imposible o bien porque encubriría una adhesión ideológica al derecho positivo objeto de estudio.

En todo caso, las dificultades que la ciencia jurídica, y constitucionalista en particular tienen delante, encuentren solución atrayendo al interior del discurso jurídico argumentos que lleven fuera del sistema jurídico positivo para considerar razones más profundas o, incluso, últimas.

El paralelo establecido por los neoconstitucionalistas entre justificación jurídica y justificación moral amplía la segunda hasta llegar a absorber a la primera: entonces, para neoconstitucionalistas como Nino, solo las normas morales suministran razones (últimas) para la acción. Pero entonces –como el propio Nino se objeta a sí mismo– no se entiende qué rol cumplirá el derecho que no fuera el de reiterar preceptos morales.

Aunque sea cada vez más frecuente que el conflicto ético y político se traslade a las salas de los tribunales, ello no implica necesariamente el abandono de

la separación conceptual entre derecho y moral. Las dificultades prácticas de la democracia no pueden ser resueltas por la moralización del derecho ni por una aproximación sustancialista. Por el contrario, el reenvío a la moralidad no hace, sino multiplicar las resoluciones jurídicas por el número de las morales efectivamente compartidas por los operadores.

La confusión de los niveles del discurso y la confusión de los roles y de las funciones de los distintos operadores jurídicos reabre el debate sobre la legitimidad de las normas jurídicas y de los órganos que las aplican.

El resquebrajamiento de la distinción entre los poderes pone en duda el frágil equilibrio, proyectado sobre la Constitución, entre decisiones jurídicas y decisiones políticas. Ello conduce a la producción de justificaciones que, aunque jurídicas, siempre apelan más a un derecho meta-positivo invocando la justicia y/o la igualdad, asumiendo en todo caso como parámetro el discurso moral.

Con mayor frecuencia, las decisiones judiciales, en particular las de las Cortes constitucionales, se valen de argumentos que, se podría decir, el Estado de derecho buscó encerrar en sus *presupuestos actuales*, excluyendo que los operadores jurídicos pudiesen retornar sobre ellos indefinidamente. Aquí, en cambio, son los presupuestos los que en algún sentido son continuamente reelaborados y concretizados. Se hace inevitable, entonces, bosquejar el fenómeno de hipertrofia moral que es posible registrar hoy tanto en la literatura como en la práctica jurídica.

Si por la parte reconstructiva que concierne a la ciencia jurídica el neoconstitucionalismo puede asumir la tarea en primera persona, en lo que concierne a la jurisdicción no puede, sino intentar convencerla de su rol de poder con capacidad para resolver los conflictos, siendo ya el legislativo poco más que la cámara de compensación del conflicto político.

Contextualmente, el neoconstitucionalismo debe convencer a la jurisdicción de que sus mitos no le hacen menos: que la utilización del discurso moral en la comprensión y en la justificación del derecho no pone en discusión el valor de la certeza, sino que solo cambia sus características.

En efecto, según este punto de vista, la *certeza* significaría *justicia* en el sentido de que es cierto que será hecho aquello *sustancialmente justo*; la certeza del derecho, en el sentido trivial de *conocimiento ex ante* de lo que según el derecho positivo está prohibido, permitido u obligado no sería más el paradigma del Estado constitucional democrático, o lo sería solo en una segunda acepción como objetivo a alcanzar gracias a la uniformidad inherente al concepto de justicia sustancial.

En este escenario es claro que el rol particularmente importante es confiado al juez constitucional, en cuanto intérprete privilegiado de la Carta Constitucional y dispensador de *verdadera* justicia. Por tanto, él se configura como el protagonista sobre la escena del Estado constitucional democrático contemporáneo; en efecto, la naturaleza del objeto que interpreta (la Constitución), la explicación de funciones particulares (establecer la escala de valores considerada justa), las específicas consecuencias de su actividad interpretativa (su particular impacto jurídico-político), hacen de la corte uno de los principales órganos políticos de la moderna organización estatal, transformándolo contemporáneamente en el gestor del constitucionalismo moderno.

4.5.1 el papel de la ley en la concepción axiológica de la constitución concebida como norma

“En el lenguaje político moderno la expresión *Estado constitucional* asume a menudo el significado de *organización política de tipo liberal y garantista*”¹⁰⁰. Desde esta perspectiva es evidente que el término *constitución* denota ya no cualquier

¹⁰⁰ Barberis, Mauricio. *Proyecto para la Constitución*. En: *Filosofía política*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 1991. pp. 89.

estructura política que presente un texto constitucional, sino más bien una estructura política cuyo texto constitucional satisface ciertas exigencias.

El término *constitucionalismo*, aunque propio del siglo XX, designa una antiquísima tradición, pero que desemboca en las doctrinas políticas liberales que en el siglo XVIII y XIX perseguían la instauración de una Constitución con *contenido* liberal. Es un elemento característico del constitucionalismo liberal la configuración de la Constitución como límite, como dique, como contención de la discrecionalidad del legislador y del poder en general. Por lo común y lo general, los documentos constitucionales se componían de dos partes: una parte que adscribía posiciones jurídicas subjetivas y otra formada por reglas de organización.

Tradicionalmente la rigidez de la Constitución concernía a la parte del derecho cuya defensa remitía a su justiciabilidad. En este contexto, los derechos a los que se hacía referencia eran sobre todo los derechos individuales de libertad y los sujetos tutelados era los individuos.

En las constituciones más recientes, las de este siglo, la parte dedicada a los derechos ha sido sucesivamente ampliada reconociendo toda una serie de derechos denominados sociales, de los que ya no son titulares los ciudadanos individualmente considerados, sino los grupos de individuos. Esto ha implicado, de un lado, un aumento del número de sujetos titulares y, de otro lado, un aumento de la imposición de deberes, como consecuencia de la previsión de fines (sociales o colectivos) a conseguir.

La mayor complejidad de la Constitución así derivada ha implicado una mayor potencialidad de conflictos, además de un distinto tratamiento en la tutela de los derechos reconocidos, como consecuencia del mecanismo de

legitimación procedimental. De este modo tiende a desvanecerse más la función de garantía que originariamente tenía la Constitución¹⁰¹.

Ahora bien, debido a las diferencias que podría decirse de tipo objetivo, entre los distintos textos constitucionales asume una relevancia autónoma para el análisis el cómo esté configurada la relación de superioridad de la Constitución respecto a la ley.

Ya se ha dicho, por ejemplo, que la Constitución puede ser configurada como un mero límite o barrera de la ley; esto conlleva una amplia posibilidad de despliegue de la normativa infraconstitucional (casi que la Constitución no existe) hasta que la ley no afecte un interés constitucionalmente tutelado.

De este modo:

La superioridad de la Constitución se refleja sobre la normativa infraconstitucional solo de forma *excepcional*. Surge así un efecto gracias al cual los derechos subjetivos son (tendencialmente) ampliados y extendidos, y paralelamente se limitan las obligaciones. En efecto, esta configuración induce a causar conflictos que sirven para invalidar la normativa infraconstitucional menos favorable a las posiciones subjetivas que la Constitución tutela¹⁰².

Otro modo de configurar la Constitución es, por ejemplo, el que lo asume como fundamento de la legislación que será entendida como su desarrollo o su expansión. Por esta vía se determina un proceso de constitucionalización de los distintos sectores del ordenamiento y una sobre-interpretación del documento constitucional que no siempre se presta al objetivo perseguido por el intérprete.

De ello se deriva una consecuencia ulterior: el relajamiento del consenso acerca de las reglas de interpretación comúnmente aceptadas, de lo que se deriva

¹⁰¹ Tarello, Giovanni. *La interpretación de la ley*. Palestra Editores. Lima. 1980. pp. 68.

¹⁰² *Ibidem*. pp. 72.

una menor posibilidad de control sobre las decisiones judiciales y una consiguiente ampliación del poder normativo de la jurisdicción. “La supremacía de la Constitución se reflejará duramente sobre la normativa infraconstitucional que será re-interpretada en un sentido conforme al documento jerárquicamente supraordenado”¹⁰³.

En el modelo preceptivo de la Constitución concebida como norma, la superioridad de la Constitución es formal, material, lógica y, sobre todo, axiológica; pero, si en los primeros tres sentidos el proceso de constitucionalización ya se ha desplegado y afirmado en el tiempo, es con la adopción de la perspectiva neoconstitucionalista que se va afirmando en el sentido de la superioridad axiológica.

Algunos afirman que son los nuevos problemas puestos por la sociedad pluralista los que encargan ulteriores o distintas responsabilidades a la Constitución. La Constitución no es solo, o no, es más, un freno o un límite de poder; ello no desarrolla un rol predominantemente pasivo de contención respecto al poder político, sino que se vuelve un conjunto de valores que deben invadir todo el cuerpo del derecho.

La doctrina neoconstitucionalista, a pesar de que no rechaza abiertamente los ideales del constitucionalismo liberal, configura la Constitución también y sobre todo como *objetivo*, confiándole un rol activo: lejos de ser solo límite y contención a la acción del gobierno, la Constitución expresaría las exigencias de conformidad positiva, imponiendo al legislador objetivos que alcanzar.

La ley general/abstracta deberá doblegarse ante las exigencias de los casos concretos para volverse conforme a la Constitución y, sobre todo, será justificada de conformidad con los objetivos a ser alcanzados. En sustancia, el legislador no es más libre en los fines, sino que se encuentra casi en el deber de

¹⁰³ *Ibidem.* pp. 79.

motivar la ley pues ella será válida en tanto que expansión de la Constitución. Así, si en el Estado de derecho la ley se justifica a sí misma –sobre la base de las prerrogativas formales que la caracterizan sin recurrir a fuentes extrajurídicas, a criterios formales fuertes o a especiales contenidos normativos– en el Estado constitucional la ley estaría definitivamente subordinada a los criterios sustanciales de la Constitución.

El ordenamiento jurídico no podría ser más simplemente nomodinámico; la Constitución no podría ser más una mera *norma sobre la normativa*, sino que sería ella misma norma de conducta o un conjunto de principios sustanciales dirigidos a todos los asociados y a cuya realización debe proveer el legislador¹⁰⁴.

Por lo tanto, la ley viene sometida a un doble control. Por un lado, estaría sujeta al control de legalidad y al control de compatibilidad constitucional, de otro lado, estaría sujeta a un control que se extiende a su racionalidad respecto a su objetivo: estaría sujeta a un juicio que entra a analizar las elecciones legislativas. Así, sometida al juicio de razonabilidad, también la ley se vuelve jurisdiccionalmente censurable bajo el perfil de *exceso de Poder Legislativo* por la que se valora su congruencia con los objetivos constitucionales.

Pero, de este modo, la valoración de la legitimidad política y de la constitucionalidad de las leyes sería, según las reglas específicas del sistema: ella se transforma en control de constitucionalidad difuso incluso donde el sistema prevé uno de tipo concentrado, porque la adecuación a la Constitución del derecho existente se vuelve una tarea general de la jurisdicción.

La peculiar aproximación neoconstitucionalista a la interpretación constitucional termina por tener efectos de amplio alcance que parecen contradecir la propia arquitectura sancionada en la Constitución.

¹⁰⁴ Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho fundamental hoy*. Op Cit. pp. 210.

En primer lugar, la ley no solo pierde definitivamente toda supremacía como fuente del ordenamiento, sino que la pierde a favor de la jurisdicción.

En segundo lugar, la Carta Constitucional no desarrolla más la función de garantía de los derechos, de límite, sino que de ella son recabadas normas que imponen deberes, objetivos a ser alcanzados sea con el instrumento de ley que sea, más frecuentemente, con los reglamentos de la administración.

En tercer lugar, “la Corte constitucional se perfila como una ulterior fuente normativa autónoma (paradójicamente, en un cierto grado del proceso de constitucionalización, también cuando asume una actitud de *self restraint*) no limitándose a perseguir los ideales de un legislador negativo”¹⁰⁵. Por otro parte, la pluralidad de las fuentes encuentra fundamento ya en la propia Constitución y puede ser usada para asestar un golpe mortal a la doctrina de la supremacía legislativa (aunque tal doctrina una, una vez readaptada, podría encontrar un útil empleo en el ámbito del derecho del Estado constitucional).

La unidad del ordenamiento, anteriormente estudiada con la jerarquización de las fuentes, y resuelta quizá demasiado simplistamente por la doctrina del positivismo del siglo XIX, con el constitucionalismo se vuelve una meta a perseguir y construir a partir de la Constitución, de cuyos principios deberían derivarse casi de modo deductivo la ley y el ordenamiento en su conjunto¹⁰⁶.

Así, la dimensión sustancial se *irradia* en todo el cuerpo del derecho y la Carta Constitucional no es más concebida como marco, sino que, más bien, en su indisoluble fundamento,

¹⁰⁵ Gascón Abellán, M. La justicia constitucional entre legislación y jurisdicción. En: *Revista Española de Derecho Constitucional*. No. 41. España. 1994. pp. 63.

¹⁰⁶ Prieto Sanchís, L. *Constitucionalismo y positivismo*. Op Cit. pp. 213.

Zagrebelsky, sosteniendo el carácter descriptivo del neoconstitucionalismo, se refiere al mismo como *mutación genética* del Estado de derecho constitucional; luego, tal mutación sería particularmente evidente en la aplicación del derecho, según el principio de proporcionalidad que exigiría el uso y la reintegración del criterio de equidad en la administración de justicia (criterio excluido en una concepción legalista de la justicia), y en la tendencia a sustituir el método de la subsunción con el método de la ponderación.

4.5.2 La sujeción de los jueces al derecho

En el modelo de la Constitución concebida como norma, adoptado por el neoconstitucionalismo, la Constitución no puede ser más reducida a un texto, por lo que su interpretación no puede reducirse al análisis textual de sus disposiciones. Es, además, el conjunto de los criterios para la acción del gobierno, en cuanto reunión de valores que modelan las relaciones sociales en su totalidad. No siendo aquí coincidentes derecho y Estado en cuanto a las exigencias sustanciales de la justicia. Se advierte la asonancia con ciertas afirmaciones de Dworkin, pero es Zagrebelsky, quien expresa claramente esta tesis cuando escribe:

Según la concepción positivista tradicional, en la aplicación del derecho la regla jurídica se obtiene teniendo en cuenta exclusivamente las exigencias del derecho. Exactamente eso significa la interpretación y los criterios o *cánones* para esta elaborados por el positivismo. Como, además, una vez determinada la regla, su aplicación concreta se reducía a un mecanismo lógico sin discrecionalidad –y, en caso de que hubiese discrecionalidad se afirmaba la ausencia del derecho– se comprende que los problemas de la

aplicación del derecho viniesen integralmente absorbidos en los de la interpretación¹⁰⁷.

Por el contrario, el derecho del Estado constitucional, estaría dirigido a la búsqueda de la *verdad* y no simplemente de lo legalmente justo, “la jurisprudencia deberá estar al servicio de dos patrones: la ley y la realidad”¹⁰⁸. En caso contrario, la contradicción entre ley y caso, a menudo oculta, tenderá a emerger y, en los casos difíciles, se transformará en abierta contradicción.

Una vez admitido que el derecho no está compuesto solo de reglas, sino de reglas y principios, y una vez adoptada una visión axiológica de la Constitución, es claro que el interés tiende a concentrarse en el análisis de los *casos difíciles*: aquellos casos en los que el derecho típicamente habla con la voz de los principios.

A diferencia del modelo iuspositivista (donde las razones de la ley prevalecen de todas maneras), en el modelo neoconstitucionalista las exigencias del caso concreto prevalecen sobre la aplicación de la ley. Pero si en el paradigma iuspositivista el derecho sería la regla del caso y nada podría impedir su aplicación, en el modelo neoconstitucionalista la imposibilidad de alcanzar una solución sustancialmente justa abre una cuestión que no concierne más a la mera interpretación de la ley, sino a su propia validez. En este paradigma, las *exigencias de los casos* tienen más peso e importancia que la voluntad legislativa y puede invalidarla¹⁰⁹.

Según este modo de pensar, son las exigencias de justicia sustancial las que deberían prevalecer y son las exigencias de la ley las que deben sucumbir.

¹⁰⁷ Zagrebelsky, Gustavo. *La aplicación judicial del derecho*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 1992. pp. 180.

¹⁰⁸ *Ibidem*. pp. 181.

¹⁰⁹ *Ibidem*. pp. 183

El confuso discurso que desarrollan algunos neoconstitucionalistas en torno al tema de la interpretación se refleja poco a poco sobre todo otro aspecto de la teoría. En lo que concierne al punto discutido aquí, surge el intento (no muy logrado) de reutilizar las tesis dworkinianas dirigidas al rechazo de la denominada tesis semántica del positivismo jurídico. Al respecto, pueden tomarse en consideración distintas partes del discurso neoconstitucionalista, pero considero que lo anteriormente indicado por Zagrebelsky es suficientemente ejemplificativo.

Mediante un discurso complejo y adoptando, además, una epistemología de tipo descriptiva, Zagrebelsky parece precisamente realizar un vuelco de las teorías semánticas que Dworkin también pretende criticar. Como ha sido dicho a propósito de Dworkin: “el conocimiento (pero también la interpretación) es una actividad *pragmáticamente orientada* que presupone, ante todo, una cierta familiaridad respecto a la práctica cognoscitiva particular en la que se participa”¹¹⁰.

Al igual que Dworkin, también Zagrebelsky y los demás neoconstitucionalistas parecen pensar que es posible discutir eficazmente en torno a algún objeto incluso sin haberse puesto previamente de acuerdo sobre el objeto del que se discute: en particular, sostienen que con tal que se hable del mismo concepto interpretativo es de todos modos productivo presentar las distintas concepciones o interpretaciones.

La tensión de la que habla Zagrebelsky puede ser reformulada como tensión entre dos aspectos típicos del derecho: validez formal y validez material, entendida aquí como justicia sustancial, estando el neoconstitucionalismo afectando de hipertrofia moral. A partir de las dificultades presentes en las sociedades pluralistas cada día más complejas y caóticas, se multiplican los casos críticos que solo parecen ser solubles a través del desarrollo de un derecho por los principios.

¹¹⁰ *Ibidem.* pp. 185.

Entonces, escribe Zagrebelsky:

La causa de la falta de certeza en los procesos de aplicación del derecho no radica en una mala disposición mental de los juristas, sino en el agotamiento de un cuadro de principios de sentido y valor compartidos por la generalidad. Al faltar un único y seguro *horizonte de expectativa* en orden a los resultados de las operaciones de interpretación, los caminos de la jurisprudencia terminarán bifurcándose y, en muchos casos, se perderá también la posibilidad de distinguir entre el *principal* de los *desviados*¹¹¹.

Una dificultad subestimada del neoconstitucionalismo está relacionada con la multiplicación de los escenarios normativos de referencia para la jurisprudencia una vez que se ha desplegado el proceso de *moralización* del derecho y con mayor razón en una sociedad siempre más compleja y pluralista.

Zagrebelsky aclara así la tarea de la jurisprudencia:

Contrariamente a una idea poco elaborada y simplista, sugerida a partir de la Constitución rígida y de la relación de suprasubordinación que esta instituye entre proposiciones constitucionales y legislativas, la unificación del derecho en el Estado constitucional tiene poco que ver con una actividad de combinación-comparación-selección de textos normativos. La función unificadora de la jurisprudencia, por el contrario, no es independiente de las exigencias de justicia sustantiva materializadas en los casos que han de ser resueltos jurídicamente, en líneas generales, esto debe llevar a reconocer que el necesario carácter razonable o no arbitrario de la ley, es decir, la relación de tensión entre el caso y la regla, introduce inevitablemente un elemento de equidad en la vida del derecho¹¹².

El principio de legalidad formal pierde sentido y el *súper principio* regulador pasa a ser la *proporcionalidad* y la *razonabilidad* entre caso y solución, se afirma un principio equitativo que no encuentra lugar en el Estado de derecho.

¹¹¹ *Ibidem.* pp. 201.

¹¹² *Ibidem.* pp. 204.

A partir de esta distinta configuración del derecho, la sujeción del juez a la ley –el principio común de la tradición liberal que inevitablemente proclaman las actuales constituciones– es controversialmente interpretada por la doctrina neoconstitucionalista como una pasiva sumisión de los órganos juzgadores a la voluntad del legislador.

Massimo La Torre advierte cómo la figura del juez está también relacionada con la noción de soberanía y, por tanto, con el rol de la Constitución.

Ahí donde la soberanía general es agregativa y/o existencial, el juez está condenado al rol de autómatas de las leyes (o bien –de un modo más real– a hacerse decisor y productor del derecho). En cambio, en el caso que se conciba la voluntad general como un proceso deliberativo, y no como un motor de este, el juez asume entonces la función de órgano delegado para controlar que las *razones* de la ley (que entonces asume también ella contornos menos decisionistas) sean reformulados y respetados en el momento de su aplicación¹¹³.

La crisis de la imagen fuertemente ideologizada del juez *boca de la ley* hoy ha vuelto a proponer la idea y en parte la práctica del *juez-señor*, por lo que parece que fuera él quien querría proponer la antigua *iusrisdictio*.

Una vez que la Constitución-fundamento sustituye a la Constitución-límite de la concepción liberal, se afirma una concepción que somete al juez a la voluntad del derecho y no ya a la ley (voluntad del legislador), exaltando el rol activo de los órganos juzgadores.

El juez se vuelve intermediario entre Estado y sociedad, con la tarea de ponderar pretensiones de la ley y pretensiones de los individuos,

¹¹³ La Torre, Massimo. Derecho y concepto de derechos. Tendencias evolutivas desde una perspectiva europea. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*. No. 16. Madrid. 1993. pp. 78-79.

considerando como marco de referencia, como *programa político* a desarrollar, la Constitución. De este modo, en un marco que parece formado por distintas y separadas *autoridades independientes* que encuentran unidad en la Constitución, la ley no es más sentida como la expresión de la voluntad general, sino a lo más como la expresión de alguna oligarquía política o económica. La jurisdicción, entonces, se vuelve *ultraactiva*, porque la Constitución no se configura más solo como un marco de referencia, sino como un programa positivo de valores que el legislador tiene la tarea de actuar y la jurisdicción de controlar¹¹⁴.

La magistratura es investida con la tarea de desarrollar un análisis profundo sobre las pretensiones del legislador, que en el esquema iuspositivista era más libre, porque estaba limitado solo en modo negativo por las reglas constitucionales.

Por esta vía, según algunos, se eliminaría de la competencia de los jueces la “legisdicción, y no propiamente jurisdicción y que bien podría ser desarrollada por órganos administrativos independientes”¹¹⁵.

La propia institución de control de la constitucionalidad revela la perenne posibilidad de conflicto entre ley y Constitución. Pero la potencialidad del conflicto ahora es exaltada a un grado más alto tanto que arrolla a los propios órganos constitucionales invistiendo a los propios jueces ordinarios de aquellas competencias que la Constitución confiaba exclusivamente a la Corte constitucional.

Por esta vía, a la larga, quizás no en demasiado tiempo, será tal vez definitivamente eliminada la separación entre jurisdicción de equidad y jurisdicción de derecho, y con el derecho del Estado constitucional seguramente será puesta

¹¹⁴ Zagrebelsky, Gustavo. *La aplicación judicial del derecho*. Op Cit. pp. 209.

¹¹⁵ *Ibidem*. pp. 207.

en evidencia la incompatibilidad de una aplicación mecánica del derecho por parte de funcionarios burocráticos.

Si la preeminencia de la ley cede ante la superioridad de la Constitución, el juez no está únicamente sujeto a ella, sino que está directamente sujeto a la Constitución.

4.6. Los juicios fundados en la razón

Si de un lado el neoconstitucionalismo sostiene que ya es evidente la insuficiencia de la certeza positivista, de lo que se obtendría el necesario abandono del terreno protegido por la reconstrucción-ejecución de la voluntad ajena, del otro no puede ciertamente dejar abierta la puerta a la discrecionalidad.

La ciencia jurídica constitucional ciertamente no puede transformarse en una “libre búsqueda que procede de premisas arbitrarias y aspira a resultados igualmente arbitrarios usando a la Constitución como pretexto plegable, por aquí y por allá, como mejor convenga”¹¹⁶. La interpretación de la Carta Constitucional no es, y no puede ser, una actividad arbitraria sin contenidos específicos y definidos.

Según el neoconstitucionalismo, la distinción entre lo constitucional y lo inconstitucional estaría dada por las disposiciones de principio de la Constitución, no de las reglas, porque la capacidad de respuesta de estas últimas estaría limitada por su validez meramente formal.

Por el contrario, los principios, válidos por su contenido de valor intrínseco no tendrían necesidad de legitimación formal: su validez (su peso, su importancia) depende de su capacidad de organizar racionalmente las relaciones sociales.

¹¹⁶ Zagrebelsky, Gustavo. *Historia de la Constitución*. Op Cit. pp. 80.

De los principios constitucionales, entonces, es necesario obtener las respuestas adecuadas a nuestro tiempo y, esto dependerá sobre todo “de la capacidad de la ciencia constitucional de buscar y encontrar tales respuestas en la Constitución. La Constitución no dice, somos nosotros quienes le hacemos decir. Es la revolución hermenéutica aplicada a la Constitución”¹¹⁷.

El natural anti-formalismo de la interpretación constitucional no implicaría el irracionalismo interpretativo: por el contrario, la adopción de un adecuado procedimiento permitiría alcanzar la racionalización de los juicios de valor.

El nivel procedimental garantizaría la racionalidad de las elecciones. Así que el modelo preceptivo de la Constitución como norma, contemplado desde el nivel procedimental, presentaría no uno, sino más principios de legalidad.

- a) Un principio de *legalidad formal*, en el sentido que la validez de una norma es independiente del contenido, pero requiere que el acto jurídico sea fundado sobre el derecho, es decir, autorizado por una norma jurídica (legalidad de las normas).
- b) Un principio de *legalidad material*, en el sentido que la validez del acto jurídico depende de su contenido (legalidad de principios).
- c) Un principio de *legalidad racional*, al que estaría subordinado el principio de legalidad formal, exigiendo que la propia autorización para emitir el acto jurídico formalmente válido respete ciertas reglas procedimentales racionales, que se identifican con las reglas del debate democrático y se fundan sobre los valores de la autonomía personal, sobre la imparcialidad de las decisiones, etc. En definitiva, la legalidad formal se funda sobre las reglas del discurso moral.

¹¹⁷ *Ibidem.* pp. 79.

Desde el momento en el que se afirma que la aplicación del derecho no es mecánica y que la función judicial se configura como un poder político y normativo, implícitamente se afirma la presencia de valoraciones en el razonamiento jurídico.

Pero, entonces, se torna esencial el poder fundar racionalmente tal valoración “la cuestión de la posibilidad de un procedimiento de aplicación del derecho que asegure la racionalidad, conduce a la cuestión de la fundación racional de los juicios de valor”¹¹⁸.

Son distintas las soluciones ofrecidas al respecto, por lo que se tomará en consideración, brevemente, las argumentaciones de Robert Alexy y Carlos Santiago Nino.

4.6.1 El código de normas para un debate ideal

Según Alexy, “es necesario una teoría procedimental que formule reglas y condiciones para la argumentación práctica racional”¹¹⁹. Esta argumentación presenta como postulados: 1) un elevado grado de claridad lingüístico-conceptual; 2) un elevado grado de informaciones empíricas; 3) un elevado grado de universalidad; 4) un elevado grado de ausencia de prejuicios.

Tales postulados o reglas del discurso tienen carácter ideal, por tanto, pueden realizarse solo de modo aproximativo: en efecto, “la razón práctica no es el tipo de cosas que se realiza en la forma *del todo o nada*”¹²⁰.

Ella se realiza por aproximaciones, y la corrección que deriva de ello es solo relativa; pero solo integrando el sistema de normas y principios con las reglas del debate ideal se puede contribuir a hacerlo racional. Por el contrario, cada uno de los

¹¹⁸ Alexy, Roberty. *Sistema jurídico, principios y razón práctica*. Op Cit. pp. 175.

¹¹⁹ *Ibidem*. pp. 175.

¹²⁰ *Ibidem*. pp. 176.

niveles–normas, principios, reglas del discurso racional– individualmente considerado se revela insuficiente para la búsqueda de la racionalidad.

Alexy sostiene que este puede ser el esquema de partida para una reflexión que arribe a rechazar una concepción legalista revelada como inadecuada, porque vuelve a considerar solo el nivel de las normas.

Con las palabras de Alexy:

En un Estado constitucional democrático, los principios tienen su ubicación jurídico-positivista en gran parte, si no exclusivamente, en la Constitución. Con esto no se pierde la independencia del derecho legislativo ordinario. En el modelo a tres niveles esto se convierte en un problema de ponderación entre el principio formal de la competencia de decisión del legislador democráticamente legitimado y los principios materiales de la Constitución. Los resultados de esta ponderación, al igual que las demás ponderaciones, se pueden fundar racionalmente. Este argumento permite sostener que un constitucionalismo moderado es la concepción del sistema jurídico que permite realizar la razón práctica en la mayor medida posible¹²¹.

A pesar de que en las proposiciones normativas aparecen expresiones normativas como *justo* o *debido*, sería posible sostener la corrección o verdad de tales expresiones. Según Alexy, “los juicios de valor y de obligación están inescindiblemente conectados a una pretensión de corrección: discutir los juicios de este tipo implica valorar su justificación”¹²².

Las justificaciones adoptadas por los participantes en la argumentación práctica formarían una suerte de cadena de justificaciones, y dado que tal cadena tiende al infinito, porque toda norma es justificable sobre la base de otra norma mientras que el discurso jurídico no puede ser infinito, se dan dos posibilidades: encontrar una norma objetivamente válida que no requiera de una justificación

¹²¹ *Ibidem.* pp. 177.

¹²² *Ibidem.* pp. 177.

ulterior, o sustituir la fundamentación con una decisión que no deba ser, a su vez, justificada. Sin embargo, en este último caso, la arbitrariedad de la decisión se transferiría a toda la cadena de justificaciones.

Este efecto se puede evitar si, al parecer de Alexy, “la exigencia de una justificación ininterrumpida de cada proposición a través de otra proposición se sustituye con una serie de exigencias de la actividad de justificación. Estas exigencias pueden formularse como reglas de la discusión racional”¹²³. Tales reglas no se refieren solamente a las proposiciones, como las de la lógica, sino también al comportamiento de los participantes en la discusión práctica; por tanto, ellas pueden designarse como *reglas pragmáticas*.

La observación de estas reglas garantizaría en todo caso un resultado racional, aunque no absolutamente cierto:

Los discursos son conjuntos de acciones interconectadas en los que se comprueba la verdad o la corrección de las proposiciones. Los discursos en los que se trata de la corrección de las proposiciones normativas son discursos prácticos. El discurso jurídico puede ser concebido como un caso especial del discurso práctico general que tiene lugar en condiciones que lo limitan, como la ley, la dogmática y el precedente¹²⁴.

Por último, se subraya también el carácter procedimental que asumen las reglas del discurso racional que, determinando una situación de debate racional, garantizan la racionalidad de la argumentación y, por tanto, de la justificación de las conclusiones y de las elecciones realizadas. La racionalidad y la corrección de las elecciones derivarían de la adopción del procedimiento.

¹²³ *Ibidem*. pp. 177.

¹²⁴ *Ibidem*. pp. 178.

4.6.2 La potencialidad epistémica del debate intersubjetivo

Carlos Santiago Nino también propone una aproximación procedimental para fundar los juicios de valor. Es importante realizar una reseña de lo ya señalado a propósito de la visión de Nino acerca de la justificación jurídica.

Nino distingue entre justificación jurídica y justificación moral, sosteniendo que la única justificación auténtica es la moral, confirmando por esta vía la unidad del razonamiento práctico.

Escribe Nino que:

Si las normas jurídicas se caracterizan por el hecho que son reconocidas por los órganos primarios *por la razón de haber sido prescritas por una fuente dotada de autoridad*, aunque el concepto de norma jurídica permanezca descriptivo, este alude al hecho que los órganos primarios desarrollan un razonamiento con el que asignan autoridad a una cierta fuente, comprueban que esta fuente haya emitido una prescripción e infieren un cierto juicio, que desde el punto de vista externo es identificado como una norma jurídica¹²⁵.

Nino sostiene que la autoridad reconocida a la fuente no puede ser jurídica y debe ser moral; así que, según Nino, también la justificación última del derecho no puede ser otra que una justificación moral.

Nino se adhiere a la corriente filosófico-moral que ha tomado el nombre de *constructivismo ético*; este último, escribe Nino:

Aclarando sus presupuestos y las funciones, cumple la labor práctica de contribuir a expandir la eficacia y el ámbito de operatividad del discurso moral. Sin embargo, probablemente con ello no se ha alcanzado la verdad moral,

¹²⁵ Nino, Carlos Santiago. Respuesta a J. J. Moreso. P. E. Navarro y M. C. Redondo. En: *Doxa – Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*. No. 13. 1993. pp. 163.

pero al menos se dispone de un instrumento para buscarla en un modo cooperativo¹²⁶.

Nino sostiene que las reglas del debate moral permiten alcanzar los resultados cognoscitivos. Una decisión tomada por unanimidad, donde participan todos los sujetos implicados de cualquier modo, sujetos libres e informados, capaces de justificar sus propias pretensiones, se corresponde con una decisión imparcial.

Estableciendo un paralelo entre *imparcialidad* y *justicia*, Nino afirma, además, que la satisfacción de algunos presupuestos procedimentales no solo permite un resultado que podría decirse racional en la óptica de Alexy (pero también de Rawls y Habermas), sino que permite, además, alcanzar los objetivos cognoscitivos.

Sostiene Nino, “la discusión intersubjetiva, imponiendo a los participantes justificar sus propias aserciones, facilita la satisfacción del requisito de imparcialidad en la valoración de los intereses de todos los sujetos implicados”¹²⁷.

Según Nino:

La cuestión de si existen o no hechos que determinen la verdad o la falsedad de los juicios morales no se puede afrontar sobre el plano ontológico ni sobre el plano epistémico, sino que debería ser afrontada sobre el plano conceptual¹²⁸.

El constructivismo ético de Nino afirma sintéticamente que es posible llegar al conocimiento de los verdaderos principios morales a través de la práctica de la discusión en condiciones ideales predeterminadas.

¹²⁶ Nino, Carlos Santiago. *El constructivismo ético*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1989. pp. 17.

¹²⁷ Nino, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Editorial Gedisa. España. 2009. pp. 112.

¹²⁸ Nino, Carlos Santiago. *El constructivismo ético*. Op Cit. pp. 62.

El debate en torno a la extensión del criterio de verdad a los juicios éticos, según la reflexión del autor, proviene de un postulado erróneo. En efecto, las distintas posiciones que se enfrentan se fundan sobre una ontología presupuesta acerca de la admisibilidad de un reino valorativo y de su reducibilidad o no al mundo real. Por el contrario, Nino sostiene que “el problema de la ética debe ser puesto sobre el plano *conceptual*. Es decir, que el problema no sería la existencia o el conocimiento de la moral, sino su *reconocimiento*”¹²⁹.

Sobre el plano conceptual, Nino sostiene que el *mejor candidato* para determinar la objetividad de los juicios morales debe ser un tipo de hecho que satisfaga la condición de la aceptabilidad en condiciones ideales de racionalidad e imparcialidad de principios de conducta, con requisitos como la universalidad, la primacía justificativa, etc.

Quienes participan en el discurso moral para dirimir sus conflictos implícitamente aceptan adoptar la solución que sería indicada por un árbitro ideal; es decir, implícitamente aceptan la respuesta que les habría ofrecido un juez completamente racional, informado sobre todos los hechos relevantes y plenamente imparcial en la valoración de los intereses implicados¹³⁰.

La discusión moral tendría, entonces, un valor epistémico. Puesto que *la verdad moral no estaría dada por el resultado, sino por los presupuestos de la práctica intersubjetiva del discurso moral*: es gracias a los presupuestos de tal discusión que sería posible alcanzar soluciones jurídicas moralmente correctas. Para identificar tales juicios será necesario hacer referencias o reconocer a los hechos morales a los que ellos hacen referencia.

Los hechos morales a los que se refiere Nino son “peculiares, porque consisten en una circunstancia *contrafáctica*; consisten en lo que sucedería si se

¹²⁹ *Ibidem*. pp. 62.

¹³⁰ *Ibidem*. pp. 69.

verificase un hecho que no se verifica en la realidad (el hecho que alguien sea completamente racional e imparcial)”¹³¹.

Nino sostiene que admitir estos hechos no implica aceptar una visión ontológica distinta que la presupuesta por las ciencias sociales naturales: “a menudo se admite que las leyes de esta ciencia distinguen de las meras generalizaciones accidentales por el hecho que implican enunciados contrafácticos”¹³². Y añade que:

Aunque un enunciado condicional sea *contrario a los hechos* no excluye que sea empíricamente verificable. En el caso de los juicios sobre los principios que son aceptables en condiciones de plena racionalidad e imparcialidad, su verificación requiere determinar, en primer lugar, cuáles son las exigencias que derivan de tales condiciones. Incluso cuando la verificación de los juicios morales sea difícil (como sucede en la práctica) ella no es imposible y en muchos casos será posible llegar a una respuesta moral determinada, aunque revisable¹³³.

Es por esto que también Nino, a su modo, resuelve el problema de la función racional de los juicios de valor.

La sostenibilidad de estas propuestas procedimentales es particularmente relevante respecto a la discusión entre neoconstitucionalismo e iuspositivismo, precisamente, porque este último asume que los juicios de valor son subjetivos y no verificables en términos objetivos.

Este tipo de propuestas presentan algunos defectos en absoluto irrelevantes.

Por ejemplo, según Nino, *alcanzar decisiones unánimes* equivale a *alcanzar decisiones justas*. Sin embargo, entre las dos decisiones hay un salto; no se

¹³¹ *Ibidem.* pp. 69.

¹³² *Ibidem.* pp. 69-70.

¹³³ *Ibidem.* pp. 70.

entiende cómo de la unanimidad se puede pasar a la justicia. Unanimidad y justicia no parece que sean lo mismo. El logro de un acuerdo no parece ser un criterio suficiente para distinguir lo justo de lo equivocado. Todo ello a menos de considerar justo lo que se decide a través de un procedimiento preestablecido, y no se cree que Nino quiera sostener eso.

Luego, en estas teorías puede existir un riesgo que se podría llamar político. En efecto, una vez trasladadas al debate democrático, semejantes teorías pueden también ser usadas para sostener la *verdad por mayoría*. Y es claro entonces que las perplejidades aumentan y cambian de nivel.

Y las perplejidades no se disuelven del todo por el hecho que Nino escriba:
Esta visión de la democracia deliberativa no implica la proposición absurda, según la cual la mayoría siempre tiene razón. Puede haber muchas decisiones democráticas equivocadas, situaciones en las que nuestra reflexión individual habría podido conducir a una solución más imparcial. Sin embargo, el valor epistémico general de la democracia se muestra como una razón para obedecer las decisiones incluso en aquellos casos en los que nuestra reflexión individual nos dice con certeza que la decisión colectiva es equivocada¹³⁴.

Ahora, aunque la tesis de Nino sea particularmente elaborada, puede prestarse a fáciles vulgarizaciones (como desgraciadamente ha sucedido a menudo con otros autores), en este caso, a certificar la *verdad por mayoría*. Pero ya la sola hipótesis de *moralizar* el derecho sobre la base de las creencias éticas de la mayoría parece extremadamente perjudicial para las libertades, individuales o colectivas, que sean.

Además, la eliminación de factores emocionales que pueden perjudicar el debate resulta más que ilusoria, así que las razones justificativas acabarán por ser lo

¹³⁴ Nino, Carlos Santiago. *Fundamentos de derecho constitucional*. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1997. pp. 181.

más persuasivas, es decir, dirigidas a convencer al auditorio. Pero si la perplejidad es fundada, cabe preguntarse, si estas razones convencieran al auditorio, ¿serán solo por ello consideradas justas? ¿Solo sobre la base de la capacidad persuasiva se puede afirmar que las preferencias morales de algunos sean verdaderas o justas y las de los demás falsas o equivocadas?

4.7. El poder judicial y la función jurisdiccional

Cuestión ya clásica es aquella extensión y de la naturaleza del poder de los jueces. La ideología iuspositivista del siglo XIX (persistente, incluso, en el siglo XX) había simplificado excesivamente el problema hasta hacerlo trivial. Hoy se interroga no tanto sobre la posibilidad de configurar la jurisdicción como poder, sino, más bien, sobre el carácter político de sus funciones.

En todo caso, iuspositivismo y neoconstitucionalismo, al menos aparentemente, reservan a la jurisdicción dos roles muy distintos, quizás antitéticos. Para indagar en esta dirección resulta un buen recurso el asumir, por un lado, como punto de partida el ordenamiento y, por otro, proceder al análisis de la actividad jurisdiccional en el ordenamiento considerado.

Antes de todo, parece el caso puntualizar que comúnmente los sistemas jurídicos continentales no acogen precisamente el criterio de la separación de los poderes. Adoptando la distinción recientemente propuesta por Guastini, en el sistema jurídico donde “se sanciona la *separación de los poderes* (distintamente de la *división del poder*) se perfila la especialización de las tres funciones clásicas y la independencia de los órganos a las que se les confían las funciones”¹³⁵.

Este tipo de organización jurídica, sin embargo, presenta algunas implicancias claramente no compatibles con el gobierno parlamentario típico de las

¹³⁵ Guastini, Riccardo. *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*. Editorial Trotta. Madrid. 1998. pp. 76.

organizaciones europeas, porque, solo por dar un ejemplo, el Ejecutivo, una vez separado e independiente, no sería políticamente responsable ante el Legislativo. Por el contrario, en los sistemas jurídicos continentales, generalmente, el gobierno es de tipo parlamentario o lo es al menos en parte.

Distinto es el caso cuando el sistema jurídico sanciona la división del poder, es decir, la técnica constitucional más conocida con el nombre de *checks and balances* (frenos y contrapesos). Aquí, la organización no está dirigida a la especialización de las funciones; más bien, la idea es precisamente la contraria: *el poder frena al poder*, a cada poder se le contrapone algún otro capaz de condicionarlo y frenarlo.

El modelo que con distinta intensidad ha sido mayormente difundido es un modelo mixto: porque si las relaciones entre legislativo y ejecutivo pueden ser más o menos reconstruidas en un esquema de división del poder (como relaciones entre contrapoderes), lo mismo no puede decirse para la jurisdicción que, más allá de desarrollar la función judicial de forma exclusiva (y, por tanto, en un contexto de especialización de las funciones) es asumida como controlador general de los demás poderes.

Y, aunque a partir de este esquema la jurisdicción pueda asumir o asume, al menos potencialmente, un rol activo en algún sentido político, sin embargo, la ideología compartida también por los juristas, en el continente y en Italia, que ha permanecido por largo tiempo es aquella que identificaba en la actividad de la jurisdicción la aplicación simplista de una *voluntad ajena*.

La persistencia de esta ideología parece emerger también de la literatura neoconstitucionalista. Zagrebelsky, por ejemplo, argumentando contra el positivismo jurídico, afirma que este último tiene una *vocación al servicio de un derecho hecho por otro* y que no se puede reconstruir la ciencia a la *reconstrucción de significados textuales, expresión de una voluntad unilateral*. Lo que emerge de este

planteamiento es la asunción de una visión falaz, vetero-iuspositivista, de la actividad jurisdiccional.

En efecto, aunque refuten la visión vetero-iuspositivista de la jurisdicción ello no parece derivarse para nada de la conciencia de su error, sino de su presunta incompatibilidad y/o inadecuación para el acercamiento al derecho del Estado constitucional –tratándose de un derecho compuesto también por principios– pero esto deja suponer su viabilidad con un derecho compuesto por reglas.

En todo caso, la pregunta a la que es necesario dar una respuesta en este momento es la siguiente: ¿la determinación de las normas jurídicas es una actividad política?

La separación entre derecho y política es claramente un artificio, político y jurídico (dado que el carácter político de las decisiones legislativas no se desvanece una vez que se han traducido en disposiciones) aunque su superposición es también un artificio, ideológico, de las consecuencias todavía no del todo claras.

Por un lado, no es fácil y probablemente no es siquiera oportuno proceder a férreas contraposiciones entre la *aplicación* y la *creación* de normas –el juez está parcialmente vinculado por el derecho y, por tanto, la aplicación se compone en una parte de actividad creativa–, por otro lado, es necesario considerar que la norma superior que el juez aplica, es él mismo quien la crea. El juez, por tanto, desarrolla ciertamente una actividad que es parcialmente desvinculada y parcialmente valorativa.

¿Pero es suficiente la sola posibilidad de realizar valoraciones para afirmar que la jurisdicción es una actividad política? Seguramente es una actividad normativa, prescriptiva, pero para ser política más allá de versar sobre el comportamiento de los demás, debería estar dotada de un cierto grado de generalidad.

Se puede observar que la interpretación de las leyes, haciendo a un lado el dispositivo de la sentencia, es una interpretación general, el juez ha producido una nueva interpretación de la ley aplicada, susceptible de ser retomada por otros jueces. Más bien, se puede notar también que, con el fin de ser más convincente, el juez argumenta en términos generales, ofrece razones para fundar las premisas del silogismo decisonal y, en tal modo, propone también una resistemización –que podría decirse *buena* en la medida en que sea retomada por otros jueces– de aquel sector del derecho investido por la decisión judicial.

El punto es, sin embargo, que, aunque la actividad jurisdiccional se caracterice como política, lo es en razón del mismo poder de interpretación que implica: la aplicación del derecho es política, porque tal poder es puesto en marcha cada vez que se trate de aplicar reglas.

Por el contrario, lo que parece más difícil de aceptar es la naturaleza política del poder judicial.

Troper ha sostenido que la forma de las decisiones judiciales impediría hablar de *Poder Judicial*:

Las decisiones judiciales son motivadas; las interpretaciones de la ley valen para los casos individuales; a menudo ellas son interpretaciones realizadas por unos jueces a los que otros se adhieren; también los principios políticos que se invocan no pueden presentarse como propios del juez individual, pero deben ser generales¹³⁶.

La libertad de un poder dependerá también del número de principios entre los que puede elegir el órgano y de la estructura real de la motivación. La libertad es inversamente proporcional al formular motivaciones que presenten una elaborada justificación de las premisas del silogismo decisonal y ello es, a su vez,

¹³⁶ Troper, M. *El concepto de constitucionalismo en la teoría moderna del derecho*. UNAM. México. 1988. pp. 117.

inversamente proporcional a la posibilidad del juez de influir sobre las decisiones que tomarán los demás jueces.

Troper extrae de esto que no se puede hablar de poder judicial “no se puede hablar de ello pues no se puede afirmar que exista una sola autoridad a la cual pueda imputársele el ejercicio de la función jurisdiccional, una autoridad que presente una cierta unidad y que sea independiente”¹³⁷.

La doctrina tradicional ha insistido siempre sobre el carácter *independiente* de la jurisdicción. Pero los principios que pueden determinarla, desde la inamovilidad a los ascensos de carrera automáticos, no ha habido una aplicación homogénea siquiera entre los sistemas occidentales, a las cuales se hace referencia.

Pero, desde este punto de vista, aquello que quizás ha tenido un peso relevante en la limitación de la independencia era la idea difundida entre los magistrados: el juez debió aplicar las leyes conforme a la voluntad del legislador o a los principios generales del ordenamiento. Esta idea ha inducido al juez a usar con moderación el propio poder y a tener en cuenta no tanto a los demás poderes cuanto al poder de los demás jueces.

De este compuesto mecanismo de frenos reales e ideológicos –la estructura de las motivaciones, las ideologías– se deriva la relativa continuidad y coherencia de la jurisprudencia que no depende tanto ni solo de la voluntad de los jueces como, en parte, de la necesidad que descende del valor conferido a ciertas partes de las decisiones judiciales y, en parte, de la ideología que ellos tienen o tuvieron de la propia función.

Sobre el carácter unitario de la jurisprudencia se ha discutido con distintos propósitos, pero es cierto que la jurisdicción no es unitaria en el mismo modo en que lo es el Legislativo y el Ejecutivo. Como escribe Troper:

¹³⁷ *Ibidem.* pp. 118.

No existe una unidad del *Poder Judicial*, un órgano al que imputar la función jurisdiccional: a lo sumo sucede que los distintos tribunales son tratados por la opinión pública como si fuese un poder aparte, independiente, autónomo y separado de los demás¹³⁸.

Ni siquiera las relaciones internas que vinculan, por ejemplo, las Cortes Supremas con los tribunales y las Cortes de Apelaciones son configurables como elementos constitutivos de un poder: esto por muchas razones, entre las que está el hecho que las Cortes inferiores son generalmente inducidas a seguir las jurisdicciones directamente superiores, por ejemplo, si se verifica una resistencia de la Corte de Apelación respecto a la orientación de la de Casación, el tribunal es generalmente inducido a adecuarse a la primera antes que a la segunda. De ello se deriva una suerte de dispersión del Poder judicial.

Por lo tanto, no parece tan fácil hablar de *poder judicial* así como se habla de *poder legislativo* y de *poder ejecutivo*. Puede decirse, entonces, que es mejor afrontar el análisis del poder del juez de un modo distinto a como se estudiaría el poder del legislador.

La actividad jurisdiccional, se ha dicho, es naturalmente política, por el poder de interpretación que conlleva. Probablemente, ante un análisis específico, esta actividad se revelaría como *todavía más política* de lo que puede resultar hasta aquí; apenas se reflejara sobre la falacia de la ideología que todavía tiende a configurar el poder político como una manifestación de voluntad libre y unitaria. Por otra parte, ni siquiera el legislador se corresponde con este tipo de poder.

Se puede quizás, entonces, hablar de un poder políticamente anómalo, naturalmente distinto de los otros dos clásicos. Pero no por ello se sostiene que deba considerársele constitucionalmente *menos poder* que los demás.

¹³⁸ *Ibidem.* pp. 119.

Además, no se puede negar que los ordenamientos jurídicos contemporáneos están abarrotados de normas *implícitas*: normas elaboradas por la doctrina y, precisamente, por la jurisprudencia.

A pesar de que estas no pueden decirse fuentes *formales* de derecho, es preciso tomar nota de su capacidad para formular normas válidas y, por tanto, de su rol político. Más aún, una vez que se toma en consideración el hecho que el legislador emana disposiciones antes que normas, y que es precisamente labor de la jurisprudencia transformar tales disposiciones en normas por eso es necesario tomar en seria consideración la posibilidad de identificar la propia jurisprudencia como fuente de producción del derecho, aunque no en un sentido no formal de fuente.

Si estas consideraciones son correctas parece evidente la necesidad de reconsiderar la propia doctrina del ordenamiento y de la doctrina de las fuentes.

4.8. Interpretación constitucional y política *constitucionalista*

La configuración de la Constitución, según el modelo preceptivo de la Constitución como norma conduce al neoconstitucionalismo a extender ilimitadamente en el ordenamiento la presencia de la Constitución. Este proceso de constitucionalización –que va mucho más allá de la introducción de una Carta Constitucional en un ordenamiento que carecía de esta– si por un lado puede contribuir a desmitificar, además de evidencias, algunas falacias ideológicas acerca del derecho, por otro lado, resquebraja el sentido y el valor de la Constitución (y multiplica los puntos de referencia ofrecidos por los distintos conceptos de moral seguidos por los operadores).

Por el contrario, la garantía de los derechos tendría necesidad de una mayor rigidez constitucional, en el sentido de una mayor delimitación de las tareas entre

justicia constitucional y justicia ordinaria, que tiende a perderse en la perspectiva neoconstitucionalista.

Por un lado, esta ideología implica la rigidez constitucional y la tutela jurisdiccional de la Constitución y, por otro lado, implica al único fin de limitar al legislador desvinculando de ella a la jurisdicción. Así que, los principios declarados como inmutables por el legislador, presentan una estructura maleable en las manos de los jueces y lo son cada vez más a medida que es confirmado su carácter absoluto.

La Constitución, una vez que se ha propagado por el ordenamiento, tiende a hacer directa la aplicación en cada sector jurídico. A tal fin, los órganos de la aplicación proceden a evidentes esfuerzos interpretativos para recabar *la voluntad* constitucional sobre los argumentos más impensados, haciendo *decir* a la Constitución, porque:

La legitimidad de la Constitución depende no de la legitimidad de quien la ha hecho y ha hablado por medio de ella, sino de la capacidad de dar respuesta adecuada a nuestro tiempo: la Constitución no dice, somos nosotros quienes le hacemos decir¹³⁹.

Este proceso de constitucionalización arremete de lleno a la jurisdicción, encargándole distintas tareas y roles. Y esto no sucede solo exponiendo y haciendo visible a la jurisdicción constitucional, sin embargo, tiene repercusiones inmediatas sobre la jurisdicción ordinaria.

En efecto, esta última es investida de un mayor poder-deber: poder porque se amplía el espacio interpretativo cubierto por el juez en algunos casos, incluso, hasta tocas las motivaciones políticas de una ley, y deber, porque, a partir de la interpretación de principios como el de la interpretación adecuadora, los reenvíos en

¹³⁹ Zagrebelsky, Gustavo. *Historia de la Constitución*. Op Cit. pp. 79.

vía incidental deben mostrar la casi total impracticabilidad de interpretaciones conforme a Constitución bajo *pena* de inadmisibilidad.

Para construir una buena teoría del Estado constitucional, el neoconstitucionalismo pretende suprimir todos los aspectos iuspositivistas que de distinto modo han sido fundamentales para construcción del Estado de derecho: primero entre todos, la tesis de la separación entre derecho y moral.

Esto termina por poner al neoconstitucionalismo en un parcial conflicto con las aspiraciones y las ideas del constitucionalismo, al menos del garantista. En efecto, si por un lado, erradicar ideologías vetero-positivistas puede ser oportuno para una mejor y más eficaz elaboración constitucionalista –vista la consciencia del rol político de la jurisdicción–, por otro lado, un iuspositivismo *depurado* ofrece un sostén irrenunciable al Estado constitucional y al constitucionalismo.

4.9. Visión analítica sobre el contenido axiológico de la decisión judicial

La difusión de las constituciones largas y densas, dotadas de catálogos de derechos fundamentales, se ha unido a la crisis independiente de la democracia. Esto ha favorecido el surgimiento de nuevas exigencias argumentativas en la producción y en la aplicación del derecho. Este último, a su vez, se ha revelado incapaz de mostrarse como promotor de algún bien común alrededor del cual se reúnen las múltiples pretensiones y reivindicaciones.

“Las mayores exigencias argumentativas son reconstruidas por el neoconstitucionalismo como un cambio de los criterios de validez del derecho: el juicio externo o ético sobre la justicia de una ley se convierte en juicio interno sobre la validez”¹⁴⁰. No hay discusión alrededor de la afirmación, según la cual las constituciones incorporan una visión ética; como ya señalaba Kelsen, una visión

¹⁴⁰ Prieto Sanchís, Luis. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Editorial Trotta. Madrid. 2009. pp. 133

ética está implícita en la elección de uno, otro, o ningún procedimiento. No es esta, entonces, la novedad del neoconstitucionalismo.

Sin embargo, las constituciones contemporáneas no expresan una sola idea de bien; por el contrario, son pluralistas y son compatibles con un considerable número de concreciones posibles, de esta forma, al parecer, las constituciones casi implican la idea de conflicto.

En este cuadro, la adopción de una perspectiva teórica descriptiva permite la verificación de la compatibilidad de decisiones políticas con los principios constitucionales involucrados, dejando abierta la posibilidad de individualizar múltiples concreciones posibles. Es decir, la elección de una o de otra concreción no tiene repercusiones sobre el plano de la validez jurídica. En esta perspectiva nada se afirma, en cambio, sobre el plano de la oportunidad política o sobre la concepción del bien.

Bajo este enfoque se encuentra la tesis de la separación conceptual entre derecho y moral, que se revela útil también para resaltar la autoridad que caracteriza el derecho de la que el neoconstitucionalismo parece olvidarse, pues que la juridicidad de la norma o del principio dependen de un acto dispositivo y o de su presunta e intrínseca bondad.

En efecto, los principios constitucionales forman parte de un documento jurídico dotado de autoridad, considerado como vinculante por los miembros del grupo social, observado y sancionado. Y también es una decisión autoritativa aquella que determina el sentido específico de los principios en conflicto y lo resuelve construyendo entre ellos una jerarquía axiológica.

Lo que al parecer caracteriza de modo peculiar el Estado constitucionalizado respecto de lo que habitualmente se llama Estado de derecho es precisamente el

papel del juez. En ese contexto el mito de una jurisdicción mecanicista se tiene que disolver definitivamente.

Se trata de una transformación del papel de la jurisdicción que se ha desarrollado con el paso del tiempo y, en cierto modo, de forma espontánea, una especie de proceso de adecuación a los cambios de la política y de la sociedad contemporánea. Esto refleja una ruptura entre la realidad sociopolítica y el modelo jurídico que, sin duda alguna, debería suscitar en el constitucionalismo garantista una profunda reflexión.

En el modelo de la Constitución mecánica se confía a la jurisdicción un papel de garantía con base en la idea de que el derecho pueda ser aplicado o al menos individualizado de manera objetiva, como una ley de la naturaleza: el legislador produce el derecho, la jurisdicción lo aplica. Este sistema de tareas y de relaciones entre las funciones del poder se refleja en la dogmática de las fuentes del derecho; sin embargo, en la medida en que la actividad jurisdiccional constituye el derecho positivo, se impondría una profunda reflexión.

El constitucionalismo de las reglas o de los derechos presenta aparentemente un punto débil: una vez introducida la idea de que en el paso del texto a la norma se llevan a cabo valoraciones, se desvanece la idea de una aplicación técnica del derecho; existe el riesgo de que desaparezca el mismo papel de garantía de la jurisdicción y con esto, el principio de legalidad. Pero, en realidad, es posible superar este resultado pensando diversamente el sistema de controles y contrapesos: ninguna ley de la naturaleza impone la obligación de mantener inmutada la división tradicional entre las funciones del poder con base en la neutralidad de la jurisdicción.

El modelo de la Constitución de los derechos parece que tiene menos dificultad una vez observado desde el punto de vista neoconstitucionalista, porque la garantía parece haber sido confiada a algo inmutable e indiscutible: principios, derechos fundamentales, justicia. Pero la complejidad del fenómeno interpretativo

revela la inexistencia de una relación biunívoca entre disposición y moral, entre enunciación y principio enunciado: la intervención de la jurisdicción es más que una mera aplicación.

La ponderación de los principios ha hecho evidentemente una deficiencia sobre el plano institucional del control jurisdiccional: parece difícil poder prever los casos de conflicto y los criterios de precedencia entre los principios para la obtención del derecho cierto. Sin embargo, estas dificultades no son exclusivas de la interpretación de los principios, cuando mucho, son más evidentes.

La propuesta neoconstitucionalista sugiere afrontar estas dificultades de garantía del constitucionalismo recurriendo a una vía iusnaturalista que, atribuyendo validez moral al derecho positivo, paradójicamente presenta los riesgos del positivismo ideológico. Se trata de una falsa solución y, por cierto, para nada garantista: el neoconstitucionalismo afirma que refuerza el derecho positivo y, en cambio, lo debilita atribuyéndole una pretensión de corrección moral; el neoconstitucionalismo crea la ilusión de una perfecta correspondencia entre justo y legal, mortificando la posibilidad de una crítica externa al derecho positivo.

Es necesario tener presente que, en la medida en que el proceso de constitucionalización desarrolla y amplifica la aplicación directa de los principios constitucionales, se produce también una aplicación elástica del derecho infraconstitucional, que se transforma en un derecho fluido y opaco, y al tiempo crecen las tareas dispositivas de la jurisprudencia, por cierto, ya connaturales (al menos en parte) al discurso jurídico, normal y no completamente determinado.

Un constitucionalismo garantista solo puede ser aliado de la teoría que busque afinar los instrumentos de control de la obra de determinación del derecho por parte de los intérpretes.

Que la decisión interpretativa sea una elección no implica concebir los enunciados jurídicos como cajas vacías. Pero sí se trata de aceptar un cierto grado de relativismo necesario para el pluralismo: si no hay relación biunívoca entre el texto y la norma, las disposiciones jurídicas expresan diferentes sentidos y la interpretación (dotada de autoridad) concreta uno de ellos¹⁴¹.

No el verdadero que, por cierto, no existe. El intérprete, en pocas palabras, tiene a disposición diferentes posibilidades interpretativas entre las cuales elige, concretando así el derecho positivo. Puesto que se trata de una elección, el intérprete no puede abstenerse de argumentarla para mostrar su carácter oportuno respecto de otras posibles elecciones.

Si los resultados interpretativos posibles son más de uno, es innegable el papel necesariamente creativo de la jurisdicción: la jurisprudencia aplica normas, pero claramente no hace solo esto. La jurisprudencia desarrolla un papel de concreción normativa que se caracteriza por un interesante grado de libertad del querer. También en los sistemas con derecho codificado, sin la mediación de la jurisprudencia, el derecho no estaría en grado de producir efectos.

Esto por diferentes razones: por ejemplo, y, en general, debido a la naturaleza del lenguaje jurídico, y también puede ser debido a la forma que asume el discurso del legislador como expresión de compromisos inciertos, de los cuales nacen interpretaciones concretas. Solo gracias a la amplia zona gris que se diseña alrededor de cada norma puede, al parecer, encontrarse el acuerdo.

La labor de la jurisdicción es redefinitoria y solo triunfa en la medida en que se estabilicen los *casos fáciles*, llegando así a una síntesis entre las múltiples concreciones posibles.

¹⁴¹ Pozzolo, Susanna. Conjeturas de la jurisprudencia como fuente. En: Triolo, L. (Editor). *Práctica jurídica y control de la racionalidad*. Ediar Editores. Buenos Aires. 2001. pp. 115.

El neoconstitucionalismo denuncia la creciente inadecuación del legislador, especialmente en la concreción de los derechos enunciados en los textos constitucionales. Esto es legítimo y es difícil disentir políticamente. Pero eso no significa que tal juicio no tenga una naturaleza política, ya que cuanto se denuncia es “la falta de una norma justa”¹⁴².

Como escribió Atienza, “el *constitucionalismo contemporáneo* ha modificado nuestra manera de entender el derecho y ha conducido, en cierto modo, a poner en primer plano la dimensión argumentativa del derecho”¹⁴³.

Pero no se cree que deba conducir a la confusión teórica que caracteriza a muchos que no resisten la tentación de unificar el sistema jurídico y el sistema moral, porque “la separación entre derecho y moral y su recíproca autonomía son el fundamento del garantismo”¹⁴⁴.

¹⁴² Guastini, Riccardo. *La sintaxis del derecho*. Editorial Marcial Pons. España. 2016. pp. 155.

¹⁴³ Atienza, Manuel. *Argumentación y Constitución*. En: Aguiló Regla, J., Atienza, M. y Ruiz Manero, J. *Fragmentos para una teoría de la Constitución*. Editorial Iustel. España. 2007. pp. 113.

¹⁴⁴ Prieto Sanchís, Luis. *Principia iuris: una teoría del derecho no (neo)constitucionalista para el estado constitucional*. Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes. España. 2011. pp. 332.

CONCLUSIONES

La relación conceptual, necesaria o lógica entre derecho y moral, es uno de los postulados esenciales del neoconstitucionalismo, porque permite la introducción al razonamiento jurídico, en especial al razonamiento constitucional, de elementos ético-políticos que permitan ampliar el discurso justificativo de las decisiones constitucionales. De ese modo, en el discurso constitucional se produce una heterointegración como método para justificar decisiones jurídicas -pues se acude a fuentes metanormativas como la moral y se las sitúa por encima de la Constitución- que, en primer lugar, hacen de la Constitución no ya la norma superior o fundante de la validez del resto de las normas del ordenamiento jurídico, sino dependiente de otro orden normativo metajurídico, que no posee un parámetro específico fundante de las decisiones constitucionales, porque la moral es móvil, y no absoluta y en segundo lugar, altera el sistema de fuentes al introducir elementos fundantes de normas que no se encuentran formalmente identificados en el ordenamiento jurídico.

Esta heterointegración convierte al sistema dinámico –en términos kelsenianos-, en un sistema estático, haciendo depender la validez de las normas infraconstitucionales de su justificación interna, es decir, de su bondad intrínseca, en vez de la razón suficiente de una norma superior, que invista de autoridad a la fuente normativa para su creación. Entonces, si la separación entre derecho y moral es el fundamento del garantismo, convertir a un sistema de garantías verticales en un sistema horizontal, no hace más que debilitar el sistema garantista que estará a merced de las distintas morales de los interpretes de la Constitución. En relación con la hipótesis formulada en el diseño de la investigación, puede decirse, con el contenido del presente informe, que se puede afirmar su verosimilitud, en tanto la propuesta neoconstitucionalista coincide con el idealismo platónico y constituye una administración iusnaturalista del sistema de justicia.

REFERENCIAS

- Alexy, Robert. Sistema jurídico, principios y razón práctica. En: *Doxa – Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*. No. 5. 1988.
- Alexy, Robert. Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral. En: Vázquez, Rodolfo. *Derecho y moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*. Editorial Gedisa. Barcelona. 1998.
- Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1997.
- Arnaud, A. J. *Los orígenes doctrinales del Código Civil francés*. UNAM. México. 1969.
- Atienza, Manuel. Argumentación y Constitución. En: Aguiló Regla, J., Atienza, M. y Ruiz Manero, J. *Fragmentos para una teoría de la Constitución*. Editorial Iustel. España. 2007.
- Atienza, Manuel. Debate sobre el positivismo. Un intercambio epistolar (con un comentario de Álvaro Nuñez Vaquero). En: Chiassoni, P y Atienza, Manuel. *Análisis del derecho*. Centro de Estudios Constitucionales. España. 2011.
- Bailhache, Patrice. *Ensayo de lógica deóntica*. UNAM. México. 1991.
- Barberis, Mauricio. Proyecto para la Constitución. En: *Filosofía política*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 1991.
- Barberis, Mauro. *Ética para juristas*. Editorial Trotta. Madrid. 2008.
- Barberis, Mauro. *La heterogeneidad del bien. Ensayos sobre pluralismo ético*. Editorial Fontamara. México. 2006.

- Bayón Mohino, J. *La normatividad del derecho: deber jurídico y razones para la acción*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1991.
- Blanco Valdés, Roberto. *El valor de la Constitución*. Alianza Editorial. Madrid. 1997.
- Bobbio, Norberto. *El problema del positivismo jurídico*. Editorial Fontamara. México. 1991.
- Bobbio, Norberto. *Teoría general del derecho*. Editorial Debate. Madrid. 1993.
- Bulygin, Eugenio. ¿HAY VINCULACIÓN NECESARIA ENTRE DERECHO Y MORAL? En: Vázquez, Rodolfo. *Derecho y moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*. Editorial Gedisa. Barcelona. 1998.
- Commanducci, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. En: *Doxa – Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*. No. 16. Abril 2002.
- Davidson, D. *Ensayos sobre acción y eventos*. UNAM. México. 1980.
- De Aquino, Santo Tomás. *Suma teológica*. Editorial Biblioteca de Autores Cristianos. España. 2010.
- Dworkin, Ronald. *Los derechos en serio*. Editorial Ariel. Barcelona. 2012.
- Dworkin, Ronald. *La lectura moral del derecho*. UNAM. México. 1996.
- Dyzenhaus, David. (editor). *La unidad del derecho público*. UNAM. México. 2004.
- Ferrajoli, Luigi. Constitucionalismo principalista y constitucionalismo garantista. En: *Doxa – Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*. No. 34. 2011.
- Ferrajoli, Luigi. *Cultura jurídica y paradigma constitucional*. Palestra Editores. Perú. 2010.
- Ferrajoli, Luigi. *La cultura jurídica en la Italia del siglo XX*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. España. 1999.

- Finnis, John. *Ley natural y derechos naturales*. UNAM. México. 1980.
- García Figueroa, A. *Principios y positivismo jurídico*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 1998.
- García Máynez, Eduardo. *La definición del derecho*. Editorial Porrúa. México. 1974.
- García Máynez, Eduardo. *Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo*. UNAM. México. 1968.
- Garzón Valdés, Ernest. Algo más sobre la relación entre derecho y moral. En: Vázquez, Rodolfo. *Derecho y moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*. Editorial Gedisa. Barcelona. 1998.
- Garzón Valdés, Ernest. Derecho y moral. En: Vázquez, R. (compilador). *Derecho y moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*. Editorial Gedisa. Barcelona. 1998.
- Gascón Abellán, M. La justicia constitucional entre legislación y jurisdicción. En: *Revista Española de Derecho Constitucional*. No. 41. España. 1994
- Gianformaggio, Latizia. *Estudios sobre Kelsen*. Editorial Fontamara. México. 1994.
- Guastini, Riccardo. *La sintaxis del derecho*. Editorial Marcial Pons. España. 2016.
- Guastini, Riccardo. *Lecciones de derecho constitucional*. Ediciones Legales. Lima. 1991.
- Guastini, Riccardo. *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*. Editorial Trotta. Madrid. 1998.
- Hart, Herbert. *El concepto del derecho*. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires. 2011.
- Hart, Herbert. *El positivismo jurídico y la separación entre el derecho y la moral*. UNAM. México. 1958.

- Hoester, Norbert. *Ética jurídica sin metafísica*. En: Vázquez, Rodolfo. *Derecho y moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*. Editorial Gedisa. Barcelona. 1998.
- Holmes, Stephen. *El precomiso y la paradoja de la democracia*. En: Elster, Jon y Slagstad, Rune. *Constitucionalismo y democracia*. Fondo de Cultura Económica. México. 1999.
- Hurtado, G. *Eduardo García Máynez y la filosofía científica en México*. Editorial Fontamara. México. 2001.
- Kelsen, Hans. *Derecho y lógica*. Ediciones Coyoacán. México. 2012.
- Kelsen, Hans. *Teoría general de las normas*. Editorial Marcial Pons. Madrid. 2018.
- Kelsen, Hans. *Teoría pura del derecho*. Editorial Porrúa. México. 1991.
- La Torre, Massimo. *Derecho y concepto de derechos. Tendencias evolutivas desde una perspectiva europea*. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*. No. 16. Madrid. 1993.
- Laporta, Francisco. *Entre el derecho y la moral*. Editorial Fontamara. México. 1993.
- Leibniz, Gottfried. *El derecho de la razón*. UNAM. México. 1994.
- MacCormick, Neil. *En contra de la ausencia de fundamento moral*. En: Vázquez, Rodolfo. *Derecho y moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*. Editorial Gedisa. Barcelona. 1998.
- MacIllwain, Charles Howard. *Constitucionalismo antiguo y moderno*. Editorial Civitas. Madrid. 2016.
- Moreso, J. *La indeterminación de la Constitución y la interpretación constitucional*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 1997.

- Nakhnikian, George. *El derecho y las teorías éticas contemporáneas*. Editorial Fontamara. 1991
- Nino, Carlos Santiago. *Derecho, moral y política*. Editorial Ariel. Barcelona. 1994.
- Nino, Carlos Santiago. *El constructivismo ético*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1989.
- Nino, Carlos Santiago. *Fundamentos de derecho constitucional*. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1997.
- Nino, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Editorial Gedisa. España. 2009.
- Nino, Carlos Santiago. Respuesta a J. J. Moreso. P. E. Navarro y M. C. Redondo. En: *Doxa – Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*. No. 13. 1993.
- Pino, Giorgio. Principios, ponderación y separación entre derecho y moral. Sobre el neoconstitucionalismo y sus críticos. En: *Doxa – Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*. No. 34. 2011.
- Porar, Iddo. *El modelo dual del balancing*. UNAM. México. 2005.
- Pozzolo, Susanna. Conjeturas de la jurisprudencia como fuente. En: Triolo, L. (Editor). *Práctica jurídica y control de la racionalidad*. Ediar Editores. Buenos Aires. 2001.
- Prieto Sanchís, Luis. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Editorial Trotta. Madrid. 2009.
- Prieto Sanchís, Luis. *Principia iuris: una teoría del derecho no (neo)constitucionalista para el estado constitucional*. Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes. España. 2011.
- Prieto, L. *Constitucionalismo y positivismo*. Editorial Fontamara. México. 1999.

- Prieto, L. Replica a Juan Antonio García amado. En: Carbonell, Miguel (compilador). *Teoría del neoconstitucionalismo*. Editorial Trotta. Madrid. 2007.
- Quine, Willard Van Orman. *Los métodos de la lógica*. Editorial Trotta. España. 1986.
- Recaséns Siches, Luis. *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y lógica "razonable"*. FCE/UNAM. México. 1971.
- Recaséns Siches, Luis. *Pensamiento jurídico en el siglo XX*. Porrúa. México. 1963.
- Robinet, A. *Correspondencia: Leibniz-Castel de Saint Pierre*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. España. 1995.
- Russell, B. Antomismo lógico. En: Auer, A.J. (coordinador). *El positivismo lógico*. Fondo de Cultura Económica. México. 1965.
- Scarpelli, Uberto. *¿Qué es el positivismo jurídico?* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. España. 1965.
- Schmill, Ulises. Derecho y moral: una relación externa. En: Vázquez, Rodolfo. *Derecho y moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*. Editorial Gedisa. Barcelona. 1998.
- Tarello, Giovanni. *Cultura jurídica y política del derecho*. Editorial Comares. España. 2002.
- Tarello, Giovanni. *La interpretación de la ley*. Palestra Editores. Lima. 1980.
- Troper, M. *El concepto de constitucionalismo en la teoría moderna del derecho*. UNAM. México. 1988.
- Tropper, M. *La noción del principio supraconstitucional*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. España. 1996.
- Von Wright, Georg. *Es y deber ser*. En: *aarnio aulis* (coordinador). *La normatividad del derecho*. Editorial Gedisa. España. 1997.

Von Wright, Georg. *Norma y acción. Una investigación lógica*. Editorial Tecnos. Madrid. 1970.

Von Wright, Georg. *Normas, verdad y lógica*. Editorial Fontamara. México. 1997.

Von Wright, Georg. *Un ensayo de lógica deóntica y la teoría general de la acción*. Editorial Instituto de Investigaciones Filosóficas. México. 1998.

Zagrebelsky, Gustavo. El derecho fundamental hoy. En: Becchi, Paolo. *Materiales para una historia de la cultura jurídica*. *Revista de Estudios Políticos*. España. 1997.

Zagrebelsky, Gustavo. *Historia y Constitución*. Editorial Trotta. España. 2011.

Zagrebelsky, Gustavo. *La aplicación judicial del derecho*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 1992.