

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**



EL NEOCONSTITUCIONALISMO COMO TERCERA TEORÍA DEL DERECHO

ALIS MARÍANGÉLICA FIGUEROA RAMÍREZ

GUATEMALA, NOVIEMBRE DE 2019

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

EL NEOCONSTITUCIONALISMO COMO TERCERA TEORÍA DEL DERECHO

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

ALIS MARIÁNGÉLICA FIGUEROA RAMÍREZ

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, noviembre de 2019

**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO: Lic. Gustavo Bonilla

VOCAL I: Licda. Astrid Jeannette Lemus Rodríguez

VOCAL II: Lic. Henry Manuel Arriaga Contreras

VOCAL III: Lic. Juan José Bolaños Mejía

VOCAL IV: Br. Dennis Ernesto Velázquez González

VOCAL V: Br. Abídan Carías Palencia

SECRETARIO: Lic. Fernando Antonio Chacón Urizar

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Licda Georgina Sánchez
Vocal: Lic. Axel Valverth Jiménez
Secretario: Lic. William Armando Vanegas

Segunda Fase:

Presidente: Lic. Marvin Omar Castillo García
Vocal: Lic. Elios Uriel Samayoa López
Secretario: Lic. Ery Fernando Bamaca

RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas en la tesis”. (Artículo 43 de Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

UNIDAD DE ASESORÍA DE TESIS
PRIMERA PUEBLA EDIFICIO 5-1

REPOSICIÓN POR: Extravió
FECHA DE REPOSICIÓN: 12/11/2019



Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Unidad de Asesoría de Tesis. Ciudad de Guatemala, 9 de septiembre del año 2019

Atentamente pase al (a) profesional **BERTILDA JORBETH JUAREZ OROZCO**, para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante **ALIS MARIANGÉLICA FIGUEROA RAMÍREZ**, con carné 201211965 intitulado **EL NEOCONSTITUCIONALISMO COMO TERCERA TEORÍA DEL DERECHO**. Hago de su conocimiento que está facultado (a) para recomendar al (a) estudiante, la modificación del bosquejo preliminar de temas, las fuentes de consulta originalmente contempladas; así como, el título de tesis propuesto.

El dictamen correspondiente se debe emitir en un plazo no mayor de 90 días continuos a partir de concluida la investigación, en este debe hacer constar su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, la conclusión discursiva, y la bibliografía utilizada, si aprueba o desaprueba el trabajo de investigación. Expresamente declarará que no es pariente del (a) estudiante dentro de los grados de ley y otras consideraciones que estime pertinentes.

Adjunto encontrará el plan de tesis respectivo.

Lic. Roberto Fredy Orellana Martínez
Jefe(a) de la Unidad de Asesoría de Tesis

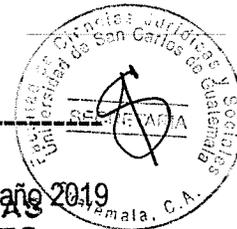
Fecha de recepción: 10, 09, 2019.

Asesor(a)

Firma y Sello)

Licda. Bertilda Jorbeth Juárez Orozco
ABOGADA Y NOTARIA

LICDA. BERTILDA JORBETH JUÁREZ OROZCO
ABOGADA Y NOTARIA



Guatemala 25 de octubre del año 2019

**FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES**

ROBERTO
25 OCT. 2019

UNIDAD DE ASESORIA DE TESIS

Hora:

Firma:

Lic. Roberto Fredy Orellana Martínez
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala

Distinguido Licenciado Orellana Martínez:

De conformidad con lo señalado según nombramiento de fecha 09 de septiembre del año 2019 se me nombró Asesora de la alumna Alis Mariangélica Figueroa Ramírez de su tesis "EL NEOCONSTITUCIONALISMO COMO TERCERA TEORÍA DEL DERECHO". Para el efecto hago de su conocimiento:

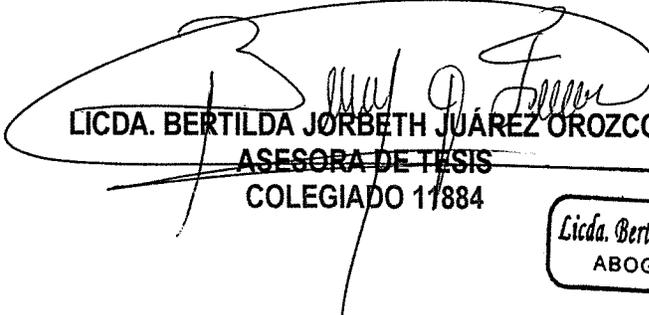
- a) **Del contenido científico y técnico de la tesis:** El trabajo de tesis desarrollado, de conformidad con el plan de investigación, muestra una amplia y exhaustiva explicación científica fundamentada en una recolección de datos referentes al tema, los cuales fueron obtenidos de forma minuciosa a través de la recopilación normativa de los instrumentos e instructivos aplicables y exigidos.
- b) **De las referencias bibliográficas:** El trabajo de tesis cuenta con suficientes referencias bibliográficas, con lo que se resguarda el derecho de autor y se enriquece la investigación realizada por parte del sustentante.
- c) **De la metodología y técnicas de investigación utilizadas:** Al llevar a cabo la elaboración de la tesis fue necesario el empleo de los métodos analítico y sintético y las técnicas de investigación bibliográfica y documental para la obtención de conocimientos básicos relacionados con el tema investigado y para llegar a la conclusión discursiva.
- d) **De la redacción capitular:** La redacción de los capítulos tiene un contenido acorde a la realidad. La misma es de útil consulta para la sociedad guatemalteca y señala claramente los objetivos trazados.
- e) **De la conclusión discursiva:** La conclusión discursiva establece que el estudio de las teorías del derecho y de las corrientes de pensamiento jurídico debe emprenderse desde un punto de vista científico en las cátedras que tengan a su cargo tales materias.
- f) **Del parentesco:** Se hace la aclaración que entre la alumna y la Asesora no existe parentesco alguno dentro de los grados de ley.

LICDA. BERTILDA JORBETH JUÁREZ OROZCO
ABOGADA Y NOTARIA



Doy a conocer que el trabajo de tesis del sustentante cumple de manera eficaz con los requisitos establecidos en el Artículo 31 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, por lo que extiendo **DICTAMEN FAVORABLE** para que pueda continuar con el trámite respectivo, para evaluarse posteriormente por el Tribunal Examinador en el Examen Público de Tesis, previo a optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Atentamente.


LICDA. BERTILDA JORBETH JUÁREZ OROZCO
ASESORA DE TESIS
COLEGIADO 11884

Licda. Bertilda Jorbeth Juárez Orozco
ABOGADA Y NOTARIA



USAC
TRICENTENARIA
 Universidad de San Carlos de Guatemala

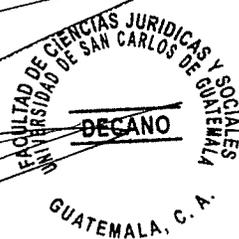


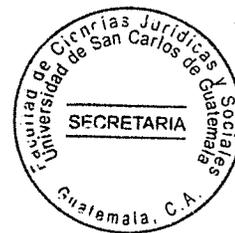
DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 13 de noviembre de 2019.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante ALIS MARIÁNGÉLICA FIGUEROA RAMÍREZ, titulado EL NEOCONSTITUCIONALISMO COMO TERCERA TEORÍA DEL DERECHO. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.



RFOM/JP.





DEDICATORIA

- A DIOS:** Que con sus bendiciones me permite culminar otra fase en mi vida, a mi comunidad quien ha sido base de superacion espiritual.
- A MIS PADRES:** Adán Josué Figueroa Chacón y Wendy Angélica Ramírez López, que con paciencia, esfuerzo y sacrificio son forjadores de lo que hoy soy, gracias por su amor incondicional transmitido a través de la fe, esto es por y para ustedes.
- A MIS HERMANOS:** Adán, Andrés, Valeria y Ángel por compartir Mis logros como propios, los amo mucho.
- A MI CUÑADA:** Candies, por su muestra de cariño y darme la alegría más grande: Marcos, Lucas y Adancito.
- A MIS ABUELOS:** Abel, Alicia, María del Carmen (+) y Orlando por sus consejos y amor.
- A MI FAMILIA:** Por todos los momentos compartidos. Especialmente Abel, Ester y Silvia por ser tan especiales conmigo.
- A:** La tricentenaria Universidad de San Carlos de Guatemala.

A:

Facultad de Ciencias Juridica y Sociales de
Guatemala.



PRESENTACIÓN

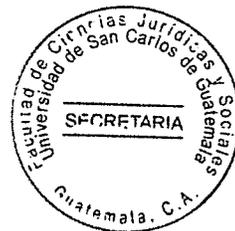


El informe de investigación pertenece al ámbito del derecho constitucional contemporáneo, y pretende demostrar que la corriente ideológica constitucionalista denominada neoconstitucionalismo, carece de los fundamentos necesarios para constituirse en una tercera teoría del derecho como lo pregonan sus cultivadores. El tipo de investigación realizada es cualitativa, el objeto de estudio fue la teoría del neoconstitucionalismo y el sujeto de estudio el ámbito de decisiones constitucionales de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala. Ello es así porque las tres tesis básicas que propone el neoconstitucionalismo para distinguirse del iusnaturalismo y del positivismo jurídico, no constituyen tópicos innovadores que surjan con esta corriente de pensamiento constitucional; sino temas que se habían discutido antes en la teoría general del derecho y en la teoría específica del derecho constitucional.

El contexto temporal en que fue realizada la investigación abarcó los dos años anteriores a la fecha de su diseño de investigación 2017 al 2018 y el contexto espacial fue la República de Guatemala y algunas aportaciones teóricas europeas. Si bien quizás de manera aislada pero que fueron tratados con profundidad por algunos autores anteriores a la propuesta neoconstitucionalista.

El aporte académico que contiene el trabajo de investigación es un estudio profundo de los postulados neoconstitucionalistas y su crítica racional.

HIPÓTESIS



El neoconstitucionalismo no representa una verdadera tercera teoría del derecho pues sus elementos distintivos no constituyen una nueva perspectiva de la naturaleza del derecho, sino adaptaciones teóricas permeadas por una ideología común a todas las especies de neoconstitucionalismo: una marcada posición anti-positivista que permite la inserción de elementos ético-políticos como herramientas valorativo-interpretativas que permiten un activismo judicial fuerte que atenta contra la seguridad jurídica.

COMPROBACIÓN DE LA HIPÓTESIS



El método de comprobación de la hipótesis utilizado fue el hipotético-deductivo, el cual consiste en realizar inferencias inductivas a partir de la observación de los hechos, el estudio de la clase de hechos a investigar y luego obtener inferencias deductivas al aplicar a los hechos estudiados los cánones del análisis crítico-racional. Este es el método propuesto por la epistemología contemporánea en los trabajos de desarrollo de pensamiento científicos propuestos por Karl Popper y John G. Kemeny. La hipótesis se considera validada en virtud del contenido de la investigación realizada y del método lógico-racional utilizado para arribar a la conclusión de la investigación.



ÍNDICE

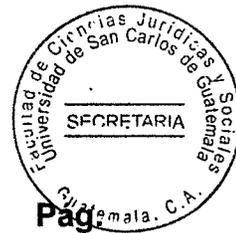
Introducción.....	i
-------------------	---

CAPÍTULO I

1. El neoconstitucionalismo y su propuesta jurídica.....	1
1.1. El contenido de las constituciones.....	2
1.1.1. El ámbito del ejercicio jurisdiccional.	3
1.1.2. Las teorías constitucionales.....	6
1.2. La novedad en la propuesta del movimiento neocostitucionalista.....	7
1.3. La propuesta jurídico-axiológica del movimiento neoconstitucionalismo.....	8

CAPÍTULO II

2. Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico incluyente.....	17
2.1.El positivismo jurídico incluyente como efecto de la lectura moral de la Constitución.....	18
2.1.1. Los argumentos que se plantean contra el positivismo jurídico.....	19
2.1.2. La pluralidad de formas que asumen las respuestas.....	20
2.2. La definición y los rasgos del positivismo jurídico incluyente.....	22
2.2.1. La identificación del derecho y los principios jurídicos.....	24
2.2.2. Las convenciones, las prácticas sociales y los principios	25
2.2.3. La función de la moral en la aplicación del derecho: el problema de la discrecionalidad judicial.....	28
2.3. Las críticas a las tesis del positivismo incluyente.....	31
2.3.1. La identificación del derecho y su validez jurídica.....	31
2.3.2. La idea de convención social como concepto trivial.....	34
2.3.3. La discrecionalidad judicial y el objetivismo moral.....	37
2.4. La rule of law, la certeza del derecho y el positivismo jurídico incluyente.....	40



CAPÍTULO III

3. La escasa objetividad y racionalidad del neoconstitucionalismo.....	45
3.1. La corrección del derecho basada en la necesidad de justificación de los juicios morales.....	48
3.2. El positivismo jurídico incluyente y el objetivismo moral (primera aproximación).....	49
3.3. El positivismo jurídico incluyente y el objetivismo moral segunda aproximación.....	53
3.4. La objetividad modesta: un modelo epistemológico ideal para la discrecionalidad judicial en el neoconstitucionalismo.....	60
3.5. El paradigma constructivista ético y el positivismo jurídico incluyente.....	63
3.6. La ubicación del positivismo incluyente entre la corrección normativa y la objetividad.....	68
3.7. La pretensión de corrección, la objetividad y el neoconstitucionalismo discursivo.....	71

CAPÍTULO IV

4. La retención del neoconstitucionalismo para constituirse como una tercera teoría del derecho.....	79
4.1. Constitucionalismo y neoconstitucionalismo.....	79
4.2. La distinción constitucionalista entre reglas y principios.....	84
4.3. La tesis neoconstitucionalista sobre el balance o ponderación de los principios.....	86

CONCLUSIÓN DISCURSIVA.....	95
-----------------------------------	-----------

BIBLIOGRAFÍA.....	97
--------------------------	-----------



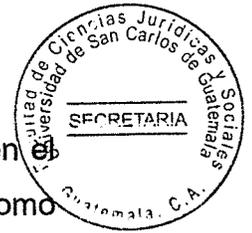
INTRODUCCIÓN

El problema que se investigó y que se expone en el informe de investigación es, en virtud de que no existe unanimidad ni acuerdo en la doctrina del derecho constitucional, saber si las tesis distintivas del neoconstitucionalismo logran configurar una nueva teoría del derecho, que pudiera considerarse distinta al iusnaturalismo y al positivismo jurídico.

El término neoconstitucionalismo se deriva de constitucionalismo, expresión que se acuñó en el derecho anglosajón en el período que transcurrió entre la primera y la segunda guerra mundial con la finalidad de explicar o justificar la distinción o el alejamiento de Los Estados Unidos de América del totalitarismo reflejado en los regímenes europeos de dicha época. Si tales tesis distintivas son simplemente transformaciones de algunas instituciones del derecho natural y del positivismo jurídico. La investigación realizada tuvo por objeto concretizar la propuesta de tales tesis desde el ámbito jurídico-práctico y arribar a una conclusión objetiva sobre la oposición existente entre defensores y opositores a las tesis neoconstitucionalistas.

La hipótesis que se sostuvo en la investigación es que el neoconstitucionalismo no representa una verdadera tercera teoría del derecho porque sus tesis distintivas no contienen ningún nuevo planteamiento acerca de la naturaleza del derecho sino que son adaptaciones de manifestaciones jurídicas que ya se han realizado en el pasado. Un ejemplo de ello lo constituye el activismo de algunas Supremas Cortes de Los Estados Unidos de América (como la Corte Warren) que practicaron la ponderación con bastante énfasis.

El informe de investigación consta de cuatro capítulos, en el primero se trata sobre el neoconstitucionalismo y su propuesta jurídica; en el segundo se desarrolla el tema del positivismo jurídico incluyente; en el tercero se analiza el enfoque

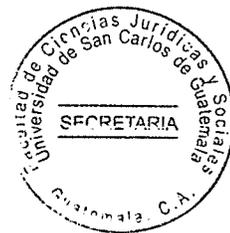


neoconstitucionalista sobre el positivismo jurídico incluyente y la objetividad en el derecho y en el cuarto se desarrolla el tópico del neoconstitucionalismo como tercera teoría del derecho, para tratar de arribar a una conclusión objetiva que refleje la verosimilitud de la hipótesis planteada en el plan o diseño de investigación.

El problema a investigar se formuló de la siguiente manera: ¿es el neoconstitucionalismo una verdadera tercera teoría del derecho o los elementos distintivos de la conexión entre derecho y moral, la distinción entre principios y reglas y la ponderación de principios son solo adaptaciones de las teorías del iusnaturalismo y del positivismo jurídico con una finalidad ideológica más que jurídica?

El problema que ha suscitado en el ámbito de la teoría del derecho, la confrontación entre aquellos autores que defienden el neoconstitucionalismo como una verdadera tercera teoría del derecho y otros que le niegan tal calidad, manifestando que es sólo una ideología que pretende introducir elementos ético-políticos en la interpretación y aplicación del derecho el neoconstitucionalismo se caracteriza por plantear tres tesis que pretenden hacerlo distintivo: la tesis de la conexión conceptual o necesaria entre derecho y moral, la tesis de la distinción entre reglas y principios y la tesis de la ponderación de principios; basado en tales tesis, plantea una pretensión de constituir una tercera teoría del derecho para rivalizar con el derecho natural y el derecho positivo.

Sin embargo, una parte de la doctrina se opone a reconocer tal adjetivización, manifestando que el derecho constitucionalizado constituye solo una posible interpretación, en sentido lógico, de la axiomatización de algunos conceptos jurídicos, y ha pretendido contrarrestar la pretensión neoconstitucionalista con la teoría del positivismo jurídico incluyente.



CAPÍTULO I

1.El neoconstitucionalismo y su propuesta jurídica

El neoconstitucionalismo, entendido como el término o concepto que explica un fenómeno relativamente reciente dentro del estado constitucional contemporáneo, parece contar cada día con más seguidores, sobre todo en el ámbito de la cultura jurídica italiana y española, así como en diversos países de América Latina. No obstante, ello, se trata de un fenómeno escasamente estudiado, cuya plena comprensión posiblemente tomará todavía algunos años.

No son pocos los autores que se preguntan si en realidad hay algo nuevo en el neoconstitucionalismo, o bien, es una etiqueta superficial que han utilizado para encubrir aspectos que en la antigüedad se explicaba de diferente forma.

Como explicación de conjunto que intenta dar cuenta de una serie compleja de fenómenos, el neoconstitucionalismo supone alguna novedad dentro de la teoría y de la práctica del estado constitucional de derecho.

“¿Qué se engloba bajo el concepto más o menos amplio del neoconstitucionalismo? O mejor dicho: ¿de qué se habla cuando se hace referencia al neoconstitucionalismo?”¹

Hay al menos tres distintos niveles de análisis que conviene considerar:

¹Comanducci, Paolo. **Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico**. Pág. 75.



1.1. El contenido de las constituciones

El neoconstitucionalismo pretende explicar a un conjunto de textos constitucionales que comienzan a surgir después de la segunda Guerra Mundial y sobre todo a partir de los años 70 del Siglo XX. Se trata de constituciones que no se limitan a establecer competencias o a separar a los poderes públicos, si no que contienen altos niveles de normas materiales o sustantivas que condicionan la actuación del estado por medio de la ordenación de ciertos fines y objetivos. Además, “estas constituciones contienen amplios catálogos de derechos fundamentales, lo que viene a suponer un marco de relaciones entre el estado y los ciudadanos muy renovado, sobre todo por la profundidad y grado de detalle de los postulados constitucionales que recogen tales derechos”².

Esto es así, dada la frustración que en los distintos estados europeos quedó como herencia de la Segunda Guerra Mundial, pues esta guerra demostró que los postulados del iusnaturalismo no tenían aplicación práctica sin estar positivizados, es decir, consagrados en las constituciones de los estados europeos. De tal manera que las constituciones elaboradas después de la segunda post guerra, pretendieron asegurar la garantía de los derechos fundamentales por medio del derecho positivizado.

Ejemplos representativos de este tipo de constituciones lo son la española de 1978, la brasileña de 1988 y la colombiana de 1991.

² García Amado, Juan Antonio & Carlos Bernal Pulido. **Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos.** Pág. 114.



1.1.1.El ámbito del ejercicio jurisdiccional

En parte como consecuencia de la expedición y entrada en vigor de ese modelo sustantivo de textos constitucionales, la práctica jurisprudencial de muchos tribunales y cortes constitucionales ha ido cambiando también de forma relevante. Los jueces constitucionales deben desarrollar su función en base a nuevos parámetros interpretativos, los cuales hacen más complejo el razonamiento judicial.

Entran en juego las técnicas interpretativas propias de los principios constitucionales, la ponderación, la proporcionalidad, la razonabilidad, la maximización de los efectos normativos de los derechos fundamentales, el efecto irradiación, la proyección horizontal de los derechos (a través de la eficacia horizontal mediata de los derechos fundamentales), el principio *pro personae*, etcétera.

Además, “los jueces se las tienen que ver con la dificultad de trabajar con valores que están constitucionalizados y requieren de una tarea hermenéutica que sea capaz de aplicarlos a los casos concretos de forma justificada y razonable, dotándolos de esa manera de contenidos normativos concretos”³. Y todo ello, teniendo como base dichos valores constitucionalizados, exento el juez constitucional de poder embozar como decisión del poder constituyente lo que en realidad se figura una decisión libre del propio. A partir de tales menesteres se genera una serie de equilibrios difíciles de sobrellevar.

³Zagrebelky, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Pág. 93.



En el paradigma neoconstitucional los jueces cobran gran relevancia, pues el ordenamiento jurídico debe estar garantizado en todas sus partes a través de mecanismos jurisdiccionales. Del mismo modo que la constitución del neoconstitucionalismo es una constitución invasora o entrometida (según la correcta observación de Riccardo Guastini), también la tarea judicial tiene que ver con muchos aspectos de la vida social. El neoconstitucionalismo genera una explosión de la actividad judicial y comporta o requiere de algún grado de activismo judicial, en buena medida superior al que se había observado anteriormente. La mayor presencia de los jueces se ha correspondido históricamente en muchos países que han llevado a cabo transiciones a la democracia, con períodos en los que se ha privilegiado el imperio de la ley por encima de los arreglos político-partidistas.

“En un número importante de países que han logrado avanzar en procesos de consolidación democrática, se han creado tribunales constitucionales que han actuado sirviendo de árbitros entre las partes en liza, a la vez que dejaban claro para todos los actores que los derechos de los ciudadanos no podían ser objeto de ninguna clase de regateo político ni estaban a la libre disposición de los partidos con representación parlamentaria”⁴.

La actuación del Tribunal Constitucional Federal alemán al ordenar tempranamente en la década de los 50 la disolución de los partidos neonazis, el trabajo de la *Corte Costituzionale* italiana para hacer exigibles los derechos sociales previstos en la Constitución de ese país, las sentencias del Tribunal Constitucional español para ir delimitando el modelo de distribución territorial de poder entre el estado central y las

⁴Zagrebelsky, Gustavo. *Jueces constitucionales, neoconstitucionalismo*. Pág. 101.



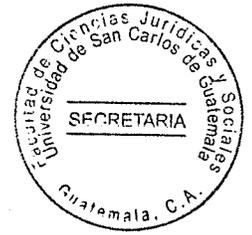
comunidades autónomas, son casos que ilustran sobre el papel central que tienen los jueces constitucionales dentro de la consolidación democrática.

También en América Latina hay ejemplos de jurisdicciones que han estado a la altura de los tiempos que les ha tocado vivir. Son célebres las resoluciones de la Corte Constitucional colombiana al conocer de procesos de acción de tutela por medio de las cuales se mandó poner drenajes en barrios marginales o a través de las que se aseguraba una correcta impartición de justicia dentro de las comunidades indígenas de ese país.

También la Sala Constitucional de Costa Rica tiene en su haber varios precedentes que han demostrado la pertinencia de los jueces constitucionales. Los jueces brasileños han logrado salvar vidas ordenando la entrega de medicamentos esenciales para personas sin recursos económicos. "En Guatemala el Tribunal Constitucional frenó un golpe de estado que pretendió dar el entonces presidente Jorge Serrano Elías en 1993"⁵.

Lo anterior no es obstáculo para reconocer, sin embargo, que en América Latina se ha tomado conciencia de forma tardía de la importancia de contar con un sistema judicial que tenga condiciones necesarias para poder procesar de forma competente y oportuna los conflictos sociales. Es solamente a partir de la década de los 90, dentro de lo que se ha llamado la segunda generación de reformas del estado, que en muchos de los países de Latinoamérica se han emprendido profundos cambios en la función judicial y que los propios jueces han comenzado a entender su papel dentro del paradigma neoconstitucional.

⁵ García Laguardia, Jorge Mario. **Justicia constitucional y defensa de la democracia. El golpe de estado en Guatemala en 1993. Cuestiones constitucionales.** Pág. 5.



1.1.2.Las teorías constitucionales

Un tercer eslabón dentro de conjunto de fenómenos que abarca el neoconstitucionalismo consiste en desarrollos teóricos novedosos, los cuales se basan en los textos constitucionales que son altamente sustantivos y de la práctica jurisprudencial antes enunciada, asimismo suponen contribuciones de frontera que cooperan en situaciones tanto a explicar un fenómeno jurídico como a crearlo. Tiene razón Luigi Ferrajoli cuando señala que la ciencia jurídica carece de una función concretamente contemplativa de su objeto de estudio, sino que coopera de forma decisiva a crearlo, y de esta forma, se constituye como un tipo de meta-garantía del ordenamiento jurídico en su conjunto.

La ciencia jurídica, puede concebirse hoy en día como una meta-garantía, relacionándolo con las garantías jurídicas interinamente improductivo, carente o ineficaz, que actúa a través de la comprobación y la detracción externas del derecho inválido o incompleto.

No es difícil imaginar las muchas posibilidades e implicaciones que derivan de este tipo de postulados. Aportaciones como las que han hecho en diferentes ámbitos culturales Ronald Dworkin, Robert Alexy, Gustavo Zagrebelsky, Carlos Nino, Luis Prieto Sanchís o el mismo Luigi Ferrajoli han servido no solamente para comprender las nuevas constituciones y las nuevas prácticas jurisprudenciales, sino también para ayudar a crearlas.



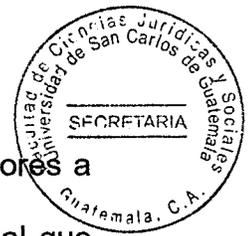
De entre los muchos ejemplos que se podrían poner basta citar la enorme influencia de la teoría de los principios y de la técnica de la ponderación de Robert Alexy en las sentencias de la Corte Constitucional de Colombia (que, por cierto, ha desarrollado la mejor jurisprudencia en materia de derechos fundamentales de toda América Latina). Muchas sentencias de la Suprema Corte de México se han basado de forma explícita o encubierta en los textos de Luigi Ferrajoli y lo mismo acontece en varias resoluciones de los jueces argentinos. Gustavo Zagrebelsky ha tenido la oportunidad de hacer aportaciones teóricas de la mayor altura, pero además ha podido ponerlas en práctica en su desempeño como magistrado de la *Corte Costituzionale* italiana. Y así sucesivamente.

1.2.La novedad en la propuesta del movimiento neoconstitucionalista

Algunos autores manifiestan que ninguno de los tres elementos citados supra es, en rigor, novedoso y que no hacía falta inventar una nueva etiqueta para identificarlos, pues ya estaban bien analizados bajo las coordinadas teóricas tradicionales del positivismo de la primera mitad del Siglo XX.

Tal vez tengan razón quienes tales autores, pero es posible que la novedad esté en el conjunto: quizá no tanto en uno de los tres elementos si se toman por separado, pero sí cuando se unen, compartiendo coordenadas de tiempo y espacio muy parecidas.

Es verdad que ya existían textos con mandatos constitucionales sustantivos desde principios del Siglo XX (por ejemplo la Constitución mexicana de 1917 o la alemana de

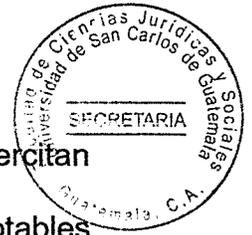


la Weimar de 1919); también es verdad que las prácticas jurisprudenciales anteriores a la Segunda Guerra Mundial habían desplegado ciertas dosis de activismo judicial que son similares a las que actualmente se observan en países con incipientes tradiciones neoconstitucionalistas y posiblemente se pueden rastrear postulados neopositivistas desde los años 30 del Siglo XX.

Son elementos que sin duda alguna se encuentran en la raíz histórica y política del neoconstitucionalismo; pero lo que resulta interesante del cuadro neoconstitucional que se plantea en los primeros años del Siglo XXI es el conjunto, la combinación de los tres elementos mencionados. Además, lo posiblemente novedoso según algunos autores son sus efectos, es decir, la observación del estado constitucional de derecho en funcionamiento más bien en la práctica. En el campo de la práctica son muchas las cuestiones que han cambiado en los últimos 50 años, no todas para bien pero muchas de ellas podrían ser explicadas también con las herramientas analíticas que proporciona el neoconstitucionalismo.

1.3.La propuesta jurídico-axiológica del movimiento neoconstitucionalista

A decir de algunos autores se conocen dos formas principales de concebir al sistema jurídico: primeramente, la perspectiva constitucional, y por consiguiente, el enfoque legalista. Según el primer enfoque, la Constitución, o al menos aquella parte que contiene la Bill of Rights, prevé un fundamental orden de valores que impregnan todo el ámbito de la legislación, administración y justicia. Ello significaría que a las reglas de



tipo tradicional se le suman también valores de rango constitucional, los cuales ejercitan un efecto de propagación sobre el íntegro derecho objetivo, determinando notables consecuencias.

Desde este punto de vista, “la Constitución no es solo normas de autorización y límite del derecho infra-constitucional: ella presenta un contenido que garantiza el sistema jurídico. En la aplicación del derecho esto se expresa sobre todo en el uso de algunos principios como los de racionalidad y proporcionalidad, a la manera de súper-principios, y en la crítica al uso de la técnica de la subsunción bajo reglas jurídicas a favor de una ponderación de los valores y de los principios constitucionales”⁶.

“Claramente el órgano al cual en primer lugar se ha confiado la labor de vigilar sobre, o promover la, constitucionalización del ordenamiento es la Corte Constitucional. En la actividad de la Corte, por otro lado, muchos consideran un peligro antidemocrático, y prescriben a la misma Corte mantener un enfoque estricto de *selfrestraint*”⁷. El neoconstitucionalismo para contrarrestar estas objeciones emplea diversos argumentos.

La Constitución, se dice, se encuentra plagada de expresiones vagas, elásticas, imprecisas, frente a las cuales la única perspectiva posible es aquella de intentar darles un significado, así los entes encargados de juzgar leyes renuncian a la aplicación de la Constitución, aun cuando se emplean fórmulas elásticas o genéricas, se estaría traicionando lo que claramente prescribe la Constitución.

⁶ibíd. Pág. 159.

⁷FerrerresComella, V. *Justicia constitucional y democracia*. Pág. 72.



El lenguaje constitucional, entonces, tiende a revelarse siempre más obsoleto el constituyente usó el lenguaje de su tiempo que no es el nuestro. Sin recordar, además, que es una visión ingenua aquella que sostiene que un texto solo quiere decir aquello que ha sido expresado en sus palabras. Entonces, si es cierto que un texto debe interpretarse, es necesario tener en cuenta también el hecho de que este no consiste simplemente en la sustitución de un símbolo por otro, sino que el texto interpretado es siempre un poco diverso del original: la interpretación es considerada como un arte, y el arte tiene natividad creativa.

La Constitución, además, se comprende -al mismo tiempo- como límite y no solo como programa del poder político, ha establecido puntos intransitables para cualquier mayoría, protegiendo al individuo y a las agrupaciones sociales. Estas reglas marcan el confín entre lo que la política puede hacer y lo que no puede hacer. Para controlar que el límite no sea nunca superado y que sean, por el contrario, actuados los programas que esta prevé se ha puesto un órgano fuera del juego, no representativo, substraído a la lógica de la relación mayoría-minoría: la corte constitucional.

La paradoja, en todo caso, es considerada por el constitucionalismo solo aparente, y esto, al parecer de algunos, precisamente porque la constitución es un documento normativo y no un simple manifiesto político. Así, la constitución representa el derecho que se encuentra por encima de la voluntad positiva de los ciudadanos. La corte constitucional, aunque se configura como un órgano jurisdiccional, tiene la labor de interpretar la ley.



La corte constitucional no es un juez cualquiera, así como la Constitución no es una ley cualquiera. Entonces, dado que según esta manera de pensar, el legislador tendría la labor de actuar conforme a la constitución, la intervención de la Corte termina por representar un camino de líneas y orientaciones dentro de las cuales debe desarrollarse la legislación.

Del análisis de las argumentaciones neo-constitucionales lentamente emerge el favor para una noción de Constitución que se identifica con el modelo preceptivo de la Constitución como norma. Lo que hace la diferencia al adoptar este modelo es el uso de una noción de Constitución fuertemente sustanciada: en definitiva, no más una Constitución como límite, sino una Constitución como objetivo: no más una Constitución-garantía, sino una constitución como camino.

Esta perspectiva constitucional contribuye al fenómeno que ha sido denominado como "constitucionalización del ordenamiento jurídico"⁸. Con ello se hace referencia a un proceso dirigido a tornar la constitución particularmente penetrante y capaz de condicionar sea a la legislación, a la jurisprudencia y a los actores políticos. La Constitución, en suma, asume la labor de remodelar las relaciones sociales y no más aquel de preservar el máximo de legalidad.

"En paralelo a los dos modelos constitucionales, respectivamente el constitucionalista y el legalista, se han propuesto dos modelos de justicia constitucional: el modelo del constitucionalismo político y aquel del legalismo jurisdiccional"⁹.

⁸ Guastini Riccardo. *La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano*. Pág. 49.

⁹ Bongiovanni, G. *Teoría constitucionalizada del derecho. moral, derecho e interpretación*. Pág. 87.



Se puede observar que en el modelo político estipula un poder en el cual se dirige y se crea una normativa por parte de la corte en las formas de sentencias, mientras que en el modelo jurisdiccional dicho rol se ha visto como excepcional y limitado al mínimo. La prevalencia de una jurisdicción más abstracta y menos ligada al caso concreto será un indicador de la acentuación del rol político de la corte, mientras que un mayor ligamen al juicio del *a quo* y una extensión de las decisiones procesales constituirá el indicativo de signo contrario.

La elección se encuentra determinada por una diversa concepción de la Constitución. Dos alternativas fundamentales, por un lado, la idea de la Constitución como marco y garantía, y por el otro, aquel de la Constitución como camino vinculante. “En el primer caso, se concibe la Constitución con un marco abierto a cuyo interior, en lo que respecta a algunos límites, se desarrolla libremente el juego de las fuerzas políticas. Mientras que en el segundo caso se postula una idea de Constitución como dirección y por tanto como ordenamiento de valores estructurados y dominantes para el desarrollo de la legislación”¹⁰.

Giorgio Bongiovanni considera que, como dirección la idea de Constitución se encuentra unida a una concepción monista de la organización de poder, en el cual es aplicado el Legislativo primado. En este sentido, el concepto de Constitución aparece ligado no tanto a una visión política de la Corte, cuanto a aquella de su rol limitado respecto al Poder Legislativo, así el desarrollo de su actividad más incisiva parece el síntoma de una crisis más que una afirmación.

¹⁰Zagrebelsky, Gustavo. *Op Cit.* Pág. 209.



La crisis del sujeto político legislativo ha sido la ocasión para la asunción de tareas de dirección por parte de las Cortes Constitucionales, que empuja cada vez más a realizar en primera persona los valores constitucionales. Así, si al interior de un sistema monista a la Corte le corresponde una jurisdicción política de legitimidad y no un rol directo, como en la experiencia histórica de la constitución es equilibradas y garantistas, de garantía y actuación de los derechos de los individuos, la erosión de las bases del sistema constitucional cambia las relaciones entre los diversos sujetos institucionales.

Estas vicisitudes se han reducido al proliferar diversos centros de poder considerados neutrales o técnicos, y de esto es cómplice la propia cultura de los derechos, que ha contribuido a impulsar un proceso de incorporación de la ética en la Constitución. Si el clásico modelo liberal no preveía un catálogo de tareas y un programa de acción, hoy "directivas constitucionales, determinaciones de fines estatales, expectativas constitucionales son en cambio convertidas características sobresalientes del actual ordenamiento constitucional. Estas, hacen valer un momento educativo y/o de atribución que no es compatible con el esquema tradicional de los derechos y deberes jurídicos subjetivos"¹¹.

Manifiesta Portinaro: "En una situación en la que los límites entre interpretación y política constitucional tienden a ser más indeterminados, la introducción de garantías jurisdiccionales de la Constitución está sustituyendo a los jueces un inusitado poder de innovación, atribuyendo un rol crucial al perfeccionamiento del derecho constitucional en vía jurisprudencial.

¹¹Portinaro, Pier Paolo. *Del custodio de la constitución a la constitución de los custodios*. Pág. 434.



Donde el cambio constitucional, esto es, la transformación de los contenidos de las normas constitucionales sin cambios formales del texto de la Constitución, se convierte en la vía maestra de la innovación, los jueces adquieren un rol decisivo aunque ambivalente, puesto que su obra puede incidir no solo en sentido innovador sino también conservador por esta vía, éstas se tornan las garantes de la complejidad estructural del derecho en el estado constitucional, vale decir, de la necesaria coexistencia entre ley, derecho y justicia. Aquí por la aprobación de la doctrina contemporánea del custodio de la constitución, no existe un solo custodio del derecho, sino una pluralidad de custodios”¹²

Las Cortes constitucionales constituyen ciertamente uno de los factores más relevantes del proceso de constitucionalización en curso, proceso cuyo enfoque neo-constitucionalista contribuye de modo determinante.

Se evidencia como el Siglo XX se cierra con un reforzamiento del poder jurisdiccional y con un peso creciente de la justicia en la vida colectiva, vinculado a la preocupación por la degeneración del estado de derecho.

Paralelamente ha emergido el rol de otras instituciones asumidas neutrales, tornando inevitable su superposición. De esta manera algunos sectores del sistema constitucional de tipo americano fueron insertados en un tronco no del todo preparado para recibirlos, acentuando la crisis de las ideas fundantes de la política moderna: de la idea de la soberanía a aquella de la propia ley y la representación.

¹²Ibíd. Pág. 435.



El neoconstitucionalismo participa en esta obra de constitucionalización, de la cual no se ve aun claramente su alcance, favoreciendo una interpretación extensiva de la Constitución" de manera tal que se puedan obtener innumerables normas no expresadas, idóneas para disciplinar cualquier aspecto de la vida social y política. Cuando la Constitución es sobre-interpretada no quedan espacios vacíos del -es decir, *libres del-* derecho constitucional: toda decisión legislativa es pre-disciplinada (quizás incluso minuciosamente disciplinada) por una u otra norma constitucional. No existe ley que pueda escapar del control de legitimidad constitucional. En otras palabras, no existe espacio para alguna discrecionalidad legislativa"¹³.

Esto se conecta, a su vez, con la asunción de la idea según la cual la función de la constitución ya no es más el límite, sino que es el modelo, de las relaciones sociales, así "se tiende también a pensar que las normas constitucionales-sobre todo, los principios generales y las normas programáticas- puedan producir efectos dirigidos a ser aplicados por cualquier juez con ocasión de cualquier controversia"¹⁴. El modelo constitucional que descende de esta compleja obra interpretativa de los actores políticos y de los actores doctrinales es un modelo de Constitución como norma fuertemente sustentada en valores éticos.

Si parece evidente que el proceso en curso no puede ser detenido, para tal vez regresar a aquel, ciertamente poco deseable, meramente legalista; tampoco parece en absoluto oportuno, dentro de la perspectiva constitucional, tomar nota meramente de lo existente a fin de allanarse en favor de posiciones sustanciales en total desmedro del

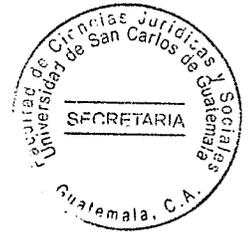
¹³Zagrebelsky, Gustavo. *Op. Cit.* Pág. 212.

¹⁴*Ibíd.* Pág. 190.



garantismo. Por tanto, parece, que si no se reconoce el primado al poder legislativo y resultan ilusorios los intentos de reducir la complejidad de los sistemas políticos contemporáneos, la perspectiva constitucional deberá intentar recorrer otros caminos con el objeto de mantener al menos un cierto garantismo; de otra manera no se entendería qué sentido tiene la Constitución, no se entendería más que importancia podría revestir tener una Constitución y tener una en lugar de otra.

La conceptualización del modelo preceptivo de la Constitución como norma, en suma, no tiene solo implicancias doctrinales y teóricas, ésta tiene profundas consecuencias morales y sobre todo políticas.



CAPÍTULO II

2. Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico incluyente

En el ámbito de la teoría del derecho se asiste en los últimos tiempos a una nueva reedición de la clásica polémica entre iusnaturalistas y positivistas jurídicos, quienes a lo largo de la historia del pensamiento jurídico vienen a discrepar radicalmente sobre el rol que ocupa la moral en la propia definición de derecho. Mientras que los primeros abordan el fenómeno jurídico desde su relación necesaria con la moral, por el contrario, los segundos entienden que una cabal explicación de aquél requiere liberar su concepto de todos aquellos elementos, empezando por la moral, que le resultan extraños.

El paso del tiempo no ha hecho otra cosa que reforzar a los contendientes en sus respectivas posiciones. Cambian los actores, se perfilan mejor los argumentos, pero las profundas diferencias teóricas permanecen en pie. Incluso aunque cambien de forma profunda -como efectivamente lo han hecho- los propios sistemas jurídicos, la relación entre el derecho que es y el derecho que debería ser sigue siendo el punto central del debate.

Hoy, el neoconstitucionalismo proporciona las condiciones para el resurgimiento de esta vieja polémica. En efecto, esta teoría y filosofía del derecho, desarrollada a partir de la constitucionalización de los sistemas jurídicos, supone un profundo reto para el positivismo jurídico: la necesidad de dar cuenta de este fenómeno sin renunciar a sus



premisas teóricas. Una de las respuestas surgidas a tal efecto es la del llamado positivismo jurídico incluyente.

2.1. El positivismo jurídico incluyente como efecto de la lectura moral de la constitución

“Los rasgos que caracterizan a las modernas constituciones surgidas fundamentalmente a partir de la Segunda Guerra Mundial plantean un escenario jurídico un tanto diferente al del pasado. Como es bien sabido, se trata de constituciones rígidas, vinculantes, directamente aplicables y en cuyo interior se han incorporado principios y valores cuya determinación requiere acudir al discurso moral”¹⁵.

En este contexto, no falta razón a quienes advierten de que el viejo derecho natural se ha positivizado y que, además, lo ha hecho al máximo nivel. Es éste, sin duda, un elemento que modifica notablemente el marco del debate. Dar cuenta de este hecho - innegable, por otra parte- sin renunciar a sus premisas teóricas es el desafío al que se enfrenta hoy el positivismo jurídico.

2.1.1. Los argumentos que se plantean contra el positivismo jurídico

Los detractores del positivismo jurídico le reprochan su incapacidad para dar cuenta de esta nueva realidad. Es ésta la intención de quienes, bajo distintas etiquetas y desde

¹⁵Guastini, Riccardo. *Lecciones de teoría del derecho y el estado*. Pág. 241.



diferentes tradiciones filosófico-jurídicas, proponen la superación de la teoría del derecho positivista. Tres son las estrategias argumentativas -no excluyentes- utilizadas para desacreditar teóricamente al positivismo jurídico.

La primera de ellas consiste en confinar al positivismo jurídico al mundo del Siglo XIX de la primera mitad del Siglo XX. Un mundo caracterizado por el estado de derecho, la supremacía de la ley y el formalismo interpretativo, donde destacaban las notas de estatismo y legicentrismo típicas de ese positivismo del Siglo XIX. Pero, una vez se ha avanzado hacia un estado constitucional de derecho, donde la supremacía ya no la ostenta la ley sino la Constitución, cuya interpretación requiere de un ejercicio que supera el estricto marco diseñado por el formalismo positivista, el positivismo jurídico ha perdido su sitio. Ha dejado de ser una teoría válida para la explicación del fenómeno jurídico porque éste ha cambiado. En definitiva, el positivismo nació para dar cuenta de un tipo de sistema jurídico que ya no existe.

La segunda estrategia consiste en reclamar una lectura moral de la Constitución. Dado que ésta incorpora principios y valores de contenido moral, se requiere una reconstrucción de sus disposiciones que prime la opción ideológica y moral que está detrás de dichos principios y valores. "De ahí el éxito que en los últimos tiempos han cobrado, en sede interpretativa las tesis metaéticas objetivistas que pretenden ofrecer la única respuesta correcta que preexiste a cualquier conflicto normativo que se presente; y hacerlo, además, sustituyendo el tradicional modelo subsuntivo de aplicación del derecho mediante la utilización de técnicas como la ponderación o el



distinguishing, que serían las adecuadas para resolver los conflictos entre principios constitucionales”¹⁶.

A estas dos estrategias se suma una tercera, en la cual se desmiente la supuesta función que tiene una teoría concretamente descriptiva, por lo que se limita a explicar cómo funciona el derecho, ya que no ofrece ni busca criterios para mejorar la interpretación y la aplicación de las normas y los principios.

Si pretende ser un instrumento para juristas y operadores jurídicos, la teoría del derecho ha de dedicar su tiempo a mejorar la lectura moral de la Constitución, a depurar las técnicas de interpretación de las normas y de la ponderación de los principios para así resolver mejor los conflictos jurídicos.

2.1.2. La pluralidad de formas que asumen las respuestas

Responder con éxito a las citadas estrategias argumentativas es el reto al que se enfrenta hoy el positivismo jurídico. Siguiendo la descripción clásica, “el positivismo jurídico se define como aquella teoría del derecho caracterizada por tres tesis: la tesis de la separación conceptual entre el derecho y la moral, es decir entre el derecho que es y el derecho que debería ser; la tesis de las fuentes sociales del derecho, para la cual las normas jurídicas emanan de hechos a los que cada sistema jurídico otorga el carácter de fuentes del derecho; y la tesis de la discrecionalidad judicial, según la cual,

¹⁶ Dworkin, Ronald. *Lectura moral de la constitución americana*. Pág. 38.



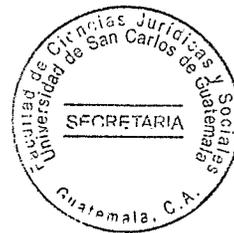
en caso de ausencia de norma jurídica aplicable a un caso concreto, los jueces están llamados a crear *ex novo* una norma que solviente dicho caso¹⁷.

Los autores positivistas pretenden mantener la validez de sus famosas tres tesis en el nuevo panorama diseñado por el neoconstitucionalismo. Su respuesta inicial pasa por minusvalorar -e incluso negar- la existencia de un problema: no es necesario abandonar una teoría del derecho que tanto éxito tiene, según sus defensores, por el hecho contingente de que los sistemas jurídicos se hayan constitucionalizado.

No obstante, esta respuesta inicial merece una matización. Y ello porque la reacción de los positivistas al desafío del neoconstitucionalismo y de la lectura moral de la Constitución no ha sido la misma. Así, mientras algunos -quizá la mayoría- postulan la necesidad de reformular estas tesis, de acompañarlas a la nueva realidad jurídica, pero sin renunciar a sus fundamentos básicos; otros -los menos- abogan por mantenerlas incólumes, alegando que la reformulación planteada por los primeros supone un alejamiento importante de las premisas propias del positivismo jurídico.

Se ha extendido el nombre de incorporación positivismo jurídico incluyente para referirse a la primera posición, mientras que se reserva el de positivismo jurídico excluyente para hacer referencia a la segunda. A continuación, se explican las características que definen al llamado positivismo jurídico incluyente, al ser éste quien pretende contrastar y rivalizar teóricamente con el neoconstitucionalismo.

¹⁷Hart. H. L. A. *El nuevo desafío al positivismo jurídico*. Pág. 15.



2.2.La definición y los rasgos del positivismo jurídico incluyente

“En términos generales, el positivismo jurídico incluyente se caracteriza por la tesis de que la moral puede determinar la existencia y el contenido del derecho; es decir, que lo que sea derecho puede depender de su adecuación a la moral. Esto implica el reconocimiento de la moral como un criterio de identificación de lo jurídico y, en definitiva, la inclusión de la moral como una fuente del derecho”¹⁸.

En su defensa, los positivistas incluyentes suelen invocar uno u otro -si no los dos a la vez- de los siguientes argumentos. En primer lugar, señalan que la incorporación de la moral al derecho es una realidad evidente hoy en muchas constituciones, donde abundan las referencias a principios y valores morales. Entonces, negar que la moral pueda ser una fuente del derecho sería negar la realidad. En consecuencia, una teoría del derecho que no tenga este dato en cuenta sería simplemente una teoría falsa, dado que fracasaría al ofrecer una adecuada descripción del funcionamiento de los sistemas jurídicos.

En cambio, el segundo argumento se sitúa en un plano prescriptivo o normativo. Se argumenta que la inserción de la moral en la Constitución es una alternativa adecuada que garantiza el respeto y cumplimiento de los mismos principios morales incorporados. Es utilizado usualmente como prueba de tal afirmación la labor del juez constitucional. Se dice que éste ha de construir y elaborar un razonamiento jurídico para declarar inconstitucional una ley que contravenga alguno de esos principios morales. Si éstos no

¹⁸Waluchow, W. Citado por: Gil, M. & Tesone, R. **positivismo jurídico incluyente**. Pág. 95.



se incorporaran en cláusulas jurídicas, de manera que la presencia de la moral se sienta también jurídicamente, entonces el juez no podría tenerlos en cuenta ni basarse en su contenido a la hora de dictar sentencia. Ello implica que, a pesar de los problemas de incertidumbre que pudieran generarse, un derecho que incorpora estas referencias a la moral es preferible a otro que no lo haga.

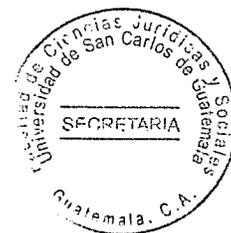
“Es obvio que, a primera vista, esta tesis del positivismo incluyente puede resultar sorprendente. ¿Cómo puede hacerse compatible la incorporación de la moral con la tesis de la separación conceptual entre el derecho y la moral, y de la consiguiente separación entre los mundos del ser y del deber ser, cuya defensa es el punto de partida del positivismo jurídico?”¹⁹.

Por otra parte, los llamados positivistas excluyentes responden negativamente a esta pregunta. “En su opinión, sus colegas incluyentes están gravemente confundidos por dos razones. Por un lado, aceptar la posibilidad de que lo que sea el derecho pueda depender de su adecuación con la moral es una falsa descripción de cómo es y funciona el derecho; por otro, esta interpretación de la realidad jurídica sería peligrosa a la luz de los resultados prácticos que produciría”²⁰.

A continuación, se presenta la forma como el positivismo incluyente pretende salvar estas críticas. Para ello nada mejor que proceder a la exposición de sus rasgos principales, tomando como guía las tres clásicas tesis del positivismo jurídico.

¹⁹Comanducci, P. *Hacia una teoría analítica del derecho. Ensayos escogidos*. Pág. 74.

²⁰ Raz, Joseph. *La ética en el ámbito público*. Pág. 210.



2.2.1. La identificación del derecho y los principios jurídicos

El positivismo incluyente asume el reto de incorporar a su teoría un hecho innegable: la existencia al máximo nivel constitucional de principios y valores es una indudable referencia moral. Los positivistas no son tan ciegos como para no darse cuenta de ello. Incluso, tan convencido estaba Hart de la compatibilidad de su teoría con el reconocimiento de los principios que acuñó el término de "*softpositivism*"²¹ para referirse a ella.

Los principios se convierten, así, en criterios de validez normativa de carácter material: toda norma debe satisfacer su contenido si pretende formar parte del sistema jurídico. Pero, la tesis de la separación conceptual no se veía en ningún modo afectada porque los principios que pueden determinar la existencia y el contenido del derecho son principios que se han incluido en textos normativos de valor jurídico; señaladamente, en constituciones. Entonces, los principios son fuente del derecho porque se han incorporado al mismo, es decir, se han institucionalizado. Este hecho resulta ser meramente contingente, ya que pueden incorporarse -como de hecho sucede en la mayoría de los sistemas-, pues nada obsta a que no lo hagan. Es posible encontrar un sistema jurídico que no incluya la moral como fuente del derecho. Siempre que esto sea así, se puede seguir sosteniendo la tesis la separación entre derecho y moral.

²¹ Hart, H. L. A. *El concepto del derecho*. Pág. 250.



Así, los principios son jurídicos no por su carácter moral, sino porque se incorporan al derecho a través de normas válidas, es decir, de hechos sociales. Entonces, cuando este criterio material de validez normativa entra en juego, lo hace porque así ha sido habilitado gracias a una norma jurídica, es decir, a un criterio formal.

Dicho en términos de Hart, los principios se incorporan al derecho gracias y mediante la regla de reconocimiento. Planteada la cuestión en estos términos, nada hay que quebrante la tesis conceptual de la separación derecho y moral.

2.2.2 Las convenciones, las prácticas sociales y los principios

La inclusión de los principios en textos constitucionales tampoco compromete, a juicio del positivismo incluyente, la segunda de las tesis positivistas: la tesis de las fuentes sociales del derecho. Esta tesis implica la creación del derecho como producto social. Ciertamente, el derecho válido será dependiente, por parte de los operadores jurídicos, de una práctica común convergente. Lo que indica la dependencia de una convención social.

Cabe diferenciar dos aspectos en esta idea de convención social. Se refiere el primero al lugar donde se localizan las fuentes del derecho. Se trata de una convención sobre el lugar desde el que nace el derecho. Por ejemplo, el hecho de que publicar una ley en un boletín oficial sea una fuente de normas jurídicas depende, en último término, de que exista la práctica generalizada de considerar que contenido de tal publicación se convierte en algo jurídicamente vinculante. Por cierto, esta práctica común concordante



de jueces y operadores jurídicos es lo que Hart intentó reconstruir teóricamente utilizando el instrumento conocido como la regla de reconocimiento.

El segundo aspecto se refiere al acuerdo acerca del significado de los enunciados lingüísticos presentes que nacen de estas fuentes jurídicas. Este acuerdo se gesta mediante la práctica común de los operadores jurídicos con respecto al contenido de las disposiciones de los textos jurídicos. La validez de las normas depende, entonces, de la práctica común de interpretar de una forma convergente el significado de los términos incluidos en tales textos.

Determinar la existencia de este segundo aspecto de la convención es, sin duda alguna, una tarea más complicada que la primera, especialmente cuando se incluyen conceptos morales dentro de los enunciados constitucionales. En efecto, resulta mucho más fácil verificar que los jueces consideran la Constitución como jurídicamente vinculante que confirmar que todos ellos tienen un similar entendimiento sobre lo que sea la dignidad, el libre desarrollo de la personalidad o una discriminación injusta.

Entonces, el positivismo incluyente tiene que mostrar que existe por parte de los operadores jurídicos la práctica común y convergente de considerarlos válidos y en consecuencia, de aplicarlos. Pero en este punto podría suceder que operadores jurídicos y autoridades difieran sobre el significado de tales términos, llegando incluso a un punto en que tanto unos como otros se dieran cuenta de que existe un profundo desacuerdo sobre la forma en que estos conceptos morales tienen que ser reconocidos. Si esto fuera así, resultaría muy difícil expresarse en términos de convención social.



No obstante, el positivismo jurídico incluyente tiene que ofrecer una respuesta a este problema. “La forma de hacerlo consiste en afirmar que, incluso en tales circunstancias, puede constatar la existencia de una convención social. Cómo alcanzar el objetivo depende de la forma como se interprete y defina lo que es una convención”²². Si se asumiera, por ejemplo, una regla de conocimiento en que se incluye el respeto por el libre desarrollo de la personalidad; de acuerdo con ello, cualquier previsión que no respeta al libre desarrollo no sería derecho.

En estas circunstancias, los positivistas incluyentes alegan que la convención existe en tanto que los jueces y el resto de los operadores jurídicos estén de acuerdo en el respeto al principio del libre desarrollo de la personalidad, aun cuando después difieran sobre el contenido que haya de darse a este principio. Entonces, la práctica común y concordante consistirá en considerar como válidas las normas que satisfacen el libre desarrollo de la personalidad. Desde esta opción teórica, la moral determina el derecho válido, porque existe una convención de autoridades y operadores jurídicos de que así es como debería ser, incluso cuando ellos puedan discrepar sobre los términos concretos de cómo hacerlo mejor. Práctica social existe, pues, aunque sea en un nivel ciertamente abstracto.

²² Coleman, J. *La práctica del principio. en defensa de un acercamiento pragmático a la teoría del derecho*. Pág.74



2.2.3. La función de la moral en la aplicación del derecho: el problema de la discrecionalidad judicial

Es en el ámbito de la aplicación del derecho donde las propuestas del positivismo incluyente parecen tener mayores posibilidades de éxito. Los principios y valores morales que se encuentran presentes en textos constitucionales “Los valores y principios morales presentes en textos constitucionales esparcen su contenido en todo el sistema jurídico.

De acuerdo con esto, afirma el positivismo jurídico incluyente que así los legisladores como los jueces deben acudir a la moralidad en el momento de aplicar el derecho. Como los conceptos morales aparecen en los textos jurídicos, su contenido debería ser utilizado por la autoridad competente cuando ésta construye la decisión jurídica. Por consiguiente, dicha decisión tendría carácter indiscreto, y fuera simplemente un acto de aplicación del derecho; asimismo, tal decisión no sería discrecional, sino tan solo un acto de aplicación del derecho; y, asimismo, sería un acto sobre el cual se podría discutir su corrección o incorrección.

Por tanto, esa moral a la que se recurre a la hora de aplicar el derecho tiene que formar parte del propio derecho. Solo así tiene sentido la afirmación de que la tarea del juez no resulta discrecional cuando recurre a un valor moral. El juez actuaría de una forma discrecional si tuviera que decidir de acuerdo con parámetros normativos no jurídicos. Pero el juez no actuaría de tal forma si, como postula esta teoría, el contenido moral forma parte del derecho preexistente. En este caso, no hay discrecionalidad, es



decir, no hay creación libre de derecho por parte del juez, sino tan solo la mera aplicación de un derecho que preexiste a su toma de decisión.

Esta argumentación requiere otra premisa básica: la posibilidad de determinar objetivamente el contenido de las normas jurídicas. En efecto, el positivismo incluyente aboga por la objetividad del derecho incluso cuando estén presentes conceptos morales en el interior de los enunciados jurídicos. En consecuencia, el positivismo jurídico incluyente liga su destino a la teoría conocida como objetivismo moral, de acuerdo con la cual es posible apreciar el significado correcto de los términos morales con independencia de las opiniones y creencias de las personas. No puede ser de otra forma, dado que las restantes opciones le llevaron a una conclusión diferente de la deseada. Antes de entrar a discutir la propuesta objetivista, conviene detenerse brevemente en estas otras opciones.

Parece claro que, cuando se hacen referencias a principios morales, éstas no han de ser entendidas como llamadas al juez para que éste lo aplique de acuerdo con su propia concepción de la moral. Además de los problemas de incertidumbre que generaría, ésta no es la vía tomada por los positivistas incluyentes. Y ello porque, si así fuese, estas referencias a principios y valores no serían más que apelaciones a la discrecionalidad del juez, quien resolvería cada caso en función moral. Sería ésta una conclusión no deseada, dado que podría llevar a la tesis de que cualquier reconstrucción de la moral efectuada por los jueces pasaría a formar parte del derecho. No es así como los positivistas pretenden incorporar la moral en el derecho.



Por otro lado, creer que las referencias a la moralidad lo son a la moral social no parece ser un mejor resultado para el positivismo incluyente. Se llegaría a esta conclusión si se admitiera que estos principios y valores tienen que ser incorporados al derecho de acuerdo con las prácticas y convenciones sociales seguidas en el interior del grupo. Entonces, lo que se incorpora al derecho sería la gente, así considerada, de acuerdo con sus acciones, prácticas y convenciones sociales. Cabe señalar que, adoptando esta posición, el positivismo incluyente se dirigiría hacia un resultado que no es precisamente el que busca. “En efecto, si la determinación de la moral que se incorpora al derecho es una cuestión de acciones, prácticas y convenciones sociales, entonces las normas jurídicas afectadas por esta moral social o convencional están determinadas por y mediante hechos. Es decir, que la determinación del derecho será pues una cuestión de hecho. Es ésta, precisamente, la postura del positivismo jurídico excluyente”²³.

En resumen, “la opción más apropiada para los propósitos del positivismo incluyente es la asunción de que cuando los conceptos morales aparecen en el derecho, lo que se incorpora a éste es el contenido de tales principios. Es decir, lo que se conoce con el nombre de moralidad ideal, racional o correcta. De hecho, ésta es la opción seguida por la mayoría de los positivistas incluyentes”²⁴. Solo en este caso puede mantenerse a la vez la objetividad del derecho, por un lado, y la posibilidad de afirmar que existen decisiones legislativas y judiciales erróneas, por otro. No obstante, las premisas de esta conclusión habrán de ser cuidadosamente examinadas.

²³Marmor, A. *Op Cit.* Pág. 685.

²⁴Pozzolo, Susanna. *Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico.* Pág. 158.



En resumen, “los principios no eliminan la discrecionalidad judicial, aunque sí la reducen notablemente. Cuando el derecho apela a la moral, determina la solución que deben adoptar los jueces, aunque estos siguen contando con un margen de discrecionalidad para aplicar el contenido de ese principio -expresado, pero no definido en la Constitución- a la realidad del caso concreto”²⁵. La discrecionalidad consiste en la adopción de las medidas adecuadas para discernir de la mejor manera posible.

2.3.Las críticas a las tesis del positivismo incluyente

Explicadas las tesis principales del positivismo jurídico incluyente y la forma como éste se enfrenta al desafío neoconstitucionalista, es momento ahora de referirse a las dudas y problemas que presenta esta teoría. Problemas que, a decir de sus detractores, la convierten en incapaz de responder al reto planteado. Coinciden en este juicio negativo -aunque obviamente por distintas razones- tanto autores que pueden agruparse bajo la etiqueta de no positivistas o principialistas, como los que se adscriben al positivismo jurídico excluyente.

2.3.1.La identificación del derecho y su validez jurídica

La primera crítica guarda relación con el procedimiento mediante el cual se lleva a cabo la identificación del derecho, ya que ahí -se dice- el llamado criterio material de validez

²⁵Moreso, J. J. **La constitución: modelo para armar**. Pág. 186.



no tendría nada que decir. “Tanto el contenido de las normas como su valoración son puntos irrelevantes a la hora de considerar cuáles son los productos jurídicos válidos.

En consecuencia, la identificación del derecho es una tarea a realizar sin recurrir a cualquier tipo de valoración o evaluación moral relacionada con los términos presentes en los enunciados jurídicos. Es una mera cuestión de hecho que en ninguna medida puede verse afectada por la moral”²⁶.

Se afirma, así, que la existencia y la identificación de las normas jurídicas son hechos objetivos, independientes de la valoración sobre su contenido. Por tanto, podría mantenerse sin incurrir en incoherencia alguna que un juez ha errado en su decisión, pero que ésta es jurídicamente válida. La sentencia resultante existe, vincula jurídicamente y resultará aplicada incluso aunque se acepte por todos que sus términos no se han ajustado a lo establecido por una norma superior, como por ejemplo una ley. Se trata ésta de una premisa común en la actuación de los juristas. Cualquier reconstrucción teórica de la misma debería, si pretende ser respetuosa con la realidad, reconocer este hecho y darle cabida en su explicación.

El positivismo jurídico incluyente tiene dificultades a la hora de ofrecer una explicación a este tipo de situaciones en las que la existencia de una norma es un dato fácilmente constatable por cualquiera, a la vez que existe una opinión mayoritaria que denuncia la incoherencia de lo establecido en esa norma con relación a lo dispuesto en otra de rango superior. Desde un primer momento conviene advertir que tal incoherencia puede ocurrir no solo en relación con un principio moral, sino también con relación a otras cuestiones. En efecto, bien puede suceder que un juez infrinja un requisito de

²⁶Dahlman, C. **Op. Cit.** Pág. 237.



competencia y que, aun así, su sentencia siga siendo válida. Sin embargo, el hecho de que este problema se repita también con respecto a los requisitos formales, es decir, a los que se refieren al pedigrí de la norma, no es una justificación para una falta de respuesta al mismo cuando éste se presenta directamente relacionado con ese hipotético respeto a la moralidad. Puede afirmarse, entonces, que esta pretendida incorporación de valores y principios morales a la labor de identificación del derecho válido aumenta considerablemente un problema que de hecho ya existe, aunque limitado a las cuestiones formales.

“Una forma de explicación a la que recurren los positivistas incluyentes consiste en recurrir a la ya clásica distinción entre validez y vigencia de las normas jurídicas. Se arguye que la validez de una norma requiere el respeto a los requisitos tanto formales como materiales, mientras que es tan solo el cumplimiento de los requisitos de forma o de pedigrí lo que determina su vigencia”²⁷. Y es esto último, a su vez, lo que determina la aplicabilidad o producción de efectos jurídicos de la norma. No obstante, esta solución presenta problemas.

El primero de ellos se encuentra relacionado con el concepto de validez al que remite esta distinción; un concepto que va más allá de la aplicabilidad, llevando a entender la validez como una característica de las normas que para nada afecta a su consideración como normas jurídicas. De hecho, se trata de una forma de entender la validez que en la práctica distancia este concepto de todo lo que tenga que ver con la identificación del derecho.

²⁷ Ferrajoli, Luigi. *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*. Pág. 525.



El segundo problema está relacionado con el sentido que pueden tener las clasificaciones y distinciones que aparecen en el estudio del derecho y en el lenguaje de los juristas. En concreto, tiene que ver con su utilidad; algo que a veces no parece tenerse en cuenta en este debate. Como puede apreciarse, esta distinción entre validez y vigencia carece de relevancia práctica, dado que, válida o no, la norma adquiere carácter jurídico y despliega todos sus efectos. Por tanto, tal distinción confunde en lugar de ayudar, porque con ella se afirma que las normas inválidas pueden existir, aun cuando actúen como si de normas válidas se tratara.

Tal distinción no alcanza a explicar con claridad ni el propio concepto de validez que propone ni las consecuencias prácticas que de ella se derivan, con la excepción de ese nexo genérico entre la validez y el respeto al contenido de las normas jerárquicamente superiores. En conclusión, parece como si esta distinción entre validez y vigencia se utilizara tan solo a los efectos de salvar una teoría que no acierta a reconstruir adecuadamente el fenómeno de la identificación del derecho.

2.3.2. La idea de convención social como concepto trivial

La fórmula mediante la cual el positivismo incluyente pretende salvar la tesis de las fuentes sociales del derecho tampoco está exenta de problemas. Se basa ésta en afirmar que, aunque se incorporen referencias a principios y valores morales en los enunciados constitucionales, las normas jurídicas seguirán siendo productos sociales porque tras ellas existe una convención compartida por los órganos competentes para



crearlas y aplicarlas. Aun cuando no estén de acuerdo en qué sea lo digno, justo o respetuoso con el desarrollo de la libre personalidad-por citar los ejemplos ya señalados-, todos ellos actúan cumpliendo tales valores.

La primera crítica que puede hacerse a este argumento es que trivializa la idea de la convención social. Con su utilización se intenta salvar la existencia de convención allí donde podría haber desacuerdos y comportamientos divergentes. Y si una convención social quiere significar algo, es precisamente acuerdos y convergencias, y no discrepancias y desacuerdos. Para salvar esto, se eleva el concepto de convención a un plano superior de discusión: se sostiene que una convención social existe porque todos se muestran de acuerdo en considerar como válidas aquellas normas que satisfacen tales principios, aun cuando exista un notable desacuerdo sobre su contenido concreto. Así pues, todo desacuerdo puede convertirse en acuerdo si se eleva a un plano superior de abstracción, hasta el punto de que, a pesar de que se constaten muchos acuerdos, siempre podría llegarse al acuerdo y a una convención final: la de actuar de acuerdo con lo que disponga la moral. Pero, en estas circunstancias, el instrumento de la convención social resultaría de escasa utilidad. Así planteado, no serviría para mostrar la diferencia entre aquellas situaciones en las que sí existe una práctica social convergente y aquellas otras en las que ésta no se constata.

La segunda crítica parece más interesante. Si la convención social significa que la moral puede determinar el derecho válido, incluso aunque cada autoridad o sujeto competente tenga un diferente concepto de lo que sea lo moral; entonces, toda decisión adoptada por una autoridad competente que respete el principio moral en cuestión será



jurídicamente válida. Esto es así porque, a pesar del tenor específico de la decisión resultante, siempre se habrá producido siguiendo la convención social: actuar conforme a la moralidad.

Esta crítica arrincona al positivismo jurídico incluyente y lo deja con un escaso margen de maniobra. Por un lado, lleva a esta teoría hacia una conclusión claramente no positivista. A ésta se llega al establecer que el elemento que convierte jurídicamente válida a una decisión es la moralidad de tal decisión; o, mejor dicho, la apelación a la moralidad en tal decisión. Se podría decir que esta finalidad se distanciaría de los tradicionales parámetros del positivismo jurídico. “Precisamente, no resulta una coincidencia que esta línea de razonamiento se asemeje en gran medida a la presentada como el modelo del juez Hércules por Dworkin y su teoría del derecho como integridad”²⁸.

Tampoco la segunda opción que resta al positivismo incluyente parece ser muy atractiva. Se basa en la idea de que, como el juez siempre actúa según la moral (o al menos eso es lo que se dice), lo que resulta crucial es que la decisión sea correctamente adoptada desde un punto de vista formal. Esto es, que la decisión -que realmente contiene una apelación la moral- se adopte por una autoridad competente, dado que existe la convención social de considerar sus decisiones como jurídicamente vinculantes.

Así, sea cual sea la propuesta moral a la que el juez se haya referido a la hora de dotar de contenido a su decisión, tal decisión es jurídicamente válida. “Si esto es así, al final

²⁸ Escudero, R. **Ronald Dworkin y el positivismo incluyente: dos posiciones muy cercanas. El positivismo jurídico a examen. estudios en homenaje a José Delgado Pinto.** Pág. 303.



se ha alcanzado la misma conclusión a la que llega el positivismo jurídico excluyente: admitir como único criterio de validez normativa el dato de que la norma sea producida por el órgano competente. En este caso, todo el camino recorrido por el positivismo habría sido un esfuerzo baldío²⁹.

2.3.3. La discrecionalidad judicial y el objetivismo moral

Se afirmaba anteriormente la vinculación entre positivismo incluyente y objetivismo moral. Este es un punto importante, dado que si ésta se revela como una teoría incorrecta, entonces el positivismo incluyente correría la misma suerte. La evitación de este destino consiste en disminuir el nivel de objetivismo y poder aceptar que el positivismo incluyente sea compatible con la diferencia y el desacuerdo en ciertas cuestiones morales.

De la misma forma que el derecho sería objetivo en una parte de su ámbito, dentro del cual las decisiones adoptadas no serían discrecionales, existiría también un área donde la objetividad podría no existir. En este ámbito tampoco existiría la posibilidad de ofrecer respuestas ciertas en términos de jurídico o antijurídico, ya que estas decisiones judiciales no están guiadas por norma alguna. Es más, sería perfectamente posible alcanzar varias soluciones jurídicas igualmente correctas, dado que algunas de ellas serían el resultado de las diferentes formas de entender y desarrollar los principios morales en juego. Cuál sea el derecho objetivo en el concreto punto es una cuestión

²⁹ Bayón, J. C. *Derecho, convencionalismo y controversia. La relevancia del derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*. Pág. 74.



que se fijaría, entonces, solo después -pero nunca antes- de que el órgano competente ofrezca su respuesta a la disputa planteada.

Hay razones para creer que esta área de decisión discrecional es más amplia de lo que en un principio podría pensarse. En cualquier caso, excede de la marginalidad al menos en dos sentidos. En primer lugar, en un sentido cuantitativo: la posibilidad de que surjan nuevas situaciones que requieran una acción judicial para la que el derecho existente no ofrezca solución es algo que no puede ser ni ignorado de antemano ni restringido a un espacio residual. Las zonas de penumbra de las que hablaba Hart son más numerosas de lo que estarían dispuestos a aceptar lo positivistas incluyentes. Tampoco debe olvidarse que una cosa es lo que los jueces dicen hacer –aplicar el derecho- y otra muy distinta, lo que realmente hacen. En efecto, no son pocas las ocasiones en que crean nuevo derecho a partir de enunciados jurídicos que son tan genéricos que permiten cualquier tipo de interpretación. En estos casos, actúan discrecionalmente. Aplican la moral pero no el derecho, porque no hay derecho preexistente en el que puedan basar su decisión.

El segundo sentido en el que este tipo de actuaciones requiere ser reexaminado es en un sentido cualitativo. En efecto, estas decisiones discrecionales pueden producirse en un grado elevado cuando se trata de desarrollar mandatos constitucionales. A esto debe añadirse la que resulta ser una característica de los modernos textos constitucionales: su flexibilidad para adaptarse a cambios políticos y a desarrollos legislativos de diferente orientación. Si esto es así, impide que tales decisiones sean consideradas como discrecionales, en el sentido de que los legisladores optan por una



de entre las diferentes posibilidades a las que podrían recurrir a la hora de desarrollar un principio o valor moral. Piénsese, por ejemplo, en asuntos como la interrupción voluntaria del embarazo. En estos casos, optar por una u otra solución es una decisión política, para la que siempre podría traerse a colación una interpretación de un principio moral presente en la Constitución que la justifique.

A pesar de lo anterior, ha de quedar claro que discrecionalidad no debe confundirse con arbitrariedad. El margen que el operador jurídico posee para tomar decisiones no significa que siempre pueda éste adoptar decisiones a su libre albedrío, sin ninguna posibilidad de control objetivo. Incluso en presencia de valores y principios morales. Es en este momento cuando todo lo relacionado con la interpretación y argumentación judicial cobra importancia. Esta tarea resulta básica, obviamente, a la hora de diferenciar entre los casos que requieren recurrir a la discrecionalidad y aquellos otros que no, porque en estos últimos se cuenta con material jurídico para resolver la cuestión. La interpretación de los materiales puestos a disposición del operador jurídico resulta ser una labor clave para distinguir entre la inevitable discrecionalidad y la mera arbitrariedad.

Entre tales materiales se incluyen, por supuesto, no solo las proposiciones normativas, sino también los precedentes, las interpretaciones que se han hecho de tales principios y valores en otras sentencias y, también, el consenso y acuerdo que existe sobre tales términos en la propia comunidad. Así pues, "es posible recurrir a la moralidad, pero no a una hipotética moral correcta y objetiva, sino a una moral social y convencional que resulta tangible desde un punto de vista empírico. Una vez más, se vuelve al plano de



los hechos, donde la tesis positivista fuerte sobre las fuentes sociales del derecho permanece inalterada”³⁰.

No obstante, si a la hora de desarrollar un principio no resulta posible recurrir a cualquiera de las instancias mencionadas en el párrafo anterior bien porque no existe ningún hecho relevante al que acudir, bien porque los hechos de los que se dispone sirven para justificar soluciones contrarias o contradictorias entre sí, entonces lo que realmente se produce es un acto de creación de nuevo derecho por parte de la autoridad competente. Una creación de derecho que es, por un lado, el ejercicio de una acción discrecional y, por otro, el resultado del recurso a consideraciones morales, políticas o de cualquier otro tipo, pero nunca jurídicas. Llegados a este punto, resulta indiferente determinar si la autoridad en cuestión mantiene o no una concepción objetivista de la moral. Su decisión produce nuevo derecho y lo produce, no porque su contenido sea moralmente correcto, sino porque existe una norma del propio sistema jurídico que atribuye competencia a ese sujeto para crear derecho.

2.4. La *rule of law*, la certeza del derecho y el positivismo jurídico incluyente

Ahora se tratará de analizar la refutación del segundo gran argumento del positivismo jurídico incluyente, aquel de carácter normativo o prescriptivo. Tanto la propia existencia de los principios como la forma de resolver los conflictos que surgen a su alrededor son una fuente de incertidumbre y, en este sentido, suponen un grave riesgo para el logro

³⁰ Escudero, R. *Los clasificativos del positivismo jurídico. El debate sobre la incorporación de la moral*. Pág. 253.



de uno de los valores típicos del derecho moderno: la seguridad jurídica o certeza del derecho. Los principios aumentan la indeterminación ex ante del derecho, debido a su vaguedad y al consiguiente aumento de la discrecionalidad en su aplicación por los jueces.

Estos recurren a técnicas como la ponderación, utilizada caso a caso, de forma que resulta poco previsible la solución que darán a cada caso concreto que se les presente. La discrecionalidad judicial aumenta inevitablemente, la incertidumbre también y en consecuencia, la seguridad jurídica –entendida como la posibilidad de prever ex ante la calificación jurídica de las conductas- disminuye.

Al respecto se plantea la siguiente duda: ¿es preferible un sistema plagado de conceptos morales y, por tanto, terreno abonado para la incertidumbre; o, por el contrario, otro carente de ellos, donde la búsqueda del ideal de la certeza se convierta en una especie de obsesión absoluta? Conocida es la posición de los positivistas incluyentes: es preferible un sistema que incorpore estos valores y lo haga de forma imperativa, aunque genere una cierta dosis de incertidumbre. Dosis que no sería tanta, dado que -en su opinión- es posible conocer de forma objetiva el contenido correcto de tales principios.

“Por su parte, optaron por la primera respuesta quienes siguen pensando que el derecho no debería ser identificado mediante el recurso al razonamiento moral. Quienes afirman que el derecho y la moral deben estar separados, porque así se



garantiza mejor la seguridad jurídica, la separación de poderes y el *Rule of Law*, ese ideal regulativo que busca garantizar el principio de autonomía personal”³¹.

Se utiliza la expresión de positivismo ético para referirse a esta propuesta de separación entre el derecho y la moral. Las razones en las que se basa esta propuesta son las siguientes:

En primer término, la incorporación de principios y valores abre la puerta a los intentos de manipulación moral por parte de las autoridades competentes, las cuales intentarán legitimar sus decisiones alegando el presunto respeto a un valor moral. Esto resulta especialmente preocupante cuando se trata de jueces constitucionales, dado que sus acciones pueden enmendar y corregir al legislador, quien en las modernas democracias -por lo menos formalmente- es el representante de la soberanía popular.

Así, el juez constitucional podría arrojarse en el manto de la moral objetiva a la hora de justificar una decisión adoptada sobre la base de las creencias morales de sus miembros. No cabe duda que la moral tiene una especie de vis atractiva y que una apelación a sus términos permite una justificación de la decisión adoptada de una forma mucho más sencilla que si se apela, por ejemplo, a consideraciones políticas o de oportunidad. El segundo problema es que esta terminaría concediendo a los jueces constitucionales un poder que podría calificarse de insoportable, ya que podrían ser justificadas sus decisiones en base a la objetividad y asimismo la imposición al legislador. La definición de lo jurídico quedaría entonces al albur de las opciones morales sustentadas por las autoridades jurídicas competentes.

³¹ Laporta, F. J. *El imperio de la ley: una visión actual*. Pág. 33.



En segundo término, esta propuesta convierte la línea que separa la creación del derecho con respecto a su aplicación en una línea extremadamente difusa. Hay razones para definir con claridad esta línea de separación. Además de ser una unión de normas jurídicas relacionadas, el derecho es una institución política en la cual se necesita de confianza por parte de los sujetos afectados por el mismo.

Una buena forma de mantener esa confianza es a través de la claridad, señalando en todo caso los límites del derecho y, por supuesto, marcando las diferencias entre sus normas y las de la moral. Para lograr esa esencial confianza de los ciudadanos, parece más apropiado establecer que el derecho tiene sus límites, que en ocasiones hay que excederse en ellos y que, en tales casos, el mismo derecho permite recurrir a la moralidad. Dicho en otros términos, que el propio derecho posibilita una acción discrecional por parte de la autoridad competente. Esta apelación a la claridad parece ser la forma más adecuada de evitar posibles confusiones y manipulaciones.

“En definitiva, la honestidad y claridad intelectual sale reforzada con la llamada de atención que el positivismo excluyente hace frente a quienes pretenden confundir la tarea descriptiva con la prescriptiva. Distinguir entre ambas actividades es labor propia de una teoría del derecho que no quiera perder su estatuto teórico”³². Lo contrario sería hacer filosofía o política o alta dogmática, pero no teoría del derecho.

Así sucede cuando se alega una pretendida función prescriptiva de la teoría del derecho para encubrir actividades que son más bien propias de la política del derecho.

³² Jiménez Cano, R. M. *Op Cit.* Pág. 74.





CAPÍTULO III

3. La escasa objetividad y racionalidad del neoconstitucionalismo

“En el panorama iusfilosófico contemporáneo, la perspectiva que cuestiona la idea de que hay una diferente tarea interpretativa de la Constitución, porque se darían en ella las circunstancias que harían natural el proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico, es en sí convincente”³³.

Sin embargo, antes es necesario considerar también otra tarea: investigar si el carácter diferencial de la hermenéutica de la Constitución puede ser, en cierto modo, comprendido gracias a cierto grado de inteligibilidad, como se sostiene por parte del positivismo jurídico de corte neoconstitucionalista, es decir, el llamado incluyente.

Para este modelo la moral es uno de los criterios componentes de la regla de reconocimiento. Podría ser, entonces, que desde esta perspectiva metodológica se considere la pretensión normativa de la razón constitucional, presentando una práctica consistente en esta parte de la moralidad que se conoce y es regenerado en el argumento constitucional.

Como se ha notado, la disputa del método justo por parte del derecho constitucional es uno de los fenómenos más controversiales y difíciles de la doctrina moderna del derecho público. La dificultad de encontrar el método correcto está ligada a la comprensión de la Constitución, entendida como un sistema abierto de reglas y

³³Comanduci, Paolo. *Las formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico*. Pág. 98.



principios. En este caso, es precisamente el carácter abierto del mandato constitucional el que impulsa la teoría jurídica hacia una tarea mejor fundamentada, intentando ofrecer la mejor interpretación constitucional posible, o buscando la respuesta correcta para los conflictos que envuelvan dilemas constitucionales.

En ese panorama, el carácter diferente de la hermenéutica constitucional estaría vinculado a la natural apertura que tienen las normas y los principios constitucionales. A su vez, la doble naturaleza de esas normas y principios, como reglas y como programa, constitucionalmente vinculante para todos los poderes públicos, incluso el legislador, apunta a la necesidad de que desde la propia constitución se establezca un método de interpretación específico, que se adapte a la dirección de la fuerza ejercida por el papel regulador que desempeñan los derechos fundamentales en el sistema jurídico-político.

Esto se debe a la presencia de los derechos fundamentales en los ordenamientos jurídicos contemporáneos y supone el compromiso del poder político con la interpretación constitucional más apropiada o correcta de los conflictos que se producen, a menudo, entre intereses y aspiraciones colectivas o individuales. En este caso, asumiendo los valores constitucionales se asume también el compromiso de ofrecer la respuesta más correcta y culturalmente aceptable.

La interpretación constitucional está, pues, en una cuestión general, vinculada a la realización efectiva de las funciones del derecho. La necesidad de legitimar y controlar el poder en sus diversos órdenes –social, político, económico- encuentra en los principios jurídicos la forma adecuada de ejercer el poder del derecho. “el eje de su consideración como un ejercicio legítimo del poder público reside hoy en que éstos



sean capaces de perseguir y alcanzar objetivos sociales, sin violar los derechos fundamentales de las personas. La consecución de este difícil equilibrio, que viene a ser el principio regulador del jurista contemporáneo, dependerá en buena medida de que se desarrolle una teoría y una práctica adecuada de los principios jurídicos³⁴.

Los desafíos de los principios -normas que se caracterizan por un déficit de objetividad y racionalidad- se identifican como el desafío de la teoría del derecho. Una teoría que tiene que enfrentarse con la tarea de desarrollar un aporte teórico adecuado para hacer corresponder, y así, dar cuenta de las interpretaciones alternativas y de los razonamientos que cumplen los intérpretes en el modelo axiológico neoconstitucionalista. Y esto se vuelve aún más relevante en la medida que, como los derechos fundamentales, los principios como una ordenación máxima de las relaciones sociales y como precepto de una mejora los cuales están abiertos a diferentes interpretaciones.

Por su parte, la pretensión de ofrecer la mejor respuesta en los casos que involucran valores constitucionales en conflicto, requiere la elaboración de modelos interpretativos que engloben principios de justicia legal y política. Esto implica otra tarea más para el intérprete: la elaboración de un concepto de objetividad que sirva como parámetro para la solución de los casos caracterizados por conceptos constitucionales densos de moralidad.

La explicación de este último desafío se encuentra en el hecho de que las normas constitucionales, en muchos casos, expresen conceptos indeterminados y normas

³⁴Atienza, Manuel & Ruiz Manero, Juan. *La teoría jurídica de los derechos fundamentales*. Pág. 219.



programáticas efecto prospectivo que piden al intérprete ir más allá del uso de los criterios tradicionales de interpretación: aquí el intérprete tiene una discrecionalidad que requiere, sin duda, la formulación de juicios de justicia y de corrección.

3.1.La corrección del derecho basada en la necesidad de justificación de los juicios morales

Está muy difundida en cierta literatura jurídica la tesis según la cual la ponderación se constituye como método característico de la hermenéutica constitucional; en particular, porque parece capaz de solucionar cierto tipo de antinomias o conflictos entre normas, mientras que otros criterios más tradicionales, como el jerárquico, el histórico o el literal, podrían ayudar al intérprete a encontrar una solución cuando el caso no requiere un juicio de optimización.

Por otro lado, existe el entendimiento de que el fenómeno de la constitucionalización del derecho, bien entendido, puede conducir a formular tesis que ayuden a construir una relación entre la dogmática de los principios y de las normas y la construcción de una teoría de la Constitución. Por eso, es necesario evidenciar el carácter de la Constitución como verdadero pre-compromiso. “La primacía de la Constitución se hace más visible cuando ella -como sistema originario del orden jurídico- se precisa como un conjunto de la secuencia de sistemas jurídicos (todos reconducibles a la misma Constitución)”³⁵.

³⁵Moreso, J.J. *La indeterminación del derecho y la interpretación de la constitución*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Pág. 180.



A partir de aquí, no se puede pensar que sea el positivismo jurídico quien se enfrente con la indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución, pues se trata de una perspectiva que adopta, por ejemplo, un modelo de interpretación constitucional estructurado con respuestas relativistas o decisionistas.

Parece que una posible combinación entre dos perspectivas -un cierto objetivismo moral en función de un mínimo ético tiene que ser resguardado y la adopción de un punto de vista pragmático-constructivista, vinculado al constitucionalismo discursivo, que conecta el derecho con la moral- puede indicar una salida a los problemas planteados.

3.2.El positivismo jurídico incluyente y el objetivismo moral (primera aproximación)

Écio Otto Ramos se ha preguntado acerca de que si la indagación y el desarrollo de un diseño factible de la teoría jurídica que viene ligada del neoconstitucionalismo, el cual se podría dar con rechazo de los criterios valorativos de validez normativa. En ese momento el autor afirmó que no. Y todavía sigue creyendo que no lo es.

De hecho, el autor cree que la existencia de criterios materiales de validez jurídica está conectada con la cuestión de la justificación moral y la corrección de los juicios normativos o, es más, con la posibilidad de que las normas jurídicas puedan obtener validez a partir de una dimensión que no se limita únicamente al pedigree. En este



caso, la investigación acerca de estos criterios se extiende hasta la verdad y la justicia del argumento moral llevado en la justificación.

“El intento de justificar las decisiones jurídicas acaba por indicar la necesidad para la teoría jurídica de elaborar parámetros de evaluación de las razones morales que se presentan en los juicios normativos. En este caso, la virtualidad del uso del criterio material de validez no estaría vinculada a su capacidad o incapacidad para explicar o describir adecuadamente el funcionamiento del sistema jurídico”³⁶.

De lo contrario, la posibilidad de describir el sistema jurídico entre las instancias de producción jurídicas a partir de los procesos argumentativos establecidos en dichas instancias, a través de las cuales la actividad de evaluación jurisdiccional exige, al mismo tiempo, una dimensión justificatoria del fenómeno jurídico, se vería seriamente disminuida.

Desde la perspectiva del intérprete que busca la corrección de participante que plantea un argumento moral en un debate jurídico, intersubjetivo y racional en una tesis con fundamento constitucional, se puede aducir que el propio proceso de constitucionalización de los sistemas será una fuerza normativa conducente a la fundamentación de un vínculo conceptual entre el ser del derecho dimensión real y deber ser del derecho dimensión ideal. A su vez, la inclusión de la presunción de corrección en la configuración del concepto del derecho canalizará la incorporación conceptual de la moral al derecho, de modo que los juicios y las proposiciones normativas hechas por el razonamiento jurídico siempre pondrán en evidencia una

³⁶ Escudero, R. *Los clasificativos del positivismo jurídico. El debate sobre la incorporación de la moral.* Pág. 236.



pretensión de corrección normativa inherente a la normatividad de la justicia ejercida, también, por los requisitos que rigen los actos de habla regulativos.

Como es sabido, el modelo neoconstitucionalista de positivismo incluyente no hace depender la corrección del derecho exclusivamente de un criterio de evaluación moral de las normas, externo al marco propiamente jurídico. Parece que la asunción de “un enfoque menos rígido de validez jurídica, así como una visión más realista de la fluida conexión entre elementos ético-materiales y jurídico-formales permitiría, por lo contrario, admitir que el derecho natural y el derecho positivo son solo dos dimensiones de una misma realidad jurídica”³⁷.

En cualquier caso, la normatividad constitucional, como el propio discurso jurídico en sí, dependerán siempre del apoyo institucional. En este caso, “una Constitución sustantiva, como la legislación ordinaria, es también producto de la voluntad social institucional. Su incorporación al derecho a través de un acto de aprobación se ajusta a los requisitos del origen de la tesis de las fuentes sociales”³⁸. En este contexto, la intención de construir una teoría moral que se ajuste a las pretensiones del positivismo incluyente y que persiga una cierta objetividad en materias morales y, por lo tanto, la pretensión de corrección de una opción acerca de la validez material de una norma o de un juicio normativo tropieza con un obstáculo insalvable hasta ahora.

Es decir, como tan bien expone Cristina Redondo: “Satisfechas determinadas condiciones, cada intento de individualizar los principios morales correctos constituye

³⁷ Ollero, A. **Derecho positivo y derecho natural. El positivismo jurídico a examen. estudios en homenaje a José Delgado Pinto. Op Cit.** Pág. 905.

³⁸ Iglesias, M. **El positivismo en el estado constitucional. algunos comentarios en torno al constitucionalismo de ferrajoli.** Pág. 81.



una teoría moral diferente. Toda teoría moral es la de proponer un conjunto de directrices (criterios) de la corrección de las acciones. Esto hace que sea necesario, en el nivel meta-ético, que se cuente con algún criterio para establecer que la teoría moral propone las directrices realmente correctas. En este punto, se pueden destacar dos fuentes de dificultades epistemológicas. La primera dificultad se refiere a la aplicación del criterio que corresponde de verdad.

En este sentido, la idea de la unidad objetiva de la razón práctica, junto con una concepción correspondiente de la verdad, parece que requiere la aceptación del realismo metafísico en el ámbito de la moral. Y la segunda dificultad es que así como la existencia de múltiples teorías normativas requieren tener un criterio para decidir cuál es la correcta, también la existencia de varias propuestas meta-éticas requieren un parámetro que permita determinar cuál es la meta-ética correcta³⁹.

Esta cita tiene la ventaja de causar una inquietud en la filosofía del derecho en tiempos del neoconstitucionalismo, a saber: cualquier persona que desee determinar los criterios morales mínimos por el establecimiento de la objetividad en el derecho, necesita preguntarse si el obstáculo señalado por Redondo aún es imposible de superar.

Además, puede preguntarse: la necesidad de respuestas correctas en el derecho desde el aparato conceptual del neoconstitucionalismo, ¿dependería de la elaboración y adopción de un determinado concepto de objetivismo moral? ¿El positivismo jurídico incluyente trae consigo o, de alguna manera requiere un cierto objetivismo moral para la

³⁹ Redondo, Cristina. *Justificación de las decisiones judiciales*. Pág. 157.



corrección del discurso constitucional? Y si es así, ¿cómo determinar las condiciones ideales para obtener la objetividad en el derecho?.

3.3.El positivismo jurídico incluyente y el objetivismo moral segunda aproximación)

Los defensores del positivismo jurídico incluyente se empeñan en desarrollar una teoría jurídica capaz de renovar la práctica de los derechos en la actualidad, especialmente en la aplicación de la ley por parte de los jueces y tribunales, que constantemente deben acudir a argumentos morales con los cuales podrán tomar decisiones. Este intento no está bien entendido desde las filas del positivismo jurídico excluyente. Para los positivistas exclusivos, existen razones sustanciales para abandonar el proyecto teórico y las pretensiones del positivismo jurídico incluyente, como un medio para alcanzar los requisitos teóricos e ideológicos del neoconstitucionalismo: varios autores no ahorran argumentos dirigidos a desarrollar una fuerte oposición a la existencia de una presunta conexión entre el positivismo incluyente y el objetivismo moral.

Pero, en realidad: ¿Hay algún inconveniente en la existencia de esa relación? ¿Qué es, al final, el objetivismo moral? ¿Qué puede tornar las afirmaciones valorativas (normativas) en objetivas? Y aún más: el derecho (específicamente el concepto de derecho concebido por el positivismo incluyente), en cuanto momento o tarea aplicativo-decisoria, ¿requiere, necesariamente, un ámbito o una dimensión de justificación de la objetividad por las cuestiones que involucran conceptos morales?



Enfrentando estas cuestiones teóricas, se puede encontrar en Frederick Schauer un buen punto de partida. Cuando éste sostiene que: "cualquiera que sean los méritos de una concepción objetivista de las razones morales, de acuerdo con que solo las razones por las que se aplican a todas las personas son legítimas razones para la acción, resulta poco convincente como una explicación general del universo de las razones comprensible tanto por razones morales como otros tipos de razones"⁴⁰, está promoviendo el despliegue de una manera viable para la elaboración de un concepto de objetivismo moral. Es decir, aunque no tenga esta pretensión, Schauer presenta, paradójicamente, una forma de salir de este problema.

Se inició la discusión a partir de la afirmación de Schauer bajo una estrategia pensada en función de las prácticas específicamente lingüísticas, en términos utilizados por Brandom. En su libro titulado *La articulación de las razones*, Brandom señala que "las teorías semánticas formalistas tratan de comprender el contenido proposicional que une a sus oraciones como sus condiciones de afirmabilidad como sus intérpretes semánticos: las circunstancias bajo las cuales es afirmable con propiedad a la oración en cuestión"⁴¹. Y continúa en un tono más conclusivo: "Si se considera que afirmable exige corrección en este sentido más objetivo, entonces, las condiciones de afirmabilidad se convierten propiamente en condiciones reales, y la consecuencia para las teorías de la afirmabilidad consiste en buscar una noción de adecuación de la afirmación que esté fundamentada y sea inteligible en función de la práctica de los hablantes y oyentes y que, no obstante, sea lo suficientemente rica que sea como para

⁴⁰Schauer, Frederick. *Las reglas en juego. un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas, en el derecho y en la vida cotidiana*. Pág. 182.

⁴¹Brandom, R. B. *La articulación de las razones. una introducción al inferencialismo*. Pág. 241.



proporcionar una evaluación normativa objetiva, en el sentido de que trasciende las actitudes de los profesionales"⁴².

En una primera conclusión: parece que un sentido trascendente está vinculado con la idea de la objetividad. Si entendemos que objetivo debe ser alguna propiedad capaz de cumplir con las razones que son aceptadas por todos los que participan, ponentes y oyentes en un discurso racional, entonces, la idea misma de la objetividad trasciende las razones dadas en cada caso por una concreta comunidad. La cuestión semántica inicial planteada por Brandom se convierte ahora en la investigación de las posibles condiciones de verdad o de corrección que puedan ser capaces de convertir afirmaciones normativas, apoyadas por los participantes del discurso constitucional, en afirmaciones constituidas de objetividad.

En este punto, se hace hincapié en el significado trascendental de la objetividad que no está ligado a una idealización metafísica correspondiente a un modelo contra fáctico. En efecto -como critica Streckla teoría del discurso habermasiano-, que la respuesta sea correcta solamente porque procedimentalmente ha sido obtenida de "un razonamiento contra fáctico donde el discurso que da fundamento es previo y que no depende de la calidad de los argumentos, sino más bien de la estructura del proceso argumentativo"⁴³ es una posición que reduce la dimensión pragmática del concepto discutido: la objetividad epistémica.

En este sentido, la tarea consistente en "proporcionar evaluaciones normativas que sean objetivas, en el sentido de que trascienden las actitudes de los practicantes,

⁴²Ibíd. Pág. 243.

⁴³Streck, L. L. *Verdad y consenso. constitución, hermenéutica y teorías discursivas*. Pág. 184.



mediante el establecimiento de condiciones de verdad, puede resultar lo suficientemente eficaz en la práctica judicial si evitamos, en el mismo tiempo una concepción epistémica de la verdad, que asimila simplemente verdad y aceptabilidad, y una concepción correspondentista que marca la imposibilidad de un acceso directo al mundo, de modo que el realismo establece una brecha entre verdad y justificación, que no determina la edad, sino la insuficiencia del concepto discursivo, aunque sea idealizado su conocimiento, sin embargo, plantea una incursión del procedimiento"⁴⁴. Este conocimiento, sin embargo, plantea una incursión en el debate desarrollado hasta ahora en la concepción kantiana del constructivismo moral.

Cuando la doctrina de Kant postula que "los imperativos categóricos en particular de cada uno de los oradores que proporcionan el contenido de los deberes de justicia y de virtud son considerados como especificados en un procedimiento de construcción el procedimiento-IC, cuya forma y estructura reflejan nuestras dos facultades de la razón práctica, así como nuestra condición de personas morales libres e iguales"⁴⁵, también se puede inferir que está defendiendo la existencia de un presupuesto común a todo ser humano: la capacidad de evaluar de manera razonable y racional la bondad o la maldad de un razonamiento normativo.

El problema es que las condiciones de verdad que harían objetivas las afirmaciones normativas –antes destacadas por Brandom- se entrelazan con la dificultad para construir un parámetro de corrección en materia moral. La búsqueda de este paradigma se puede ver también a través de otra cuestión planteada por José Juan Moreso: "¿Hay

⁴⁴ *Ibíd.* Pág. 190.

⁴⁵ Rawls, John. *Lecciones sobre la historia de la filosofía moral.* Pág. 255.



cuestiones morales que tienen una respuesta unívoca a todos los seres humanos y todos los contextos?"⁴⁶. Este autor quiere mostrar que la atribución de los derechos morales a todos los seres humanos es parte de la respuesta de esa pregunta, ya que la mejor justificación de la universalidad de los derechos humanos presupone una cierta objetividad en las cuestiones morales.

Así, el objetivismo moral sería posible mediante la asignación de los derechos morales a cada individuo, ya que habría espacio en nuestros juicios morales para una gama de convergentes presunciones públicas de razón práctica. En este caso, podrían formar parte del conjunto de juicios morales compartidos por la mayoría de los individuos: la opinión que considera inmoral la práctica de castigar el adulterio con la lapidación; la desaprobación moral de la esclavitud; la intolerancia de cualquier tipo de la tortura; el rechazo de maltrato a los niños, etc.

Así que, cuando los juicios morales, compartidos por todos los individuos como una manifestación de la universalidad de los derechos humanos, se incorporan a una fuente con un carácter jurídico -por ejemplo, una disposición constitucional que prohíbe los castigos crueles o degradantes- se podría decir que la identificación del contenido de la ley debe aplicarse, en el caso concreto, dependerá de una regla de reconocimiento, constituida por un claro centro de casos que en cierta circunstancia una determinada comunidad, considera castigos degradantes y crueles.

De este modo, la corrección jurídica no se obtendría necesariamente a través de presuposiciones o juicios morales que están fuera de las convenciones jurídicas. La

⁴⁶Morejo, J. J. **El reino de los derechos y la objetividad de la moral**. Pág. 12.



identificación del derecho se realizara también a partir de la conversión de ciertos contenidos morales en parte integrante del derecho, validado por la regla de reconocimiento. Y ésta es una tesis fundamental del positivismo jurídico incluyente.

En efecto, la respuesta a la pregunta -¿la interpretación constitucional debe ser moralmente objetiva si se hace a partir del modelo del positivismo incluyente?- puede ser que "tenga a que ver fundamentalmente con la cuestión de en qué medida pueda dar respuestas objetivas a las preguntas tales como si un tratamiento en particular es degradante o no (la Constitución española prohíbe, en su artículo 15, el trato inhumano y degradante, recurriendo, a través del uso de los términos morales, a la moralidad)"⁴⁷.

De ahí se sigue el argumento según el cual el positivismo jurídico incluyente pretende demostrar su consistencia; no se refiere a la tesis de la incorporación de la moral al derecho, sino que está conectado a un enfoque que aborda las dificultades relativas para conseguir la corrección, especialmente cuando los materiales jurídicos presentados en sede judicial son esencialmente controvertidos, como suele ocurrir con la indeterminación o la amplitud de los conceptos morales contenidos en las constituciones.

Es cierto que un autor como Herbert Hart sostenía que la búsqueda de respuestas objetivas en materia moral no tiene importancia ni reflejo directo en la actividad práctica de los jueces "porque sea cual sea la respuesta a esta pregunta filosófica (sobre la naturaleza general de juicios morales) el deber del juez es el mismo, es decir, la formulación de los juicios morales lo mejor posible sobre cualquier cuestión moral que

⁴⁷Moreso, J. J. *En defensa del positivismo inclusivo. la relevancia del derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política. Op Cit.* Pág. 98.



debe decidir. En efecto, si el carácter objetivo de los principios y valores morales permanece abierto, debe permanecer abierto también el problema de las predicciones del *softpositivism*, que incluyen el cumplimiento de aquellos a partir de la evidencia de la ley actual que pueda tener ese efecto o, por el contrario, que solo puede proporcionar directrices a los jueces para crear la ley de acuerdo con la moral"⁴⁸.

Este argumento de Hart, sin embargo, ofrece una oportunidad a los positivistas incluyentes para justificar su modelo. Dejar abierta una cuestión tan fundamental para la teoría jurídica es crear un hogar confortable para el alojamiento de diferentes familias ideológicas, como suele ocurrir con las diversas derivaciones del positivismo *soft*, en opinión de Hart. Por esta razón se insiste: la pregunta -¿la interpretación constitucional desde el modelo del positivismo incluyente debe ser objetivista moral?-está aún latente en la doctrina y, por lo tanto, debe ser abordada.

Parece aparecer una luz cuando la definición de la cuestión planteada parte del siguiente concepto. La objetividad modesta hace plausible la idea de su objetivismo moral. Se trata de una variante de este último.

Como mantienen Coleman y Leiter: "De acuerdo con la objetividad modesta, lo que parece cierto en condiciones epistémicas ideales determina lo que es correcto. La objetividad modesta reconoce la posibilidad de que todos puedan estar equivocados acerca de lo que requiere una norma; lo que parece cierto, aunque para todos lo que una norma requiere puede no ser correcto. Al mismo tiempo, la objetividad modesta

⁴⁸ Rodríguez, C. **La decisión judicial. el debate hart-dworkin.** Pág. 111.



ofrece un sentido en que sus condiciones de verdad dependan totalmente de nuestros recursos epistémicos y de nuestro acceso a ellas"⁴⁹.

Si se aplica esa idea a los conceptos morales incorporados a la Constitución, y se los toma como modestamente objetivos, esto significa que las respuestas objetivas a las preguntas acerca de los conceptos morales dependerán siempre de un ideal de convergencia de opinión y no de una idea discrecionalmente obtenida a partir de un razonamiento decisionista, de corte objetivista fuerte (iusnaturalista) o simplemente relativista.

En este sentido, la pretensión de corrección del discurso normativo constitucional indica que un cierto nivel de objetividad es necesario, especialmente cuando los jueces trabajan con conceptos controvertidos o indeterminados. El problema es: ¿cómo determinar las condiciones adecuadas (epistémicamente ideales) para lograr un mínimo de objetividad en el discurso constitucional que involucra consideraciones morales?

3.4. La objetividad modesta: un modelo epistemológico ideal para la discrecionalidad judicial en el neoconstitucionalismo

Coleman sugiere un ejemplo que parece dar una respuesta: En el momento en el que se dice que un acto es incorrecto moralmente hablando, posiblemente solo se dice que tiene un efecto negativo sobre el bienestar agregado. En este caso, las adecuadas condiciones en las que los jueces determinan la moralidad de un acto que conllevan

⁴⁹Ibíd. Pág. 396.



información completa sobre los efectos en base al bienestar, es la capacidad de considerar los intereses que se encuentran disponibles y la imparcialidad con la que se refiere al bienestar de las diversas partes. Para Coleman y Leiter, aquel deseo puede llevarse a cabo a partir de la consideración de ciertas condiciones ideales del juez. En este caso, para un pronunciamiento jurídico objetivo se exige del juez:

1. Estar bien informado con respecto a) toda la información factual de hechos relevantes y b) todas las fuentes jurídicas autorizadas (leyes, decisiones anteriores);
2. Ser completamente racional, observar todas las reglas de la lógica, por ejemplo;
3. Estar libre de prejuicios personales a favor o en contra de cada parte;
4. Ser empático imaginativo al máximo en los casos que requieren, por ejemplo, el equilibrio de intereses en juego;
5. Entender y ser sensibles al conocimiento sociocultural informal de tipo esencial al razonamiento analógico, en el que las diferencias y distinciones deben ser marcadas como relevantes o irrelevantes⁵⁰.

El autor adopta una versión de la teoría del espectador imparcial o del observador ideal, originalmente desarrollada por Hume. De hecho, la elaboración de las condiciones óptimas propuestas por Coleman no debe interpretarse de manera rígida con la pretensión infundada de que los jueces, en la práctica, puedan tomar sus decisiones en condiciones ideales. Como afirman los defensores de este modelo, "el reclamo no es que la decisión judicial efectiva sea necesariamente objetiva en el sentido metafísico de

⁵⁰ *Ibíd.* Pág. 408.



informar sobre los hechos con los objetivos de la seguridad jurídica. La objetividad modesta es una concepción normativa de la objetividad, ya que proporciona un criterio para evaluar si esta decisión legítima y justificable"⁵¹.

Así, la efectiva práctica decisoria puede ser considerada deficiente en términos de objetividad, cuando carece de imparcialidad, de razonamiento lógico, de ponderación cuando sea necesaria o de razonable fundamentación, entre otros requisitos.

El boceto ideal que se ha dibujado sugiere un modelo ideal que parece reflejar mucha luz sobre la oscura superficie en que se asientan las propiedades o los predicados de los juicios morales. Si la objetividad de la moralidad será una condición necesaria de objetividad del derecho y si la debida autoridad del derecho es dependiente de su objetividad, por lo tanto, la autoridad jurídica dependerá concretamente de que se posible la objetividad moral.

La pretensión de objetividad -enfocada como cuestión conceptual o normativa- puede dar a entender que el positivismo incluyente defiende que determinados casos, la validez de las proposiciones jurídicas y, por consiguiente, la pretensión corrección y de objetividad de determinadas afirmaciones o juicios morales, dependan, en muchos casos, de una instancia de justificación no necesariamente jurídica que considera la corrección moral como un valor positivo.

⁵¹ *Ibíd.* Pág. 410.



3.5.El paradigma constructivista ético y el positivismo jurídico incluyente

La construcción de la razón práctica constitucional reflejará en la hermenéutica constitucional, realizada por los jueces y los ciudadanos, una lectura moral de la Constitución en la medida en que "la interpretación constitucional debe tener en cuenta este tipo de análisis si se debe dar razones que justifiquen sus decisiones Interpretativas. El valor normativo de la Constitución depende de una actitud reflexiva que acepta como razón para su comportamiento de un conjunto de supuestos cuyo contenido forma parte de una justificación del razonamiento moral. Aplicar una regla es asumir que esa regla es la premisa del argumento con que la decisión está justificada, es una actitud que se manifiesta en un razonamiento práctico"⁵².

En este contexto, la pretensión para una objetividad de sentido axiológico-pragmático, condensada en la pluralidad de los discursos constitucionales, llevará a la pretensión de corrección normativa, formulada por los destinatarios de la Constitución, a una posición que concibe la propia Constitución como "un auditorio ideal, desde el cual los destinatarios-participantes tendrán que evaluar la corrección de las normas que sustentan sus razones discursivas"⁵³.

Esta concepción de la Constitución, unida a la necesidad de insertar en la teoría del derecho mecanismos fundamentales para la formación de la razón práctica de la Constitución, encuentra en los principios éticos-discursivos una matriz hermenéutica con una actitud hacia la consolidación de una discrecionalidad post-positivista. Es decir,

⁵² De Páramo, J. R. *Razonamiento jurídico e interpretación constitucional*. Pág. 23.

⁵³ Habermas, Jürgen. *La inclusión del otros. estudios de teoría política*. Pág. 71.



los principios pueden actuar como mandatos constitucionalmente estructurantes **Ideales** del proceso de construcción de la corrección normativa del discurso constitucional.

El argumento que lleva al positivismo jurídico incluyente a asumir un modelo de metodología jurídica procedimentalmente democrática, refuerza también la exigencia de la condensación de los parámetros necesarios para desarrollar una metodología discursivo-constructivista para la corrección del discurso constitucional. Es que este modelo debe ser capaz, sobre todo, de fundamentar los derechos fundamentales sobre la base de validaciones epistémico-discursivas (matriz hermenéutica). A su vez, la base epistémico-discursiva se forma a partir de los principios ético-discursivos (principio de universalización, principio del discurso y principio democrático), que serán responsables de la posibilidad de incluir la razón práctica en el contexto de las decisiones jurídicas constitucionales y, al mismo tiempo, sino principalmente, por la procedimentalización de la corrección normativa del derecho.

Se puede explicar que una perspectiva de metodología jurídica, que logra objetivar el justificar racionalmente la fundamentación de las respuestas (pretensiones normativas) correctas en el discurso constitucional, debe considerar las siguientes directivas:

1. "El proceso de legitimación de la ley, al unirse aun concepto de validez, que reivindica para las normas jurídicas la rescatabilidad discursiva de su pretensión de validez normativa, indica que las normas de corrección del derecho deben verse desde la perspectiva de una racionalidad del entendimiento que garantiza normativamente la práctica intersubjetiva de interacción de las pretensiones de validez planteadas por los



participantes en el debate jurídico⁵⁴. Este hallazgo de muestra que el proceso de validación de las pretensiones normativas sostenido en el discurso constitucional está epistemológicamente vinculado con la lógica de la pragmática del discurso que desarrolla esta misma.

2.Desde esta perspectiva, la formación construcción de los juicios ontológicos-constitucionales se producirá a partir de la asunción metodológica del cognitismo ético-discursivo, entendido aquí como una teoría capaz de desarrollar criterios y parámetros racionales de justificación de la pretensión de corrección de las normas jurídicas.

3.“En el modelo del constructivismo-ético la perspectiva de los participantes se constituye como afirmación del punto de vista moral, que permite establecer una relación de complementariedad epistemológica entre el derecho y la moral racional”⁵⁵. Puesto que el sistema jurídico no solo se compone de un conjunto de normas(reglas y principios) que permite la resolución judicial de las controversias fácticas, sino también por el procedimiento discursivo a partir del cual el participante expone sus razones, se debe adjuntar que la capacidad de resolución del discurso jurídico-constitucional ya no estará sometida a una metodología ligada al paradigma de la filosofía del sujeto, girando, a partir de ahora hacia un paradigma que permite la construcción de la razón práctica constitucional, condensado en el paradigma de la racionalidad dialógica.

⁵⁴Habermas, Jürgen. **Facticidad y validez. sobre el derecho y el estado democrático en derecho en términos de teoría del discurso.** Pág. 50.

⁵⁵ Ramos Pascua, J. A. & Rodilla, M. A. **El positivismo jurídico a examen. estudios en homenaje a José Delgado pinto.** Op Cit. Pág. 881.



4. La suposición de una comunidad ideal de intérpretes de la Constitución, junto con un modelo de objetividad modesta, se constituye en un principio regulativo y en una instancia ideal-epistemológica de la metodología discursivo-constructivista, a la cual se ajusta, en su estructura, la matriz hermenéutica del discurso práctico constitucional. “Esta matriz, que tiene la naturaleza de un concepto heurístico, permitirá la activación de las medidas procedimentales necesarias para obtener racionalidad y objetividad en las respuestas del derecho. Que se adopte, por lo tanto, compromiso con la corrección del derecho, que será el resultado de una metodología relacionada con el constructivismo epistemológico, donde toma cuerpo la consideración del derecho como un proceso y la convicción que la positividades un objetivo continuamente a alcanzar, un camino no reducible a la alternativa entre conferir significados y crear significados”⁵⁶.

Por otra parte, esta instancia epistemológica debe condensar en su estructura un procedimiento de contraste capaz de demostrar –a partir del conflicto o del problema jurídico-moral planteado-la adecuación entre una pragmática universal (idealmente diseñada para el discurso constitucional) y la respuesta correcta concretizada a través de la norma aplicable.

1. La pretensión metodológica de corrección normativa del discurso constitucional se corresponde a una realización de la democracia procedimental, en cuando proceso obtenido de un sistema de derechos fundamentales. Así, mientras que el procedimiento del discurso práctico-ideal (constitucional) se establece como un constructo de argumentación libre de coerción, garantizando la igual participación de todos los sujetos capaces de lenguaje y acción, es necesario que haya también un sistema de derechos,

⁵⁶Palombella, G. *Filosofía del derecho moderna y contemporánea*. Pág. 247.

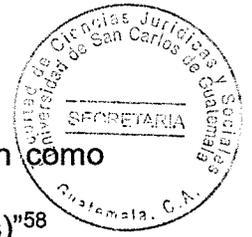


jurídicamente institucionalizado, capaz de asegurarla realización aproximativa de este proceso ideal de argumentación.

2.El entendimiento de la justificación de una decisión jurídica y, como reflejo, de la corrección normativa de una proposición moral no se limita a la búsqueda de una respuesta que sea elaborada simplemente desde el punto de vista de una legitimación procesal -es decir, por referencia exclusiva a métodos de interpretación empleados en la lógica de juicio formal- refuerza la necesidad de desarrollar una teoría del consenso racional, que pueda dar cuenta de posibles parámetros verificables del sentido justicia o de la validez sustancia-norma avanzados por el intérprete constitucional.

“La metódica constitucional, como concepción global sistemáticamente reflexiva de los métodos de trabajo jurídico-constitucionales deberá concebir el procedimiento de la construcción de la crítica de la norma correcta a partir de una teoría pragmática de la validez normativa-constitucional, la cual va a imprimir un nuevo enfoque a la relación establecida entre norma, texto de la norma y estructura de la norma”⁵⁷. En este caso, el análisis de la relación entre la normatividad, por un lado, y norma y texto de la norma, por otro, no dejará de extenderse en el análisis de la estructura de la norma, sin embargo, como inferencia clasificadora y ordenadora, a partir de la estructura material de su ámbito social reglamentado. En este contexto, la norma constitucional se sujeta a un requisito de racionalidad normativa derivada de su propia validez a través de los argumentos presentados por los destinatarios-autores de la norma. “Esto indica que la estructura de la norma se encuentra en una relación de tensión recíproca con la

⁵⁷ Müller, F. **Métodos de trabajo del derecho constitucional**. Pág. 56.



estructura de los discursos constitucionales, los cuales se manifiestan también como discursos prácticos explicitados en las diferentes esferas institucionales (poderes)⁵⁸

3.6.La ubicación del positivismo incluyente entre la corrección normativa y la objetividad

La intención de llevar a cabo esas directrices se puede lograr con el acoplamiento entre la noción de objetividad y el modelo de cognitivismo ético incrustado en la teoría del discurso de Habermas, que es a su vez asumido, con matizaciones, por Robert Alexy; a pesar de que algunas tesis del prescriptivismo moral -en términos de ética normativa-, pueden incidir directamente contra ciertas tesis de los dos teóricos. De ahí que sea lícito pensaren una hipótesis que combine en sí misma algunos presupuestos contenidos en los dos modelos.

Cuando se combina o trata de conciliar la tesis de la corrección, como una idea regulativa del concepto de derecho, con una perspectiva que asume la relación entre moral y derecho, no es posible defender un argumento como este: La imparcialidad de la ley es objetividad de la moral, esto es debido a las estipulaciones verídicas de las proposiciones jurídicas, esto no conlleva la verdad de las afirmaciones morales.

El rechazo de esta última afirmación pasa por un argumento que ha sido defendido por Nino, conforme al cual "el discurso moral está dirigido a obtener una convergencia en las actitudes y acciones a través de una aceptación libre de las personas de principios

⁵⁸Ibíd. Pág. 58.



para guiar sus acciones y actitudes frente a las acciones de otros. Este es el riesgo de la autonomía de la moral, que fue señalado por Kant al afirmar que lo que da valor moral a la acción no es el miedo o la inclinación, sino el cumplimiento voluntario de la ley que convierte al agente en su propio legislador⁵⁹.

De hecho, como se razona bajo un sistema de relaciones interpersonales, establecido contemporáneamente desde la arquitectura de un sistema jurídico diseñado por el Estado democrático de derecho, no se puede garantizar plenamente el alcance de la autonomía moral del sujeto en particular, sino bajo la implicación universalista que ejercen determinados principios de justicia y criterios de corrección asumidos de alguna manera por el derecho.

Con esta perspectiva, si se toma el positivismo incluyente como una teoría normativa que pretende determinar la existencia, contenido y significado del derecho válido, especialmente en este momento histórico que pretende obtener respuestas correctas a los casos jurídicos que se presentan en una demanda llena de conceptos morales, es posible derivar la asunción de una tesis conforme a la cual un cierto objetivismo moral puede estar conectado a este modelo.

Esto es así porque la corrección es un concepto epistemológico que implica reconocer que "la idealización de las condiciones de la justificación que hemos hecho en el discurso racional es el criterio para una reserva siempre actualizable frente al grado de descentralización alcanzado en cada caso por nuestra comunidad de justificación.

⁵⁹ Nino, Carlos S. *Ética y derechos humanos*. Pág. 109.



Este falibilismo es totalmente compatible con el carácter definitivo (objetivo) que tiene para nosotros un acuerdo con relación al cual suponemos acertadamente o no que se obtuvo bajo condiciones de justificación suficientemente ideales"⁶⁰.

Cómo se ha dicho, la existencia de criterios materiales de validez jurídica o normativa está relacionada con la cuestión de la justificación moral y la corrección de las decisiones judiciales. Es decir, la posibilidad de que las normas jurídicas puedan obtener la validez jurídica desde una mención que no se limita exclusivamente a la prueba del *pedigree*-sino que se extiende a la verificación de contenidos de justicia- lleva al intérprete a la realización de suficientes condiciones de justificación que sirvan como parámetro para tomar decisiones. Esto demuestra que la teoría jurídica tiene la necesidad de establecer parámetros de evaluación de las razones expuestas en los juicios normativos.

Para ello, la virtualidad de la utilización de un criterio material de validez no estaría vinculada a su capacidad o incapacidad para explicar adecuadamente o describir el funcionamiento de los sistemas jurídicos, sino la posibilidad de describir el sistema jurídico desde los procesos de razonamiento práctico-jurídico establecidos entre las instancias de producción jurídica, a través de las cuales la actividad valorativa requiere tanto una instancia de justificación del contenido como una dimensión que justifique el procedimiento en sí.

En este punto, "el propio proceso de constitucionalización de los sistemas jurídicos ejerce una fuerza normativa que conduciría a la fundamentación de un vínculo

⁶⁰Habermas, Jürgen. *Verdad y justificación. ensayos filosóficos*. Pág. 285-286.



conceptual entre el ser del derecho (dimensión real) y el deber ser del derecho (dimensión ideal)⁶¹, teniendo en cuenta que la inserción de la presunción de corrección en la configuración del concepto derecho canaliza la incorporación conceptual de la moral al derecho.

Por lo tanto, los juicios y proposiciones normativas llevadas a cabo en los argumentos constitucionales evidencian la necesidad de establecer criterios de corrección de los parámetros de evaluación normativa del contenido para que éste sea objetivado.

3.7.La pretensión de corrección, la objetividad y el neoconstitucionalismo

discursivo

Se sabe que el positivismo jurídico incluyente acepta la tesis según la cual la moralidad puede ser una condición de legalidad. Esta teoría, cuando pretende la corrección de determinados contenidos desarrollados por un participante en un debate inter subjetivo y racional en torno a una tesis basada en la Constitución, puede encontrar un buen anclaje en el modelo de Alexy⁶² de constitucionalismo discursivo. En efecto, el modelo del constitucionalismo discursivo no genera única y necesariamente una forma de positivismo jurídico incluyente, ni hace depender la validez o la corrección del derecho exclusivamente de un criterio de evaluación moral de las normas, externo al alcance

⁶¹ Arango, R. **¿hay respuestas correctas en el derecho?**. Pág. 138

⁶² Ortega Gamero, Santiago & Hernández, Carlos Arturo. **Principios, ponderacion y pretension de correccion en el constitucionalismo discursivo de robertalexey.**



propiamente jurídico. Esto es, en última instancia, la normatividad constitucional dependerá siempre del apoyo institucional, teoría común en Habermas y Alexy.

Más importante que el debate entre los seguidores de Habermas y Alexy alrededor de la tesis de si el discurso jurídico sea o no un caso especial del discurso práctico general, es necesario enfatizar que "la Constitución de fondo, como la legislación ordinaria, también es producto de la voluntad social e institucional. Su incorporación al derecho, a través de un acto de aprobación, se ajusta a los requisitos del origen de la tesis de las fuentes sociales"⁶³, tesis que amplía el horizonte de la conexión entre los dos autores.

Por otro lado, la asunción de la idea regulativa de la corrección moral implica la aceptación de un requisito de carácter pragmático en la tarea del intérprete constitucional según el cual, cuando un hablante dice o afirma una posición también acepta la misma, implícitamente, como reglas necesarias para la argumentación. Aquí, para no correr el riesgo de redundancia -porque la fundamentación de la colección moral del argumento sería explicada por las reglas de la argumentación, y éstas serían fundamentadas por la primera-, puede concluirse que cualquier persona que desee ejercer su iniciativa y su libertad procesal dentro del sistema jurídico a través de argumentos jurídicos, reconoce el valor de una naturaleza positiva, representada por el interés en la corrección moral.

Eso implica, por el lado contrario, la aceptación de un principio de libertad negativa, a través del cual tanto el concepto de la acción libre del agente como el concepto de

⁶³ Iglesias, M. **El positivismo en el estado constitucional. algunos comentarios en torno al constitucionalismo de ferrajoli.** Carbonell, M. & Salazar, P. **garantismo. estudios sobre el pensamiento jurídico de luigiferrajoli.** Pág. 81.



deber o de prohibición, estarían epistémicamente conectados en un determinado esquema de derechos. Eso es lo que parece ocurrir, por ejemplo, en el contexto de una propuesta como es un "esquema de derechos, según la terminología de Rawls, o una estimación de los derechos de un agente potencial de su propia libertad y su propio bienestar, de acuerdo con Gewirth, para luego establecer un límite que este esquema o los conceptos abstractos como la libertad o bienestar presentan para nuestra acción"⁶⁴. Y parece bien involucrar la pretensión de corrección del discurso constitucional.

Como se sabe, la teoría de la argumentación jurídica de Alexy impulsa también el esquema de una teoría de la argumentación moral suscribiendo, así, una forma de anti positivismo jurídico.

Alexy, asumiendo la formula conceptual elaborada originalmente por Gustav Radbruch, sostiene que "la tesis débil de vinculación entre derecho y moral apunta básicamente a dos consecuencias que se reflejan en la fundamentación del propio argumento de la corrección del derecho: la primera se constituye en la conclusión de que la misma no conduce a una identificación del derecho con la moral, ya que la tesis de la vinculación débil no crea, bajo el límite de la extrema injusticia, el peligro de una legitimación acrítica, ya que aquí la contradicción entre derecho y moral no elimina el carácter jurídico; la segunda consiste en una constatación conforme a la cual no existe -al menos por encima de este límite- ningún peligro de legitimación acrítica si las

⁶⁴Guariglia, O. *Moralidad: Ética universalista y sujeto moral*. Pág. 164.



exigencias morales mínimas, que fijan el límite, son susceptibles de un fundamento racional”⁶⁵.

Con esta tesis, las afirmaciones normativas que van más allá del límite de la extrema injusticia -que se fija desde exigencias morales mínimas-son susceptibles de recibir un fundamento racional. En consecuencia, se puede entender que la exigencia de corrección normativa que rige el sistema jurídico, como sistema de reglas y principios, está establecida desde una conexión, de carácter epistémico, existente entre el objeto del problema de la validez jurídica de una norma (o de un sistema normativo) y la pretensión moral de la argumentación. Por lo tanto, la legitimidad inter subjetiva de la justificación de la normatividad subyacente a cualquier razonamiento jurídico, que eleva a pretensión de validez, tiene que tener en cuenta -entre los criterios de validez jurídica- el cumplimiento de ciertas exigencias morales mínimas que dan, por lo tanto, la corrección de las afirmaciones normativas.

Para reforzar la tesis, Alexy introduce otro concepto: la afirmación., las cuales interpreta como un tipo de aseveraciones las cuales son acciones de habla con los que se manifiestan pretensiones de verdad o de corrección. Quiere decir que quien afirma algo plantea una pretensión de verdad o corrección. La pretensión de verdad o de corrección del razonamiento de quien afirma algo implica siempre una pretensión de fundamentación, pues no se puede justificar argumentativamente la actitud de los que hacen una afirmación sin formular alguna razón. Esto implica decir que la presencia de una afirmación significa entrar en el campo de la argumentación. En este caso, la

⁶⁵ Alexy, Robert. **El concepto y la validez del derecho**. Pág. 54.



pretensión de fundamentación tiene un efecto de deber prima facie de fundamentar o de afirmar.

De hecho, la existencia misma de la racionalidad immanente a la comunicación reside en el carácter normativo de la comunicación lingüística, ya que quien forma parte de un discurso y está motivado para demostrar sus razones o argumentos, así se presume, las condiciones o los instrumentos comunicativos inherentes al éxito consenso de ese proceso como la preferencia por las proposiciones verdaderas o falsas o la opción por las normas justificadas respecto a las que no son susceptibles de justificación. En esta tarea, de acuerdo con el maestro de Kiel, quien argumenta, tendrá que cumplir con al menos tres reglas:

- 1.No se debe negar el principio de igualdad de los derechos en la argumentación, puesto que una fundamentación es buena, desde un punto de vista argumentativo, cuando ésta puede ser bien motivada por cada participante en el discurso;
- 2.Quien argumenta no puede usar la fuerza o apoyar la aceptación de sus argumentos mediante la presión de alguna condición impuesta al interlocutor en el caso de que éste no acepte la tesis sostenida. En otras palabras, esta regla afirma la premisa o el principio de la no violencia, según el cual, quien argumenta no puede vincular o convencer a la otra parte con una imposición a este de una medida coercitiva para la aceptación de su opinión; y, por último,
- 3.El que tiene la intención de defender su afirmación tiene que hacerlo no solo frente al destinatario, sino frente a todos. Es decir, quien hace una afirmación no debe excluir a



las personas para evitar que se produzcan objeciones, garantizando así el postulado de la universalidad de la argumentación.

Estas reglas muestran que las aspiraciones correspondientes a las reglas específicas del discurso, las que garantizan el derecho de cada uno a participar en el discurso-lo mismo que la libertad y la igualdad en los discursos- guardan, a veces, un vínculo con la idea de la corrección jurídica como ideal regulativo.

El constitucionalismo discursivo de Alexy expresa también una teoría que agrega procedimiento político que satisfaga las exigencias teórico-discursivas. Cuando Alexy, en su teoría del discurso y derechos humanos⁶⁶, sostiene que el ideal de la teoría del discurso lleva a la necesidad de su inclusión en una teoría del estado y del derecho, está ligando entre sí legalidad y legitimidad. El énfasis en la aplicación justificada sobre la base de razones no solo jurídico-positivas, sino también políticas y morales, en realidad, fundamentalmente revela que la instancia de legitimación del derecho no radica exclusivamente en el derecho positivo, sino que bien emerge de los supuestos de la argumentación racional (la ética del discurso habermasiano).

“El paradigma del neoconstitucionalismo parece haber realizado, de alguna manera, una conexión entre el derecho y una dimensión ideal, a través de la constitucionalización de los sistemas jurídicos”⁶⁷. Esta pretensión de una conexión conceptual necesaria entre el derecho real y su dimensión ideal se manifiesta de modo evidente alrededor del no-positivismo de Alexy. Aunque -se nota- en su teoría, tomada

⁶⁶ Alexy, Robert. **Teoría del discurso y derechos humanos.**

⁶⁷ García Figueroa, Alfonso. **La teoría del derecho en tiempos del neoconstitucionalismo. neoconstitucionalismo(S). Op Cit. Pág. 160.**



en su conjunto, hay profundos aspectos que hubiesen permitido clasificar como una forma de *softpositivism*.

En cualquier caso, la adopción de una perspectiva en la que diversos principios morales (igualdad, libertad, justicia) evocan un ideal que puede ser más o menos optimizado en la práctica judicial indica que el contenido moral de aquellos está conceptualmente condicionado a un ideal de corrección que va más allá del discurso estrictamente jurídico. Es decir, cuando un juez, en función de argumentos derivados de la fuerza moral de la Constitución y en el contexto de una aplicación judicial, descalifica a una norma o sanciona una conducta por no ser razonable, el mismo juez estará asumiendo un modelo de cognitivismo ético. Esto evidencia, sin duda, una pretensión ideal de controlar la racionalidad de los juicios de valor (objetivismo moral).

El objetivismo modesto, a su vez, junto con la perspectiva falibilista que implica la idea de corrección del constitucionalismo discursivo, puede ofrecer al intérprete del discurso constitucional una matriz para el reconocimiento de las normas válidas. Esta matriz no es otra que una regla de reconocimiento con contenido moral.



CAPÍTULO IV



4. La pretensión del neoconstitucionalismo para constituirse como una tercera teoría del derecho

Existe hoy una *Third Theory of Law* (tercera teoría del derecho) -como fue denominada por John Mackie⁶⁸- a la que se llama neoconstitucionalismo en Italia y Latinoamérica, constitucionalismo en España, *no positivism*, *theory of Law as integrity*, o *as interpretation, inclusive positivism*, etc., en el mundo anglosajón.

4.1. Constitucionalismo y neoconstitucionalismo

La palabra neoconstitucionalismo remite a constitucionalismo (constitutionalism): "expresión acuñada en Estados Unidos entre las dos guerras mundiales al fin de explicar-justificar la ajenidad de Norteamérica a la difusión del totalitarismo en este periodo, y proyectada después sobre toda la historia de la filosofía occidental"⁶⁹. Según esta explicación-justificación, solo en Norteamérica el *constitutionalism* -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 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

⁶⁸Mackie, John. *La tercera teoría del derecho*. Pág. 16.

⁶⁹MacIlwain, C. *Constitucionalismo: antiguo y moderno* Pág. 125.



iuspositivistas (teóricas) como la de la soberanía (del rey, del pueblo y/o del parlamento), que fueron más favorables a estas involuciones.

Aquí no se puede discutir esta explicación-justificación, que tiene una virtud -la limitación del poder no puede ser confiada a la ley hecha por el propio poder- y una debilidad: la falaz *reductio ad hitlerum* del iuspositivismo teórico. Pero sí puede constatar que, 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 que esto ha producido ulteriores procesos políticos y jurídicos. Los filósofos políticos se refieren a estos procesos como tipos de cambios los cuales se derivan de la democracia parlamentaria junto con el estado legislativo hacia la democracia constitucional junto con el estado constitucional, respectivamente, mientras que los juristas hablan de constitucionalización como una emanación de los principios constitucionales que conlleva todo el derecho.

Todos estos procesos, por supuesto, acarrearán múltiples consecuencias para la teoría del derecho: "el propio ideal político del *constitutionalism*, después de todo, es el gobierno del derecho (*Rule of Law*). *Rule of Law* -es verdad- podría referirse solo al gobierno de la ley (*statute*), y no del derecho (*Law*)"⁷⁰: pero no es este el ideal político del constitucionalismo.

El constitucionalismo parece así opuesto al positivismo teórico defendido por los positivistas en los siglos pasados, y todavía ajeno a la perspectiva valorativa del positivismo metodológico. "Las relaciones entre constitucionalismo y positivismo, en

⁷⁰ Laporta, F. *El imperio de la ley. Una visión actual*. Pág. 59.



suma, siguen siendo problemáticas: y, *a fortiori*, también las relaciones entre constitucionalismo y neoconstitucionalismo”⁷¹.

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 como neoconstitucionalista del propio principio de avaloratividad: que solo permite 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 ellos. Si se distingue entre los dos, entonces “constitucionalismo y el propio *new constitutionalism* que hoy aparece también en el debate angloamericano, se refieren sobre todo a fenómenos, y neoconstitucionalismo sobre todo a teorías que hablan de ellos”⁷².

No menos problemáticas, por supuesto, son las relaciones entre las teorías respectivamente, positivista y neoconstitucionalista. Como se sabe, “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”⁷³. 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

⁷¹ Prieto, L. **Constitucionalismo y positivismo**. Pág. 124.

⁷²Hirschl, Ran. **Hacia una juristocracia. Los orígenes y consecuencias del nuevo constitucionalismo**. Pág. 91.

⁷³ Hart. H. L. A. **Positivismo y separación del derecho y la moral**. Pág. 49



constitucionalizado, es decir, irradiado de principios constitucionales que, para todos estos autores, serían en última instancia valores morales.

El neoconstitucionalismo se distingue por la propuesta de tres tesis esenciales distintivas de dicho movimiento: la conexión derecho-moral, la distinción entre reglas y principios y la ponderación de estos últimos.

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 constitucionalistas parecen diferentes; para el primero, la distinción entre iusnaturalismo y positivismo jurídico pasa sobre todo por la distinción entre objetivismo y subjetivismo meta-ético, mientras que para los segundos - al igual que para Hart- pasa por la conexión o separación entre derecho y moral.

Últimamente, Ferrajoli ha reaccionado a las asimilaciones marcando las distancias entre su teoría, hoy llamada por él constitucionalismo garantista (e iuspositivista), y el neoconstitucionalismo, rebautizado como constitucionalismo principialista (e 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, ignorando así la pretensión originaria de los neoconstitucionalistas de proponer una tercera teoría entre iuspositivismo e 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 teorías críticas actuales del positivismo. Estos autores 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 Susanna Pozzolo, Paolo Comanducci y Mauro 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 efecto, en todos los artículos y libros aparecidos sobre sobre este tema no siempre se ha entendido siquiera que ellos no 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 positivismos post-



dworkinianos (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 y iuspositivistas.

4.2.La tesis neoconstitucionalista de 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 constitucionalista -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 positivista de la conexión contingente, *tertium non datur*. 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 dice que las constituciones denotan y añaden valores asimismo como lo hace cualquier ley ordinaria. Sin embargo, subraya Giorgio Pino que Ferrajoli no solamente deja de tomar en cuenta que las



actuales constituciones han incorporado expresamente valores morales, sino **que** también parece compartir el antiguo argumento kelseniano del rey Midas: todo aquello que el derecho toca se convierte en derecho, con Guastini. 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 definición”⁷⁴.

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 del todo o nada, como parecen suponer todos los positivistas, o bien hay partes del derecho menos positivizadas que otras, como pueden ser las declaraciones de derechos?. Segundo, ¿las conexiones entre derecho y moral, aunque si fuesen contingentes, no serían lo suficientemente importantes como para requerir una teoría? tercero y sobre todo, ¿hay conexión sin restricción, como parecen suponer neoconstitucionalistas y 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 llama en su obra *Zettel*: pérdida de problemas.

⁷⁴Atienza, Manuel. **debate sobre el positivismo. un intercambio epistolar (con un comentario de álvaronuñezvaquero)**. Pág. 285.



4.3. La distinción constitucionalista entre reglas 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 XIX hasta la primera mitad del 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 sí, solo de reglas (rules), pero funda su *The Concept of Law* (1961) sobre la conocida distinción entre *dutyimposing* y *powerconferring rules*. Segundo ejemplo: Georg-Henrik von Wright, en *Norm and Action* (1963)⁷⁵, 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 derecho⁷⁶ suscribe la tradicional exclusión de los consejos del ámbito de lo normativo, pero

⁷⁵ Von Wright, Georg-Henrik. **Norma y acción.**

⁷⁶ Bobbio, Norberto. **Teoría general del derecho.**



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.

Es verdad que, cincuenta años después, las distinciones fuertes, estructurales y dicotómicas entre reglas y principios trazados por los neoconstitucionalistas han fracasado, y que por reacción algunos autores neoconstitucionalistas y muchos positivistas tienden hoy a rechazar cualquier tipo de distinción. En particular, neoconstitucionalistas como el propio Dworkin desde *Law's Empire* (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 como partícipe de una fuerte idea de normatividad. Se cree que existe una distinción, aunque débil, es decir, funcional y no dicotómica; en efecto, Mauro Barberis en su *Manuale*, parcialmente de acuerdo con Guastini, sostiene tres tesis.

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



fuerte para una teoría avalorativa de las normas jurídicas; y se dice avalorativa, 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.

Es verdad que cuando Ferrajoli se refiere a que simplemente la diferencia entre una gran parte de las reglas y los principios no es su estructura sino que es concretamente diferencia de estilo, 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. Ferrajolino apela explícitamente a esta razón sistemática, que obviamente vale solo en su teoría axiomatizada y no en todas las otras, además emplea un argumento normativo que dice que la distinción entre reglas y principios produciría una desviación para la normativa de los principios constitucionales, por lo que el respeto hacia la misma quedaría a discreción argumentativa del intérprete, por lo que renegarían de la normatividad de la Constitución.

A estos argumentos –que pueden ser teóricos o políticos- se podría responder que siempre los principios como el propio –como el propio Ferrajoli admite únicamente para los principios que llama directivos- han gozado de una normatividad más débil que las reglas; ésta ha sido justamente una de las razones para introducir el control de constitucionalidad de las leyes, sin el cual los principios constitucionales habían 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 estuviera compuesta tan 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 reglas y principios permite explicar el papel democrático del parlamento en la aplicación de la Constitución.

4.4.La tesis neoconstitucionalista sobre el balance o ponderación de los principios

El tercer tema neoconstitucionalista -conectado con el segundo, pero referido a la teoría de la interpretación o argumentación constitucional- es el balance o ponderación de principios: 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, derechos o valores relevantes”⁷⁷.

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 *Taking Rights Seriously* (1977), se sostiene que las reglas se aplican en sentido estricto, deductivo o por subsunción y los principios en sentido argumentativo, de ampliación o de ponderación; por lo que tienen diferentes formas de aplicación. En

⁷⁷Davidson, D. *Ensayos sobre acción y eventos*. Pág. 41.



realidad, como se ha dicho, la distinción no es tajante, si se adoptan las re-definiciones trazadas en el apartado cuarto.

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*), para subrayar que tal vez, y tan solo potencialmente siempre para aplicar un principio no es suficiente especificarlo en reglas, cabe ponderar 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 librarse de uno entre dos principios conflictivos; el de balance no sería siquiera un verdadero concepto, sino que un mundo enorme de términos que designaría las formas de vaciamiento mejor desarrolladas y las de mala aplicación de las normas constitucionales.

Mauro 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 explicada y justificada por el pluralismo de los valores (*valuepluralism*) valoraciones muy abstractas como valores éticos y principios constitucionales son plurales, genéricas y siempre potencialmente conflictivas entre sí"⁷⁸.

⁷⁸Barberis, Mauro. *La heterogeneidad del bien. ensayos sobre pluralismo ético*. Pág. 90.



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 declaraciones de derechos 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: habiendo el parlamento conservado una parte de decisión autónoma, inclusive en el estado constitucional, la Constitución debe abocetar todos los mundos constitucionales posibles, de los cuales se elegirán la mayoría de variables parlamentarias.

"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 explícitamente"⁷⁹. 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 (argumentativas); 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

⁷⁹ Prieto, L. *Replica a Juan Antonigarcía Amado. Teoría del neoconstitucionalismo*. Pág. 279.



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 con lleva siempre la especificación del principio en una regla y, pero solo potencialmente, su ponderación.

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.

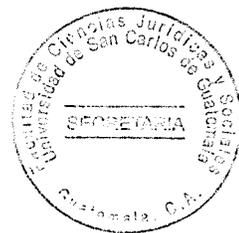
Como subraya Iddo Porat, en efecto, "incluso los realistas americanos, quienes fueron los primeros en defender el *balancing*, no la proponían para todo el *judicial review*, sino tan solo para ponderar los intereses"⁸⁰. Pero esto, en realidad, atañe ya a la segunda dimensión del problema, la normativa: la cual puede ser distinguida como un tercer problema.

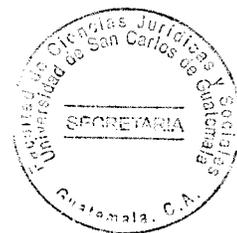
Desde el punto de vista normativo y valorativo (no de la teoría, sino) de la filosofía del derecho, se cree que la debilidad normativa de los principios puede ser expresamente defendida. A entender de Mauro Barberis, en efecto, como para todos los pluralistas de los valores la debilidad de los principios constitucionales puede ser defendida normativamente por dos razones, es decir, por el doble respeto debido, de un lado, a

⁸⁰Porat, Iddo. *El modelo dual del balancing*. Pág. 28.



todos los principios constitucionales, que pueden ser todos relevantes y que no tienen una jerarquía fija entre sí, y, de otro, a todas las mayorías democráticas, siempre que lo hagan dentro de los confines de la propia Constitución. Los principios constitucionales no deben volverse excesivamente débiles, solamente se puede asegurar teniendo como mediador a instituciones destinadas a ello, como lo es la justicia constitucional.





CONCLUSIÓN DISCURSIVA

El neoconstitucionalismo no representa una tercera teoría del derecho, pues sus elementos distintivos no constituyen una nueva perspectiva de la naturaleza del derecho. Lo que plantea el neoconstitucionalismo como pretensión de novedad, no son sino adaptaciones teóricas permeadas por una ideología común a todas las especies de neoconstitucionalismo: una marcada posición anti-positivista. Esta posición anti-positivista del neoconstitucionalismo permite la inserción de elementos ético-políticos como herramientas valorativo-interpretativas que permiten un activismo judicial fuerte que atenta contra la seguridad y la certeza jurídicas.

El manifiesto anti-positivismo manifestado por el neoconstitucionalismo, por sí mismo, no significa en absoluto un atributo para convertirse en una tercera teoría del derecho, pues existen variantes del iusnaturalismo que también asumen dicha postura. La conexión necesaria entre derecho y moral que pretende el neoconstitucionalismo plantea el peligro de que el derecho positivo sucumba ante la moral positiva o la moral del intérprete constitucional produciendo el efecto de que el derecho pasaría a ser una especie de la moral y no habría ninguna regla de reconocimiento para identificarlo y diferenciarlo de ella.

El estudio de las teorías del derecho y de las corrientes de pensamiento jurídico debe emprenderse desde un punto de vista científico en las cátedras que tengan a su cargo tales materias, el análisis de la teoría y de la filosofía del derecho deberá enmarcarse en los parámetros científicos ya que de acuerdo con la afirmación de la familia jurídica romano-germánica, el derecho es ciencia y como tal, debe reconocerse que la moral y la política no forman parte del derecho positivo. La interpretación de la Constitución realizada por la Corte de Constitucionalidad deberá respetar primeramente el texto de la propia Constitución y evitar un activismo judicial desmedido que permita la introducción de elementos ético-políticos e ideológicos en tal interpretación de manera que ponga en riesgo la seguridad jurídica.





BIBLIOGRAFÍA

- AHUMADA RUIZ, Marian. **La jurisdicción constitucional**. Madrid:Ed.Civitas, 2005.
- ALEXY, Robert. **Derecho y razón práctica**. México: Ed.Fontamara, 2010.
- ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho**. Ed. Gedisa, 1997.
- ALEXY, Robert. **Teoría del discurso y derechos humanos**. Universidad externado de Colombia, 1995.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. **El juez**. Madrid: Ed. 2006.
- ARANGO, R. **¿hay respuestas correctas en el derecho?**. Bogotá: Ed.Siglo del Hombre, 1999.
- ATIENZA, Manuel & Ruiz Manero, Juan. **Dejemos atrás el positivismo jurídico**. En: Ramos Pascua, J. A. & Rodilla, M. A. (Editores). **El positivismo jurídico a examen. estudios en homenaje a José delgado pinto**. Universidad de Salamanca. España. 2006.
- ATIENZA, Manuel & Ruiz Manero, Juan. **La teoría jurídica de los derechos fundamentales**. Ed. Dykinson, Madrid. 2004.
- ATIENZA, Manuel. **Debate sobre el positivismo. un intercambio epistolar España**. 2011.
- AUSTIN, John. **La provincia de jurisprudencia determinada**. UNAM. México. 1954.
- BARBERIS, Mauro. **Ética para juristas**. Madrid.Ed. Trotta, 2008.
- BARBERIS, Mauro. **La heterogeneidad del bien. ensayos sobre pluralismo ético**. México.Ed. Fontamara, 2006.
- BARBERIS, Mauro. **Manual de filosofía del derecho**. Lima. Ed. Palestra, 2011.
- BARRANCO, María del Carmen. **La teoría jurídica de los derechos fundamentales**. Madrid. Ed. Dykinson, 2004.
- BAYÓN, J. C. **Derecho, convencionalismo y controversia**. En: Navarro, P. & Redondo, M. C. (Editores). **La relevancia del derecho. ensayos de filosofía jurídica, moral y política**.Barcelona. Ed. Gedisa, 2002.



- BAYÓN, J. C. **El contenido mínimo del positivismo jurídico.** En: Zapatero, V. (Editor). **Horizontes de la filosofía del derecho. homenaje a Luis García Sanmiguel.** Universidad de Alcalá. Madrid. 2002.
- BIN, Roberto. **Entender la constitución.** UNAM. México. 1998.
- BOBBIO, Norberto. **Teoría general del derecho.** Colombia. Ed. Temis, 1992.
- BONGIOVANNI, G. **Teoría constitucionalizada del derecho. moral, derecho e interpretación.** Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2000.
- BRANDOM, R. B. **La articulación de las razones. una introducción al inferencialismo.** Ed. Siglo XXI. España. 2003.
- CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(S).** Ed. Trotta. Madrid. 2009.
- CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. **Diccionario jurídico.** Ed. Heliasta. 1996
- CARBONELL, Miguel. (Editor). **Teoría del neoconstitucionalismo. ensayos escogidos.** Ed. Trotta. Madrid. 2007.
- CHELI, E. **Justicia constitucional y esfera parlamentaria.** UNAM. México. 1993.
- COLEMAN, J. **La práctica del principio. en defensa de un acercamiento pragmático a la teoría del derecho.** Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2001.
- COMANDUCCI, P. **Hacia una teoría analítica del derecho. ensayos escogidos.** Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2010.
- COMANDUCI, Paolo. **Las formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico.** En: Revista Isonomía No. 16. México. 2002.
- CRUZ, L. M. **La constitución como orden de valores. problemas jurídicos y políticos. un estudio sobre los orígenes del neoconstitucionalismo.** Ed. Comares. Granada. 2005.
- DAHLMAN, C. **Reconocimiento adjudicativo y epistémico. en: análisis del derecho.** UNAM. México. 2004.
- DAVIDSON, D. **Ensayos sobre acción y eventos.** UNAM. México. 1980.
- DE PÁRAMO, J. R. **Razonamiento jurídico e interpretación constitucional. en: revista español a de derecho constitucional.** No. 22. Enero-Abril. España. 1988.



- DWORKIN, Ronald. **Lectura moral de la constitución americana.** UNAM. México. 1996.
- DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio.** Ed. Ariel. Barcelona. 2012.
- ESCUADERO, R. **Los clasificativos del positivismo jurídico. el debate sobre la incorporación de la moral.** Ed.Civitsa. Madrid. 2004.
- ESCUADERO, R. **Ronald dworkin y el positivismo incluyente: dos posiciones muy cercanas.** En: Ramos Pascua, J. A. & Rodilla, M. A. (Editores). **El positivismo jurídico a examen. estudios en homenaje a José delgado pinto.** Universidad de Salamanca. España. 2006.
- FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo principalista y constitucionalismo garantista.** En: Doxa – Revista de Teoría y Filosofía del Derecho. No. 34. 2011.
- FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías. la ley del más débil.** Ed. Trotta. Madrid. 2006.
- FERRAJOLI, Luigi. **Los derechos fundamentales.** En: Carbonell, Miguel (compilador). **Teoría del neoconstitucionalismo.** Ed. Trotta. Madrid. 2007.
- FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris. teoría del derecho y de la democracia.** Ed. Trotta. España. 2016.
- FERRAJOLI, Luigi. **Sobre la definición de democracia.** Revista Isnomía No. 19. México. 2003.
- FERRAZ, T. S. **La legitimidad pragmática de los sistemas normativos.** En: Merle, J. C. & Moreira, L. (Editores). **Derecho y legitimidad. escritos en homenaje al profesor joaquíncarlos salgado.** UNAM. México. 2003.
- FERRERES COMELLA, V. **Justicia constitucional y democracia.** Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 1997.
- GARCÍA FIGUEROA, A. **Principios y positivismo jurídico.** Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 1998.
- GARCÍA LAGUARDIA, Jorge Mario. **Justicia constitucional y defensa de la democracia. el golpe de estado en guatemala en 1993. Cuestiones constitucionales.** En: Revista Mexicana de Derecho Constitucional. No. 2. Enero-Junio. México. 2000.
- GOMES CANOTILHO, J. J. **Derecho constitucional y teoría de la constitución.** Ed. Dykinson. Madrid. 2003.



- GUARIGLIA, O. **moralidad: ética universalista y sujeto moral.** Fondo de Cultura Económica. México. 1996.
- GUASTINI, Riccardo. **La sintaxis del derecho.** Ed. Marcial Pons. Madrid. 2016.
- GUASTINI, Riccardo. **Lecciones de teoría del derecho y el estado.** Ed. Zela. Perú. 2006.
- HABERLE, P. **la sociedad abierta de los intérpretes constitucionales. una contribución para la interpretación pluralista y procesal de la constitución.** En: RETOS ACTUALES DEL ESTADO CONSTITUCIONAL. Instituto Valenciano de Administración Pública -IVAP-. Valencia. 1996.
- HABERMAS, Jurgen. **Facticidad y validez. sobre el derecho y el estado democrático en derecho en términos de teoría del discurso.** Ed. Trotta. Madrid. 1998.
- HABERMAS, Jurgen. **Verdad y justificación. ensayos filosóficos.** Editorial Trotta. Madrid. 2002.
- HART, H. L. A. **El concepto del derecho.** Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires. 2011.
- HART. H. L. A. **El nuevo desafío al positivismo jurídico.** En: Sistema. Revista de Ciencias Sociales. No. 36. Volumen 26. 1980.
- HART. H. L. A. **Positivismo y separación del derecho y la moral.** En: **ensayos de jurisprudencia y filosofía.** Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 1983.
- HIRSCHL, Ran. **Hacia una juristocracia. los orígenes y consecuencias del nuevo constitucionalismo.** México. 203.
- IGLESIAS, M. **El positivismo en el estado constitucional. algunos comentarios en torno al constitucionalismo de ferrajoli.** en: Carbonell, Miguel & Salazar, P. **garantismo, estudios sobre el pensamiento jurídico de luigiferrajoli.** Ed. Trotta. Madrid. 2005.
- IGLESIAS, M. **El positivismo en el estado constitucional. algunos comentarios en torno al constitucionalismo de ferrajoli.** En: Carbonell, M. & Salazar, P. **garantismo. estudios sobre el pensamiento jurídico de luigiferrajoli.** Ed. Trotta. Madrid. 2005.
- JIMÉNEZ CANO, R. M. **Una metateoría del positivismo jurídico.** Ed. Marcial Pons. Madrid. 2008.
- KELSEN, Hans. **Ensayos sobre la democracia y el socialismo.** Ed. Debate. Madrid. 1988.



PORTINARO, Pier Paolo. **Del custodio de la constitución a la constitución de los custodios.** México. 1997.

POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico.** Palestra Editores. Lima. 2011.

PRIETO, L. **Constitucionalismo y positivismo.** Ed. Fontamara. México. 1999.

PRIETO, L. **Justicia constitucional y derechos fundamentales.** Ed. Trotta. Madrid. 2003.

PRIETO, L. **Replica a Juan Antoniogarcía Amado.** En: Carbonell, Miguel (compilador). **Teoría del neoconstitucionalismo.** Ed. Trotta. Madrid. 2007.

RAMOS DUARTE, Écio Otto & Pozzolo, Susanna. **Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico. las fases de la teoría del derecho en tiempos de la interpretación moral de la constitución.** Universidad de Salamanca. España. 2006.

RAWLS, John. **Lecciones sobre la historia de la filosofía moral.** Ed. Paidós. Barcelona. 2001.

RAZ, Joseph. **La ética en el ámbito público.** Ed. Gedisa. Barcelona. 2001.

RAZ, Joseph. **La incorporación por el derecho.** Universidad Carlos III de Madrid. España. 2006.

REDONDO, Cristina. **El paradigma constitucionalista de la autoridad jurídica.** En: Doxa – Revista de Teoría y Filosofía del Derecho. No. 34. 2011.

REDONDO, Cristina. **Justificación de las decisiones judiciales.** Revista Isonomía. No. 21. México. 1999.

RODRÍGUEZ, C. (Editor). **La decisión judicial. el debate hart-dworkin.** Siglo del hombre Editores. Bogotá. 2005.

SCHAUER, Frederick. **Las reglas en juego. un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas, en el derecho y en la vida cotidiana.** Ed. Marcial Pons. Madrid. 2004.

SCHIAVELLO, A. **El positivismo jurídico de herbert l.a. hart. una introducción crítica.** México. 2004.

STRECK, L. L. **Verdad y consenso. constitución, hermenéutica y teorías discursivas.** Ara Editores. Perú. 2009.

VON WRIGHT, Georg-Henrik. **Norma y acción.** Ed. Tecnos. Madrid. 1970.



WALUCHOW, W. Citado por: Gil, M. & Tesone, R. **Positivismo jurídico incluyente**. Ed. Marcial Pons. Barcelona. 2007.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil. ley, derechos, justicia**. Ed. Trotta. Madrid. 2007.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **Jueces constitucionales**. En: Carbonell, Miguel. (Coordinador). **Neoconstitucionalismo**. Editorial Centro de Estudios Jurídicos Carbonell A.C. México. 2015.

Legislación

Constitución Política de la Republica de Guatemala. Asamblea Nacional Constituyente 1986.