

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



LA DECISIÓN JURISDICCIONAL EN LA SOCIEDAD PLURALISTA

M. Sc. EDNA MARIFLOR IRUNGARAY LÓPEZ

GUATEMALA, MAYO DE 2024

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

LA DECISIÓN JURISDICCIONAL EN LA SOCIEDAD PLURALISTA

TESIS DOCTORAL

Presentada a la Honorable Junta Directiva
de la
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
de la
Universidad de San Carlos de Guatemala
por la

M. Sc. EDNA MARIFLOR IRUNGARAY LÓPEZ

TUTOR:

DR. ALEJANDRO JOSÉ GUTIÉRREZ DÁVILA

previo a conferírsele el Grado Académico de

DOCTORA EN DERECHO
(*Magister Scientiae*)

Guatemala, mayo de 2024

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

DECANO:	M. Sc.	Henry Manuel Arriaga Contreras
VOCAL I:	Licda.	Astrid Jeannette Lemus Rodríguez
VOCAL II:	Lic.	Rodolfo Barahona Jácome
VOCAL III:	Lic.	Helmer Rolando Reyes García
VOCAL IV:	Br.	Javier Eduardo Sarmiento Cabrera
VOCAL V:	Br.	Gustavo Adolfo Oroxom Aguilar
SECRETARIO:	Lic.	Wilfredo Eliú Ramos Leonor

CONSEJO ACADÉMICO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO

DECANO:	M. Sc.	Henry Manuel Arriaga Contreras
DIRECTOR:	Dr.	Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
VOCAL:	Dr.	Carlos Estuardo Gálvez Barrios
VOCAL:	Dra.	Herminia Isabel Campos Pérez
VOCAL:	Dr.	William Enrique López Morataya

TRIBUNAL EXAMINADOR

PRESIDENTE:	Dr.	Javier Ernesto Fidel Monterroso Castillo
VOCAL:	Dr.	José Aníbal López Silva
SECRETARIO	Dr.	Nery Augusto Franco Baquix

RAZÓN: “El autor es el propietario de sus derechos de autor con respecto a la Tesis sustentada”. (Artículo 5 del Normativo de tesis de Maestría y Doctorado de la Universidad de San Carlos de Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Escuela de Estudios de Postgrado).

Guatemala 06 de febrero de 2023

Dr. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
Director de la Escuela de Estudios de Postgrado de la
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la
Universidad de San Carlos de Guatemala

Estimado director, reciba un cordial y respetuoso saludo, por medio del presente, procedo a emitir dictamen favorable en favor de la **MSc. Edna Mariflor Irunguray**, toda vez que fui nombrado según RES. D.E.E.P. D.E.D. 132-2021 de fecha diecinueve de octubre de dos mil veintiuno, según lo regulado en el Artículo tres del Normativo de Tesis de Maestrías y Doctorados. La MSc. Edna Mariflor Irungaray, investigó el tema denominado: "**LA DECISIÓN JURISDICCIONAL EN LA SOCIEDAD PLURALISTA**" y, habiendo reestructurado su tesis doctoral en cumplimiento de los lineamientos establecidos en el Normativo de Tesis de Maestrías y Doctorados de la Escuela de Estudios de Posgrados, y en aplicación de los métodos científicos correspondientes en la investigación del tema relacionado, considero que las hipótesis correspondientes han sido analizadas a lo largo del trabajo de tesis desde los principales puntos de vista existentes con relación a los problemas abordados y, como consecuencia de ello, se han llegado a comprobar las hipótesis planteadas, en forma coherente y con la consistencia científica y técnica pertinente, de conformidad con lo establecido en el artículo 14 del Normativo de Tesis De Maestrías y Doctorados, por lo que procedo a rendir **DICTAMEN FAVORABLE** e informo a la Dirección de Estudios de Postgrado por escrito sobre el resultado de la investigación y su aprobación.

Sin otro particular me suscribo atentamente de usted.



**DR. ALEJANDRO JOSÉ
GUTIÉRREZ DÁVILA**
DOCTOR EN DERECHO

Doctor Alejandro José Gutiérrez Dávila

Gladys Tobar Aguilar
Doctorado en Educación y Licenciatura en Letras
Correo Electrónico ortografiataller@gmail.com
Celular (502) 50051959

Guatemala, 2 de marzo del 2024

Doctor Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
Director de la Escuela de Estudios de Postgrado
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala

Señor director:

Por la presente, hago constar que he realizado la revisión de los aspectos de redacción, ortografía y referencias de la tesis denominada:

LA DECISIÓN JURISDICCIONAL EN LA SOCIEDAD PLURALISTA

Esta tesis fue presentada por el **MSc. Edna Mariflor Irungaray López** estudiante de la Doctorado en Derecho, de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

En tal sentido, considero que, después de realizadas las correcciones indicadas, el texto puede imprimirse.

Atentamente,



Dra. Gladys Tobar Aguilar
Doctorado en Educación y Licenciatura
en Letras.
Colegio Profesional de Humanidades
Colegiada. 1450

Dra. Gladys Tobar
Revisora
Colegio Profesional de Humanidades
Colegiada 1450



USAC
TRICENTENARIA

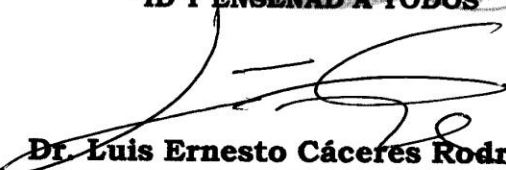
Universidad de San Carlos de Guatemala

D.E.E.P. ORDEN DE IMPRESIÓN

**LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA,**
Guatemala, 30 de abril del año dos mil veinticuatro.-----

En vista de que la MSc. Edna Mariflor Irungaray López, aprobó el examen privado de tesis del **Doctorado en Derecho** lo cual consta en el acta número 58-2023 suscrita por el Tribunal Examinador y habiéndose cumplido con la revisión gramatical, se autoriza la impresión de la tesis titulada **"LA DECISIÓN JURISDICCIONAL EN LA SOCIEDAD PLURALISTA"**. Previo a realizar el acto de investidura de conformidad con lo establecido en el Artículo 21 del Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado.-----

"ID Y ENSEÑAR A TODOS"


Dr. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
DIRECTOR DE LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO



Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Escuela de Estudio de Postgrado, Edificio S-5 Segundo Nivel. Teléfono: 2418-8409

DEDICATORIA

A DIOS:

Por acompañarme, guiarme en toda mi vida, con su amor tan especial, darme sabiduría, entendimiento, fortaleza y constantemente me conduce a que pueda seguir realizando todo con fe, a tu lado todo es posible.

A LA VIRGENCITA MARIA

Tu que eres la estrella en mi vida y fuente de esperanza que como Madre guías mi camino, para servir a Dios con todo el alma y el corazón.

A MI MAMÁ:

Porque es el ser más tierno, noble, y reflejo del amor de Dios, porque siempre has estado en todo momento de mi vida por motivarme cada día, a ser mejor.

A MIS HERMANAS:

Por estar siempre prestas a mis solicitudes.

A:

La Tricentenaria Universidad San Carlos de Guatemala, por ser mi formadora, la casa de sabiduría, y conciencia social de Guatemala

A:

Usted especialmente, por acompañarme en todo momento

“Conozca todas las teorías, domine todas las técnicas, pero cuando trate con un alma humana, sea apenas otra alma humana”.

Karl Gustav Jung



ÍNDICE



CAPÍTULO I	1
LA RELACIÓN ENTRE LA MORAL Y EL DERECHO	1
1.1. Moral y constitucionalización del derecho	3
1.2. La moralidad y la jurisdicción: consideraciones históricas	9
1.3. La relación entre la moral y derecho	16
1.4. Derechos humanos y pluralismo	22
1.5. Diferentes posturas respecto a la relación entre moral y derecho	23
1.5.1. <i>Iusnaturalismo clásico</i>	24
1.5.2. <i>Iusnaturalismo moderno</i>	26
1.5.3. <i>El positivismo</i>	27
1.5.4. <i>El positivismo incluyente</i>	29
1.5.5. <i>El positivismo excluyente</i>	30
1.5.6. <i>El neoconstitucionalismo</i>	31
1.5.7. <i>La teoría discursiva del derecho</i>	35
1.6. La ética política como guía de la interpretación judicial	37
1.7. Conclusión del capítulo	40
CAPÍTULO II	43
LAS DIVERSAS CONCEPCIONES DE LA MORALIDAD	43
2.1. La pluralidad teórica sobre la moral	45
2.2. La diferencia entre ética y moral	49
2.3. El aristotelismo	51
2.4. El enfoque analítico	54
2.5. El contractualismo	57
2.6. El enfoque kantiano	62
2.7. El enfoque pragmático	65
2.8. El enfoque comunicativo	67
2.9. El utilitarismo	70
2.10. El enfoque axiológico	72
2.11. Conclusión del capítulo	77
CAPÍTULO III	81
EL CARÁCTER MORAL DE LA DECISIÓN JUDICIAL	81



3.1. El derecho a la imparcialidad judicial	83
3.2. Contexto de descubrimiento y de justificación	84
3.3. La superación del positivismo y el iusnaturalismo	88
3.4. La necesidad de la interpretación	90
3.5. La necesidad de la argumentación	93
3.6. El elemento positivista de la justicia jurisdiccional	96
3.7. La lectura moral del derecho	98
3.8. Los intereses en la decisión jurisdiccional	102
3.9. La flexibilización del derecho	104
3.10. La naturaleza comunicativa del derecho	105
3.11. Síntesis de las diferentes posiciones	107
3.12. El papel de la moral en el ordenamiento jurídico guatemalteco	109
3.13. Conclusión del capítulo	111
CAPÍTULO IV	113
LA ESTRUCTURA DE LAS DECISIONES AXIOLÓGICAS.....	113
4.1. Discrecionalidad y seguridad jurídica	115
4.2. La ética jurisdiccional.....	117
4.3. Intereses y valores.....	120
4.4. La dignidad y la jerarquía de los valores	121
4.5. La realidad social de los valores.....	125
4.6. Guías para la argumentación jurisdiccional en una sociedad plural	128
4.6.1. <i>Criterio de la dignidad humana</i>	129
4.6.2. <i>Referencia al concepto más progresivo de los derechos humanos</i>	131
4.6.3. <i>Referencia al derecho internacional de los derechos humanos</i>	132
4.6.4. <i>La calidad de los insumos jurisprudenciales</i>	134
4.6.5. <i>La participación pública en los procesos</i>	135
4.7. Conclusión del Capítulo	136
CAPÍTULO V	141
LA DECISIÓN JURISDICCIONAL EN LA SOCIEDAD PLURAL.....	141
5.1. La concepción habermasiana de la ética.....	142
5.2. Concepción habermasiana del derecho	147
5.3. La ciudadanía en una sociedad plural	152
5.4. La formación del juez en la sociedad plural	158
5.5. Ejemplos concretos de decisiones jurisdiccionales pluralistas	160



5.6. Casos ilustrativos.....	165
5.7. Conclusión del capítulo.....	168
CONCLUSIÓN	171
BIBLIOGRAFÍA	173





INTRODUCCIÓN

La presente investigación fue motivada por la conciencia de las dificultades que entraña la decisión jurisdiccional, de orden constitucional, en las sociedades pluralistas de la actualidad. El derecho constitucional moderno, influenciado por la presencia de diversas concepciones morales y éticas, que en algún momento el juez afronta en la tarea jurisdiccional. Por lo cual la especificación del problema de esta tesis y que trata de responder a la siguiente pregunta: ¿Es posible concebir una concepción ética política que ayude a la jurisdicción democrática, especialmente la de nivel constitucional, en una sociedad pluralista que ha adoptado un Estado constitucional de derecho? Una sociedad pluralista es aquella en la cual conviven una red de grupos que sostienen visiones diferentes, incluso opuestas, respecto a tópicos de interés común.

Este trabajo provee una respuesta positiva a esta pregunta. Su hipótesis confirma y se afirma que una jurisdicción democrática en un contexto plural se puede elaborar siguiendo los lineamientos de la filosofía comunicativa. En sus productos, esta operaciónn inclusiva de la pluralidad de discursos del mundo, se manifiesta en el mismo hecho de que cada vez se consolide más el andamiaje de derechos del sistema internacional de derechos humanos. La actividad de los tribunales constitucionales guatemaltecos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ofrecen avances en este sentido, especialmente cuando se tratan problemas relativos a diferentes visiones del mundo que han sido desarrollados por las comunidades indígenas y otros grupos marginalizados.



Esta tesis se desarrolla a través de una investigación en la que se descubren algunos elementos que pueden tomarse en cuenta por el juez que decide en una situación de pluralidad cultural. Se ha hecho uso de una investigación de tipo cualitativo en el cual se descubren, a través de un análisis de las ideas de algunos filósofos del derecho, las condiciones que hacen posible una decisión jurídica adecuada en un contexto social en el que están reconocidas y respetadas las visiones discursivas de diferentes comunidades.

En la presente investigación el objetivo general es elucidar el papel de la ética política en la decisión jurisdiccional basada en las teorías de la argumentación de corte deliberativo. Por otra parte, se trata de analizar: a) Analizar la relación entre ética y moral, b) Determinar las diversas concepciones de la moralidad. c) Determinar cuales son los aspectos que debe fundamentarse para la decisión jurisdiccional; d) Analizar como funcionan los valores morales en la decisión judicial. Estos diferentes aspectos del problema ponen de relieve la dificultad del tema de investigación, pero también muestran que el investigador no debe encerrarse en una visión unilateral del mundo normativo del derecho. Como se verá a lo largo de la investigación, el pluralismo ha sido asumido con actitudes directas y esclarecedoras por parte de distinguidos pensadores jurídicos. Pluralidad no significa en modo alguno relativismo.

La tesis está compuesta de cinco capítulos. En el primero se examina la relación entre la moral y el derecho a la luz de los procesos de constitucionalización de las sociedades modernas. Se analiza la importancia de la jurisdiccionalidad en este proceso y se hacen observaciones históricas respecto a la naturaleza moral y ética de la



jurisdicción. Se analiza, en particular, a problemática relación entre la moral y derecho, especialmente en el contexto de una sociedad plural. Para fijar los términos del debate se presenta una serie de posturas respecto a la relación entre derecho y moral desde las versiones clásicas hasta las actuales del positivismo y el iusnaturalismo, incluyendo el neoconstitucionalismo y la teoría discursiva del derecho. Se llega a concluir, en dicho capítulo, que existe una ética política de la sociedad plural, la cual debe incluirse en la ética jurisdiccionalidad.

En el segundo capítulo se trata un tema a menudo olvidado en la literatura, esto es, las diversas concepciones de la moralidad. En la primera parte se estudia la diferencia entre la ética y la moral. En las subsiguientes secciones se discuten el aristotelismo, el enfoque analítico, el contractualismo, el kantianismo, la teoría pragmática, el enfoque comunicativo, el utilitarismo y, finalmente el enfoque axiológico. Todos estos planteamientos ofrecen, si se abordan de manera sintética, criterios para entender la forma en que las decisiones jurisdiccionales pueden alcanzarse de manera más adecuada.

En el tercer capítulo se estudian algunas de los aspectos de la decisión jurisdiccional. En primer lugar, se presenta el derecho a la imparcialidad judicial. En segundo lugar, se ve como se analizan la distinción entre el contexto de descubrimiento y el de justificación. En la tercera se ve la forma en que la nueva situación supera el positivismo y el iusnaturalismo. En la parte cuarta y quinta se analizan la necesidad de la interpretación y la argumentación jurídica, respectivamente. En la sexta se estudia el elemento positivista de la justicia jurisdiccional y en la séptima la lectura moral del



derecho. En la octava se estudia como deben funcionar los intereses en la decisión jurisdiccional. En la novena se analiza la tesis de la flexibilización del derecho. En la décima se reflexiona sobre la naturaleza comunicativa del derecho. En la onceava se arriba a una síntesis de las diversas posiciones. En la doceava se muestra que el sistema guatemalteco está lejos de practicar algo parecido a esa síntesis.

En el capítulo cuarto se examina cómo funcionan los valores morales en la decisión judicial. En primer lugar, se aborda el problema de la discrecionalidad y seguridad jurídica. En la segunda parte, se analiza las características de la ética jurisdiccional. En la tercera se reflexiona sobre la diferencia entre intereses y valores. En la cuarta, se aborda el tema de la dignidad y la jerarquía de los valores. En la quinta se analiza la realidad social de los valores. En la sexta se estudia una guía para la argumentación jurisdiccional en una sociedad plural.

En el quinto y último capítulo se estudia el marco teórico que se propone en esta. Se estudian las propuestas éticas y jurídicas avanzadas por Jürgen Habermas, quien se ha involucrado en las mismas discusiones que plantea la unidad europea. Con base en esta presentación se estudia que se requiere de la ciudadanía en una democracia deliberativa y se especifican las características del juez en el Estado constitucional de derecho que funciona en una democracia plural. tesis. Capítulo 5. Asimismo, se presentan algunos ejemplos de jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala en las cuales se puede notar que existe una aceptación de la pluralidad jurídica.



En la conclusión se hace énfasis en que se ha logrado la confirmación de la hipótesis de la investigación doctoral. Existe una postura ética para resolver la pluralidad discursiva en una sociedad democrática. Tales recursos se asocian con la lenta evolución de los derechos humanos, los cuales se han ido desarrollado en las últimas décadas. Como es de esperar, este objetivo plantea objetivos críticos que también hacen superar visiones morales que ya no pueden subsistir por la evolución del mundo actual. Las posiciones racistas o supremacistas, de cualquier tipo, ya no tienen lugar en una democracia constitucional vibrante.





CAPÍTULO I

LA RELACIÓN ENTRE LA MORAL Y EL DERECHO

En las últimas décadas, la teoría jurídica se ha visto profundamente influenciada por las profundas implicaciones conceptuales que entraña la aceptación plena del Estado constitucional de derecho. El factor fundamental de dicha influencia radica en que la legitimidad de los órdenes constitucionales contemporáneos se basa en la defensa y promoción de los derechos humanos. En este sentido, puede decirse que la Declaración Universal de los Derechos Humanos es el documento con mayor influencia dentro del desarrollo de la ciencia jurídica contemporánea.

Algunos de los cambios más notables se derivan de la naturaleza moral de tales derechos. Este aspecto ha sido reconocido y desarrollado por diversos autores, entre los que se encuentran, entre otros destacados autores, Carlos Santiago Nino, Ronald Dworkin, Robert Alexy, Luigi Ferrajoli y Rodolfo Luis Vigo. Estos pensadores han propuesto influyentes visiones acerca de lo que implica la dimensión moral del derecho. Por su parte, y como se verá hacia el final de esta tesis, Habermas considera que a través del derecho se puede lograr, al menos hasta un nivel aceptable, la institucionalización de la moral.



Los planteamientos señalados han motivado un nuevo examen de la innegable relación, estudiada a través de los siglos, entre el derecho y la moral. Como es de conocimiento común, las diversas respuestas a esta pregunta han marcado la distinción clásica entre positivismo e iusnaturalismo, uno de los debates más importantes en la historia de la filosofía del derecho. En consecuencia, las transformaciones teóricas introducidas por el paradigma constitucional suponen nuevas versiones del iusnaturalismo y el positivismo jurídico, y las diferentes variantes de estas corrientes. Estas nuevas posiciones son simultáneas con el surgimiento de nuevas apreciaciones sobre la labor jurisprudencial.

Como es de esperar, algunas de las transformaciones más importantes se derivan del papel fundamental que juegan los derechos humanos dentro de la función legislativa y jurisdiccional, las cuales adquiere nuevos rasgos en el contexto de los nuevos sistemas jurídicos de orden constitucional. Dichos cambios van más allá de la clásica oposición entre iusnaturalismo e iuspositivismo, puesto que los derechos humanos, dotados de un importante componente moral, se colocan en la cúspide del orden jurídico, influyendo la práctica jurisdiccional, y de ahí al entero sistema social, de manera profunda. Estos significativos cambios suponen una serie de transformaciones para los paradigmas heredados en la política y el derecho, en particular, el hecho de que la ley no puede aplicarse de manera mecánica, como aparentemente se sobreentendía dentro del modelo positivista, especialmente el de corte napoleónico, de amplia influencia dentro de la cultura jurídica de los países iberoamericanos, en donde todavía es sólido en países como Guatemala.



En este capítulo inicial se desarrollan las bases teóricas de este trabajo. En primer lugar, se estudia en qué consiste la constitucionalización del derecho. En la segunda, se estudia el desarrollo histórico de la jurisdiccionalidad. En la tercera, se estudia la problemática relación entre la moral y el derecho. En la cuarta parte, se analiza la relación entre derechos humanos y el pluralismo de los discursos. En la quinta sección, se presentan varias de las propuestas en relación al tema de la vinculación entre mora y derecho. En la sexta, se presenta una visión de la ética política que debe animar la neutralidad judicial.

1.1. Moral y constitucionalización del derecho

La constitucionalización del derecho, como se verá a lo largo de esta investigación, supone modificaciones profundas en la concepción del derecho y la filosofía con que reflexionamos acerca de este. A grandes rasgos, esto implica cambios importantes respecto a las doctrinas clásicas, especialmente al positivismo, aunque también al iusnaturalismo clásico. Respecto al positivismo, esta opinión es confirmada por el filósofo del derecho español Alfonso Ruiz Miguel (Ruiz, 2014, p. 22), cuando dice:

la filosofía jurídica desde los años setenta y ochenta ha sufrido un vuelco considerable, que ha roto sin reservas el anterior paradigma positivista hasta haber llegado a ser dominante una concepción éticamente mucho más comprometida. Según ella, al menos los sistemas jurídicos de las democracias occidentales, caracterizados por la primacía de constituciones que introducen abiertamente principios morales, no solo realizan la función tradicional de



mantener la paz o la seguridad, sino que se dirigen esencialmente al cumplimiento del fin de la justicia.

Los cambios, sin embargo, se hacen todavía más extensos que lo descrito por Ruiz Miguel debido a que la misma concepción de la ética y la moral ha experimentado sus propias transformaciones. En este orden de ideas, al hablar de una nueva relación entre moral y derecho también se debe reconocer que desde hace mucho tiempo la idea de lo moralmente válido se ha transformado. El respeto a las culturas no occidentales, el reconocimiento de los derechos de las minorías, como es el caso de las sexuales, el reconocimiento de los Pueblos Indígenas ha implicado una ampliación notable del campo de la moral. Esta extensión de las consideraciones morales ha llevado incluso a que se hable con mayor frecuencia del fantasma del relativismo moral, debido a que a veces se asume, de manera acelerada, que los calificativos valorativos dependen del contexto social desde el cual se formulan.

Como es de esperar, algunas de estas transformaciones involucran directamente a las estructuras jurídicas y políticas del Estado debido a que se reconoce, cada vez más, la existencia de un pluralismo cultural que afecta a las mismas bases del moderno sistema de derecho. El hecho del pluralismo es uno que se toma en cuenta en las discusiones entre los pensadores contemporáneos, especialmente en John Rawls. Robert Alexy y Jürgen Habermas. En ese sentido, en un libro referido a una polémica entre Jürgen Habermas e Hillary Putnam, los autores del texto introductorio destacan lo siguiente:



El punto de partida común a ambos filósofos es la aceptación del pluralismo como rasgo definitorio de las comunidades humanas y, de una manera específica, de las sociedades democráticas contemporáneas. En éstas conviven ideales y cosmovisiones cuyos preceptos, creencias e ideas de la vida buena sólo difieren entre sí, sino que pueden discrepar de modo radical; y las discrepancias entre planes de vida incompatibles pueden generar conflicto social. Es un hecho que tales cosmovisiones e ideales integran diferencias de valor e incluso hacen explícita la incompatibilidad entre sus respectivos valores. (Habermas y Putman p. 12)

En este sentido, cuando se habla de promover constitucionalmente los derechos humanos, se presenta el problema de que la misma noción de estos puede variar, dependiendo del contexto cultural desde el cual se están considerando. ¿Justifica la libertad cultural el que se acepten prácticas culturales que afectan a las mujeres? ¿Es lícito aceptar una educación muy diferente para los menores de edad cuyos padres practican un determinado credo religioso? Estos derechos suelen referirse a aspectos cruciales para la vida de una sociedad. Los desacuerdos respecto al aborto, la posesión de la tierra, el uso de drogas, la religión, y tantos otros aspectos de la vida social no son pacíficos. Es decir, estos originan tensos debates, y a veces posiciones en abierta lucha, dentro de las respectivas sociedades.

De este modo, la misma función jurisdiccional dentro del Estado constitucional de derechos adquiere una importancia inusitada como fuente de estabilidad y gobernabilidad. En particular, el juez puede formular sus decisiones basándose en sus



particulares concepciones morales. Como lo dice el jurista Luis Martínez Roldán (Martínez, 2009, p. 118), aunque:

la decisión debe ser racional y de alguna forma controlable desde unos criterios valorativos que el juez ha de explicitar... no cabe duda que en la decisión parece que se añade a la objetividad de la norma un elemento de relativismo y de subjetividad importante.

Este fenómeno puede darse en diferentes fases de los procesos jurisdiccionales, y por lo tanto, es difícil pensar que es posible alcanzar una decisión jurisdiccional sin ningún elemento aportado por las creencias del juez. El reconocimiento de dicha subjetividad puede llevar a plantear recursos legales destinados a hacerlos desaparecer. Por esta razón, es importante prestar atención a la lógica que rige las decisiones jurisdiccionales en el Estado constitucional de derecho.

En virtud de lo dicho en el párrafo anterior, las decisiones del juez pueden no ser vistas como justas por personas que mantienen visiones morales distintas. Este fenómeno ocasiona una serie de problemas que afectan a nociones como la seguridad y la certeza jurídica, puesto que las decisiones jurisdiccionales dependen de las creencias morales de los operadores jurídicos. Sin embargo, es posible, y este es punto de la tesis, mostrar que es posible alcanzar soluciones imparciales para los casos conflictivos que el juez suele encontrar.



En este sentido, como lo dice el ya referido Roldán Martínez (Roldán, 2009, p. 119):

No obstante esta subjetividad se vería muy aminorada si el juez tuviera en cuenta que a la hora de decidir no debe ser interprete de su propia conciencia, ni de la conciencia de ninguna persona en concreto por muy especialista que pueda ser en una determinada disciplina como puede ser la Ética, sino que ha de ajustarse a la conciencia mayoritaria de la sociedad, o por lo menos de esa franja de la sociedad que tiene al derecho como común forma de vida; y ello no solo porque el ordenamiento jurídico le obliga a tener en cuenta la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas las normas, sino porque esta aceptación intersubjetiva de la que nos habla Popper tal vez sea el único indicio de racionalidad en cuestiones tan problemáticas y difíciles.

La presente investigación se propone estudiar el tema de la influencia de las diversas concepciones morales en la tarea jurisdiccional. ¿Cómo se puede asegurar la imparcialidad doctrinal y cultural en sociedades que albergan diferentes visiones del mundo? Se busca entender cómo estas diferencias pueden ser interpretadas de manera tal que se pueda garantizar un nivel adecuado de certeza y seguridad jurídica.

El tema es importante debido a que las concepciones morales, junto a factores sociales, políticos y doctrinales, pueden influenciar las decisiones que los jueces toman en los procesos judiciales. Este hecho puede incidir en diferentes resoluciones para los mismos casos, un fenómeno que afecta negativamente el valor de la seguridad y la certeza jurídica dentro del Estado constitucional de derecho. Dichos valores son



necesarios para que los ciudadanos puedan llevar una vida estable que les permita hacer sus planes de vida.

Desde luego, este fenómeno no es exclusivo del área jurisdiccional, puesto que se da en todos los ámbitos relevantes de la vida social, como es el caso en la esfera política o la administrativa. Este trabajo, sin embargo, se restringe a estudiar las decisiones que toman los jueces, los cuales, asumiendo particulares posiciones éticas, se involucran en una de los textos de los textos constitucionales en la cual se identifican determinadas posiciones morales. En consecuencia, esta investigación se ubica dentro de algunas doctrinas contemporáneas que, como en el caso del neoconstitucionalismo, postula no solo la esencial participación de la moral en la práctica constitucional, sino también la creciente importancia del agente jurisdiccional como garante de los derechos fundamentales.

El problema se hace presente en los momentos en que se toman decisiones jurídicas que, como es de esperar, plantean conflictos normativos, culturales y morales. Estos conflictos suelen darse especialmente en ciertos contextos, por ejemplo, en los temas de bioética y en los temas de política. En estos campos suelen revelarse las vinculaciones religiosas o éticas de los miembros de la profesión jurisdiccional. En consecuencia, las ideas y concepciones de los órganos jurisdiccionales pueden incidir en la confianza ciudadana en las instituciones de la democracia constitucional, puesto que se preferirá o se rechazará a cierto juez en función de sus convicciones morales o religiosas.



Este problema, como es de esperar, no es ajeno al orden jurídico guatemalteco. Muchos miembros la sociedad guatemalteca consideran que las decisiones constitucionales reflejan las perspectivas, no solo morales, sino incluso las creencias políticas o intereses de los juzgadores y aún sus concepciones sobre la naturaleza del derecho (iusnaturalismo, positivismo, etc.). Los participantes en un proceso recusar jueces para asegurarse decisiones que favorezcan sus intereses procesales.

De este modo, parece ser que se encuentran las limitaciones más preocupantes en la consolidación de un régimen constitucional de derecho. Ese fenómeno suele verse, por ejemplo, en el campo de los medios de información y comunicación, en donde se ejerce presión sobre los operadores jurídicos que deben decidir un caso. Esto lleva a una judicialización de la política y una politización de la justicia. Este problema disminuye la certeza jurídica que se espera de un sistema constitucional comprometido con la defensa y promoción de los derechos humanos.¹ Es necesario, por lo tanto, promover la jurisdicción democrática e imparcial.

1.2. La moralidad y la jurisdicción: consideraciones históricas

Para ubicar el problema planteado arriba dentro de esta tesis es conveniente hacer un número de acotaciones históricas que demuestran las transformaciones que ha

¹ Como se verá adelante, este punto no impide que el derecho, especialmente el constitucional, carezca de importancia política. Por el solo hecho de afectar decisiones políticas relativas a instituciones, el derecho constitucional tiene esa importancia. Cuando se denuncia la politización de la justicia o la judicialización de la política, se hace referencia comúnmente a un ejercicio ilegítimo de distorsión de la política y la justicia, como el que acontece cuando se presentan amparos frívolos o cuando se detienen los procesos con medidas dilatorias. Este tipo de falencias debe ser erradicado en un auténtico Estado constitucional de derecho.



sufrido la institución de la judicatura. A pesar de los cambios, existe una continuidad entre las preocupaciones jurídicas del pasado y las del presente, en particular, la búsqueda de la justicia. En este sentido, se puede insistir en la importancia de la moral, la cual se manifiesta en su presencia histórica en diversas sociedades. Como lo dice Victoria Camps (Camps, 2013):

La humanidad ha distinguido siempre entre el bien y el mal. En los poemas homéricos, el mejor es el héroe, carácter ejemplar por su valor o valentía, la virtud primera y más importante, y que no ha dejado de serlo, aunque su significado haya cambiado. Si bien hoy se aprecia el coraje como valor moral, no es el coraje del guerrero, si no el de la persona que se atreve a actuar en circunstancias difíciles y que no duda en responder de sus actos. Así, el pensamiento moral se ha ido deteniendo en el análisis de los conceptos más básicos, en su evolución y en el planteamiento de las preguntas, que no ha dejado de suscitar la distinción entre el bien y el mal, ¿Cuál es el fundamento de dicha situación? ¿Podemos llegar a tener unos criterios ciertos que nos sirvan para fijar las obligaciones morales? ¿Tales criterios son universales o hay, por el contrario, tantas morales como épocas y culturas? Si la moral se nos presenta como un deber o una prescripción, contraria de entrada a las inclinaciones y los deseos, ¿quién tiene autoridad para imponer esos deberes? ¿Por qué hay que ser moral? ¿Qué es lo específico del deber moral? Las preguntas no han cambiado mucho, pero sí la forma de plantearlas y de darles respuestas. (pp. 11-12)



Durante largo tiempo, la cultura occidental fue adoptando un conjunto de creencias morales básicas. Estas convicciones fueron desarrolladas en un conjunto de instituciones de la cultura occidental, entre las que destacan, en cierto momento de la Edad Media, las instituciones universitarias europeas. Desde luego, había diferencias doctrinales, pero estas no impedían la existencia de un núcleo duro de creencias morales ampliamente compartidas. En el mundo occidental, muchas de estas posiciones derivaban de la expansión de la cultura cristiana y de la existencia de raíces comunes en la filosofía griega y romana.

Esta cultura moral, compartida por los europeos, se traslada de manera gradual hacia los conceptos de la modernidad jurídica, esto es, la época en la cual se empieza a comprobar que el Estado es una creación de origen humano y no divina. Efectivamente, el Estado moderno surge hacia el final de la Edad Media, en un contexto renacentista, específicamente italiano, que volvió a afirmar las bases griegas y latinas de la civilización europea. Dicho movimiento, como es de esperar, se consolida en un ambiente ya influenciado definitivamente por el cristianismo, especialmente el desarrollado en el catolicismo.

De manera simultánea, a partir de las ideas del pensador francés Jean Bodin, surgía el concepto de soberanía, el cual se adecuaba a los cambios en el continente europeo, en donde los pequeños reinos aspiran a volverse independientes del emperador y del papa. La soberanía, por lo tanto, se forma a partir de las necesidades políticas de la Europa de finales de la Edad Media, en donde se gesta la aparición de las nuevas naciones. La soberanía, en ese momento, hacía referencia a una conciencia



unificada en el Estado-nación. Este proceso también toma lugar en las naciones americanas, en donde el concepto de la ciudadanía oculta las diferencias entre las diversas comunidades.

Había entonces poca conciencia del valor de otras culturas, las cuales, por otro lado, eran apenas conocidas o demonizadas. Durante mucho tiempo existió un enfrentamiento sangriento con otras comunidades culturales, como es el caso de la musulmana, aun cuando con estos había ciertos elementos compartidos, como es el caso de los filósofos griegos, los cuales habían sido cultivados y preservados por los pensadores árabes. Además, los elementos culturales que defendía los musulmanes también habían sido heredadas de las creencias religiosas de los pueblos semitas. Existían, por lo tanto, elementos comunes que permitían la comprensión entre las diversas comunidades culturales.

En todo caso, la aceptación de otros valores culturales, o al menos su reconocimiento, es un hecho que necesitará varios siglos para darse. En este sentido, debe recordarse que el reconocimiento positivo de las culturas indígenas de América es un fenómeno reciente que se inscribe dentro del movimiento contemporáneo por los derechos humanos y el respeto de los derechos de los Pueblos Indígenas. Durante la época colonial, los países europeos, especialmente España y Portugal, impusieron en el continente americano y otras regiones sus usos e instituciones jurídicas. De esa manera, se lograron imponer visiones globalizadas del derecho, las cuales son cuestionadas en la actualidad, precisamente porque nunca tomaron en cuenta las visiones culturales de los pueblos sojuzgados.



En todo caso, con el surgimiento del Estado se organizan las instituciones con base en esta moralidad compartida. De este modo, si nos limitamos al ámbito europeo, desde los inicios de la modernidad jurídica hasta los años treinta del siglo pasado, el derecho, especialmente el de origen europeo en la época de la codificación, era definido por el legislador a través de las leyes, y sobre estas no existía ningún control constitucional. El juez no hacía más que aplicar el derecho, esto es, era boca de ley. El juez debía siempre atenerse al texto de la ley, el cual, en la tradición francesa posterior a su famosa revolución, expresaba la voluntad general. A menudo esta ley podía ser codificada en sistemas normativos que supuestamente gozaban de plenitud jurídica. No era necesario que el juez interpretara, sino solo tenía que descubrir el verdadero significado de la ley.

Esos cambios iban a ser profundizados por la Revolución Francesa, que, junto con la independencia norteamericana, iban a generar cambios sustantivos respecto al titular de la soberanía, la cual iba a radicar desde entonces en el pueblo. En la doctrina francesa, este punto se iba a reconocer en la función de poder constituyente. En ese tiempo, además, se formaliza la doctrina de la división de los tres poderes, lo cual iba a determinar la ideal del poder legislativo como expresión de la voluntad del pueblo. De ahí la doctrina del Estado legislativo de derecho, la cual posee una importancia capital en el desarrollo de la vida institucional de los países iberoamericanos, en donde la influencia francesa es notable, especialmente al final de la época colonial.

En el continente americano la situación era distinta, en virtud de que, desde el principio de la actividad jurisprudencial en ese país, se consolidó el “gobierno de los



jueces” en los EE. UU. Después de la Segunda Guerra Mundial y a partir del reconocimiento de los derechos humanos, la suprema importancia del control de constitucionalidad iba a aparecer incluso en Europa. Sin embargo, los jueces de la Corte Suprema también compartían sus creencias morales, las cuales eran diferentes de las sostenidas por las naciones indígenas.

No puede ignorarse, sin embargo, que siempre han existido importantes diferencias entre los sistemas jurídicos europeos. El concepto de Estado de derecho, por ejemplo, no funciona de la misma manera en Inglaterra, Francia, España o en Alemania. Estas diferencias se reproducen en las sociedades de la época colonial, creando diferentes culturas jurídicas. En estas diferentes culturas jurídicas existe una visión múltiple del papel del juez, el cual no actúa de la misma manera en Francia, Inglaterra o los Estados Unidos de América.

En el mundo actual se ha ido generando una nueva visión del derecho y su práctica. Uno de los cambios impulsados por esta nueva perspectiva del derecho consiste en que este le brinda al juez un papel fundamental para la realización de los derechos fundamentales. En efecto, este se encarga de proteger la violación concreta de los derechos fundamentales. En este orden de ideas, el jurista francés Jacques Chevalier (Chevalier, 2015) afirma lo siguiente respecto al juez en la versión constitucional del Estado de derecho:

El juez aparece como la piedra angular y la condición de realización del Estado de derecho: la jerarquía de normas no deviene efectiva si ella no es jurisdiccionalmente sancionada; y los derechos fundamentales no conocen una



verdadera afirmación sin la presencia de un juez que asegure su protección. El culto del derecho induce, en efecto, a la sacralización del juez: investido del rol de "guardián de valores", el juez está encargado de defenderlos contra la voluntad caprichosa de las mayorías y contra la dominación de una razón instrumental exclusivamente preocupada de la eficacia. Este nuevo poder conquistado por el juez aparece claramente a través del control de constitucionalidad de las leyes; sin embargo, tiende a desbordar ese marco. (pp. 165-166)

La importancia del juez trasciende el marco puramente jurídico, internándose en el campo político. En un Estado constitucional muchos problemas políticos se convierten en cuestiones constitucionales que se dirimen en los tribunales respectivos. Jack Chevalier (Chevalier, 2015) resume esta importancia creciente de la siguiente manera:

Influyendo de manera creciente sobre el funcionamiento de los mecanismos sociales, el juez constitucional tiende a convertirse en un actor importante del juego político: su intervención debe ser integrada, por anticipado, en los cálculos políticos; y su jurisprudencia contribuye a condicionar cada vez más la libertad de acción de los parlamentarios. El rol político de la jurisdicción constitucional aparece a plena luz en un periodo de fuertes tensiones (el juez constitucional se convierte entonces en el árbitro de los desacuerdos entre los actores políticos, como en Francia durante las fases de cohabitación) o de incertidumbre (el fallo del 12 de diciembre del 2000 de la Corte Suprema de Estados Unidos zanjó las controversias alrededor de los resultados de la elección presidencial). Esto no significa, por consiguiente, el fin de toda controversia: los gobernantes no soportan



que ciertos proyectos les sean censurados; y el fantasma del "gobierno de los jueces" no tarda en resurgir en estas ocasiones. (pp. 166-167)

En el mundo occidental, sin embargo, no existe una visión unificada de la relación entre moral y derecho. Sin especificar esa relación no se puede abordar con rigor el problema de la jurisdicción del Estado constitucional de derecho en una sociedad en el que conviven diferentes visiones del mundo. A continuación, se examinan dichas diferencias, puesto que dichas posiciones son importantes para comprender la complejidad del problema que investiga esta tesis.

1.3. La relación entre la moral y derecho

Se debe notar que el derecho constitucional moderno no parece totalmente nuevo, debido a que, a lo largo de la historia del derecho occidental, siempre ha existido la conciencia de que existe una relación fundamental entre el derecho y la moral. Muchos de los grandes argumentos y posiciones en la reflexión filosófica sobre el derecho implican una concepción determinada de la moral, como en el caso del iusnaturalismo o el positivismo, especialmente en sus versiones clásicas. El signo distintivo actual radica en que la moral se constituye en un elemento importante a la hora de tomar decisiones jurídicas, en una dimensión que ha sido positivada en los textos constitucionales de orientación democrática.

Uno de los aspectos que incide en la importancia del retorno de este problema radica en la especial atención que se les brinda a las tareas interpretativas que forman parte de la función jurisdiccional. Dicha tarea hermenéutica es exigida por la naturaleza



mutable y evolutiva del derecho, la cual sigue operando en la época contemporánea. Estos cambios son más profundos en la medida en la que se ha ampliado el contexto cultural en el que se generó la teoría tradicional del derecho. En particular, la multiplicidad de perspectivas culturales impulsada por la globalización contemporánea, ha introducido nuevos enfoques dentro de la actividad jurídica, lo cual genera una considerable presión de cambio respecto a la forma en que se concebía el ejercicio jurisdiccional positivista hace un siglo.

El desarrollo de tribunales encargados de realizar la Constitución como ley suprema, hace que estos no solo tengan la facultad de fungir como legislador negativo, sino también la de modificar y perfeccionando la obra legislativa, la cual puede ser rechazada, si no se adecúa a los parámetros constitucionales. Ese reconocimiento de la Constitución como máxima ley que presidía el resto del derecho vigente implica más un cambio cualitativo que cuantitativo, lo que configura no sólo nuevo Estado, sino que con lleva una peculiar concepción del derecho y su funcionamiento.²

Esta ampliación del poder de los tribunales, signo inequívoco de la época jurídica contemporánea, ha sido acompañada por el creciente papel que juegan las consideraciones morales en las teorías constitucionalistas. Ya se ha afirmado arriba que los graves acontecimientos que marcan la Segunda Guerra Mundial generan la

² Un enfoque diferente es el denominado positivismo excluyente. Según Javier Adrián Coripuna, “Para el positivismo jurídico excluyente, representado, entre otros, por Joseph Raz, la existencia de una regla jurídica válida tiene que ver únicamente con la verificación sobre si posee la fuente apropiada en la legislación, decisión judicial o costumbre social, cuestiones que son puramente de hecho social, de linaje, y que pueden establecerse independientemente de factores morales⁵². Para Raz una teoría del derecho es aceptable sólo si los criterios por ella propuestos para determinar la existencia y contenido del derecho se basan exclusivamente sobre hechos relativos al comportamiento humano, “susceptibles de ser descritos en modo no-valorativo y sólo si, además, los mencionados criterios vengán aplicados sin necesidad de recurrir a un argumento moral” (Adrián Coripuna, 2014, p. 15)



conciencia de los males que surgen cuando el gobierno no observa el valor y la dignidad de la persona humana. En este contexto, surge el derecho constitucional en su sentido moderno, es decir, se adopta un modelo constitucional en el cual se plasman una serie de valores fundamentales reconocidos por la Constitución. En este sentido, el filósofo del derecho alemán Otto Bachof (Bachof, 1985) dictamina, por ejemplo, que la Constitución no crea valores, sino que los reconoce. El problema, desde luego, es que no todos los grupos coinciden respecto a los valores que se deben reconocer.

El problema es la pluralidad de perspectivas morales en el Estado constitucional de derecho ocasiona el fenómeno de la variación de decisiones judiciales, en función de las perspectivas morales de los juzgadores. ¿Es posible evitar dicho problema accediendo a resoluciones judiciales cuyo grado de moralidad apunta a una ética objetiva y compartida. ¿Es posible tomar decisiones jurisdiccionales que, aun siendo influenciadas por la moral, superen el relativismo ético y la indeterminación argumentativa? ¿Existe una perspectiva ética capaz de solucionar los conflictos entre diferentes visiones morales? ¿Es posible resolver los problemas más urgentes que plantea la pluralidad moral en el Estado constitucional de derecho, debido especialmente al carácter democrático e inclusivo de este? ¿Cómo afecta el pluralismo moral la seguridad jurídica en el sistema constitucional de derecho?

En el campo constitucional contemporáneo, por lo tanto, la dimensión moral juega un papel importante en las decisiones jurisdiccionales. Sin embargo, es necesario mantener decisiones morales más o menos estables que, superando un nivel primario



de relativismo ético, puedan también garantizar un nivel apropiado de seguridad y certeza jurídicas.

Este trabajo desarrolla la hipótesis de que la teoría de la argumentación jurídica y la hermenéutica contemporánea han provisto elementos para crear una ética política que, prestando atención a las condiciones de posibilidad de una democracia republicana de naturaleza plural, pueden ayudar a reducir los efectos negativos del pluralismo moral en las decisiones jurisdiccionales de orden constitucional. Estos métodos deliberativos se basan en la contribución de autores como Jürgen Habermas y Robert Alexy en conjunto con las contribuciones de otros destacados autores.

Es necesario, por lo tanto, elucidar el papel de la ética política en la decisión jurisdiccional basada en las teorías de la argumentación de corte deliberativo, así como comprender las decisiones jurídicas desde el punto de vista moral. Esto puede contribuir a generar criterios para eliminar la discrecionalidad jurídica y clarificar las formas válidas de consensos morales.

Esta estrategia teórica puede ayudar a aclarar algunos aspectos cruciales en la práctica del derecho constitucional en Guatemala. Una práctica adecuada de la jurisdicción es factor que contribuye a la estabilidad de las sociedades contemporáneas, muchas de las cuales se han comprometido con el paradigma del Estado constitucional de derecho. Debe recalcar que un país como el nuestro necesita urgentemente de una estabilidad basada en la justicia y no solo en la preservación de la tranquilidad en una sociedad que necesita cambios urgentes.



No se debe olvidar que los profesionales de la ciencia jurídica, en especial el juez constitucional, es un ser humano con convicciones morales; desde su infancia fue sometido a una formación que incluía la transmisión de ciertos valores éticos. Creció en una comunidad cultural determinada en la cual se le inculcaron ciertos valores sobre la familia, la sociedad y el Estado. Desde luego, la formación moral puede cambiar de una persona a otra y, sin embargo, estas convicciones influyen en sus decisiones que supuestamente deben encarnar un sentido de justicia objetivo, aceptable por todos los miembros de la sociedad respectiva. El fenómeno ha sido tratado con insistencia en las discusiones sobre justicia jurisdiccional, con cierto énfasis en el ámbito constitucional, en el cual se opera una consideración explícita de los valores que, como acontece con el concepto de dignidad, suelen aparecer, de manera implícita o explícita, en las constituciones modernas.

Lo anterior justifica una investigación diseñada para buscar una solución a un problema que pone en peligro la seguridad jurídica en el Estado constitucional de derecho. El trabajo de tesis parte de la confianza de que la teoría de la argumentación y la hermenéutica jurídica contemporánea, incorporadas en una ética política basada en la teoría del discurso de Jürgen Habermas y Robert Alexy, con las intelecciones de otros destacados autores. Esta tesis entra en este arduo debate a partir de consideraciones relativas a la hermenéutica jurídica y la teoría de la argumentación. Estas disciplinas han iluminado muchos temas clásicos del derecho, hasta el punto que el distinguido autor español Manuel Atienza considera que el derecho es ante todo argumentación. Se examina la posibilidad de alcanzar acuerdos y compromisos entre diferentes posiciones morales a partir de las condiciones de existencia de una república democrática en el cual



los diferentes sectores defienden diferentes modelos de vida en un proceso deliberativo de naturaleza racional. (Atienza, 2004)

Precisamente por su dificultad, el tema de la pluralidad de concepciones morales y las decisiones jurisdiccionales es de la mayor importancia. Este trabajo no pretende resolver de manera definitiva dichas polémicas, pero aspira, al menos a ofrecer otra interesante visión sobre el tema en cuestión, especialmente relevante para el contexto guatemalteco. Se sostiene que este enfoque jurídico-deliberativo permite un adecuado tratamiento de cuestiones morales, debido a que buscan establecer una sociedad bien ordenada, en la cual puedan seguirse distintos modos y estilos de vida, aun cuando existan muchas incompatibilidades entre estos. Desde la perspectiva de este trabajo, la misma coexistencia de posturas morales divergentes requiere una ética política que respete la integridad moral de cada quien y el derecho a pensar de manera diferente. La ética política, por lo tanto, acepta el pluralismo jurídico y político

Se plantea, por lo tanto, el problema de alcanzar acuerdos entre perspectivas diferentes en todos los ámbitos de la vida social. En este trabajo de tesis se utilizan algunas ideas desarrolladas por Jürgen Habermas y su compatriota alemán Robert Alexy. Estos pensadores, a pesar de su liberalismo, imaginan maneras de resolver los problemas que surgen en sociedades con distintas corrientes culturales, y, por lo tanto, visiones morales divergentes. La estrategia de este trabajo consiste en desarrollar algunas ideas de estos pensadores para desarrollar una ética política que permita al juez trabajar en contexto de pluralismo moral, sin caer necesariamente en el terreno del liberalismo.



1.4. Derechos humanos y pluralismo

Puede pensarse que al aceptar los derechos humanos se adopta un punto de vista que rechaza el pluralismo, puesto que estos derechos son una creación de la cultura occidental. En este sentido, los derechos humanos surgen en los albores del mundo moderno, en Inglaterra, para desarrollarse posteriormente en Francia y los Estados Unidos de América. Ahora bien, un aspecto llamativo en la concepción moderna es que los derechos humanos no suponen una negación del pluralismo. Como lo dice Silvina Álvarez (Álvarez, 2012, p.186):

Los derechos humanos reflejan el pluralismo de valores al conceder la misma jerarquía normativa a un conjunto nutrido de derechos. Estos derechos son comúnmente definidos como la clase de título o prerrogativa que tienen todos los individuos por el hecho de ser seres humanos —iguales en sentido moral—, es decir, seres con necesidades e intereses que quieren realizar a través de sus elecciones, del ejercicio de su autonomía. Los derechos, de este modo, permiten al individuo vivir conforme a tales intereses— al menos en la medida en que la protección de tales intereses permita la imposición de deberes por parte de otras personas—.

De lo dicho en esta cita, se sigue que el mismo concepto de derechos humanos se vincula con el pluralismo. Una prueba de ello se encuentra en el hecho de que los derechos humanos aceptan progresivamente los derechos culturales y que muchas comunidades culturales apelan al derecho humano a tener diferentes visiones civilizacionales, tales como estas se manifiestan en sus peculiares formas de vida. Sin



embargo, aceptar el pluralismo no significa que se esté de acuerdo con el relativismo cultural o de otro tipo, puesto que no se puede justificar con los derechos humanos el derecho a no respetar los derechos humanos. Siempre debe existir un mínimo normativo de respeto a los demás seres humanos. Es necesario encontrar la compatibilidad entre derechos humanos y pluralismo.

1.5. Diferentes posturas respecto a la relación entre moral y derecho

En realidad, el problema de la relación entre derecho y moral es uno de antigua data, el cual ha recibido diferentes respuestas a lo largo del tiempo. Con independencia de los cambios culturales que experimentan los diversos grupos humanos, el ser humano siempre ha tenido una aspiración de justicia, ya sea que esta sea garantizada por los dioses o por los hombres. Cuando se traiciona ese sentimiento de justicia, muchas comunidades entran en violentos procesos de cambio, como lo prueban muchos acontecimientos históricos.

La variación de dichas respuestas refleja cambios sociales de gran envergadura. Por lo tanto, no puede extrañar que las soluciones tradicionales a este problema difieren ampliamente desde que se ha introducido el paradigma del Estado constitucional de derecho. Es de esperar, además, que los cambios aumenten a medida que se desarrolle la ciencia jurídica en esta época en la cual las fuentes del derecho alcanzan instituciones internacionales como es el caso de las declaraciones y convenios de la ONU y la jurisprudencia de instituciones como la Corte Interamericana de Derechos Humanos.



En nuestra época ya se presenta una nueva visión de la relación entre derecho y moral. Esta relación, como se ha insistido en este trabajo, cambia debido a la presencia del modelo constitucional, el cual suele asumir un conjunto de valores y derechos fundamentales como la base del Estado de derecho. En este contexto, han surgido nuevas corrientes en la filosofía del derecho, las cuales ya no se acomodan tan fácilmente a las reflexiones antiguas. A continuación, se presentan algunas de estas corrientes clásicas y también algunas contemporáneas, las cuales marcan una diferencia considerable con respecto a las tradiciones iusfilosóficas sostenidas en tiempos anteriores.

1.5.1. *Iusnaturalismo clásico*

La existencia misma de un marco jurídico para la vida social es un considerable logro civilizatorio, en virtud de que este descansa en la asunción de que los problemas entre los miembros de una sociedad se pueden resolver a través de recursos normativos reconocidos por los miembros de la sociedad respectiva. Desde luego, con el paso del tiempo este reconocimiento fue adquiriendo un creciente nivel de racionalidad. En esta dirección, las modalidades de resolución de las controversias jurídicas han ido cambiando, bajo presiones sociales y culturales, y a menudo a partir de la pérdida de legitimidad de los ordenamientos vigentes, como es el caso del derecho de espíritu napoleónico.

Se sigue de lo dicho que el primer atisbo de la relación entre el derecho y la moral brinda gran atención a la segunda. De este modo, en el orden de la historia, la primera



posición que se hace presente, con bastante tiempo de antelación, es la del iusnaturalismo.

La presencia de la naturaleza moral del derecho se presenta desde *Antígona* una tragedia atribuida al gran dramaturgo griego Sófocles. Como se sabe, Creonte, rey de Tebas, prohíbe que el cuerpo de Polínices quien ha muerto en combate contra su hermano Eteocles, ambos hijos de Edipo, sea enterrado. Esta prohibición es enfrentada por Antígona, hermana de ambos y también hija de Edipo, quien no sigue el mandato de Creonte, desafiando su potestad de promulgar una ley que va en contra de una ley de los dioses.

La corriente que establece con mayor claridad el dominio de la razón natural y universal es el estoicismo. Esta corriente, desarrollada durante el período helenista, es decir, el período posterior a la filosofía clásica griega (Sócrates, Platón y Aristóteles) es una corriente que establece la idea de una razón universal. Por su marcada influencia en el derecho romano, el estoicismo como iusnaturalismo se impone desde los tiempos antiguos, especialmente con Cicerón. Esta corriente alcanza su mayor desarrollo con la doctrina cristiana, la cual se desarrolla precisamente en la época en la que la cultura griega se ha diseminado por todo el mundo antiguo. Puede decirse que la idea de la hermandad universal iba a influenciar a Pablo de Tarso, ciudadano romano que se comunicaba también en griego, para que la doctrina cristiana superase el restringido ámbito del judaísmo, en cuya cultura apareció originalmente la doctrina de Cristo.

El segundo momento radica en la filosofía de Santo Tomás de Aquino, el cual se constituye en referente de la doctrina oficial de la Iglesia Católica. Con este pensador, y



bajo la notable influencia del redescubrimiento medieval del pensamiento aristotélico, se desarrolla la noción de ley natural, que sigue jugando un papel fundamental en el pensamiento católico. Su influencia, por lo tanto, se ha fortalecido en la misma expansión de esta corriente. Las creencias de esta doctrina se reflejan en el ámbito regional católico, especialmente en los países latinoamericanos, que fueron influenciados por esta doctrina religiosa, cuya defensa recayó en el gobierno colonial español, y que ha persistido como una fuerza cultural considerable en el mundo latinoamericano.

1.5.2. *Iusnaturalismo moderno*

El cambio más profundo acontece en el paso de la Edad Media a la Edad Moderna, en el momento en el cual aparece la noción de derechos. Este cambio es hecho posible por el desarrollo del concepto de individuo, el cual se va colocando de manera paulatina dentro del marco liberal que empieza a desarrollarse en el siglo XVIII. Como lo hace ver el filósofo del derecho Alfonso Ruiz Miguel (Ruiz, 2009):

Mientras el iusnaturalismo antiguo y medieval insiste en la ley como regla que establece sobre todo obligaciones y prohibiciones, esto es, como portadora de deberes para los hombres en función del bien común, el iusnaturalismo moderno tiende a hacer preceder los derechos individuales sobre la ley y los deberes. Si se quiere, por decirlo de otra manera, en la escolástica el *ius* es *lex*, Derecho objetivo, y en el iusnaturalismo racionalista se convierte en *iura naturalia*, en derechos naturales y subjetivos. Aun con la parcial excepción de Hobbes, que se comentará, los derechos naturales, en el sentido de propios del estado de la naturaleza, en el sentido de propios del estado de naturaleza, toman la prioridad como fundamentos



del poder político, que queda legitimado al servicio de su respecto y garantía. (p. 90)

En nuestra época se plantea, al menos en algunos círculos, la idea de una lectura predominantemente moral de la constitución. Esta idea adquiere mayor resonancia con el trabajo del influyente filósofo del derecho norteamericano Ronald Dworkin, quien sostiene que los valores, así como los principios morales y jurídicos, forman parte fundamental de la tarea interpretativa de la práctica jurídica, especialmente la relativa a la lectura del texto constitucional. Esta idea se fue consolidando en las últimas décadas, gracias a la voluminosa obra de autores como Robert Alexy, Carlos Santiago Nino, Gustavo Zagrebelsky y otros pensadores fundamentales de la segunda mitad de siglo pasado.

En la actualidad existe una convergencia respecto a que el modelo constitucional hace que la moral penetre en el derecho. Estas ideas, en la interpretación favorecida por Habermas, constituyen parte fundamental de las aportaciones de este trabajo de investigación.

1.5.3. El positivismo

En la secuencia histórica del desarrollo de la filosofía del derecho, el positivismo sigue al iusnaturalismo. Este se desarrolla durante los últimos siglos de la Edad Media, especialmente con Guillermo de Ockamm. Estos autores incluso afirman que lo que es bueno depende de una decisión de Dios, lo cual va contra la idea de los tomistas, los



cuales determinan que Dios es bueno precisamente porque se adecúa a la idea de lo bueno.

En la actualidad se sostiene que el positivismo se caracteriza por la tesis de las fuentes sociales del derecho. Existen varias clases de positivismo. Una famosa reflexión al respecto fue planteada por el influyente filósofo del derecho, el italiano Norberto Bobbio, maestro de Luigi Ferrajoli. Las distinciones que este filósofo hace respecto al positivismo permiten clarificar muchos aspectos que, de no tenerlas claras, pueden hacer que crezca la confusión en un terreno muy complicado como lo es la filosofía del derecho contemporánea.

El positivismo se logra imponer durante el siglo XIX, la época de consolidación del Estado alrededor del mundo. Se considera, entonces, que el Estado es el sistema institucional y política desde el cual se formula el derecho que es válido, especialmente porque el aparato estatal refleja la voluntad general. Cabe recordar que esta visión conceptual fue un constructo política y jurídico que surge durante el tiempo de la Revolución francesa. Con el planteamiento positivista queda clara la identificación del derecho, en tanto no quedan dudas de donde se emite el derecho como tal. Suele ser, por lo tanto, una concepción del derecho que presta suma atención a la actividad estatal de producción de la ley.



1.5.4. El positivismo incluyente

El positivismo incluyente es una corriente relativamente nueva dentro del desarrollo de la filosofía del derecho contemporánea. Surge, al igual que la posición excluyente, en el seno de la polémica entre Dworkin y Hart.

Como es de común conocimiento, Hart es uno de los exponentes más conocidos del positivismo que se ha desarrollado en el mundo de habla inglesa en la mitad del siglo XX. Para este autor, el derecho es fundamentalmente un sistema de reglas. Estas son de dos tipos: primarias y secundarias. Las primeras son las reglas las leyes propiamente dicha, aquellas que funcionan como directivas en una sociedad determinada. Las secundarias son reglas que versan sobre las reglas primarias, puesto que ellas establecen en qué consiste el derecho, como cambia este, y como se debe proceder cuando surge un conflicto entre estas.

El punto medular de la crítica de Dworkin a Hart consiste en que el derecho no consiste exclusivamente de reglas, sino que también de principios. Esta diferencia se hace evidente cuando se trata de lo que Dworkin llama “casos difíciles”. El caso típico para presentar este caso es aquel, basado en un hecho real, en el que se decide si una persona que ha asesinado a su abuelo puede recibir la herencia que este le ha dejado. La ley estatutaria no había contemplado este caso. Pero darle la herencia al asesino, según Dworkin viola un principio, a saber, aquel que dictamina que nadie puede beneficiarse de sus crímenes. O sea el juez no actúa con base en su discrecionalidad, sino con base en un principio.



Esta diferenciación ha sido asumida de diferentes maneras por algunos destacados juristas contemporáneos y criticada también por filósofos tan importantes como Luigi Ferrajoli. Para este filósofo, no existen principios sino que, al nivel jurídico, solo poseemos reglas.

El positivismo incluyente, como su nombre lo sugiere, sostiene que el derecho posee un contenido irreducible de moral. Entonces puede decirse que es una posición intermedia entre iusnaturalismo y positivismo. Este rasgo se hace más acentuado cuando se repara en el que el Estado constitucional de derecho acepta explícitamente el orden de la moral. Como se verá adelante, el positivismo incluyente parece ser un rasgo característico del punto de vista habermasiano.

1.5.5. El positivismo excluyente

Esta corriente representa un retorno de las concepciones fuertemente positivistas. Su máximo exponente es Joseph Raz, quien sustituyó a Hart en su posición de profesor en la inglesa Universidad de Oxford. En la actualidad, dicha corriente es sostenida por Andrei Marmor y Juan Antonio García Amado.

La diferencia se puede describir de la siguiente manera: Raz no está dispuesto a conceder ninguna naturaleza jurídica a la moral, a diferencia de Hart. El rasgo fundamental del derecho es la autoridad, la cual hace que las personas tengan que seguir lo que la ley estipula. Si esto no fuera así, entonces cada quien tendría la potestad de seguir sus propias decisiones. Sin embargo, nunca actuamos de esta manera. Cuando una ley se ha establecido, simplemente la seguimos; si es abiertamente inmoral, la



podemos rechazar. Ese es un punto de vista que los positivistas excluyentes tienen problemas para analizar. El positivismo excluyente plantea una estricta separación entre moral y derecho.

Desde luego, el positivista excluyente reconoce que se puede presentar consideraciones morales en un proceso jurídico, pero el punto es que este hecho no hace que la moral forme parte del derecho. Simplemente, puede existir una ley o disposición que faculte a los jueces y a los abogados a presentar argumentos morales para resolver un problema jurídico. En esta tesis se verá que el planteamiento habermasiano ofrece un mejor camino para explicar la relación entre derecho y moralidad.

1.5.6. El neoconstitucionalismo

El neoconstitucionalismo es una de las concepciones del constitucionalismo actualmente vigentes, especialmente en el mundo iberoamericano y en Italia. Puede decirse que esta es la nueva corriente que goza de mayor influencia en Guatemala, aun cuando el positivismo sea bastante fuerte todavía. Este fenómeno merece una investigación especial, la cual será ofrecida en capítulos posteriores.

Entre los pensadores que influyen en el neoconstitucionalismo se encuentran el argentino Carlos Santiago Nino, el norteamericano Ronald Dworkin y el alemán Robert Alexy. Todos estos pensadores subrayan la presencia de la moral dentro del orden jurídico. Dichas ideas han sido profundizadas por Luigi Ferrajoli, quien a pesar de ser un positivista muy particular, acentúa la diferencia del sistema constitucional con respecto a



la validez substantiva de la Constitución, cuyo sentido más profundo, como se ha afirmado con anterioridad, descansa en su núcleo axiológico.

El neoconstitucionalismo plantea una asimilación de la Constitución a un sistema moral. El término, como tal, fue introducido por la jurista italiana Suzana Pozzolo, quien describe a dicha corriente de este modo:

Desde un punto de vista más claramente normativo, como ideología del derecho, la postura neoconstitucionalista subraya la subordinación de todo el derecho al contenido constitucional. Esta perspectiva se conecta, aunque no necesariamente, con la tradición doctrinal del constitucionalismo político en su sentido más amplio, entendido como doctrina de la limitación jurídica del poder. De este modo, con el modelo de Estado constitucional contemporáneo, dotado de una constitución extensa y densa, el constitucionalismo obtiene el resultado querido, puesto que finalmente todo el derecho está sujeto al derecho mismo. Sin embargo, siguiendo esta dirección, se acentúan sobre todo los elementos sustantivos sobre los formales, que se presentan como medios para asegurar la aplicación de un derecho sustantivamente justo y no solo legítimo. En esta línea, se disminuye la atención hacia los mecanismos de check and balances, mientras que se acentúa el interés por los valores insertos en los principios constitucionales que se muestran como el baluarte más fuerte en contra de las degeneraciones del poder. (Pozzolo. 2016, p. 145)

En la cita de Pozzolo se hace evidente la enorme importancia del componente moral dentro del derecho constitucional moderno. Este rasgo se ve magnificado por la



tendencia a consolidar ciertos rasgos como su capacidad moral bastante acaparadora, su referencia a principios, de tal manera que rasgos preponderantes del positivismo van desapareciendo. Estos puntos se hacen evidentes en la siguiente cita del jurista italiano Paolo Commanduci (2002, p. 97).

El neoconstitucionalismo, como teoría del Derecho, aspira a describir los logros de la constitucionalización, es decir, de ese proceso que ha comportado una modificación de los grandes sistemas jurídicos contemporáneos respecto a los existentes antes del despliegue integral del proceso mismo. El modelo de sistema jurídico que emerge de la reconstrucción del neoconstitucionalismo está caracterizado, además de por una Constitución “invasora”, por la positivización de un catálogo de derechos fundamentales, por la omnipresencia en la Constitución de principios y reglas, y por algunas peculiaridades de la interpretación y de la aplicación de las normas constitucionales respecto a la interpretación y a la aplicación de la ley. Como teoría, el neoconstitucionalismo representa por tanto una alternativa respecto a la teoría iuspositivista tradicional: las transformaciones sufridas por el objeto de investigación hacen que ésta no refleje más la situación real de los sistemas jurídicos contemporáneos. En particular, el estatalismo, el legicentrismo y el formalismo interpretativo, tres de las características destacadas del oía positivismo teórico de matriz decimonónica, hoy no parecen sostenibles.

Nos encontramos, pues, frente a una teoría de gran alcance, cuyas tesis se harán presentes varias veces en este trabajo, aunque sea para efectos críticos. Por esta razón, se le prestará especial atención a esta doctrina, la cual puede poner en problemas



algunos presupuestos tradicionales del derecho, especialmente en el renglón de las consecuencias normativas de este enfoque, los cuales suelen afectar profundamente el ideal de la seguridad jurídica, un valor que no debe olvidarse en estos tiempos de economías interconectadas. Estos problemas se hacen evidentes en la siguiente cita en la que Riccardo Guastini critica algunas de las ideas de Gustavo Zagrebelsky, uno de los neoconstitucionalistas más destacados y quien fuera juez constitucional en Italia. Dice Riccardo Guastini (Guastini, 1996, p. 123):

El juez, según Zagrebelsky, debe adaptar el significado de los textos normativos a las exigencias de justicia «sustantiva» del caso concreto, con independencia de «la letra» de los textos normativos (es decir, con independencia del significado común de las palabras) e incluso contra la voluntad del legislador. En otras palabras, el juez debe -primero- decidir el caso en justicia (esto es, de acuerdo con sus propias ideas de justicia) y -después- buscar en el ordenamiento la norma idónea para justificar su decisión: reinterpretando, si fuera preciso, los textos normativos existentes a fin de recabar a partir de ellos la norma adecuada. Cualquier método de interpretación es válido para este objetivo. En cuanto doctrina de la interpretación, esta concepción desacredita radicalmente el valor liberal de la estabilidad de la interpretación y de la uniformidad jurisprudencial. Según esta doctrina, el significado de los textos normativos no debe ser constante, determinado de una vez para siempre por una jurisprudencia constante y uniforme, sino que, por el contrario, debe ser flexible, cambiante, en concordancia con las cambiantes exigencias de justicia: con evidente menoscabo del principio constitucional de igualdad.



No es necesario ser positivista para ver los problemas que han sido señalados por Riccardo Guastini. La seguridad jurídica es un valor esencial del derecho, hasta el punto de que sin él, la misma función del derecho como guía privilegiado de la acción social pierde mucho de su razón de ser.

En este trabajo se sostiene que un enfoque como el de Zagrebelsky debe usarse en los contextos en los que se dan verdaderos dilemas morales. Se debe tomar en cuenta que, en la práctica del derecho, los jueces se encuentran con casos con características bien diferentes, razón por la cual nadie se puede limitar a “aplicar” la ley de manera mecánica. Pero esto no obsta para que la ley funcione regularmente de manera que los ciudadanos puedan organizar su vida.

1.5.7. La teoría discursiva del derecho

Como lo dice el filósofo argentino Oswaldo Guariglia, “En el ámbito de la filosofía alemana el kantismo ha reingresado como una importante corriente en la filosofía práctica contemporánea a partir del giro pragmático que tuvo lugar en el transcurso de la década del setenta, cuyos dos principales exponentes son Karl-Otto Apel y Jürgen Habermas.” La teoría discursiva del derecho se ha desarrollado en el pensamiento alemán contemporáneo, especialmente a partir de las contribuciones de Jürgen Habermas, quien pertenece a la tercera generación de la denominada “Escuela de Frankfurt”. Esta escuela creó una corriente marxista que se distanció de la ortodoxia que se desarrolló en la Unión Soviética. Esta corriente ha criticado la alienación que provoca el capitalismo dentro de las sociedades desarrolladas.



El movimiento de la teoría del discurso tiene como defensores de los filósofos alemanes Jürgen Habermas y Karl-Otto Apel. Estos pensadores parten de la crítica que la Escuela de Frankfurt planteó con respecto a la teoría sociológica desarrollada por Max Weber. Como es ampliamente conocido, este pensador hizo una clasificación de la acción social y distinguió la racionalidad que se desarrolla en relación al vínculo entre medios y fines. Este tipo de racionalidad, denominada “instrumental” ha sido muy criticada puesto que la lógica de dicha acción se manifiesta en el dominio que establece el sistema capitalista, el cual hace que los seres humanos se alienen en sus estructuras de consumo y producción.

Esta teoría, por lo tanto, se distancia de la razón instrumental para prestar atención a la naturaleza de la razón comunicativa. Mientras la razón instrumental ayuda a crear estructuras que pueden oprimir a los seres humanos, imponiendo un punto de vista privilegiado, la razón comunicativa busca el diálogo, el debate y el consenso basado en los mejores argumentos.

Desde esta perspectiva, las condiciones de la acción comunicativa se constituyen en las bases de una ética universal. La comunicación, en efecto, es un hecho universal, y por lo tanto, su clarificación ayuda a encontrar perspectivas éticas más incluyentes. En Habermas, como tendrá la oportunidad de verse especialmente en el cuarto capítulo, se efectúa una integración del derecho con las visiones morales de una ciudadanía que delibera para poder brindarse las normas jurídicas correspondientes.



1.6. La ética política como guía de la interpretación judicial

Desde nuestro punto de vista, el desarrollo de estas corrientes lleva a una ética política, que, a nuestro juicio, es la adecuada a la función jurisdiccional, y en particular, a aquellas ocupaciones en las que se deben tomar decisiones moralmente relevantes en un contexto de pluralidad moral. La ética política se ocupa precisamente de las diferencias morales que surgen en una comunidad determinada, para tratar de encontrar una manera de solucionar los problemas que surgen entre ellas. Esta ética política surge de una reflexión sobre la teoría de la argumentación y la hermenéutica jurídica.

Elementos de la ética política como la concepción de derechos fundamentales, el concepto de dignidad y valores como la tolerancia, el debate y el bien común, pueden ayudar a reducir la discrecionalidad de los juzgadores a la hora de decidir sobre asuntos sobre los cuales existen diferentes posiciones. Un juzgador, por ejemplo, puede sostener una concepción moral determinada, pero también debe reconocer que el sistema permite ciertos espacios de libertad de creencias y, por lo tanto, no debe imponer sus creencias y convicciones al resto de conciudadanos. Se busca, en esta dirección, asegurar las condiciones de posibilidad de una república democrática y abierta a la pluralidad.

Esta ampliación de perspectivas morales es también una consecuencia del desarrollo del pensamiento occidental, cuya racionalidad ha sido confrontada con la de otras visiones del mundo. De este modo, se desarrollan visiones morales feministas, indígenas, religiosas, etc., las cuales son generalmente respetadas en una sociedad democrática. Incluso algunas naciones contemporáneas se ven sometidas a



reconocimiento constitucional de la pluralidad nacional, como acontece en el caso de Bolivia.

En este sentido, cuando se acepta el pluralismo jurídico se asume la validez, al menos en cierto ámbito, de otras maneras morales de ver la realidad del derecho. Este fenómeno adquiere especial importancia en países con una fuerte presencia maya, como es el caso de Guatemala, en donde los niveles de exclusión étnica no pueden ocultarse. En efecto, uno de los grandes problemas actuales del derecho en Guatemala es la aceptación o rechazo del derecho indígena.

Puede pensarse, por ejemplo, en el problema de la propiedad de la tierra, en donde los pueblos originarios, son partidarios de visiones comunales de la propiedad de esta. Desde una moral individualista, esta manera de concebir la propiedad es inaceptable. Sin embargo, de manera progresiva se van creando jurisprudencia, alguna de ella en cortes internacionales, que de manera progresiva van cambiando el panorama del derecho en países que, como Guatemala, han rechazado los reclamos indígenas por las tierras que ellos consideran ancestrales. Esto muestra, además, que el derecho no es independiente de las estructuras de poder. El derecho, por lo tanto, también puede ser evaluado desde la sociología jurídica, lo cual introduce una perspectiva desde la cual se pueden considerar las perspectivas legales de los grupos tradicionalmente marginados. Como se verá en capítulos posteriores, los enfoques deliberativos del derecho ofrecen posibilidades para desarrollar las perspectivas de los grupos menos favorecidos



Desde luego, la ética política no puede solo reflejar las perspectivas morales de una sociedad o cultura determinada. Si en una sociedad existen diferentes concepciones de lo que constituye la moral, estas deben ser reflejadas por la ética del sistema social respectivo, dado que, sin reglas mínimas de convivencia, las cuales siempre están presentes en un momento dado en cualquier sociedad, es imposible un orden más o menos estable. En este sentido, se necesita y se deben buscar perspectivas morales que puedan ser aceptadas por personas que adoptan los diferentes modos de vida que existen en una sociedad. En esta dirección, el filósofo español Norbert Bilbeny (Bilbeny, 2013) opina:

la ética intercultural es imprescindible para la consecución de una especie de <<mínimo común moral>> que coopere con la... ciudadanía transnacional en bien de una globalización más sostenible y humanizada... A mi modo de ver... tanto la ética como la ciudadanía en apoyo de la globalidad exigen al mismo tiempo la meditación y el compromiso hacia un nuevo paradigma filosófico, el de un pluralismo interactivo e integrador que evite, pues, su equiparación con el relativismo y las consecuencias atomizadoras del pluralismo predominante o en la teoría social, teñido aún de monoculturalismo liberal. (p.10)

Es natural que en este trabajo se defienda la posibilidad de la ética intercultural, de una moral que trascienda las diferencias entre visiones del mundo. Se trata de buscar una serie de mínimos para que los diferentes modos de vida, siempre en tolerancia y sin caer en relativismo, puedan realizar sus particulares proyectos personales o grupales. Lo que se quiere enfatizar es la posibilidad de encontrar caminos intermedios que puedan



buscar un mínimo común entre diferentes propuestas morales o jurídicas, de manera que las personas sepan a qué atenerse cuando plantean sus demandas al sistema de justicia.

Este objetivo es una manera de sostener que, a pesar de las diferencias, existen un nivel básico de objetivismo axiológico. En efecto, sin este nivel, es imposible, o al menos muy difícil, encontrar posibilidades de asegurar un orden jurídico incluyente y respetuoso de la dignidad humana.

1.7. Conclusión del capítulo

En este capítulo se ha presentado el marco teórico de esta investigación, enfatizando el problema de investigación y las hipótesis fundamentales que estructuran este trabajo. Se ha expuesto, además, una serie de distinciones y contenidos esenciales para la comprensión del abordaje de esta tesis, en especial el problema del pluralismo, el cual abarca temas culturales, políticos, sociológicos, éticos que suelen presentarse de manera simultánea.

Se ha hecho un breve análisis de la naturaleza de la jurisdicción en el mundo occidental. Se ha visto como el Estado constitucional de derecho inviste al juez con poderes que van mucho más allá de simple boca de ley, aplicador de las normas acordadas por el poder legislativo. Este planteamiento refleja el advenimiento de la doctrina del Estado constitucional de derecho, la cual representa un renovado interés en las dimensiones morales de la ciencia jurídica.

Se ha llevado a cabo, asimismo, una breve presentación de distintas doctrinas relativas a la relación entre el derecho y la moral. Se ha distinguido el viejo problema del



nuevo, insistiendo en que el modelo constitucional contemporáneo cambia los términos del debate. La razón fundamental consiste en que la introducción de los derechos humanos plantea la importancia fundamental de la dignidad, la cual, desde Kant, es una noción de naturaleza estrictamente moral.

Se llega a la conclusión de que es necesario que el juez practique una ética política que aumente su capacidad de enfrentar visiones opuestas a la suya. Esta ética es de naturaleza intercultural, lo cual ayuda a buscar formas básicas de coexistencia entre diferentes posiciones. Se ha hecho ver, además, que el camino que se seguirá en esta tesis se basa en gran medida, con los cambios naturales en la interpretación, en las teorías habermasianas del derecho, las cuales han sido elaboradas en la última década del siglo pasado.

Esta estrategia puede ayudar a reducir el nivel de discrecionalidad de las decisiones jurídicas, ayudando a establecer un nivel más alto de satisfacción de la certeza y la seguridad jurídica. Las posibilidades de esta forma de proceder se encuentran en la ética discursiva, que, concebida como un sistema ético intercultural, pueda desarrollarse como ética política que pueda ayudar a que los jueces garanticen la seguridad y certeza jurídica que se necesita en cualquier sociedad moderna, especialmente cuando históricamente han hecho falta esos atributos positivos, especialmente para los grupos mas vulnerables y marginados.

Debe notarse, sin embargo, que la relación entre moral y derecho debe tomar en cuenta que el mismo concepto de moral, según las investigaciones de la disciplina filosófica de la ética, cambia dependiendo de las doctrinas de la moral que se sostengan.



De este modo, es necesario estudiar las diferentes concepciones teóricas de la moral que tienen influencia en el mundo contemporáneo, porque estas ofrecen criterios para pensar la forma en que se puede decidir en los contextos de la decisión jurisdiccional. Llevar a cabo esta tarea, para comprender posteriormente en qué consiste una buena decisión jurisdiccional en una sociedad pluralista, es el objetivo del segundo capítulo de este trabajo.



CAPÍTULO II

LAS DIVERSAS CONCEPCIONES DE LA MORALIDAD

La complejidad de la lectura moral de la Constitución, defendida por autores contemporáneos, entre los que destaca Ronald Dworkin, se ha incrementado debido a que la misma concepción de la moralidad es de naturaleza plural. Las creencias morales suele ser distintas según sean los lugares de las que provengan. En este sentido, las concepciones de la moral y la ética han ido cambiando de manera notable según los lugares, los tiempos, los contextos culturales y los autores considerados.

Estos cambios de la moral se hacen presentes en el derecho. Esto se hace claro, por ejemplo, cuando se recuerdan las grandes diferencias que median respecto a la naturaleza del castigo en la antigüedad y en la época moderna. Modalidades de la pena como el empalamiento, el descuartizamiento o la decapitación, y ahora la escasa frecuencia con que se usa este castigo, refleja transformaciones profundas, de naturaleza evolutiva, en la sensibilidad moral de las sociedades. Se ha pasado, por ejemplo, de un enfoque retribucionista del castigo, de naturaleza kantiana, a uno de naturaleza preventiva, lo cual denota la influencia de los enfoques utilitaristas.

Sin embargo, existe todavía otro factor que no se puede ignorar y que será visto en este capítulo: siendo la moral un objeto de estudio filosófica, las diferentes visiones



del fenómeno moral también influyen en las personas y, por lo tanto, la idea de la relación que existe entre la moral y el derecho. Sin embargo, esta pluralidad de perspectivas no es necesariamente negativa, puesto que las diferentes corrientes, las cuales se examinarán brevemente a continuación, enfatizan aspectos distintos que, sin embargo, deben ser considerados en una decisión jurisdiccional adecuada a la realidad pluralista del actual Estado constitucional de derecho.

En resumen, no es solamente una cuestión de pluralismo moral, en especial el de origen cultural, sino que también de pluralismo epistemológico, de diferentes maneras de conocer el mundo. Así como existen diferentes culturas, existen también diferentes teorías de la moralidad, las cuales existen dentro de un determinado ámbito cultural, como acontece con el kantianismo, el neoaristotelismo y el utilitarismo en la cultura occidental contemporánea. Así, por razones filosóficas, también existe un pluralismo jurídico, porque las normas de la ley están influenciadas por los diferentes paradigmas culturales que existen

Este capítulo tiene diez apartados. En el primero se examina la naturaleza del pluralismo teórico sobre la moral. El segundo trata de la diferencia entre ética y moral, una distinción necesaria para alcanzar claridad en este trabajo. Los siguientes nueve apartados se ocupan de presentar una selección de estas corrientes, a saber, el aristotelismo, el enfoque analítico, el contractualismo, el kantianismo y neokantianismo, el enfoque pragmático, el enfoque comunicativo, el utilitarismo, el enfoque axiológico. Todas estas corrientes representan posiciones dignas de analizar si se quiere comprender la dimensión moral del derecho.



2.1. La pluralidad teórica sobre la moral

En este sentido, es obvio que se debe ir más allá del liberalismo defendido por los autores más reconocidos en el ámbito actual de la reflexión moral sobre el derecho, es decir, aquellos pensadores que generalmente destacan en las actuales polémicas dentro de la teoría jurídica moderna. En efecto, no todos los ambientes culturales aceptan sin reservas el individualismo liberal característico de la cultura occidental, ni todas las corrientes de estudio de la moralidad, como es el caso del aristotelismo contemporáneo, consideran a dicho individualismo como punto de partida indiscutible. Incluso pensadores como el inglés Alasdair MacIntyre consideran que los derechos humanos no constituyen una propuesta de moralidad que pueda seguirse racionalmente puesto que estos constituyen simples ficciones conceptuales.

Por otro lado, algunas concepciones de la moral son bastante tradicionalistas, y debido a ese carácter, entran en conflicto con perspectivas liberales que defienden las decisiones individuales, y como es de esperar, con otras visiones de la moralidad. Existen concepciones comunitaristas que no pueden aceptar el individualismo liberal y propugnan visiones morales en las que el individuo está conectado a su comunidad y, por lo mismo, no están dispuestos a reconocer las nuevas ideas y prácticas que traer la inmigración.

Este fenómeno afecta el ejercicio de la jurisdicción en un lugar determinado. Por ejemplo, en un ambiente como el guatemalteco, en el cual predomina la visión católica del mundo, siempre habrá una resistencia tenaz a legalizar el aborto. Se puede pensar, entonces, que los argumentos de autores como el John Finnis, quien se ha destacado



como uno de los más incisivos iusnaturalistas de la actualidad, serían ampliamente aceptados en nuestro país. Al mismo tiempo, sin embargo, se han multiplicado los grupos feministas que consideran al aborto como un derecho, algunas veces relacionado con la salud pública, y otras veces con el ejercicio del libre albedrío de las mujeres. Los jueces de todo nivel, deben enfrentar situaciones tensas cuando deciden casos que implican la interrupción del embarazo.³

Sin embargo, la cuestión está lejos de ser pacífica, puesto que los autores que mencionamos, muchos de ellos involucrados en multitud de debates en la ciencia jurídica, a menudo sostienen posiciones difíciles de reconciliar. De este modo surgen preguntas interesantes ¿Hasta dónde puede llegar la tolerancia y el respeto a las creencias de los demás? ¿Cómo se pueden encontrar soluciones óptimas que promuevan la estabilidad y la cohesión social? Otras preguntas son más concretas: ¿Cuáles son los límites a los que se puede llegar en la lucha contra el terrorismo? ¿Es la clonación humana una práctica legítima en el terreno de la investigación biológica? ¿Debe legalizarse el aborto?

Sin tomar partido en los debates al respecto, se puede ver que la Constitución moderna positiviza un conjunto de valores. Esto no puede significar, como es natural

³ Otros ejemplos, particularmente notables, son las discusiones jurídicas y morales que rodean los arduos debates de la bioética, en virtud de la creencia en la santidad de la vida humana. En estos temas destacan las posiciones diametralmente opuestas de pensadores como Ronald Dworkin o algunas feministas, y los filósofos conservadores, como el mismo John Finnis, de reconocida vinculación católica, y uno de los exponentes más importantes del iusnaturalismo actual. Existen, desde luego, posiciones menos extremas como es el caso de John Rawls, quien plantea un consenso traslapado en el cual se permite la coexistencia de varias visiones del mundo, los cuales no aceptan un sistema común de creencias, sino un conjunto de coincidencias, como un respeto básico a la propiedad, la condena del homicidio, etc. Desde luego, se puede imaginar que existen tipos de conflictos, como los religiosos, que a veces pueden desembocar en situaciones de violencia.



suponer, que la Constitución sea totalmente un cuerpo doctrinal de naturaleza moral. La Constitución también sirve para organizar el aparato del Estado y para imponer frenos al poder. Pero la vigencia constitucional de los valores constituye un aspecto difícil de materializar de manera tal que no se creen insatisfacciones y protestas en algunos sectores sociales.

Naturalmente, la situación se vuelve más problemática debido al pluralismo moral, esto es, a la diversidad de perspectivas éticas que pueden llevar a una especie de relativismo ético. Este problema afecta, incluso, a autores como Habermas, Alexy y Dworkin, los cuales se mueven dentro de una concepción liberal, en la cual se presuponen las libertades básicas, el individualismo, y en general, todo ese conjunto de condiciones que le dan forma a la democracia constitucional.⁴

El problema es todavía más complejo cuando se toma en cuenta que el constitucionalismo contemporáneo implica una moralización creciente de la vida de una sociedad. Este fenómeno, como lo dice Riccardo Guastini, caracteriza al proceso de constitucionalización del derecho en las sociedades contemporáneas que siguen este modelo de convivencia. En efecto, este autor entiende que la constitucionalización del derecho supone:

⁴ Veremos, sin embargo, que Habermas ofrece algunas posibilidades para trabajar el problema de la pluralidad en una sociedad democrática, debido a que considera al derecho como un gran sistema de integración social. Estas ideas, los cuales se desarrollan en la teoría de la democracia deliberativa, permiten una armonía entre el aspecto positivista y el axiológico del derecho. Estas ideas serán desarrolladas con detalle en el cuarto capítulo de este trabajo.



un proceso de transformación de un ordenamiento al término del cual el ordenamiento en cuestión resulta totalmente <<impregnado>> por las normas constitucionales. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una constitución extremadamente invasora, entrometida (persuasiva, invadente), capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales.

Resulta, pues, que los ciudadanos pueden criticar el sistema jurídico y político desde su vida en las relaciones sociales. Las personas sienten, en todo caso, que la Constitución expresa la moral compartida de la sociedad. Desde luego, este sentimiento no es unificado, existen diferencias entre diferentes moralidades, por un lado, y diversas concepciones filosóficas de la moral. Estas concepciones filosóficas son examinadas en este capítulo.

Para tener una visión más completa del panorama respectivo también debe notarse el surgimiento, en especial en los EE.UU., de las posturas originalistas, las cuales demandan que la Constitución debe leerse en términos del significado original con el que fue escrita. No se puede ir más allá del texto constitucional, y cuando se encuentran los límites del texto constitucional, se debe acudir al poder legislativo. Esta visión, desde luego, va en contra de la idea de la “Constitución viviente”, esto es, la Constitución como una entidad normativa cuya interpretación va cambiando con el paso del tiempo. No es extraño, por lo tanto, que las posturas originalistas sean sostenidas por los sectores conservadores de la sociedad norteamericana, siendo esta una perspectiva que también puede ser defendida por similares grupos en otras naciones.



2.2. La diferencia entre ética y moral

Un aspecto que debe quedar claro es que suele existir una diferencia significativa entre la ética y la moral. En la vida diaria, tales términos suelen ser usados de manera intercambiable, pero cuando estos términos son utilizados en su sentido más riguroso, sus significados cambian. De este modo, es necesario distinguir entre el significado de ambos vocablos para llevar a cabo la tarea propuesta en este trabajo. Para tener clara esta distinción se acudirá a estipular la diferencia de tal manera que no se confundan objetivos distintos cuando se usen las respectivas expresiones en el transcurso de esta investigación.

La moral, en el sentido de *mores* (costumbre), hace referencia a las normas que rigen la convivencia de una sociedad (Müller y Halder 1979, p. 306). La moral está compuesta por esas reglas de conducta que son valoradas positivamente por una comunidad determinada. La moral, en este sentido, puede cambiar de un lugar a otro, y de una época a otra. A veces sucede que lo que se ve en una sociedad como bueno o aceptable, en otra sociedad es criticado y rechazado de manera categórica. Esto acontece no solo entre sociedades, sino también entre diversos grupos sociales y generaciones. De hecho, el pluralismo que se analiza en este trabajo plantea una diversidad de visiones morales.

Por su parte, la ética es el estudio filosófico de la moral. Como también lo especifican los autores arriba citados, la ética sería la “parte fundamental de la filosofía práctica, que trata de definir el <<obrar recto>> (Müller y Halder, 1979, p. 155). En el caso de la ética se presenta, pues, un espíritu reflexivo que no se suele hallar en el



terreno de la moral, en donde muchas personas simplemente siguen las tendencias valorativas de la sociedad en la que viven.

Como puede verse, esta diferenciación es importante porque los seres humanos no solo manejan diferentes reglas de convivencia (moral), sino también pueden tener diferentes concepciones u opiniones de la moral. Las reglas morales pueden cambiar de un lugar a otro, pero también, especialmente, dentro de una sociedad existen diferentes concepciones filosóficas de la moral, y, como ya se sabe, del derecho mismo. De este modo, puede suceder que dos personas coincidan básicamente en las mismas reglas morales, pero tengan ideas diferentes acerca de las razones por las que dichas reglas son válidas.

Es natural, por lo tanto, que estas diferencias incidan en opiniones muy divergentes acerca del mismo tópico. En ciertas sociedades la moral sexual es mucho más estricta, como sucede en el mundo musulmán, pero también existen diferentes opiniones de estos temas polémicos, según seamos utilitaristas, partidarios católicos de la ley natural, contractualistas, kantianos, etc. En el tema del aborto, por ejemplo, las sociedades se debaten entre las exigencias de los grupos pro-vida (generalmente religiosos) y los grupos liberales, los cuales asumen posturas que buscan el derecho a decidir. Además, en la época contemporánea, los valores sexuales entre diferentes generaciones varían ampliamente.

Conviene, por lo tanto, prestar atención a los planteamientos filosóficos de la moral, con el objeto de aclarar los términos del debate en la actual situación de pluralismo. Se presentan enfoques destacados de la moral, los cuales será útil examinar



para los propósitos de esta investigación. Posteriormente, se pasará a examinar el papel que juegan estas posiciones en la comprensión del tema de investigación de este trabajo, especialmente sus limitaciones, en la solución de los problemas respectivos.

2.3. El aristotelismo

Uno de los pensadores con mayor influencia dentro de toda la historia de la filosofía es Aristóteles (384-322 a. C.), discípulo de Platón (427-347 a. C.). Aristóteles llegó a desarrollar una perspectiva filosófica que difiere significativamente de la posición idealista de su maestro. En general, Aristóteles parte de la observación y, en el campo del derecho y la política, de la práctica concreta del ser humano, para después arribar a conclusiones respecto a la forma de acción correcta. En el caso de Platón el procedimiento es a la inversa, la moral depende del conocimiento de la idea del Bien, la idea suprema del mundo de las ideas platónico, y el mundo de los sentidos es concebido como engañoso.

En el presente, el pensamiento aristotélico se suele oponer a las diversas posiciones racionalistas, especialmente el racionalismo kantiano. Como se sabe, el kantianismo define una perspectiva racional desde la cual pueden alcanzarse decisiones morales correctas. La filosofía de Habermas, Alexy y Rawls son seguidoras del kantianismo y asumen, por tanto, la posibilidad de alcanzar un objetivismo moral. Por su parte, los pensadores neoaristotélicos desconfían de que pueda alcanzarse una perspectiva racional o cognitiva, desde la cual puedan decidirse los dilemas morales. El aristotelismo —en su versión contemporánea como neoaristotelismo— rechaza la posibilidad de alcanzar ese punto de vista moral y racional, así como enfatizan la



sensibilidad moral, el carácter contextual del juicio moral y la dependencia social y cultural de los valores (Thiebaut, 1992, p. 35).

Aristóteles pone de relieve el papel de las virtudes, las cuales solo se adquieren en la práctica social en una comunidad determinada. En consecuencia, las doctrinas aristotélicas buscan el hábito de actuar de la manera correcta, un atributo que se alcanza cuando se vive en una comunidad. De este modo, el neoaristotelismo se opone al individualismo, en donde cada persona es libre de buscar su propia forma de vida y realizarse en ella.

Lo dicho tiene un aspecto positivo para esta investigación. En efecto, si el ser humano se forma en la comunidad, asumiendo los valores de esta, no es extraño que los jueces formen parte de la vida en común de una sociedad determinada. De este modo, su sensibilidad moral de algún modo se adquirió en dicha comunidad, razón por la cual sus puntos de vista pueden reflejar el mundo que comparten todos los que participan en un proceso específico. En las sociedades occidentales, por ejemplo, existe la profunda influencia de la doctrina cristiana, siempre interpretada y vivida de una manera particular, por diferentes grupos, los cuales, a menudo, no coinciden en las interpretaciones de los textos religiosos.

Existen problemas, sin duda. Por ejemplo, el conservadurismo que tienden a exhibir las posiciones comunitarias, las cuales suelen rechazar las posturas de los derechos individuales a decidir sobre aspectos de la vida personal, como es el caso de la moral sexual o el aborto. En efecto, cuando se enfatiza la comunidad entonces las posiciones individuales pasan a segundo plano, razón por la cual la comunidad ejerce una presión



conformista sobre las personas que sostienen ideas morales diferentes a las que defiende la colectividad.

En todo caso, el neoaristotelismo obliga al juzgador a plantearse un enfoque en el cual se examinan los valores de vida de una comunidad. Los valores y las normas no pueden pensarse en abstracto. En este sentido, un pensador como el inglés Bernard Williams critica la idea que es posible pensar en un sistema de moral, uno que establece obligaciones, prohibiciones y castigos.

Se puede notar, además, que el concepto de pluralismo jurídico puede coincidir con el aristotelismo, cuando se toma en cuenta que una comunidad determinada puede tener no solo sus propias creencias morales, sino también puede tener sus propias estructuras jurídicas. Por esta razón, los planteamientos comunitarios tienen importancia suprema en países como Guatemala, debido a la presencia de los pueblos indígenas.

El neoaristotelismo, pues, constituye una llamada para analizar los valores de una comunidad. El juez debe tener la habilidad, en una sociedad plural, de examinar la forma en que la comunidad influye en sus puntos de vista, y llegado el momento, puede tomar cierta distancia de esta. Ser reflexivo, en efecto, supone alejarse un poco de lo propio para lograr una perspectiva objetiva de sí misma. Por otro lado, también el análisis de los valores de la propia comunidad ayuda a apreciar los valores de aquellas colectividades que están acostumbradas a lidiar con lo extraño, como es el caso de las sociedades que reciben muchos inmigrantes. De este modo, un juez en dichas sociedades aprende a valorar las diferencias, lo que, sin duda, es un factor que



contribuye a acceder a una perspectiva desde la cual se pueden resolver los problemas jurisdiccionales subrayados en este trabajo.

2.4. El enfoque analítico

La filosofía analítica es una corriente filosófica que se ha desarrollado, desde comienzos del siglo XX, en amplios círculos intelectuales y universitarios en el mundo de habla inglesa. Esta corriente le presta atención especial a la lógica, así como al análisis del lenguaje cotidiano, suponiendo que muchos problemas pueden resolverse prestando atención a los sistemas lingüísticos con los cuales los seres humanos se comunican entre sí. En las palabras de José Luis Velasquez (Velasquez, 1999, p. 152) el “método analítico... pretende describir la estructura general de nuestro aparato conceptual mediante el análisis de la estructura lingüística de nuestro entendimiento”.

Esta corriente estudia, por ejemplo, la relación entre los términos morales y sus referentes. La dificultad de esta tarea muestra la complejidad de la reflexión acerca de los valores. Es difícil, por ejemplo, encontrar los referentes de expresiones como “bueno” o “dignidad” y muchas teorías se han creado al respecto, como aquellas que afirman que estos términos no significan más que aprobación, que decir que algo es bueno es decir que lo aprueba o me gusta. Esta corriente, sin embargo, ayuda a poner atención a determinados aspectos como, por ejemplo, la carga emocional y subjetiva de los términos morales, contribución que es un auxiliar importante en la comprensión del uso del lenguaje en la vida cotidiana de una sociedad determinada.



La ética analítica comúnmente distingue entre metaética, la cual se caracteriza por estudiar el significado de los términos morales; en segundo lugar, la ética normativa, la cual se ocupa de brindar propuestas concretas de acción, o criterios para identificar la acción correcta. Finalmente, toma en cuenta la ética aplicada, la cual estudia las dimensiones éticas de toda actividad que surgen en la vida humana; se habla entonces de ética de los negocios, ética jurídica, ética profesional, y desde luego, la ética de las profesiones jurídicas.

Uno de los grandes problemas de la ética analítica es que, al concentrarse en aspectos básicos del lenguaje moral, no logra dar soluciones a las arduas dificultades de la ética. No todo se reduce al lenguaje, existen problemas reales que surgen de diferentes valoraciones. Este tipo de ética es bastante técnica y sofisticada, pero contribuye poco a cuestiones substantivas. Por esta razón, el filósofo español José Luis Velásquez (Velasquez, 1999, p. 151) opina:

la ética analítica después de muchos y laboriosos exámenes sobre la especificidad de los juicios, los criterios, la lógica argumentativa y la motivación moral ha avanzado muy poco desde Moore en la determinación de lo que es bueno o lo que hay que hacer. Y se objeta igualmente que esta forma de entender y practicar la filosofía moral ha fracasado por partida doble: ha simplificado la vida moral (B. Williams)' y no ha contribuido en nada a atenuar los desacuerdos sobre algunos problemas concretos como: el aborto, la eutanasia o el pacifismo (A. MacIntyre).

En todo caso, el enfoque analítico puede ayudar al juzgador a clarificar el significado de los términos morales en un contexto determinado. Por ejemplo, analizar el



significado de “aborto” y “asesinato” puede ayudar a valorar las verdaderas dimensiones morales del problema de considerar al aborto como un asesinato. Esta es una tarea sumamente difícil, pero necesaria en un contexto en el cual las emociones y los sentimientos, aunque aspectos ineludibles de la vida humana, pueden interferir en un juicio adecuado y medurado en un contexto jurisdiccional. Cuando se juzga en el ámbito legal, es necesario estar consciente de la complejidad de nuestras actitudes morales. Por esta razón, el enfoque analítico permite un nivel mayor de rigor en las decisiones del juzgador.

Por otro lado, debe valorarse positivamente la disciplina de la ética aplicada, la cual estimula una comprensión profunda de los grandes interrogantes que enfrenta la humanidad actual. Como se verá en el capítulo final, es importante educar a los juristas en general, y a los jueces en particular, sobre la ética judicial. Como lo dice de nuevo José Luis Velásquez (Velasquez, 1999):

La ética aplicada comenzó su desarrollo centrándose en problemas sociales y políticos como el racismo, el pacifismo, las desigualdades económicas y la distribución de recursos. Posteriormente, y como consecuencia del avance de determinadas áreas de la investigación científica, en especial en el área de las ciencias biomédicas como la medicina y la genética, la ética aplicada se convirtió en sinónimo de ética médica. (p. 158)

En la actualidad, el juzgador se ve obligado a resolver casos que implican sofisticados conocimientos en diferentes ramas. De este modo, también debe acercarse a otros campos de la ética aplicada, como la ética médica, la empresarial, etc.. Aparte



de que se debe consultar a expertos, nada exime al juez de aproximarse a los duros debates de disciplinas como la bioética, el bioderecho, y el derecho económico, disciplinas que plantean preguntas interesantes, como aquellas relativas a la manipulación genética.

2.5. El contractualismo

Una de las ideas más fructíferas en la historia del pensamiento político y jurídico es la idea del contrato social, la cual es precedida por las diversas teorías pactistas que se desarrollaron durante la Edad Media, para dar cuenta de la legitimidad del poder monárquico. En estas doctrinas, en efecto, existía un pacto entre el pueblo y el rey. Pero, posteriormente, esta idea se cambia para generar la creencia de que existe un contrato que genera a la sociedad misma.

Como se ha visto en el anterior capítulo, la aparición de la doctrina contractualista es simultánea con el desarrollo inicial de la idea de los derechos individuales. Estos derechos, a su vez, plantean el surgimiento del sistema capitalista, el cual presupone las libertades de los individuos para poder organizar las actividades económicas que dicta su propio interés.

Esta doctrina surge cuando, en los comienzos de la modernidad occidental, el derecho natural se convierte, de manera progresiva, en la idea de los derechos naturales de los individuos. Sus grandes exponentes son los filósofos ingleses Thomas Hobbes (1588-1679), John Locke (1632-1704) y el pensador ginebrino Jean Jacques Rousseau (1712-1778). La idea del individuo se consolida y el sistema de gobierno se organiza a



partir del acuerdo de personas que buscan un compromiso conjunto que se base en la racionalidad de las propuestas. Es notable que la idea del contrato, concepción relacionada con el comercio, se imponga en los tiempos iniciales del capitalismo. Este fenómeno muestra la forma en que los fenómenos sociales se integran en momentos históricos determinados.

Esta visión ha experimentado un renovado interés en nuestra época. Como lo dice la filósofa María José Agra Romero (Agra, 1992, p. 247):

En el seno de la filosofía moral y política contemporánea nos encontramos con un renovado interés por la teoría del contrato, bajo formas más o menos complejas y sofisticadas. Revitalización, por tanto, de una tradición, la doctrina del contrato social, cuya formulación clásica se desarrolla en los siglos XVII y XVIII en los escritos de Hobbes, Locke, Rousseau y Kant. A pesar de las diferencias y especificidades de los teóricos del contrato, podríamos decir que el lenguaje de los derechos y la libertad del individuo, junto con la idea de un acuerdo racional o razonable — basado en el interés o en la reciprocidad—, fruto del consentimiento y para beneficio de todos, constituye el atractivo de una tradición cuyo postulado básico será el de que las relaciones sociales libres adoptan la forma de un contrato aceptado libremente y reconocido públicamente. La naturaleza de la situación en la que se produce el acuerdo, desde un punto de no-acuerdo, es decir, de conflicto, y la forma en que se alcanza la solución deseada varía de unos autores a otros.



En la actualidad, el pensador que más se ha destacado dentro de la tradición contractualista ha sido el filósofo norteamericano John Rawls (1921-2002). Este pensador, quien durante casi toda su carrera fue profesor en la Universidad de Harvard, planteó un cambio respecto al predominio de la filosofía analítica en el mundo anglosajón. Con Rawls se hace una ética claramente normativa, que ya no se limita al análisis del lenguaje moral, como era acostumbrado durante ese tiempo. De nuevo, en la opinión de María José Agra Romero (Agra, 1992, p. 51):

Entroncando con la tradición contractualista Rawls va a concebir a la persona como sujeto de derechos. Las cuestiones de justicia surgen cuando hay demandas en conflicto. La peculiaridad de la justicia como equidad es que trata a cada persona como un soberano igual, toma la pluralidad de personas como fundamental, mientras que el principio de utilidad no. Éste extiende el principio de elección racional para una persona a la pluralidad de personas, a la sociedad.

Este pensador elabora un experimento en la cual el contrato se realiza en un contexto que se denomina “posición original”. En esta posición los contratantes se encuentran detrás de lo que se denomina “velo de la ignorancia”. En efecto, ninguno de estos conoce de la situación que ocuparán en la sociedad que surge del contrato respectivo. De este modo, se alcanzan acuerdos para construir una estructura social justa y equitativa. Tomando en cuenta su propio interés bien entendido, nadie objetará, por ejemplo, a que el Estado corrija problemas sociales como la pobreza, porque nadie sabe si tendrá que pasar por tiempos difíciles. De este modo, con este enfoque de Rawls se llega a defender un Estado de bienestar, que fomenta un liberalismo en el que la



igualdad es importante para la libertad real, y no solo formal, de los miembros del pacto social.

Con el tiempo, sin embargo, Rawls se dio cuenta que su propio punto de vista no reconocía el pluralismo, el cual constituye una realidad ineludible en países como los EE.UU. Rawls se dio cuenta que su propia teoría de la justicia era un punto de vista entre varios, de manera que se esforzó en lograr un punto de vista que no fuera uno entre varios. Se buscaba un punto de vista que fuera neutral entre las diferentes concepciones del mundo que se encuentran en una sociedad moderna.

De esta manera, en su última etapa, Rawls sostiene la idea del consenso traslapado entre una pluralidad de puntos de vista. En ese enfoque se considera que las diferentes visiones del mundo pueden tener traslapes y acuerdos, puntos en común, que pueden garantizar una vida pacífica y democrática. Desde diferentes perspectivas, por ejemplo, se puede acordar la necesidad de evitar el crimen o respetar la libertad de expresión. La idea es interesante, puesto que siempre hay puntos de vista coincidentes, “acuerdos traslapados”, entre diferentes visiones del mundo y entre las diversas doctrinas políticas y filosóficas que se pueden encontrar dentro de una sociedad determinada.

Desde esta perspectiva, se aceptan las coincidencias, pero estas no se justifican desde ninguna perspectiva particular, sino más bien en el hecho de que ofrecen perspectivas compartidas en una sociedad determinada. Se busca, en consecuencia, un liberalismo político, en el cual se acomodan las diferencias, sin propugnar ninguna visión



particular del mundo. Como lo dice el estudioso colombiano Sebastián Tobón (2009, p. 98):

El liberalismo político de Rawls busca desde sus fundamentos establecer un modelo político en el cual puedan convivir satisfactoriamente individuos libres e iguales que, como regla general, tienen para sí diversos modos de comprender la realidad del mundo. Es decir, pretende que sea viable que individuos que ostentan una visión omnicompreensiva totalmente distinta, hasta excluyente, respecto de los demás, puedan hacerse a una visión, que como seres esencialmente racionales y morales, están facultados para alcanzar. Entiende Rawls que una de las características fundamentales de la democracia es el hecho del pluralismo razonable, que hace posible que individuos con concepciones religiosas, morales y filosóficas tan diversas puedan convivir dentro de un mismo ámbito político, aún sin verse obligados a prescindir de ellas. Todo esto mediante la fijación de unos principios a través de los recursos metodológicos de la posición original y el velo de la ignorancia, de los cuales se va a deducir una idea general de bien, que se nutre de una superposición colectiva de diversas ideas de lo bueno y lo justo.

Es posible, por lo tanto, una razón pública, un “uso público de la razón”, que es el que anima, pensamos, una perspectiva adecuada para conseguir una jurisdicción que respete el pluralismo razonable en las sociedades modernas. Estas ideas, como se verá, serán interpretadas siguiendo algunas de las principales ideas desarrolladas por Habermas.



2.6. El enfoque kantiano

Uno de los pensadores con mayor influencia en la filosofía moderna es el alemán Immanuel Kant (1724-1805), el cual ayudó a consolidar los lineamientos de una interpretación del liberalismo de la modernidad. Este influyente pensador desarrolla una visión bastante compleja de la racionalidad moral, la cual se ubica dentro de una de las construcciones filosóficas de la racionalidad humana. Según el filósofo argentino Osvaldo Guariglia (Guariglia, 1992: 69)

Los dos siglos transcurridos desde la aparición de la Fundamentación de la metafísica de las costumbres han presenciado la constitución, afianzamiento y desarrollo de una tradición kantiana en la ética, que, si bien recibe sus temas centrales directamente de la filosofía práctica de Kant, se va progresivamente independizando de su peculiar perspectiva metafísica y va integrando puntos de vista metodológicos completamente nuevos.

En el kantianismo, el papel fundamental lo constituye el imperativo categórico, el cual tiene varias formulaciones, aunque la principal dice que se debe actuar de acuerdo con una máxima que pueda concebirse como ley universal. Por ejemplo, si se piensa que se puede mentir en una situación especial, entonces hay que ver si dicha máxima (mentir en una ocasión especial) puede convertirse en ley universal. Es obvio que eso no puede hacerse, puesto que si se cree que hay que decir la verdad siempre que no sea necesaria una mentira, entonces las personas tienden a no seguir la máxima de no decir la verdad. Esta forma de ver es demasiado rigorista y por esto suele hablarse del “rigorismo kantiano”.



En la actualidad, uno de los exponentes más conocidos de esta doctrina es John Rawls. Este punto es valedero aunque también sea de filiación contractual, como se ha visto en la anterior sección. Como se mencionó en la sección anterior, este famoso pensador piensa que la idea de contrato se puede realizar de manera imaginativa, como una especie de experimento mental que permite encontrar la manera en que se puede generar un contrato racional, el cual no depende de los intereses de las personas que están participando en este.

La clave de su enfoque se basa en el diseño de una posición original, en la cual van a participar una serie de agentes que ignoran las posiciones que ocuparán dentro de la sociedad propiamente dicha. Los agentes, en consecuencia, no están vinculados a ningún interés social específico, razón por la cual optarán por las reglas más racionales. Se comprometen a seguir un procedimiento constructivo para poder identificar las normas correctas del contrato social.

Debe subrayarse que la aproximación kantiana a los problemas normativos generalmente es de naturaleza procedimental, es decir, no se busca enunciar de manera directa lo que es bueno o lo malo, permitido o prohibido, legítimo o ilegítimo, sino que se trata de encontrar procedimientos claros y públicos para decidir las respectivas preguntas. En general, se suelen buscar repúblicas de orden deliberativo, en donde las decisiones se toman después de un procedimiento argumentativo en una esfera pública abierta a todos los ciudadanos. Las propuestas de Habermas y Rawls se inscriben dentro de este esfuerzo, aunque en este trabajo será mucho más útil el planteamiento del primero.



Un desarrollo del kantismo que ha ganado importancia en la filosofía del derecho es el neokantismo, el cual se desarrollo en la Alemania de principios del siglo pasado. Esta corriente se apoya en las ideas de filósofos tan importantes como Paul Natorp, Hermann Cohen y Ernest Cassirer y juristas tan importantes como Rudolf Stammler y Hans Kelsen y Emil Lask. Como lo dicen los juristas españoles Muñoz Conde y García Arán (2010):

el neokantismo, en un intento de superación del concepto positivista de ciencia, trató de fundamentar el carácter científico de la actividad jurídica, distinguiendo entre Ciencias de la Naturaleza y Ciencias del Espíritu. Tanto unas como otras, decían los neokantianos, son auténticas ciencias porque tienen un objeto determinado y un método para investigarlo que les es propio y es precisamente por esto por lo que difieren entre sí. Las ciencias de la naturaleza estudian su objeto desde un punto de vista causal o explicativo y las ciencias del espíritu estudian el suyo empleando un método comprensivo referido al valor. La Ciencia del Derecho se incluye entre estas últimas porque en sus esfuerzos por conocer el Derecho positivo, objeto de su investigación, tiene que acudir a una valoración. (p. 188)

Puede evaluarse la importancia del neokantismo jurídico cuando se evalúa la importancia que adquieren los valores en el discurso jurídico. Desde luego, se admiten diferentes perspectivas, como lo muestra la posición de Kelsen, la cual se aleja del neokantismo tradicional.



2.7. El enfoque pragmático

El abordaje pragmático de los problemas filosóficos se caracteriza, en general, por prestarle atención a la práctica y a sus resultados. Desde esta perspectiva filosófica, lo bueno, lo verdadero o lo correcto de una tesis se determina en función de las consecuencias benéficas que se siguen de esta.

No puede extrañar, en realidad, que esta haya sido una propuesta filosófica, y como veremos también jurídica, que fue desarrollada especialmente en los Estados Unidos de América, a partir de William James (1842-1910), John Dewey (1859-1952) y Charles Sanders Peirce (1839-1914). Su énfasis en los aspectos prácticos, con el énfasis en el logro de los fines humanos, coincide con el espíritu utilitario y pragmático que ha caracterizado culturalmente a ese país.

Así, bajo la perspectiva pragmática, en especial la sostenida por el filósofo norteamericano William James se considera, por ejemplo, que la creencia en Dios es verdadera si tal creencia genera consecuencias positivas en la vida de los que las sostienen. En consecuencia, la “verdad” de las creencias se decide en virtud de su funcionamiento en la vida concreta de los individuos y sociedades.

Quizás el más grande exponente del pragmatismo en la filosofía del derecho es el juez norteamericano Oliver Wendell Holmes (1841-1935), quien sirvió en la Corte Suprema de Justicia de los EE.UU., de 1902 a 1932, además de haber sido profesor en la Universidad de Harvard, en donde ayudó a establecer una corriente de jurisprudencia con una considerable influencia en el mundo norteamericano. Holmes ha sido el principal



exponente del realismo legal, corriente que toma en cuenta, como corresponde a un pragmático, la experiencia y no la lógica. En ese sentido, Holmes era un anti-formalista puesto que no creía que las decisiones de los tribunales fueran deducciones a partir de las leyes o la Constitución. Las decisiones jurídicas se tomaban y después se buscaba su justificación (Leiter, 2015, p. 242).

El realismo norteamericano ha creado una tradición distintiva en la comunidad jurídica del país del Norte. En ese contexto se ha desarrollado la teoría de la indeterminación del derecho, según el cual el derecho no provee razones suficientes para las decisiones jurisdiccionales (Leiter, 2015, p. 243). Este punto ha permitido hacer avanzar la función social del derecho, especialmente a través del litigio estratégico, el cual fue creado por la escuela jurídica realista.

Con el tiempo, el enfoque pragmático, aunque en otro sentido, se basa en el estudio de los factores que hacen posible la comunicación. En esta dirección, Habermas, cuyas ideas serán examinadas en la siguiente sección, se ha enfocado en trabajar las condiciones de la comunicación, tarea que ha abordado desde un enfoque pragmático, en el sentido de prestar atención a las condiciones bajo las cuales los seres humanos se comunican entre sí. Entre estas condiciones se encuentra una serie de presupuestos, como la pretensión de veracidad. Así, por ejemplo, cuando se participa en una discusión se asumen que las personas que dialogan plantean afirmaciones que suponen como verdaderas. Sin embargo, por constituir un enfoque particular, este se presenta en el próximo capítulo. De esta manera se ha creado la ética comunicativa, la cual examinamos en una sección posterior.



En todo caso, debe notarse que el enfoque pragmático ofrece un atractivo punto de vista, puesto que se trata de consolidar estructuras jurídicas que realmente funcionen, que ayuden a resolver los problemas sociales más importantes, en el sentido en que alguna vez lo hizo el juez Holmes. El problema de la indeterminación jurídica debe siempre tenerse en mente a la hora de evaluar las decisiones jurisdiccionales para evitar una visión idealizada de las decisiones jurisdiccionales. La eficacia jurídica, así como también la seguridad jurídica, es uno de los aspectos más importantes del derecho.

2.8. El enfoque comunicativo

La ética comunicativa es una doctrina ética que responde al cambio de circunstancias que implica la Segunda Guerra Mundial. Dicha corriente surge de la denominada Escuela de Frankfurt, corriente en la cual se inscribe Habermas, cuya producción en filosofía del derecho es altamente valorada en este trabajo. En ese momento los pensadores alemanes, afectados por la reciente caída de su país, retoman sus tradiciones filosóficas y tratan de crear visiones morales y jurídicas acordes con la terrible experiencia de un enfrentamiento bélico que llevó al genocidio a una cantidad millonaria de judíos y otras minorías. Como lo dice la filósofa española Victoria Camps (Camps, 2013):

Después de Aushwitz, la filosofía y, muy especialmente, la ética debía transformarse y emprender un nuevo camino de compromiso radical con la historia. Sin renunciar a la teoría y a la abstracción que caracterizan a la reflexión filosófica, la ética estaba llamada a aportar mecanismos y criterios para, por los menos, ejercer la crítica. Había que volver al universalismo ético sistematizado



por Kant, pero de otra forma: evitando el solipsismo de la conciencia que razona consigo misma y se queda en un idealismo demasiado alejado de la práctica. El solipsismo de la razón pura debía ser sustituido por la pluralidad de puntos de vista que compone la comunidad de hablantes. A partir de ahora, ya no será la conciencia, sino el lenguaje, el punto de partida de la ética. Apel construirá una filosofía transcendental como la Kantiana, pues sin el apoyo transcendental no se sostiene la universalidad que la filosofía busca para la ética, pero no lo hará resucitando al sujeto pensante Kantiano, sino mirando a la comunidad que dialoga e intercambiar opiniones. (p. 357)

El enfoque de la ética comunicativa es procedimental porque más que proponer mandatos morales específicos u otro tipo de normas específicas, establece un procedimiento general para alcanzar las respuestas que se buscan en la reflexión normativa. Se parece, en este sentido, al modelo kantiano, en donde para saber si una máxima moral es válida esta se somete a un proceso de universalización a través del imperativo categórico (“actúa siempre de manera que la máxima de tu acción pueda convertirse en ley universal”). Estos enfoques, en la literatura especializada, son denominados “constructivos”, puesto que buscan obtener la respuestas buscadas a través de un uso de procedimientos.

Específicamente, el enfoque de la ética comunicativa busca un modo de proceder formal para resolver controversias, a través de la imaginación de una situación ideal de comunicación en la cual los participantes plantean sus puntos de vista y las decisiones o resultados se basan en la fuerza racional del mejor argumento. Se busca, por lo tanto,



un procedimiento dialógico que concluya en un consenso racional. Desde luego, es una situación ideal, pero esta sirve como guía para imaginar los modos de proceder en un debate generalizado, de alcance público.

En consecuencia, este pensador busca que el Estado y la sociedad garanticen esas condiciones de comunicación democrática, en la cual los ciudadanos deciden los asuntos que les conciernen. A nivel deliberativo se deciden las normas jurídicas, las cuales para gozar de validez y legitimidad tienen que reflejar los valores y decisiones de la comunidad respectiva. Por esa razón, el enfoque comunicativo muestra que una decisión consistente es fácil de seguir en una sociedad que se precia de su racionalidad comunicativa. En particular, bajo el punto de vista comunicativo, se deben tomar en cuenta las opiniones de aquellos que se ven directamente afectados por las decisiones correspondientes.

Esta corriente, que se estudiará con mayor atención en el siguiente capítulo debido a su franca inclusión del pluralismo, es fundamental para alcanzar una decisión entre perspectivas que comparten relativamente pocos puntos en común. Lo que se busca, además, es que los afectados por las decisiones de una potencial norma tomen parte en el proceso a través del cual se establece esta, un objetivo que no se alcanza, por ejemplo, cuando las decisiones más importantes son dejadas en manos de ‘expertos’, como sucede en el campo de las políticas económicas. Por lo tanto, el enfoque comunicativo tiene una vocación democrática que les falta a muchas democracias contemporáneas.



2.9. El utilitarismo

El utilitarismo es una corriente que ha gozado de bastante influencia en el mundo anglosajón; puede decirse que este planteamiento refleja el modo de ser de la respectiva cultura, la cual suele cambiar según se van imponiendo ciertas transformaciones políticas y culturales. Así como la cultura norteamericana es pragmática, la inglesa es utilitarista. Es una cosa común, en este sentido, que las diversas doctrinas en los ámbitos filosófico y jurídico reflejen bienes sociales altamente valorados. El espíritu o la cultura de un pueblo se refleja en su derecho, razón por la cual siempre es necesario tomar en cuenta el origen cultural de las concepciones jurídicas.

Esta surge del trabajo del pensador inglés Jeremy Bentham (1748-1832), quien, a su vez, fue maestro de otro famoso pensador utilitarista, John Stuart Mill (1806-1873). Ambos pensadores sostienen que lo bueno es lo que crea más utilidad, entendida especialmente como felicidad. Lo que se busca es la mayor felicidad para el mayor número; la felicidad a menudo se refiere al placer o al menos a la falta de dolor, aunque con John Stuart Mill, la referencia a la utilidad es más bien a la felicidad en un sentido más integral.

Sin duda, el pensamiento utilitarista tiene su importancia aun para las personas que no tienen mayor formación en filosofía y jurisprudencia. Esta doctrina hace que tomemos en cuenta las consecuencias de las acciones, a diferencia del kantismo, que suele enfocarse en el deber, en detrimento de una consideración detenida de los efectos de una decisión. En un modo que parece innegable, el utilitarismo presenta una tendencia



casi natural en el ser humano a la hora de tomar sus decisiones tomando en cuenta sus intereses.

Los utilitaristas tienden a ser positivistas puesto que no aceptan que existan creencias definitivas puesto que las condiciones pueden cambiar en un momento determinado. El utilitarista busca lo que funciona mejor en un contexto dado, debido a que sus propuestas dependen de la utilidad relativa de las decisiones adoptadas. Por ejemplo, una decisión relativa a la legalización del aborto puede depender de las consecuencias positivas o negativas de la decisión que se ha tomado. La referencia a derechos absolutos puede ser negada por el enfoque utilitarista, como lo muestra el hecho que Bentham mismo criticó la idea de los derechos que mantuvieron los revolucionarios franceses, dado que no es posible, según Bentham, hablar de derechos cuando no ha habido ningún cuerpo legislativo que haya concedido a los seres humanos tales derechos.

Puede pensarse que una solución útil siempre es mejor que una que no lo es. Una decisión que suprima la injusticia es positiva porque ayuda a generar estabilidad social. Se puede buscar, por lo tanto, una especie de ingeniería social basada en el derecho. Por esta razón, los jueces siempre deben observar o anticipar las consecuencias a largo plazo de sus acciones o decisiones. Este punto es particularmente cierto en países como Guatemala, en donde los efectos de las malas decisiones, a menudo dictadas por intereses ilegítimos, pueden empeorar una situación ya caótica.

Una distinción importante es la que se hace entre el utilitarismo del acto y el utilitarismo de la regla. El primero se realiza cuando se decide el valor de una acción en



función de sus consecuencias; en el segundo, se presta atención a las consecuencias de una regla. Esta distinción es importante, puesto que una ley se puede tomar siguiendo el utilitarismo de la regla, pero en el caso concreto quizás la utilidad se decida en función del utilitarismo del acto. Esto quiere decir, en los términos de este trabajo, que en ocasiones es posible respetar los valores en general, sabiendo que siempre surgen excepciones.

2.10. El enfoque axiológico

La axiología es una corriente de amplia repercusión, que se origina en el pensamiento alemán de finales del siglo XIX, y que adquiere una importancia suprema en el derecho contemporáneo, especialmente el de naturaleza constitucional. Se origina en el pensamiento de Rudolf Herman Lotze (1817-1881), intelectual que plantea la naturaleza específica del valor, iniciando la reflexión moderna sobre los valores (De la Torre, 2005, p. 35). Esta corriente experimenta un notable desarrollo durante el siglo XX, pero ya no se ha trabajado mucho en los últimos tiempos, aunque su importancia nunca ha perdido vigencia dentro de las reflexiones sobre el actual Estado constitucional de derecho.

Entre sus grandes exponentes se encuentran los pensadores Max Scheler y Nicolai Hartmann, a través de cuyos discípulos ha tenido una gran presencia en el mundo iberoamericano. Por ejemplo, el pensador mexicano Eduardo García Máynez fue discípulo de Hartmann, como se puede notar en la notable influencia que la axiología juega en el pensamiento del destacado jurista mexicano. Otro ejemplo de dicha influencia es el filósofo del derecho español, de origen guatemalteco, Luis Recaséns Siches, quien



recibió la influencia de otro cultivador de la axiología, el famoso filósofo español José Ortega y Gasset, quien estudió en Alemania y que llegó incluso a relacionarse con Max Scheler. Debe reconocerse que Recaséns, a través de su magisterio en la Universidad Nacional Autónoma de México, junto con Eduardo García Máynez, consolidó la importancia de los valores en el pensamiento jurídico de habla hispana, especialmente en Iberoamérica.

La influencia de Max Scheler (1874-1928) es muy importante porque desarrolla una ética material de los valores, la cual se diferencia de la ética kantiana, la cual es de naturaleza formal. Según Scheler, Kant no tomó en cuenta los valores (De la Torre, 2005, p. 107). Para Scheler el conocimiento de los valores se da a través de la intuición emocional, a través de la cual el ser humano accede a una esfera de relaciones axiológicas objetivas, ordenadas de manera jerárquica (De la Torre, 2005, pp. 111-112). En su aspecto jerárquico, Scheler coloca a lo santo como el valor fundamental; en segundo lugar, se encuentran los valores espirituales, (por ejemplo, verdad y justicia); en tercer lugar, se ubican los valores vitales y, en último lugar, los valores de la utilidad y el placer (De la Torre, 2005, p. 114).

Por su parte, Nicolai Hartmann (1882-1950) plantea la tesis de que se puede acceder a un conocimiento objetivo de los valores, los cuales son accesibles a través de la intuición racional. El papel de la ética consiste, por lo tanto, en investigar la noción de valor, el cual es una entidad cuyo ser es ideal, pero independiente de la conciencia humana (De la Torre, 2005, pp. 125-127). El conocimiento de los valores se parece al conocimiento de la matemática, en el cual se captan verdades relativas a entidades



ideales. Se presenta la moral, en consecuencia, como un ámbito en el cual se puede conseguir el conocimiento objetivo. Esta tesis es importante para este trabajo investigativo.

Quizás por su desarrollo en Alemania, la axiología tuvo influencia inmediata en el pensamiento constitucional alemán, en donde los valores, como el de la dignidad humana, juegan un papel fundamental. El pueblo alemán tuvo la oportunidad de experimentar durante la dictadura hitleriana los desastrosos resultados de seguir una ideología totalitaria, la cual depende casi absolutamente de un líder carismático capaz de llevar a la colectividad a cometer, fomentar o callar los crímenes más terribles, aun en un contexto cultural avanzado. Desde ese tiempo, el pensamiento jurídico alemán se ha caracterizado por su defensa de la dignidad humana y se ha convertido en referente del pensamiento jurídico actual. Veremos como Habermas considera en gran estima la dignidad humana.

En este respecto, es muy ilustrativo el caso del iusfilósofo Gustav Radbruch, quien, después de haber sido un pensador positivista respetado por la academia jurídica alemana, sostiene que la injusticia extrema no constituye derecho, posición aceptada y desarrollada por su influyente discípulo Robert Alexy. Este cambio, de naturaleza personal y académica, sugiere las profundas transformaciones que trajo consigo el colapso de la ideología nacional socialista, la cual había afectado negativamente a la conciencia del ciudadano medio alemán, especialmente a través de las racistas Leyes de Núremberg, las cuales llegaron incluso a impedir el matrimonio entre alemanes y judíos.



Debe mencionarse, en este contexto, que muchos juristas y miembros de la academia alemana se habían sometido a la dictadura del Partido Nacional Socialista Alemán, cuyo gobierno nunca derogó definitivamente la famosa Constitución de Weimar.⁵

Desde entonces, en efecto, se considera que el núcleo de todo orden constitucional lo constituye un conjunto de valores, cuya específica naturaleza depende de las diferentes corrientes doctrinales que se consideren. En un proceso constituyente se pueden discutir aspectos como el valor de la propiedad, la naturaleza del bien común, el objetivo de la educación, la promoción de ciertos valores y otros aspectos fundamentales. Esta tesis se refleja en casi todos los órdenes constitucionales contemporáneos. Como se ha visto, además, esta tarea no es fácil puesto que los valores y los principios tienden a colisionar en los diversos contextos de la vida colectiva, razón por la cual es sumamente difícil alcanzar decisiones legislativas o jurisdiccionales (especialmente constitucionales) que sean capaces de zanjar todas las disputas sociales.

Como es de esperar, al igual que todo tipo de normas o principios, los valores pueden entrar en diferentes tipos de conflicto entre ellos llevando a dilemas que no son fáciles de resolver. La idea de justicia puede variar de una posición a otra. En esta situación, de nuevo, es necesario acudir a la ponderación de estos o los principios que los expresan. Por esta razón, para estudiar este tópico hay que tomar en cuenta la teoría de la argumentación, enfoque que se ha desarrollado enormemente en los últimos años.

⁵ Debe mencionarse, sin embargo, que Radbruch siguió siendo durante toda su carrera, un defensor de la seguridad jurídica. En este sentido, cabe recalcar que Robert Alexy es un continuador de las ideas de este jurista alemán.



También es necesario tomar en cuenta la teoría de la interpretación, la cual suele recibir influencias de la filosofía, debido a que este tópico es de continuo interés de los más destacados pensadores.

En la reflexión sobre el mencionado proceso ponderativo ha jugado un papel importante el trabajo de Robert Alexy, filósofo del derecho que ha creado una metodología concreta para la ponderación en sede judicial, la cual se fundamenta, y al mismo tiempo desarrolla, en la experiencia jurisdiccional del Tribunal Constitucional Alemán. La ponderación, en el sentido señalado, refleja el carácter de dilema que plantean muchos conflictos entre diferentes posiciones morales, en todos los ámbitos de la vida humana, aunque la vigencia del enfoque ponderativo no ha sido aceptado de manera general.

Por esta razón, en capítulos posteriores de este trabajo, se somete a análisis la teoría de la ponderación desarrollada por Alexy, la cual es señalada por distinguidos autores, entre ellos Habermas, de justificar decisiones subjetivas por parte de los jueces destinados a ponderar. Este punto también será estudiado con mayor atención en páginas posteriores de este trabajo. La razón es que el ejercicio ponderativo es un espacio en el cual pueden aparecer la pluralidad de visiones culturales y epistemológicas que existen en una sociedad democrática, pero estas se puede subordinar a decisiones con cierto grado de subjetividad. Debe recordarse, como se verá en próximo capítulo, que muchas veces las razones puras del derecho no bastan para alcanzar una conclusión, y es necesario acudir a consideraciones de utilidad, razones basadas en acuerdos, y otro sin fin de argumentos que señalan soluciones para los casos concretos



que se deben resolver por la judicatura democrática en el Estado constitucional de derecho.

2.11. Conclusión del capítulo

En este capítulo, se han visto las diferencias entre los diversos enfoques morales y las interpretaciones filosóficas de la moral. Asimismo, se ha analizado la importante diferencia entre moral, como sistema normativo de la conducta humana, y ética, como disciplina que estudia dichos sistemas. Estos muestra que existen divergencias éticas, pero también morales.

La conclusión de este capítulo es que en la decisión jurisdiccional hay que considerar una serie de criterios, los cuales constituyen guías para alcanzar una buena decisión en el ámbito jurisdiccional. En este sentido, es positivo buscar perspectivas que encuadren los elementos rescatables de cada doctrina. No se trata solo de lograr una fusión indiferenciada, sino de lograr que las diferentes visiones de la moral se puedan subordinar a los objetivos del constitucionalismo, especialmente en lo que corresponde a la labor jurisdiccional, la cual constituye la clave de realización de los derechos en el Estado constitucional de derecho.

De este modo, a la hora de tomar decisiones se deben buscar criterios que trasciendan diferencias culturales y teóricas, incluso relativas a la visión del derecho y la ciencia jurídica misma. Debe haber un acomodamiento a diferentes perspectivas, siempre de una manera unificada que dé cuenta de la justicia de las decisiones que se toman en el derecho. Se pueden integrar los enfoques arriba descritos en una



perspectiva que tome varios factores en cuenta: los valores, la utilidad, el consenso, los aspectos contractuales de la vida en común, etc.. siempre que se busque que estos valores ayuden a conformar un derecho que apela a valores e intereses ampliamente compartidos.

En este sentido es posible una ética de carácter político, en la cual se puedan alcanzar ciertas soluciones mínimas. Es de notar que no todas las soluciones van a dejar satisfechos a todos los miembros de la sociedad, puesto que este objetivo es imposible, especialmente debido a los intereses que se gestionan en el campo jurídico. Sin embargo, se pueden alcanzar soluciones que reflejan un alto apoyo social por que benefician a las sociedades o porque reconocen algunos valores sostenidos por la comunidad. De este modo, se pueden encontrar criterios para evaluar las decisiones racionales de orden jurisdiccional, en un ambiente de pluralismo cultural y epistemológico.

En esta dirección, las ideas de contrato social, de la búsqueda de la utilidad, de la consolidación de hábitos y virtudes ciudadanas, de la inclusión comunicativa de todos los puntos de vista, de la búsqueda de los valores, no se oponen, sino que se complementan. Todos estos son criterios que no deben reñir unos con otros, sino que deben complementarse, especialmente en los casos concretos, para alcanzar un ejercicio jurisdiccional para solventar las crisis que actualmente enfrenta el Estado constitucional de derecho.

En el próximo capítulo se estudian algunas ideas que conciernen al carácter moral de la decisión judicial. De este modo, se pueden desarrollar las reflexiones desarrolladas



en este capítulo y el anterior para encontrar una manera unificada de entender el ejercicio jurisdiccional en una sociedad moderna en la que existe un grado considerable de pluralidad cultural, religiosa, política, e ideológica. Lo que se quiere sostener, por lo tanto, es que se puede concebir una ética pública capaz de abarcar diferentes sistemas de moralidad, así como diversos enfoques éticos, de manera tal que se puede garantizar, en la medida de lo posible, un margen adecuado para la certeza y seguridad en el Estado constitucional de derecho.





CAPÍTULO III

EL CARÁCTER MORAL DE LA DECISIÓN JUDICIAL

En el capítulo anterior se ha estudiado una selección de la diversidad de doctrinas filosóficas respecto a la naturaleza de la moral; esta presentación complementan las consideraciones teóricas sobre el pluralismo cultural y jurídico que ha sido analizada brevemente en el primer capítulo. Ambos capítulos proporcionan, pues, una aproximación a la complejidad real del ejercicio judicial en una sociedad en el que conviven ciudadanos con una diversidad de puntos de vista, es decir, en una sociedad plural.

El problema que buscamos aclarar es que si al conocer las inclinaciones culturales y doctrinales del juez, se puede determinar las decisiones que tomará la persona que cumple la función jurisdiccional. Como se sabe, los abogados muchas veces se decantan en función de ciertos jueces, especialmente en cuanto conocen las actitudes que estos han mostrado a lo largo de su trabajo profesional en la jurisdicción. Este fenómeno, sin embargo, debe ser estudiado al menos que se acepte la subjetividad jurisdiccional, lo cual a su vez es un factor que afecta negativamente la imparcialidad e independencia judicial.



Corresponde ahora pasar a articular la forma en que dichas teorías inciden en la práctica jurisdiccional, es decir, en la práctica en la que el juez “dice” el derecho. Este análisis servirá para demostrar la forma en que la ética política, anunciada en el primer capítulo, permite al juez decidir adecuadamente entre diferentes perspectivas para alcanzar una solución que, si bien no logrará ciertamente dejar satisfechas a todas las partes, debe ayudar a establecer una sociedad integrada a pesar de las diferencias. En este sentido, se puede ayudar incluso a consolidar el valor de la seguridad jurídica, referente axiológico que a veces es un tanto olvidado en el ejercicio del constitucionalismo actual.

En la primera sección de este capítulo se examina el derecho a un juez imparcial. En la segunda, se analiza la distinción entre el contexto de descubrimiento y el de justificación de una decisión jurisdiccional. La tercera parte, se ocupa de la superación de las perspectivas clásicas del positivismo y el iusnaturalismo. En la cuarta, se analiza la necesidad de la interpretación y, en la quinta, la necesidad de la argumentación. En la sexta se hace una reflexión sobre el elemento positivista de la jurisdicción. En la séptima se reflexiona sobre la lectura moral del derecho. En la octava sección se analiza la cuestión de los intereses que se deciden en una decisión tal. En la novena se examina la flexibilización del derecho. En la novena, se estudia la naturaleza comunicativa del derecho. En la décima se llega a una síntesis de las diferentes posiciones presentadas anteriormente. En la onceava, se denuncia la poca presencia de la moral en el ordenamiento jurídico guatemalteco.



3.1. El derecho a la imparcialidad judicial

Debe mencionarse, en este sentido, que el derecho a un juez imparcial es de naturaleza realmente fundamental, hasta el punto que constituye un derecho humano reconocido como tal. En efecto, en el artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos se declara:

Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.

En la medida en que el derecho a la imparcialidad e independencia de la justicia, constituye un derecho humano, debe hacerse lo posible para que dicho derecho esté en consonancia con la dignidad humana, uno de los valores supremos en los actuales modelos constitucionales.⁶ Desde luego, se entiende qué significa que el juez no debe dejarse llevar por factores externos, ni darle lugar a las propias creencias, la cuestión surge todavía con fuerza. Una de las razones es que a menudo las partes que han perdido un caso suelen quejarse de las preferencias, y muchas veces supuesta arbitrariedad de los juzgadores. A continuación nos concentramos en presentar una serie de visiones acerca del trabajo jurisdiccional, esto es, la actividad de dictar derecho, en la sociedad plural.

⁶ La importancia de este valor se subrayará en el próximo capítulo.



Finalmente, debe aclararse que el pluralismo que se estudia aquí se analiza desde su presencia en el ámbito jurisdiccional. En este sentido, no se analiza el problema de la presencia de varios sistemas jurídicos dentro de un país determinado. En esta investigación, la atención se enfoca en la estructura de la decisión jurisdiccional en una sociedad que conoce varios tipos de pluralismos.

Se entiende, sin embargo, que algunas de las tesis sostenidas en este trabajo son relevantes para el pluralismo jurídico en el sentido de la coexistencia de varios sistemas. En todo caso, cuando existen varios sistemas jurídicos, es necesario siempre que exista una instancia que resuelva los problemas a nivel nacional que pueden surgir cuando estos colisionan. Por lo tanto, los argumentos aquí desarrollados no pierden su validez porque la atención se haya enfocado en la estructura del razonamiento interpretativo de los jueces.

3.2. Contexto de descubrimiento y de justificación

Para poder valorar adecuadamente las decisiones jurisdiccionales es necesario hacer una distinción que puede ayudar a evitar algunas confusiones. Nos referimos, en particular a la distinción, común en el ámbito de la epistemología contemporánea, entre el contexto de descubrimiento y el contexto de justificación. Ambos contextos permiten remarcar dos aspectos, diferentes, pero relacionados respecto a los planteamientos científicos, pero pueden ser usados para entender las decisiones en el ámbito jurisdiccional, debido a que proporcionan una manera de evitar ciertas interpretaciones



erróneas, las cuales suelen aparecer cuando se objetan algunas decisiones jurisdiccionales.⁷

En el campo en el que se ubica este trabajo, esta distinción ha sido subrayada por el filósofo del derecho español Luis Aguiló Regla, quien ofrece una manera de distinguir distintos niveles de análisis. La confusión de estos diferentes niveles puede afectar negativamente, en virtud de que llega a omitir algunos aspectos que contribuyen a la comprensión de la naturaleza de las decisiones jurisdiccionales.

Con el contexto de descubrimiento se hace referencia a las circunstancias concretas en los que se hace un descubrimiento. Por ejemplo, la historia cuenta que Isaac Newton descubrió la Ley de la Gravedad cuando se planteó las razones de la manzana cuya caída él había presenciado. Cuando la atención se fija en el contexto de descubrimientos, se vuelve la vista a los detalles concretos, como acontece en el caso de las casualidades que han llevado a descubrimientos científicos, tal el caso del descubrimiento accidental de la penicilina con el Dr. Flemming. Evidentemente, los elementos contenidos en el contexto de descubrimiento no puede ofrecerse como razones válidas para demostrar una propuesta o una tesis. Por supuesto, pueden servir para otros fines, como es el caso de la sociología de la ciencia, o en el caso del derecho, la sociología jurídica.

Con el contexto de justificación, en cambio, nos introducimos en el terreno de la ciencia propiamente dicha, de sus métodos y pruebas. En este caso, Newton estudia el

⁷ La diferenciación entre ambos contextos se atribuye al filósofo de la ciencia húngaro Imre Lakatos (1922-1974).



fenómeno de la gravedad y formula las tres leyes de movimiento de la materia, siguiendo un método matemático. De la misma manera, Flemming debe buscar una manera de convencer a sus colegas de las propiedades de la penicilina, recurriendo a todas las pruebas que se necesitan para demostrar una hipótesis en el campo científico en cuestión. En este terreno de la justificación se enfatiza la conexión conceptual entre las premisas y las conclusiones, siguiendo metodologías ampliamente aceptadas por la comunidad de investigadores a los que interesa el descubrimiento científico realizado.

Como puede verse, esta distinción tiene importancia en el terreno de la filosofía jurídica. En efecto, refiriéndose a esta distinción de contextos, el mencionado iusfilósofo Luis Aguiló (Aguiló, 1997) afirma:

Esta distinción ha sido utilizada en el ámbito de la teoría de la argumentación jurídica. En particular, en el caso de las decisiones judiciales, la transposición se ha hecho para distinguir entre lo que puedan ser los móviles psicológicos, el contexto social, las circunstancias ideológicas, etc. Que puedan haber llevado a un juez a dictar una determinada resolución, por un lado; y, por otro, las razones que el juez alega para tratar de mostrar que su decisión es correcta o válida. Mientras que respecto de lo primero cabrían estudios de tipo empírico, lo segundo vendría gobernado por lo que se llama el método jurídico. Del mismo modo, aquí se produciría también una independencia entre unas cuestiones y otras: la corrección de las razones dadas por el juez en su resolución y sería, en este sentido, lógicamente independiente del contexto de descubrimiento en que se ha producido. (p. 72)



Este párrafo de Aguiló ayuda a comprender que se debe prestar atención a los aspectos metodológicos, y no precisamente a los empíricos, relativos a las circunstancias vitales del juez. Se debe valorar la justificación y las razones, la motivación, de la sentencia. Por esta razón, se suele hablar también del derecho a una sentencia motivada, puesto que la atención debe fijarse sobre el encadenamiento de las razones en la sentencia.

Esto no quiere decir que sea fácil desestimar las influencias concretas de la vida del juzgador. Pero, al menos, esto permite encontrar maneras de evitar una descalificación sumaria de lo que los jueces opinan. En la medida de lo posible se debe prestar atención a las razones esgrimidas por el juez y no a las circunstancias que rodean el caso. Desde luego, en un momento dado puede ser que el juez muestre ciertas circunstancias de su origen, pero el objetivo es educar a los miembros de la profesión jurídica para que eviten los errores más obvios en su profesión.

Un juez se mueve en un conjunto de circunstancias. Es católico o evangélico, de ascendencia europea o indígena, de origen humilde o perteneciente a una familia de la oligarquía, etc. Existe la tentación de subrayar estos factores para poder explicar su decisión, pero este camino no es correcto si no se toman en consideración las razones aducidas. Por lo dicho, la diferenciación entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación ayuda a no caer en simplificadas explicaciones de las decisiones del juez. Desde luego, estas preferencias o circunstancias puede influir en su decisión, pero el análisis tiene que ser mucho más sofisticado, para poder concentrarse en los factores esenciales de la decisión jurisdiccional.



En consecuencia, cuando se evalúa una decisión jurisdiccional se debe acudir a su contexto de justificación, a las razones que se deben dar para que una conclusión sea aceptable de una manera racional, no a las circunstancias sociales y personas en donde se ubica. Se deben examinar las razones que el juez aduce para su decisión, y no sus decisiones personales. Se debe prestar atención a la evaluación de las razones, es decir, es necesario ubicarse en el terreno de la argumentación jurídica, y aunque no conviene olvidar los aspectos del contexto de descubrimiento, no puede descalificar una decisión en función de estas características. De otro modo, las actitudes críticas pueden quedarse paralizadas en argumentos que no vienen al caso, cuando lo que se necesita es ver el fondo del asunto.

3.3. La superación del positivismo y el iusnaturalismo

Uno de los grandes cambios que trae el constitucionalismo contemporáneo, con su énfasis en los procesos justificativos, es que ya no se puede retornar ni al iusnaturalismo ni al positivismo clásico. En virtud del respecto substantivo de los derechos humanos, se debe evaluar el contenido de las normas y no solo su producción. Asimismo, no se puede aceptar una posición solo porque se afirme que existe una percepción correcta del problema y la solución respectiva, como suele pensar el iusnaturalismo clásico.

Desde nuestra perspectiva, la razón de este abandono de las posiciones clásicas es que las decisiones jurisdiccionales correctas deben basarse en los valores y principios reconocidos en el texto constitucional, los cuales son entidades que ayudan a la interpretación y no simples reglas. Desde luego, apreciamos los valores, pero las



decisiones deben ser construidas a partir de ellos, no existe una visión directa de la verdad jurídica como la que tradicionalmente valoraba el iusnaturalismo. No se trata de descubrir una supuesta ley natural, como podría ser si se adopta una visión particular de esta, la que ha defendido la Iglesia Católica. No existe una razón natural en la que coincidan todos los seres humanos, especialmente en el terreno conflictivo del derecho. En este campo tan lleno de polémica siempre hay diferencias y estas deben ser tomadas en cuenta cuando se arriba a una conclusión jurisdiccional, especialmente en una sociedad plural.

Por otra parte, durante mucho tiempo, Luigi Ferrajoli ha insistido en que en el modelo constitucional, los valores y principios hacen que las normas jurídicas y las decisiones basadas en ellas, sean controlables ya no solo en función de su forma de elaboración o la fuente que las emite, sino en términos de su contenido. En consecuencia, el positivismo clásico retrocede de manera notable. Esta opinión es confirmada por el reconocido juez español Perfecto Andrés Ibañez (Ibañez, 2009, p. 10) cuando afirma:

En el Estado de derecho clásico, en el modelo puramente positivista, no queda margen para la ética judicial: Entre el juez y la ley no puede interponerse ninguna otra instancia ni política ni de ningún otro tipo, incluida —se sobreentiende— ética. Es el estado Constitucional de derecho el que hace que los jueces hayan de enfrentarse al problema de la validez material de las normas y que hayan de aplicar un derecho que no se ve ya solo como una pirámide normativa sino como



una realidad social muy compleja que depende, en cierta medida, de la subjetividad de los actores, abriéndose así un margen para la ética judicial.

Desde luego, los puntos de vista de instituciones como la religión siguen siendo importantes, pero en el campo jurídico todas las visiones se deben someter a la evaluación de razones que caracteriza al ejercicio jurisdiccional en el Estado constitucional de derecho, en el que, como se ha visto a lo largo de este trabajo, suelen surgir. Se realza, en consecuencia, la importancia de la interpretación y la argumentación como momentos importantes en la vida jurídica del Estado constitucional de derecho, especialmente en lo que concierne a la obtención de sentencias dignas de este modelo de vida democrática.

3.4. La necesidad de la interpretación

La interpretación es un aspecto ineludible de la vida humana en sociedad. Muchas de las cosas más importantes de la vida, como es el caso de la religión, están sujetas a procesos interpretativos. La Biblia, por ejemplo, necesita ser interpretada para que pueda entregar su mensaje, el cual suele variar de manera considerable de un grupo a otro y de una época a la siguiente. En consecuencia, los pensadores contemporáneos han agudizado la conciencia de que la interpretación funciona en todos los ámbitos de la vida personal y social.

De hecho, se ha sostenido que la interpretación es importante para identificar las normas jurídicas. En ese sentido, pensadores como el italiano Riccardo Guastini hablan de que las normas jurídicas, propiamente hablando, se obtienen de disposiciones



jurídicas, a través de procesos interpretativos. Como lo hace ver Isabel Lifante Vidal (Lifante, 2018, p. 36):

La tesis de que el objeto de la interpretación jurídica son las normas tampoco es pacífica. Algunos autores —como por ejemplo Guastini y en general toda la “Escuela Genovesa”— consideran que es la actividad interpretativa la que da origen a la norma. Esta tesis encuentra su fundamento en la distinción entre “disposición” y “norma”. Para Guastini los enunciados interpretativos tienen la siguiente forma: “D significa N”, donde “D” representa una disposición (el texto del documento jurídico), y “N” representa la norma. Las disposiciones pertenecerían al discurso de las fuentes del derecho, mientras que las normas pertenecerían al discurso de los juristas intérpretes. La interpretación es vista, por tanto, como una actividad necesaria en todos los casos, pues antes de ella no habría normas. Desde esta perspectiva, la interpretación no consiste en conocer normas, si no en producirlas; las normas serían, entonces, variables dependientes de la interpretación y la interpretación sería una actividad productiva de Derecho.

Por lo tanto, es necesario plantear el estudio de la interpretación y la argumentación jurídicas para comprender la manera en que se debe decidir en un contexto con pluralidad de puntos de vista. Es necesario identificar nuevos criterios interpretativos que se basen en los presupuestos normativos del Estado constitucional del derecho, los cuales ya no pueden depender de considerar a la ley como manifestación fundamental del derecho.



En términos generales, se debe superar la enumeración tradicional, y todavía bastante extendida, de los métodos de interpretación usados por los juristas fueron investigados por el famoso jurista alemán Savigny durante el siglo diecinueve. Este autor distingue entre cuatro modalidades de interpretación: el método gramatical (interpretación a partir de los elementos lingüísticos), el método lógico (que se ocupa de las relaciones conceptuales entre los objetos), el método histórico (el cual se enfoca en el estado del derecho en el tiempo, de las causas y repercusiones de los cambios jurídicos, etc.), y el método sistemático (el cual funciona desde la vasta unidad social y cultural en la cual se establecen las relaciones mutuas entre los grupos humanos, las instituciones, etc.).⁸⁸

Sin embargo, el problema de la interpretación en la época contemporánea es más complejo, puesto que este tópico se ha investigado con bastante profundidad por parte de los exponentes de la filosofía. En efecto, la filosofía la interpretación es un fenómeno bastante analizado, especialmente en el campo de la filosofía alemana. Lamentablemente, no siempre los juristas usen dichas reflexiones filosóficas, como se mostrará adelante en este trabajo. Pero no se puede negar un resultado de esta reflexión: que en la interpretación también se reflejan las creencias de aquel que interpreta, razón por la cual no todas las personas interpretan de la misma manera.

En consecuencia, un método interpretativo debe ser sensible a las diferentes formas de comprender el mundo que se encuentran en la diversidad de concepciones culturales que coexisten en una sociedad determinada. Por esta razón, se piensa que la

⁸⁸ Esta caracterización, basada en el mismo Savigny es tomada de Lifante Vidal (2018, pp. 54-56).



interpretación también puede variar según quien la lleve a cabo: siempre existe la posibilidad de tomar en cuenta las posiciones de aquellos que no concuerdan con nosotros. Este hecho subraya que el juez del Estado constitucional de derecho debe tener un perfil muy especial. Las habilidades interpretativas de este deben ser objeto de reflexión.

Por estas razones, en el próximo capítulo se reflexiona sobre algunas ideas importantes que se han desarrollado en el terreno de la interpretación filosófica, cuyos resultados son relevantes para la interpretación jurídica. Mientras tanto, se puede decir que una buena interpretación debe estar basada en buenas razones, razón por la cual es necesario que se tome en cuenta la teoría de la argumentación.

3.5. La necesidad de la argumentación

En la actualidad, existe mayor conciencia del carácter justificativo del derecho. Se deben dar razones para aceptar una conclusión o una decisión, puesto que la simple coacción jurídica necesita dar razones a una ciudadanía que se debe ver a sí misma como reflejada en la ley. En consecuencia, todo proceso jurídico de decisión supone el dar razones para aceptar una conclusión. De ahí, que la época contemporánea haya visto una auténtica explosión del interés por la argumentación jurídica. Este interés ha hecho, por ejemplo, que los programas de postgrado en derecho contemplen cada vez más esta asignatura.

En la argumentación se va mucho más allá de la lógica jurídica, especialmente la que se basa en el silogismo jurídico. Se piensa que una conclusión se deriva de una



proposición general y una proposición particular. De las proposiciones “Todos los estafadores recibirán condenas no menores de cinco años” y “X ha sido hallado culpable de estafa” se deduce la proposición “X recibirá una condena no menor de cinco años”. Esta norma, sin embargo, debe ser evaluada a la luz de las circunstancias concretas del caso.

Es conveniente considerar las ideas del filósofo del derecho español Manuel Atienza, uno de los pensadores jurídicos con mayor importancia dentro del ambiente de habla hispana. Este teórico se ha destacado como uno de los estudiosos más profundos de la argumentación jurídica. Según el planteamiento de este autor, el derecho es propiamente argumentación. En esta perspectiva se va más allá de la concentración en los aspectos formales y lógicos de la argumentación jurídica. Como lo hace ver Manuel Atienza (Atienza, 2004, p. 12):

El Estado “constitucional” se contrapone así al Estado “legislativo”, puesto que ahora el poder del legislador (y el de cualquier órgano estatal) es un poder limitado y que tiene que justificarse en forma mucho más exigente. No basta con la referencia a la autoridad (al órgano competente) y a ciertos procedimientos, sino que se requiere también (siempre) un control en cuanto al contenido. El Estado constitucional supone así un incremento en cuanto a la tarea justificativa de los órganos públicos y, por tanto, una mayor demanda de argumentación jurídica (que la requerida por el Estado liberal de Derecho). En realidad, el ideal del Estado constitucional supone el sometimiento completo del poder al Derecho, a la razón: el imperio de la fuerza de la razón, frente a la razón de la fuerza. Parece por ello



bastante lógico que el avance del Estado constitucional haya ido acompañado de un incremento cuantitativo y cualitativo de la exigencia de justificación de las decisiones de los órganos públicos; y que el desarrollo de la teoría de la argumentación jurídica haya corrido también paralela a la progresiva implantación del modelo del Estado constitucional.

Esta posición es realmente ambigua, puesto que la noción de argumentación no siempre determina las soluciones correctas, aun cuando nos dice cómo se puede acceder a ellas, al menos de manera más probable. En todo caso, ofrece una comprensión más profunda de los procesos jurisdiccionales en el Estado constitucional de derecho. Sin embargo, como se verá, ayuda a consolidar la razonabilidad de las decisiones que se toman en el ámbito jurisdiccional. Puede ser que, al final de cuentas, no exista una solución que satisfaga a todas las partes, como se ve en temas tan candentes como el aborto, el matrimonio entre personas del mismo sexo, etc., pero esto no obsta para que no sea posible encontrar decisiones razonables en una gran cantidad de casos.

Se ha visto, pues, que en el Estado constitucional de derecho no se puede prescindir de la interpretación y la argumentación. A continuación se presentan una serie de consideraciones respecto a la manera de considerar los diferentes aspectos que inciden dentro de la decisión jurídica. Esto permitirá aproximarse a la estructura correcta de la decisión jurisdiccional que se necesita para fortalecer el Estado constitucional de derecho.



3.6. El elemento positivista de la justicia jurisdiccional

A pesar de que ya no se puede retornar ni al iusnaturalismo ni al positivismo clásicos, las decisiones jurisdiccionales poseen elementos que se acercan a dichas doctrinas. Los jueces tienen obligaciones morales específicas a su cargo, las cuales están especificadas en los lineamientos institucionales de su carrera. En particular, tienen el compromiso moral y ciudadano de brindar justicia a los que se encuentran en un proceso dirigido por él. Por esta razón, el juez debe contemplar los componentes que forman parte del Estado constitucional de derecho, el cual necesita dar espacio a diferentes maneras de ver el mundo, pero también debe ayudar, en la medida de lo posible, a establecer el respeto a la ley. Como lo dice Josep Aguiló (Aguiló, 2009)

¿En qué consisten los referidos deberes de los jueces? En mi opinión, conforman la peculiar forma de cumplimiento del Derecho que el Derecho exige a los jueces. Independiente e imparcial es el juez que aplica el Derecho (actúa conforme al deber, en correspondencia con el deber, su conducta se adapta a lo prescrito) y que lo hace por las razones que el Derecho le suministra (motivado, movido por el deber). Por decirlo de manera breve, en el ideal del Estado de Derecho de un juez independiente e imparcial hay algo muy parecido a la exigencia kantiana para la conducta moral, pero referido al marco institucional del Derecho: que la explicación y la justificación de la conducta coincidan... El cumplimiento del deber es tanto la explicación como la justificación de las decisiones que toma. (p. 29)

Como ya se mencionó arriba, es claro que el positivismo clásico no encuentra lugar dentro del nuevo estado constitucional de derecho, aunque sí lo hacen el



positivismo incluyente y el excluyente. En ese sentido, es necesario prestar atención a la ley como elemento primordial para decidir los procesos judiciales respectivos. El juez debe, en consecuencia, prestar atención al derecho escrito, especialmente al que ha sido promulgado por el órgano legislativo. Solo que no se puede seguir este de manera ciega, puesto que la obligación debe ser con los valores constitucionales. Pero, al mismo tiempo, tampoco se puede eludir el derecho surgido en sede legislativa. Esto es particularmente cierto en el campo del derecho penal, en donde las personas deben tener un conocimiento preciso de las consecuencias normativas, es decir las sanciones, que puede esperar como consecuencias de sus acciones.

En este sentido, se debe prestar la debida consideración a la seguridad jurídica. Destacados autores, como es el caso de Juan Antonio García Amado, han visto los problemas que se generan a partir de una práctica basada en las tesis del neoconstitucionalismo. Como lo recordaba Radbruch, la seguridad jurídica es un valor jurídico, tan necesario que si falta la posibilidad de regulación del derecho simplemente desaparece.

En consecuencia, es tiempo para decir, en todo caso, que debe buscarse que la actividad del tribunal constitucional sea realmente especial, puesto que una ley bien construida puede evitar esos grandes problemas que surgen cuando las directivas legislativas no se elaboran de manera rigurosa. Es necesario que se mantenga la división de poderes en un nivel aceptable, puesto que la concentración de poder siempre es un factor que funciona en contra de la democracia.



3.7. La lectura moral del derecho

Como ya se ha dicho en páginas anteriores, el iusnaturalismo clásico, el cual sostiene que el juez posee una razón natural que le permitiría identificar la solución a los casos que se le presentan, ha perdido validez en esta época. Esta posición tampoco puede ser aceptada dentro del Estado constitucional de derecho, debido al pluralismo. Lo que resulta evidente, desde el punto de vista moral, puede cambiar de una persona a otra. Pero esto también quiere decir que el juez debe desarrollar una visión moral amplia del derecho.

En este contexto, se hace un cambio de escena de la teoría al campo real de la práctica jurídica. Este es uno de los grandes logros del teórico del derecho norteamericano Ronald Dworkin. Como lo dice María Lourdes Santos Pérez (2005, p. 322), en “la teoría del derecho de Dworkin el proceso judicial constituye el campo de prueba de sus argumentos”. Este pensador ha vivido la práctica real del derecho y sabe cómo clarificarla.

Dworkin defiende una visión en la que predomina una visión interpretativa de los principios de la moral del derecho y, por lo tanto, el juez debe hacer una lectura moral de este, especialmente de los textos constitucionales. Lo esencial aquí, sin embargo, es que Dworkin presenta una posición basada en principios, los cuales le ayudan a encontrar la solución correcta a un caso, especialmente a uno que presenta arduas dificultades. Desde luego, estos principios funcionan argumentativamente dentro del derecho jurisdiccional.



Debe mencionarse, sin embargo, que en la perspectiva de Dworkin se hace referencia a la moral crítica de una sociedad determinada. No es la moral tradicional, la que se adquiere solo por vivir en un contexto determinado. Como buen liberal, Dworkin piensa que cada quien debe llevar la vida que desea, siempre en consonancia con igual respeto para los demás. Se habla de una moral crítica, de una que cuestiona las propias instituciones. De este modo, se puede llegar, desde nuestro punto de vista, a encontrar una posición que tome en cuenta la pluralidad, siempre en consonancia con la libertad de cada quien. Dworkin es un liberal, pero uno de carácter progresista, que busca un nivel adecuado de libertad entre diferentes perspectivas. No quiere regresar al liberalismo de los tiempos de John Locke o Immanuel Kant.

En todo caso, Dworkin piensa que existen respuestas correctas para los casos difíciles. Para argumentar en favor de su punto de vista, Dworkin propone la hipótesis del juez Hércules, el cual puede acceder al conocimiento de todos los hechos relevantes para un caso determinado. Dichas decisiones, sin embargo, no ofrecen una perspectiva para resolver los conflictos concretos en un caso determinado, porque siempre se debe partir de los seres humanos como lo que son. En este caso, siempre se alcanzan soluciones que tienen validez para el caso en cuestión u otros similares, pero no se puede sostener que se pueden encontrar soluciones eternas capaces de valer en todo lugar y región, porque al final de cuentas, los hechos y sus valoraciones se comportan de distinta manera en determinados contextos culturales, geográficos e históricos y no en otros.



Otro de los pensadores que promueven una vida moral del derecho es Robert Alexy. Por esta razón, junto a Dworkin es uno de los pensadores con mayor influencia en el neoconstitucionalismo contemporáneo. Este autor piensa que el juez debe ponderar los valores y normas que están en tensión en un momento dado. En este orden de ideas, Alexy no coincide con la solución de Dworkin de la única respuesta correcta a un caso difícil.

Sin embargo, Alexy, fiel al legado de Gustav Radbruch también piensa en la seguridad jurídica. En sus palabras (Alexy, 2009):

En el centro de mi filosofía jurídica se encuentra la tesis de que el Derecho tiene una doble naturaleza 1. Comprende necesariamente tanto una dimensión real o fáctica como una dimensión ideal o crítica. El aspecto fáctico se refleja en los elementos definitorios de la legalidad conforme al ordenamiento y de la eficacia social, y el ideal en el de la corrección moral 2. Quien define el Derecho exclusivamente por medio de la legalidad conforme al ordenamiento y la eficacia social sostiene un concepto positivista de Derecho. En cuanto añadimos la corrección moral como tercer elemento necesario, el cuadro cambia de un modo fundamental: surge un concepto no positivista de Derecho. Así pues, la tesis de la doble naturaleza implica el no-positivismo. (p. 68)



Como puede verse, la postura de Alexy no hace a un lado la función legislativa y la seguridad jurídica. Pero la somete a la jurisdicción constitucional, la cual mantiene la supremacía normativa. En sus palabras (Alexy, 2009):

Si el proceso de formación de la voluntad política discurre como es debido, la mayoría parlamentaria respetará y concretará tanto los derechos fundamentales como las reglas de la democracia deliberativa. Ahora bien, ¿qué sucede si se aprueban leyes que vulneran los derechos fundamentales, o que son incompatibles con los principios de la democracia deliberativa? Se puede entonces o confiar en el poder de auto-sanación de la democracia o instituir una jurisdicción constitucional. Es preferible lo segundo. Toda jurisdicción constitucional, desde luego, encierra el riesgo de un paternalismo incompatible con la idea de autodeterminación democrática 55. Pero el riesgo puede contrarrestarse si la jurisdicción constitucional se concibe como la representación argumentativa de los ciudadanos y si, en cuanto tal, tiene éxito 56. Esto deja claro que el constitucionalismo democrático sólo es posible como un constitucionalismo discursivo. (p. 80)

Situado en el nivel de la necesaria reflexión axiológica, Alexy propone la metodología de la ponderación, es decir, se deben sopesar los derechos y principios en conflicto, para alcanzar una solución basada en el equilibrio racional de estos. Este planteamiento se presta a la subjetividad de las decisiones de los jueces. No todas las personas sopesan las decisiones de las mismas maneras.



El sistema del constitucionalismo democrático quedaría incompleto sin la teoría de los principios. La base de la teoría de los principios es la distinción que la teoría de las normas establece entre reglas y principios. Los principios son mandatos de optimización. Exigen que algo se realice en la mayor medida posible dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas. Su forma de aplicación es la ponderación. En cambio, las reglas son normas que ordenan, prohíben o permiten algo definitivamente. En este sentido son mandatos definitivos. Su forma de aplicación es la subsunción. (Alexy, p. 83)

Se puede ver, por lo tanto, que es necesario siempre considerar los aspectos legislativos del derecho junto con los constitucionales. El elemento legislativo, la ley escrita, es un dato seguido por los ciudadanos y, por lo tanto, debe considerarse este hecho.

Por el otro lado, también la Constitución es comprendida por los ciudadanos como un pacto social y, por lo tanto, su contenido moral debe ser respetado en la medida de lo posible. Se debe interpretar el derecho de una manera racional, para obtener las razones jurídicas que puedan ayudar a elaborar la jurisprudencia adecuada en el contexto del Estado constitucional de derecho.

3.8. Los intereses en la decisión jurisdiccional

El jurista norteamericano Richard Posner se ha distinguido en el mundo norteamericano por haber sido un pionero en la aplicación del análisis económico al estudio de las decisiones jurídicas. Esta aproximación a los problemas jurídicos ha



ganado bastante popularidad, especialmente en los EE.UU. La razón consiste en que dicho enfoque se presta para ser usado en los ambientes en los que se deciden actividades económicas, como es el caso de las grandes empresas, las cuales violan las leyes si los costos de hacerlo representan menores gastos que respetar las respectivas leyes.

Bajo esta perspectiva, el agente actúa con base en sus intereses y en el cálculo de los aspectos favorables y desfavorables de obedecer una norma. Una persona decide si sigue o no sigue un mandato legal, dependiendo de las ventajas o desventajas que este le puede acarrear. Desde luego, el juez debe tomar en cuenta los contextos en los que está decidiendo, así en el caso de un conflicto económico puede tomar en cuenta estos factores. Lo importante es no tomar el Análisis Económico del Derecho como la única perspectiva a considerar a la hora de tomar decisiones, puesto que este se separa de los ideales axiológicos del Estado constitucional de derecho.

Desde nuestro punto de vista, este planteamiento olvida la tendencia axiológica del actual Estado constitucional de derecho. Pero también se convierte en un auxiliar en la decisión jurisdiccional, puesto que un juez siempre envía un mensaje respecto a lo que las personas pueden esperar de sus acciones. Este enfoque, por lo tanto, puede ayudar a incrementar la conciencia de que el derecho es un instrumento que consolida o desincentiva ciertas conductas. Además, los intereses siempre son fundamentales en los conflictos jurídicos, razón por la cual una buena decisión jurisdiccional nunca olvida los intereses que se encuentran en juego en determinado momento. Lo que se debe buscar es que estos no sean solo los de ciertos grupos, sino también los más generales



dentro de la sociedad en cuestión. El valor de la igualdad exige que la justicia siempre sea considerada en función del bienestar bien entendido de la mayor parte de la población.

3.9. La flexibilización del derecho

Uno de los pensadores neoconstitucionalistas más conocidos es el italiano Gustavo Zagrebelsky, quien incluso ha fungido como juez constitucional en Italia. Este autor ha defendido lo que él denomina “derecho dúctil”. En el derecho dúctil no existen principios jurídicos de naturaleza fija e inmutable, y la ley parece ceder bastante espacio frente a un ejercicio bastante flexible. La misma elección metodológica de la palabra “dúctil” es bastante significativa en virtud de que este vocablo denota el atributo de cambiar de forma según las fuerzas que operan sobre el objeto del que tal característica se predica.

Esta teoría contribuye a brindar una interpretación flexible, que en un cierto momento puede impactar negativamente los valores de la seguridad y certeza jurídica. En su espíritu claramente antipositivista, este planteamiento se acerca, como lo plantea Riccardo Guastini (1996), al iusnaturalismo.

Pero también debe considerarse en función de los casos difíciles, puesto que estos ejercicios, si son continuos y omnipresentes, pueden vulnerar el principio de la seguridad jurídica. Pero en los casos rutinarios, como lo hace ver Alexy, es mejor seguir el tenor de la ley, siempre que no se transgredan los límites del sentido de la justicia,



debido a que el denominado “Principio de Radbruch” afirma que “la injusticia suprema no es derecho”.

Afortunadamente, la mayoría de casos en la vida jurídicos son rutinarios. Se puede traer a colación un principio moral cuando se encuentra un caso potencialmente difícil. Por ejemplo, la caza de ciertas especies es prohibida, pero si un grupo caza uno de estos animales para procurarse alimento en una crisis, entonces es válido tomar en cuenta el caso concreto.

3.10. La naturaleza comunicativa del derecho

En este trabajo, se sostiene que el planteamiento de Habermas es sumamente importante por su carácter deliberativo orientado al entendimiento entre las partes en un proceso argumentativo basado en una racionalidad comunicativa que respeta el derecho a participar de todos. Este ayuda, en efecto, a tomar en cuenta todas las posiciones que participan en un debate. Entonces se puede decir que el planteamiento de este pensador alemán permite tomar en cuenta, de una manera realmente ética, las demandas jurídicas en una sociedad pluralista

Esto marca una obligación respecto a las obligaciones del juzgador, esto es, crear un proceso en el que participen diferentes puntos de vista. Existen varios caminos para lograr este objetivo, como por ejemplo, el *amicus curiae*, las vistas públicas, y en general, el diálogo judicial. El derecho comparado, además, ofrece maneras de entender soluciones a problemas en donde se enfrentan situaciones conflictivas debido a la presencia de varias perspectivas.



Como se verá adelante en este trabajo, estas observaciones no son casuales ni inofensivas. La necesidad de mediar entre diferentes puntos de vista marca un objetivo en la formación del juez, el cual debe formarse en medio de la sociedad pluralista. De este modo, por ejemplo, se puede educar al juez en la tolerancia y en la naturaleza de los conflictos que aparecen en los contextos de vida de una sociedad en la cual coexisten diferentes visiones del mundo.

En Habermas, los derechos proporcionan el ámbito normativo para poder participar en los debates necesarios para establecer las políticas públicas. Estos generan, por así decirlos, las condiciones para alcanzar un consenso en el que participan todos los puntos de vista. De nuevo, se llega a una concepción argumentativa del derecho, especialmente con un autor que se ha destacado por la creencia de que las cuestiones de interés público deben resolverse con base en procesos dialógicos en los que se impone el mejor argumento y con un derecho que institucionaliza valores compartidos.

Como lo ha señalado el pensador español Juan Carlos Velasco, la filosofía habermasiana ha encontrado en el derecho un elemento que ayuda a cohesionar el mundo social. Según Habermas, en efecto, ante la crisis de la religión, la sociedad se cohesionaba con base en el derecho. Este punto se relaciona, a su vez, con la creciente conciencia de que el derecho, siempre que se entienda aquel que se basa en principios y valores, constituye una manera de brindar un nivel mínimo de justicia para las relaciones sociales.



A pesar de sus manipulaciones, siempre existe un sentimiento de justicia que hace que la gente confíe en que el buen uso del derecho es un factor que ayuda a establecer una sociedad justa. En efecto, si la gente creyera que el derecho es algo intrínsecamente injusto habría una crisis de los fundamentos sociales de la legitimidad. En consecuencia, siguiendo a Habermas, se puede decir que el derecho es uno de los ámbitos en el que se fundamenta la legitimidad de las estructuras sociales, las cuales no pueden persistir si se asumen que son injustas.

3.11. Síntesis de las diferentes posiciones

Como se puede ver, todas las posiciones expuestas arriba tienen sus aspectos que las confirman y favorecen, así como consideraciones en contra. Por lo tanto, es válido tratar de encontrar una síntesis, no una mera yuxtaposición, entre las diferentes posiciones que se encuentran en pugna en un caso concreto. Esta posición, en consecuencia, debe subordinarse a un punto de vista integral y unificado, el cual se debe plantear en función de la estructura de la argumentación jurídica. En efecto, las diferentes posiciones ofrecen puntos de vista que deben ser adoptados, de manera que pueda conjuntarse, por ejemplo, la utilidad con el aspecto contractual del Estado constitucional. Las razones pueden ser de diferentes tipos, y no es necesario ignorar unas en favor de otras. A continuación se presentan algunas consideraciones que pueden ayudar a conseguir este objetivo:

- 1) La forma en que se hacen presentes las diferentes posiciones un debate jurisdiccional en una sociedad pluralista es a través de razones que deben ser tomadas en cuenta por una racionalidad que se puede aceptar desde diferentes



puntos de vista. No se puede pedir, en efecto, que el juez pueda compartir todas las posiciones, aunque desde luego, está obligado a respetarlas como tales y verlas, en la medida de lo posible, como dignas de consideración y respeto. Este punto ayuda a encontrar posiciones comunes entre diversas propuestas.

- 2) El respeto a los valores morales del derecho debe siempre llevarse a cabo en consonancia con el respeto al derecho escrito, especialmente constitucional, siempre que esta estrategia sea practicable. De otro modo, no puede garantizarse un nivel adecuado de seguridad y certeza jurídicas. En la medida de lo posible las lagunas en la ley deben ser remediadas definitivamente por la función legislativa. Sin embargo, las leyes mismas deben ser evaluadas en función de su contenido, de manera que no se genere mayor inseguridad jurídica. Nunca se debe enviar el mensaje de que las leyes manifiestamente injustas, o aquellas cuya aplicación supone un momento de injusticia, serán respetadas a costa de la dignidad humana.
- 3) La ley y el derecho deben ser ejercitados de manera que desincentiven las inadecuadas tendencias sociales. Una sentencia envía un mensaje a los ciudadanos, y debe evaluarse que mensaje se quiere enviar a estos. No se puede mandar el mensaje, en particular, que las leyes injustas o notablemente inconstitucionales se respetarán a toda cosa. La legitimidad se logra cuando los ciudadanos pueden identificarse, al menos en grado aceptable, como autores de las leyes que los gobiernan. En este sentido, no se puede promover la tarea de la que la ley escrita carece totalmente de valor. Es necesario, por lo tanto, plantear



un sano balance entre las leyes escritas y el ejercicio jurisdiccional, especialmente en sede constitucional.

- 4) Las decisiones jurisdiccionales deben basarse, en la medida en que esto sea posible, en una fusión de la ley con los valores morales de orden constitucional, que son fundamentales para la decisión del derecho, el cual si se sujeta solo a sí mismo, puede ser infradeterminado, como ha sido puesto de relieve por los defensores del realismo jurídico norteamericano. El enfoque discursivo del derecho, especialmente en su versión habermasiana, permite alcanzar este objetivo.
- 5) El proceso judicial puede concebirse en función de un intercambio dialógico en el cual se impone la mejor decisión. Estos deben tomar en cuenta, de manera sensitiva al problema, los aspectos morales, las expectativas del sistema legal, los intereses y la legitimidad consensual de las decisiones jurídicas. La interpretación de la ley debe realizarse de manera tal que se busquen puntos comunes entre las diferentes puntos de vista sobre un tópico específico en una sociedad determinada.

3.12. El papel de la moral en el ordenamiento jurídico guatemalteco

Se debe reconocer que las anteriores reflexiones aún no han encontrado lugar en el ordenamiento guatemalteco, a pesar de que este se ha abierto a los instrumentos internacionales de derechos humanos y a pesar de que se cuenta con un texto constitucional situado dentro de las corrientes modernas en la disciplina correspondiente. En Guatemala se vive un espíritu positivista, el cual no puede ser desvinculado de las



metodologías de formación de los profesionales del derecho, las cuales todavía reflejan el positivismo codificador. Es solo hasta los estudios de posgrado en donde los profesionales del derecho se encuentran con las grandes corrientes actuales en la teoría y filosofía del derecho.

En este contexto, y lamentablemente, se ha dado una situación en la cual se llega a creer que la Corte de Constitucionalidad decide tan solo en función de los intereses políticos del momento. Esta situación, sin embargo, va cambiando a medida que se incrementa el nivel de formación de los profesionales del derecho en el país. Sin embargo tampoco conviene ignorar que determinados magistrados de tan alto tribunal no han contribuido a generar un sentimiento de respeto hacia tan alto organismo del Estado guatemalteco.

Se debe insistir en que esta situación debe cambiar puesto que Guatemala es una sociedad con múltiples problemas, entre los cuales destacan el poco reconocimiento de otras perspectivas culturales, en especial, las de los pueblos indígenas. De este modo, muchas veces no se reconocen algunas de sus perspectivas, como es el caso de sus costumbres relativas especialmente a la posesión de la tierra, como es el caso de las tierras comunales. Se puede hacer otras consideraciones relativas a tópicos como el de la diversidad sexual.

En este momento de la argumentación, solo se puede enfatizar la necesidad de emprender una educación profunda de los nuevos jueces, de manera que puedan comprender, desde diferentes ángulos, los diferentes cambios que traer consigo el reconocimiento de la pluralidad en todos los ámbitos de la vida humana. Un nuevo



modelo de vida constitucional, exige seres humanos que se formen bajo el nuevo sistema, capaces de guiarse por los valores fundamentales que informan el texto fundamental de la vida ciudadana.

Para comprender, al menos en parte, por qué no termina de establecerse el modelo del constitucionalismo en países como Guatemala, es necesario examinar la formación profesional de los juristas, los cuales no han internalizado los nuevos referentes axiológicos del derecho. Se argumentará a favor de esta propuesta en el último capítulo de esta investigación.

3.13. Conclusión del capítulo

En este capítulo se ha visto, la forma en que debe proceder el juez para que pueda resolver los conflictos morales en el sistema social en el cual cumple su importante misión. Se ha acudido a la distinción entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación. Posteriormente, se ha presentado una breve descripción de la interpretación y la argumentación jurídica. Esto ha permitido visualizar que se dan una serie de consideraciones necesarias para una decisión jurisdiccional óptima en un contexto de marcado pluralismo cultural e ideológico.

La clave está en la necesidad de reconocer que el uso público de la razón se hace presente en forma de razones necesarias para un proceso argumentativo. Este punto hace presente la interpretación y la argumentación jurídica como momentos necesarios de la jurisdicción, especialmente en sede constitucional. El juez, por lo tanto, debe esforzarse por motivar sus resoluciones de manera tal que sean razonables desde varios



puntos de vista. Desde luego, este es un ideal que no se alcanza en todas las ocasiones, y en consecuencia, las decisiones concretas siempre serán impugnadas por las partes afectadas por estas; sin embargo, esta posición marca una orientación adecuada en el contexto en el que existen varias posiciones que están en desacuerdo en aspectos fundamentales.

El aspecto subrayado por este capítulo es que en una buena decisión jurídica deben conjuntarse una serie de factores, los cuales han sido enfatizados por enfoques aparentemente adversos. Sin embargo, en los contextos de la práctica constitucional moderna, es necesario prestar atención, con un nivel adecuado de flexibilidad, a aspectos pragmáticos, morales, así como a las expectativas que plantea el derecho escrito. Siguiendo a Habermas se ha visto que el derecho es un elemento cohesionador de una sociedad, lo cual se manifiesta especialmente en el campo de las decisiones jurisdiccionales, la cuales, al aceptar la pluralidad de visiones razonables, hacen posible una estructura social legítima.

En el próximo capítulo se ahonda esta visión del ejercicio pluralista en la sociedad constitucional contemporánea, defendiéndola frente a los respectivos argumentos críticos. Con base en esas reflexiones, se perfila la naturaleza de la decisión jurisdiccional en el Estado constitucional de derecho y la formación del juez necesario en este contexto.



CAPÍTULO IV

LA ESTRUCTURA DE LAS DECISIONES AXIOLÓGICAS

El juez es un ser humano y, como tal, es un agente moral, el cual se ha formado en una sociedad con una historia muy particular, en la cual suelen predominar ciertas estructuras sociales y culturales. Con base en su naturaleza como agente moral, el juzgador puede decidir sobre su vida personal, como la educación de los hijos o la religión que adopta, respecto a la concepción del bien que haya adoptado por cualquier vía, como su experiencia educativa, su formación familiar, sus lecturas, etc. Pero cuando actúa como juzgador el escenario moral se transforma, porque supuestamente se deben tomar decisiones racionales que implementen un sistema jurídico adecuado para una sociedad justa y democrática, en el que conviven muchos puntos de vista, algunos muy alejados del suyo.

Para lograr esta imparcialidad e independencia debe situarse en una posición en la cual no puede permitir que sus valores ni sus propias concepciones del bien dicten sus decisiones. Aunque este objetivo es difícil, se puede conseguir, para evitar al menos los casos más extremos de un juez imponiendo sin escrúpulos sus perspectivas morales sobre aquellos que no las comparten. Esto significa que cuando un juez realiza bien su trabajo lo hace porque realiza un valor y compromiso social importante, con base en la



imparcialidad y un nivel de distanciamiento incluso de sus propias preferencias. Esta tarea no es fácil, pero en este capítulo se aspira a señalar algunos aspectos que pueden ayudar a comprender la manera en que se pueden realizar estos loables fines en el Estado constitucional de derecho, el cual tiende a adoptar perspectivas morales incluyentes.

Por lo tanto, el buen ejercicio jurisdiccional es un elemento imprescindible para avanzar en la realización de una sociedad legítima y democrática. Se ha visto que para que se pueda evaluar las opiniones del juez es necesario prestar atención a la parte de justificación de sus decisiones. La manera de lograr este punto es a través de la motivación de la sentencia, la cual permite ver la relación entre la decisión jurisdiccional y las razones que sostienen a esta. En consecuencia, es necesario investigar la estructura de la motivación.

Desde la perspectiva de este ensayo, tal objetivo se basa en seguir la ética política la cual toma como base la noción de dignidad, en lo que respecta a la autodeterminación de las personas y los grupos sociales. Como se ha visto con anterioridad, este punto supone que es posible hacer un uso público de la razón. En el capítulo anterior se vieron algunas de las condiciones que debe llenar esta, a partir de un examen de teorías que desarrollan los diferentes aspectos que caracterizan a una decisión apegada a los valores, racional e inclusiva. En este se analiza la forma concreta en la que se puede

⁹ Se puede aceptar que este objetivo es más fácil en unos casos que en otros. Quizás un juez puede ceder en cuestiones relativas a políticas sociales, pero no en temas de bioética o temas tan candentes como el derecho al aborto. Debe reconocerse, sin embargo, que buscar soluciones universales en una sociedad plural es bastante difícil. Cuanto se trata, a nivel teórico este problema solo se puede aspirar a lograr soluciones parciales, que eventualmente se seguirán desarrollando a medida que el pensamiento jurídico logre evolucionar.



proceder para lograr la imparcialidad e independencia en el ejercicio jurisdiccional en el sistema constitucional.

Este capítulo provee guías para entender cómo se puede decidir jurisdiccionalmente en una sociedad caracterizada por la pluralidad de formas de vida. En la primera parte, se analiza el problema de la discrecionalidad y la seguridad jurídica. En la segunda sección, se analiza el tópico de la formación ética del juez. En la tercera, se reflexiona sobre la relación entre éticas y valores. En la cuarta, se hace un análisis sobre la dignidad y la jerarquía de los valores. En la quinta, se reflexiona acerca de la concretización de los valores. En la sexta se presentan guías para la argumentación jurídica en una sociedad plural; en las diferentes subsecciones de este capítulo se examinan los criterios de la dignidad humana, la necesidad de adopción de los criterios más avanzados en materia de derechos humanos, la presencia del derecho internacional de los derechos humanos, la calidad de los insumos jurisprudenciales, la participación pública en los procesos, la concepción habermasiana del derecho y la ciudadanía en una sociedad plural.

4.1. Discrecionalidad y seguridad jurídica

Durante mucho tiempo se ha sostenido que el juez siempre tiene un espacio de discrecionalidad cuando la ley no anticipa todas las circunstancias de aplicación del derecho. Generalmente, los positivistas han reconocido que no se pueden prever todas las circunstancias en las que se realiza la aplicación del derecho; la ley siempre deja lagunas, áreas en la cual su formulación no ofrece una guía segura. Por esta razón, en los casos concretos, a menudo bajo la presión de las circunstancias, se introduce un



elemento de libre juicio, el cual puede calificarse de discrecional, en la decisión jurisdiccional.

Sin embargo, la asumida necesidad de la discrecionalidad jurisdiccional ha sido cuestionado por destacados autores, como es el caso de Dworkin. Este autor sostiene que la supuesta discrecionalidad jurídica no es tal, debido a que en situaciones difíciles se acude a principios morales o jurídicos que permiten encontrar una respuesta correcta a tales situaciones. Para el efecto, Dworkin estableció la influyente distinción entre reglas y principios, aduciendo que H. L. A. Hart había pasado por alto el papel de los principios morales y jurídicos en la solución de los casos difíciles no previstos en los ordenamientos jurídicos.

El concepto de discrecionalidad judicial despierta sentimientos encontrados puesto que trae a la mente la existencia de algún género de arbitrariedad en la decisión jurisdiccional. Para algunos es una realidad inescapable del derecho: para otros, es importante rellenar estas aparentes lagunas con nuevos productos legislativos. Un pensador como Ferrajoli piensa que se debe resolver el asunto jurisdiccionalmente, para después llevar esa laguna a la cámara legislativa. En la vida diaria, las personas afectadas por decisiones jurisdiccionales en su contra suelen quejarse de la injustificable discrecionalidad del juzgador, a menudo afirmando que el juez o jueza ha decidido siguiendo criterios cuestionables, como las propias creencias o, incluso, los propios intereses o los de ciertas personas.

En esta tesis no se puede aceptar la discrecionalidad, puesto que esta estrategia se inclina a ignorar la complejidad de los procesos de decisión jurisdiccional. La razón



consiste en que existe un derecho a una sentencia motivada. Además, los criterios de decisión jurisdiccional, que se presentan abajo, puede reducir, al menos hasta cierto punto, la necesidad de la discrecionalidad. Se puede decir, por lo tanto, que no es necesario descalificar algunas decisiones jurisdiccionales que solo reflejan la libre valoración del juzgador porque lo que no deja de ser cierto es que siempre existen diferencias entre la posición de un juzgador con la que pueda adoptar otro en las mismas circunstancias o incluso en el mismo caso.

4.2. La ética jurisdiccional

De las anteriores observaciones se desprende que un aspecto que no se puede eludir a la hora de construir un genuino Estado constitucional de derecho es entender la naturaleza de la ética jurisdiccional. Desde nuestro punto de vista esta posición es propiamente ética, no moral, puesto que surge de la reflexión sobre las diferentes concepciones morales y trata, como se ha visto, de tomar en cuenta las diferentes visiones éticas de la moral.¹⁰

Con base en estas ideas es necesario, además, determinar el perfil ético de los juzgadores. No se trata tan solo de que el juez sea una persona confiable, correcta y moralmente aceptable. También se necesita que tenga un conocimiento de las diversas formas de concebir la ética, que tenga conciencia de los problemas que plantea impartir

¹⁰ Recuérdesse que en el capítulo segundo se ha discutido la diferencia entre la ética y la moral. La moral constituye un sistema normativo y valorativo adoptado por una sociedad determinada. Por su parte, la ética es la disciplina filosófica que estudia la moral. Además, como se ha mostrado en ese capítulo, existen diferentes ideas de la naturaleza última de la moral. Hemos sostenido que el juez debe estar consciente de esas diferencias, de cuya fusión surge una perspectiva adecuada para entender la decisión jurisdiccional en la sociedad plural. Las líneas generales de integración de estas perspectivas son presentadas adelante en el presente capítulo.



justicia en una sociedad en la que existen muchos diferentes puntos de vista, algunos de ellos opuestos casi diametralmente; en suma, que acuda a criterios sólidos para buscar soluciones que tomen en cuentas las grandes dificultades que plantea una sociedad plural.

En este sentido, un mayor conocimiento de las grandes dificultades que implica el conocimiento de la ética, y más aún su práctica, ayuda a tener jueces más conscientes de su misión ciudadana y profesional. Como se ha dicho en el capítulo segundo, este objetivo demanda que el juez tenga una formación general de ética aplicada y, desde luego, una formación ética específica para tratar los problemas que se encuentran en su ejercicio profesional.

Aunque en el siguiente capítulo se estudia este tema en detalle lo que se tiene que decir ahora es que la formación ética del juez debe dirigirse a una comprensión de la naturaleza de la argumentación jurídica en la sociedad multicultural. Es necesario comprender que existen criterios objetivos de naturaleza ética para decidir una controversia en sede judicial. Este objetivo es particularmente necesario en nuestro país, debido a que la discriminación y marginación de los pueblos indígenas no puede ser negada. De algún modo, se tiene que asegurar un juez cuyas profundas convicciones de ética política también se conjuntan con una capacidad de empatizar con lo que es diferente, siempre dentro de los límites de lo razonable.¹¹

¹¹ Por ejemplo, no es recomendable que exista simpatía con posiciones que representan extremos, como lo es el terrorismo, el racismo o la misoginia. La razonabilidad es un rasgo cada vez más valorado en la filosofía del derecho contemporánea.



Pero también puede verse que es necesario contar con jueces de naturaleza tolerante, con una inteligencia moral capaz de acercarse a las complejidades de la vida y a los sentimientos que pueden mantener las personas en el proceso. Debe haber una capacidad para comprender, por ejemplo, las situaciones que enfrentan los grupos más vulnerables.

El juez moderno, por su naturaleza, debe tener una formación humanista que le permita distanciarse de sus propios prejuicios. Debe ser un ser humano reflexivo, con una personalidad moral bastante penetrante. Si el sistema constitucional moderno positiviza la moral, no se puede depender de jueces sin un sentido mínimo de la ética. En la época contemporánea, ya no se trata de aplicar la ley, casi de manera mecánica como pasaba en la anterior etapa positivista, sino que se trata de buscarla activamente, de construirla si la situación se vuelve compleja.

El juez actual ya no es simple boca de ley, ordinario operador jurídico que actúa de manera casi mecánica, sino el funcionario profesional al que está adjudicada la difícil tarea de pensar la justicia para el caso concreto. De este manera, la formación ética del juez, la formación de su carácter democrático, permite encontrar las respuestas que da el sistema jurídico a las dificultades que se plantean en el ejercicio jurisdiccional. En este sentido, es necesario distinguir algunos criterios que pueden ayudar a resolver las dificultades que se le presentan al juez en su trabajo en el contexto del Estado constitucional de derecho.



4.3. Intereses y valores

Para comprender los criterios que guían una adecuada resolución en una sociedad plural, es necesario distinguir entre valores e intereses. No todos los intereses se pueden entender en términos de valores, ni los valores a través de los intereses. Defender un interés particular suele ir contra un valor (como la justicia o la equidad) y estar a favor de un valor significa cuestionar un valor. Confundirlos, por lo tanto, crea fuertes confusiones.

Los valores nos introducen en el terreno de la ética, en donde estos pueden ser evaluados de manera equilibrada. Como se sabe, las conductas inadecuadas suelen sacrificar los valores frente a los intereses; una conducta moral, sin embargo, a menudo procede en sentido contrario, sacrificando los intereses a los valores. En efecto, la conducta desinteresada suele ser objeto de alabanza, precisamente porque hace que la conducta se sujete a la fuerza del valor mismo. Desde luego, el proceso de sopesar valores e intereses siempre se da en un contexto determinado, razón por la cual la inteligencia moral del juzgador es tan importante.

Sin embargo, en ciertas ocasiones los valores y los intereses pueden lograr cierta convergencia. Esto suele suceder con los intereses más generales, los cuales suelen apuntar a necesidades generales y fundamentales del ser humano. Las personas, por ejemplo, se interesan en tener un nivel satisfactorio de alimentación, vestido, educación y salud. A menudo, estos intereses se relacionan con la dignidad del ser humano. Un ser humano sin alimento, sin vivienda, sin educación, subordinado a los intereses de las otras personas, es una llamada de atención a la sociedad, puesto que esta no garantiza



el respeto a la dignidad de los seres humanos. Sucede muchas veces que las personas no tienen acceso a la satisfacción de sus necesidades básicas debido a que las estructuras sociales y políticos satisfacen estos intereses básicos a otros intereses que, desde el punto de vista moral, son de menor jerarquía, como el interés de ser más rico que los demás o dominar la sociedad en la esfera económica, o poseer poder político, etc. De nuevo, esta tesis debe aplicarse en contextos concretos puesto que un ser humano también debe, dentro de la medida de las posibilidades, luchar para satisfacer sus propias necesidades.

En cualquier caso, la estrategia general es buscar los valores generalizables, como precisamente nos exhorta Habermas. Por ejemplo, en una situación determinada es más importante asegurar intereses generales, como lo son el acceso social a bienes como el agua o la tierra, antes que los deseos de ganancia de alguna compañía extractiva u otra empresa que contamina irresponsablemente las fuentes de agua limpia o que a través de procesos productivos provoca problemas graves como la desertificación.

4.4. La dignidad y la jerarquía de los valores

Es válido establecer una jerarquía de valores, porque, de hecho, como es de conocimiento general, estos se relacionan entre sí de esa manera. Los valores morales, por ejemplo, están encima de los estéticos. Asimismo, pensamos que los valores morales también tienen su jerarquía; por ejemplo, decir la verdad es valioso, pero cuando se pone en peligro la dignidad o la seguridad de una persona, puede ser mejor omitir ese mandato.



Por lo tanto, se puede decir que la dignidad constituye el referente fundamental en el actual modelo constitucional. Este valor se posiciona desde tiempos antiguos, con los estoicos y después con Immanuel Kant, aunque es hasta los tiempos modernos que ha ido ganando su actual importancia, especialmente como concepto fundamental de los derechos humanos y el sistema internacional que trata de protegerlos. Como tal, es un concepto fundamental de la teoría del derecho desde finales de la Segunda Guerra Mundial.

La historia ha mostrado que este valor constituye un referente fundamental en el pensamiento jurídico contemporáneo, tanto a nivel nacional como internacional. Este valor es de naturaleza racional, y como tal, constituye un punto de acuerdo entre los diferentes grupos culturales. Una posición sería irrazonable en la medida en que desconoce el valor de la dignidad humana, debido a que no va a acceder a respetar a los seres humanos diferentes.

La dignidad, por lo tanto, constituye un valor que debe ser reconocido por todas las visiones razonables que coexisten en una sociedad comprometida con la democracia. Con independencia de las diversas visiones culturales, el valor dignidad tiene una validez que trasciende estas. De este modo, el arquitecto del constitucionalismo español, Gregorio Peces-Barba en un libro de J. Daniel Oliva Martínez y Diego Blázquez Martín (Oliva, y Blasquez, 2007) dice lo siguiente:

la dignidad humana es un referente ético racional como presupuesto de la ética pública. La diversidad cultural será reconocida en ese marco de la igual dignidad y de los valores, principios y derechos que la desarrollan. La desigualdad y la



discriminación no podrán ser amparadas por ese multiculturalismo, que debe situarse en el ámbito de la diferencia. El multiculturalismo de las razas y los sexos es perfectamente compatible con la igual dignidad, y no choca con la ética pública, ni con el universalismo de sus valores, principios y derechos. El multiculturalismo de las diferencias culturales, en principio, tampoco choca si respeta el límite de la igual dignidad. Pero puede traspasarlo con usos culturales excesivos, irracionales o extravagantes, como la ablación del clítoris, el derecho a castigar y golpear mujeres reconocido en algunas culturas, la lapidación de las adúlteras o la mutilación de la mano para los ladrones. (p. 17)

¿Qué es la dignidad humana? Este es quizás el referente axiológico más importante a través de la historia, pero su contenido puede que no sea claro. Sin embargo, en esta tesis se supone que la dignidad consiste en ese rasgo del ser humano que lo hace respetable a ojos de los demás y de sí mismos. Un ser es considerado como digno cuando no se le reduce simplemente a un medio para conseguir un fin o cuando se considera que, a pesar de sus errores o malas acciones, todavía merece un mínimo de consideración moral por el solo hecho de ser un ser humano.

La conciencia de la dignidad humana viene, por lo menos, desde el antiguo pensamiento romano (Cicerón) y se revalora en el pensamiento del Renacimiento. Posteriormente es adoptada por Immanuel Kant, para quien la dignidad humana refiere al hecho de que un ser humano es un fin por sí mismo, y por lo tanto, no tiene que ser tomado como simple medio para un fin. Esta opinión es confirmada por Habermas. Esta opinión es confirmada por Jurgèn Habermas (Habermas, 2010):



resulta interesante el hecho de que el concepto filosófico de la dignidad humana, que ya aparece en la antigüedad y adquiere su forma actual con Kant, sólo desde el final de la Segunda Guerra Mundial haya encontrado acceso a los textos de derecho internacional y a las constituciones nacionales creadas a partir de esa fecha. Desde hace relativamente poco tiempo, desarrolla también un papel central en la jurisprudencia internacional. La idea de la dignidad humana como concepto jurídico no aparece, en cambio, ni en las declaraciones de derechos clásicas del siglo XVIII, ni en las codificaciones del siglo XIX 6. ¿Por qué se ha hablado en el derecho de derechos humanos mucho antes que de dignidad humana? Ciertamente, la Carta fundacional de las Naciones Unidas, que establece una relación expresa entre derechos humanos y dignidad humana, fue claramente una respuesta al genocidio cometido por el régimen nazi y las masacres de la Segunda Guerra Mundial. ¿Se explica de este modo la gran importancia que la dignidad humana asume en las constituciones posbélicas de Alemania, Italia y Japón, es decir, de los regímenes sucesores de los causantes e intervinientes inmediatos en esa catástrofe moral del siglo XX? (p.107)

La dignidad incluye la autonomía, la cual sin embargo no debe confundirse con la interpretación individualista de esta. La dignidad implica respetar la autodeterminación del ser humano en tanto que ser social, puesto que como lo sabía Aristóteles, este solo se realiza en la sociedad: el ser humano es un “animal político”. Por esta razón, respetar la dignidad presupone un respeto a los derechos sociales y a los derechos individuales, debido a que respetar al individuo exige que se creen condiciones sociales para que



estos se desarrollen de manera integral. De otra manera, el respeto a la libertad es puramente formal.

4.5. La realidad social de los valores

Uno de los grandes problemas contemporáneos radica en la manera en que se entiende la sociedad en la que se desarrolla el sistema constitucional de derecho. A menudo los sistemas fallan porque las personas que viven bajo ellos no se acomodan a los principios en los que se funda dicho sistema. Incluso, se ha visto como muchos grupos suelen manipular la ley y los tribunales, de todos los niveles, a sus intereses inmediatos. Esto no permite la consolidación de las instituciones jurídicas de la democracia liberal.

Una sociedad verdaderamente constitucional necesita que su ciudadanía internalice los valores correspondientes. Si no existe una cultura de los derechos humanos, entonces jamás se podrá garantizar la vigencia de la dignidad humana. En Guatemala, por ejemplo, existe un creciente número de ciudadanos que manifiestan un desprecio absoluto por estos derechos y aquellas instituciones destinadas a protegerlos. Esto ha llevado a un retroceso que se manifiesta, entre otras cosas, en políticas equivocadas para combatir el delito, el cual requiere un Estado fuerte y democrático capaz de garantizar los derechos de todos los habitantes, incluso aquellos que merecen una segunda oportunidad para enmendar, en la medida de lo posible y sin menoscabar el derecho a la justicia de las víctimas, los graves daños que han causado a otras personas.



Asimismo, si existe intolerancia respecto a las opiniones o intereses de las minorías u otros grupos sociales importantes, las personas no pueden tener una judicatura democrática, capaz de aceptar diferentes puntos de vista, puesto que la misma ciudadanía presionará para que se tomen ciertas medidas o decisiones concretas en favor de las opiniones mayoritarias, generando lo que se ha denominado “tiranía de la mayoría”. En los EE.UU., se da un fenómeno de este tipo con el populismo autoritario de su presidente, el millonario Donald Trump, quien afirma seguir los deseos de la mayoría religiosa norteamericana, y otros sectores de la empobrecida clase de los blancos sin empleo.

Por esta razón, se llega a judicializar la política y a politizar la justicia, con las consecuencias negativas que son de prever. Un caso lo ofrece la presente crisis en Guatemala, en donde los procesos judiciales, especialmente los relativos a las empresas extractivas y los casos de corrupción, encuentran grandes demoras debido al planteamiento de variados recursos para presionar que la justicia se incline a favor de ciertas personas o empresas, las cuales, como es de esperar, tienen el suficiente poder económico. Los grupos de poder no escatiman esfuerzos para lograr sus objetivos que no representan el bien común, al cual, sin embargo, se esfuerzan en subordinar a sus fines.

La vida jurídica del constitucionalismo se hace una realidad, es decir, una forma de vida, cuando la sociedad respectiva practica los valores reconocidos en la Carta Magna. Entonces la sociedad trata de llevar a cabo su vida a la luz de los valores que se aprecian; se busca un ideal social compartido por la mayoría, En esta dirección, el



constitucionalista alemán Peter Häberle ha enfatizado que los ciudadanos son también intérpretes de la Constitución. En las palabras del distinguido autor (Häberle, 2008, p.

31):

La tesis es: en los procesos de la interpretación constitucional se insertan potencialmente todos los órganos estatales, todas las potencias públicas, todos los ciudadanos y grupos. ¡No hay *numerus clausus* de los intérpretes constitucionales! La interpretación constitucional es un proceso consciente, aunque no tanto en la realidad, hasta ahora ha sido demasiadas veces una cuestión de una “sociedad cerrada”: de los intérpretes jurídicos “agremiados” de la Constitución y de los participantes formales en el proceso constitucional. En realidad es más una cuestión de la sociedad abierta, es decir, de todas las potencias públicas —en la medida en que son participantes materiales—, porque la interpretación constitucional contribuye a la Constitución recurrente de esta sociedad abierta y es constituida por ella. Sus criterios son tan abiertos como la sociedad pluralista.

La razón consiste en que la Constitución moderna se basa en valores morales, los cuales todos vivimos en nuestra vida normal como seres dotados de una racionalidad moral. De este modo, es posible percibir cuando una decisión es injusta, aun cuando existan casos difíciles en los cuales es inevitable un desacuerdo respecto a los valores jurídicos que serán impactados. Los dilemas son realidades de la vida humana, y por lo tanto, una sociedad de personas informadas suele comprender las dimensiones substantivas de los procesos judiciales.



Como se puede ver, la propuesta de Habermas ayuda en este sentido, puesto que la ciudadanía participa en la formación de la ley y, por lo tanto, se somete a ella, sin ver en la coacción legal un elemento negativo que limita la libertad ciudadana de manera negativa. Una sociedad es libre cuando sigue las reglas que esta se ha impuesto a sí misma. Se puede ver, por lo tanto, que todas las visiones culturales y de otro tipo que existen en la sociedad pueden participar en la elaboración de la vida jurídica de la sociedad respectiva.

4.6. Guías para la argumentación jurisdiccional en una sociedad plural

En consecuencia, los valores y los principios morales se deben reflejar en la argumentación judicial de manera inequívoca.

Cuando se sigue la teoría de la argumentación jurídica se visualizan con claridad las bases sobre las cuales se asientan las decisiones adoptadas. Como se sabe, la teoría de la argumentación constituye uno de los campos que ha experimentado mayor desarrollo en el derecho, lo cual la convierte en un instrumento ideal para poder llevar a cabo y evaluar la labor jurisdiccional. Como es de común conocimiento, Habermas siempre ha creído que las decisiones y los consensos deben buscarse sobre los mejores argumentos, es decir, aquellos que resaltan por su fuerza de convencimiento. (Sahuí, 2011, p. 78)

Siguiendo esta estrategia, la ciudadanía apoya la jurisdiccionalidad constitucional porque se podrá ver reflejando en esta, el auténtico desarrollo de dicho modelo de convivencia humana. Las soluciones razonables, prolongadas en una tradición



constitucional fuerte, hace posible que se refuerce la vigencia del texto constitucional, así como garantiza que los ciudadanos se acostumbren a vivir según unos valores e instituciones señalados explícitamente en los textos constitucionales.

Con base en lo dicho se puede acordar que un juez debe reflejar en sus decisiones los valores que hacen posible la coexistencia de diferentes puntos de vista en una sociedad plural. A grandes rasgos, se busca el ideal es la imparcialidad, la cual supone que no se puede favorecer ningún punto de vista sin argumentos que sean aceptables para todos los que participan en el respectivo proceso. Como se ha visto a lo largo de este trabajo, la misma aceptación de la pluralidad de los valores es el valor fundamental de la ética política. Un juez, por ejemplo, debe acomodar sus decisiones para que se realice una competencia leal entre diferentes perspectivas, evitando en la medida de lo posible imponer sus puntos de vista particulares.

Desde nuestro punto de vista, la manera de lograr esto es hacer que la argumentación jurídica se practique de acuerdo a un imaginario ejercicio deliberativo en el cual se impone el mejor argumento con base en la racionalidad que organiza a la sociedad. El juez debe tratar de equilibrar las diferentes visiones o soluciones respecto al problema cuya resolución se le ha encomendado. Para el efecto debe tomar en cuenta aspectos como los que se detallan a continuación.

4.6.1. Criterio de la dignidad humana

La dignidad humana se entiende generalmente como el valor supremo en el Estado constitucional de derecho. Otros valores, tales como la igualdad o la justicia,



pueden entenderse en función de este valor fundamental. En efecto, no se puede brindar igualdad o justicia sin que previamente se haya reconocido el valor fundamental de los seres humanos.

El juez debe prestar atención a la forma en que se impacta este valor en los procesos jurisdiccional y en las situaciones que se le presentan para su consideración. En esta dirección, es positiva la idea de Zagrebelsky del “derecho dúctil”. Se debe buscar que la dignidad de los seres humanos prevalezca sobre otras consideraciones. De este modo, el juez debe impedir que un ser humano sea usado como medio para un fin (por ejemplo, que una persona sea castigada para enviar un mensaje a la sociedad respecto al castigo), o que un ser humano reciba un castigo en público (por ejemplo, recibir latigazos en la plaza), etc.

La seguridad jurídica no puede ser, en nuestra opinión, fundamento para obviar este valor. Este valor es importante para que los miembros de la sociedad tengan un grado aceptable de certeza respecto a sus posesiones y la posibilidad de diseñar sus propios planes de vida sin una interferencia injustificada del gobierno o personas. Sin embargo, para que dicho valor funcione también se necesita que exista un orden justo, que respete los derechos humanos. Los valores constitucionales siempre tienen que ser interpretados de manera integral, de manera que estos se realicen, en la medida de lo posible, de manera conjunta. En este sentido, la noción de dignidad humana es un concepto sumamente importante.

En resumen, se debe evitar afectar negativamente la integridad del ser humano, mandato que supone la respetabilidad absoluta del ser humano. Desde luego, cuando



existe un conflicto debe buscarse, en la medida de lo posible, un equilibrio entre la dignidad de todos los afectados, con independencia de las formas de vida que estos haya adoptado.

4.6.2. Referencia al concepto más progresivo de los derechos humanos

Los derechos humanos no son entidades estáticas, descubiertos de una vez para siempre; como otras instituciones, estos evolucionan con el paso del tiempo. La historia demuestra que el ámbito de aplicación de los derechos humanos se amplía con el paso del tiempo. Esta tesis es especialmente cierta en un tiempo de cambios acelerados como el actual.

De este modo, a medida que la dignidad humana se ve menoscabada, por factores diversos, es necesario acudir a formular derechos humanos de una manera más evolucionada, como acontece en el caso de la bioética. A menudo la tarea de reconocer derechos recae en movimientos sociales que logran hacer que se reconozcan en el sistema internacional de los derechos humanos.

Esto significa que en la decisiones jurisdiccionales se debe hacer referencia al concepto actualizado hasta el momento de los derechos humanos, siempre sabiendo que los derechos están en continuo desarrollo. Es decir, no se deben insistir en visiones superadas de los derechos humanos, los cuales no reconocen, por ejemplo, los nuevos derechos ambientales o aquellos que han sido acordados a las distintas colectividades, como es el caso de los Pueblos Indígenas o las minorías sexuales. Por esta razón, es sumamente importante que el Organismo Judicial ofrezca una capacitación constante a



sus miembros, los cuales deben asistir a la mayor cantidad posible de actividades en las cuales se discuten estos temas.

A menudo, los sectores conservadores se oponen a los nuevos derechos, enfatizando los derechos individuales clásicos como los derecho civiles y políticos, y muy a menudo, el derecho a la propiedad, de manera que se puedan bloquear el reconocimiento de los nuevos derechos, los cuales a menudo son estudiados dentro del sistema de la ONU. En general, los sectores conservadores suelen afirmar que estos valores o derechos no pueden satisfacer estos derechos porque implica quitar sus bienes a unos para distribuirlos a los otros.

4.6.3. Referencia al derecho internacional de los derechos humanos

Como se dijo en la sección anterior, los derechos humanos no se han descubierto de una vez para siempre. El esfuerzo por mejorar la vida humana, ha hecho que cada vez se tome mayor conciencia de las raíces de los males que aquejan a las diferentes sociedades. De este modo, los grupos afectados suelen luchar porque se respeten sus derechos.

Un juez comprometido con los derechos humanos y con la defensa de la dignidad en una sociedad pluralista debe prestar atención a los instrumentos judiciales nacionales e internacionales que regulan este tema. En la actualidad, en efecto, existe una tendencia a buscar órdenes jurídicos que trascienden al Estado nacional, porque los problemas suelen ser de orden global, como sucede con el problema del cambio climático. La globalización no solo ha influenciado las estructuras de la economía en todas partes,



sino que también tiende a unificar las estructuras del derecho, la política, la cultura, y otras áreas con similar grado de importancia.

Esta estrategia es racional puesto que las instituciones internacionales, especialmente las de la ONU, tienen como misión fundamental, la salvaguarda de los derechos humanos en el nivel global, al mismo tiempo en que monitorean el cumplimiento de los derechos humanos en el ámbito global. Asimismo, debe prestarse atención a los convenios internacionales, al control de convencionalidad, al derecho comparado, etc., es decir, esos métodos que permiten alcanzar una perspectiva más amplia de los problemas a los que se enfrenta la jurisdicción en esta etapa de las sociedades pluralistas.

En el caso de Guatemala es sumamente importante la jurisprudencia en derechos humanos que ha sido creada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Muchas víctimas de diversos abusos en nuestro país acuden a este organismos para conseguir la justicia que les ha sido negada por las cortes nacionales. Como resultado de esta estrategia, la jurisprudencia de esta prestigiosa corte ha sido capaz de romper la impunidad que mantenían muchos estados de la región, cuyas autoridades frecuentemente están involucradas en afrentas a la dignidad humana, llegando incluso a actos de genocidio en contra de sus sociedades. Esta experiencia internacional ha permitido que los crímenes de lesa humanidad ya puedan ser juzgados, aunque con bastantes tensiones, en Guatemala.



4.6.4. La calidad de los insumos jurisprudenciales

Por lo general, las decisiones judiciales se vuelven más difíciles con relación a debates en los que se encuentran puntos de vista radicalmente diferentes. Además, las decisiones judiciales se tornan más complicadas cuando se abordan temas que requieren un conocimiento especializado, cuyo carácter complejo no está abierto a la simple interpretación ni de los ciudadanos ni las cortes. Puede pensarse, por ejemplo, en los complejos problemas que plantean las nuevas tecnologías, las cuales se hallan en un desarrollo permanente, lo cual hace que sus consecuencias no sean fácilmente discernibles en el corto plazo.

De este modos, se debe acudir a expertos que puedan opinar sobre los temas cuya comprensión profunda es indispensable para alcanzar una buena decisión. Este es un aspecto que se debe tomar en cuenta debido a que en la actualidad los problemas que se enfrentan en los tribunales tienden a ser muy complicados, por ejemplo, los relativos a la bioética o la situación psicológicos de las víctimas e incluso de los victimarios. Por su parte, el juez debe tener una formación rigurosa en los problemas sociales y científico, pero aun así es muy difícil poder abarcar con competencia todas las dificultades que plantean los problemas jurídicos en una sociedad compleja en la que deben convivir diferentes puntos de vista. Se puede pensar, además, en problemas que asumen una formación científica, como es el caso de los complicados problemas que enfrenta la bioética contemporánea.

Este mandato es especialmente importante en la época actual, en la cual muchos de los cambios que se producen tecnológicamente están fuera de la comprensión común



de los ciudadanos. Los cambios tecnológicos son muy rápidos y, a menudo, las personas no ven como estos cambios influyen en su vida. Además otros temas son bastante complejos, como es el del cambio climático, el cual despierta discusiones airadas entre las personas que aceptan este problema y aquellos que niegan que exista. La situación se vuelve todavía más compleja puesto que los sectores poderosos suelen estar en contra de los derechos ambientales, razón por la cual suelen financiar a aquellos que niegan la realidad de dichos problemas. Por ejemplo, las presiones empresariales han hecho que el gobierno de Trump desconozca los acuerdos ambientales globales que tanto esfuerzo han significado.

4.6.5. La participación pública en los procesos

Siguiendo al destacado constitucionalista alemán Peter Häberle, todos los miembros de la sociedad son miembros de la comunidad de interpretación de la Constitución. La Constitución es un pacto de ciudadanía en la cual se respetan ciertos valores morales que son comprensibles por la mayoría de ciudadanos. En la actualidad, en efecto, los miembros de la sociedad suelen manifestar a los tribunales constitucionales su perspectiva acerca de las soluciones que se deben brindar a los casos que se presentan para su consideración.

Finalmente, es conveniente que se promueva la participación de la ciudadanía interesada en algunos procesos jurídicos, especialmente aquellos que plantean problemas agudos y actuales para la sociedad respectiva. Esta estrategia permite que los miembros de la sociedad experimenten, de primera mano, los problemas jurisdiccionales del Estado constitucional de derecho y así puedan contribuir con sus



opiniones para alcanzar la mejor solución posible. Estas vistas públicas constituyen un medio de mejorar la calidad deliberativa de las decisiones jurisdiccionales. Afortunadamente, esta práctica se realiza con alguna regularidad en nuestro país, lo cual se constituye en un factor que contribuye, indudablemente, al mejoramiento de la calidad democrática de la vida ciudadana.

En consecuencia, en la medida de lo posible y cuando el tema lo exige, debe acudirse a procesos de diálogos como las vistas públicas, etc. Estos procedimientos pueden ayudar a profundizar la participación de la población en las decisiones jurisdiccionales, puesto que entonces los jueces pueden acceder a una experiencia de primera mano respecto de las posiciones que se oponen en un situación jurídica particular.

Por la misma razón, se puede plantear actividades como el *amicus curiae*, en el cual participan terceras partes que tienen que aportar algún género de contribución, especialmente su conocimiento experto, para una resolución adecuada de los procesos judiciales más complejos. Así se lograr que participen grupos que tradicionalmente han sido marginados, como en el caso de Guatemala, lo constituyen las comunidades y pueblos indígenas.

4.7. Conclusión del Capítulo

En este capítulo se ha examinado la naturaleza concreta de la argumentación de un juez que ha internalizado la lógica que fundamenta el Estado constitucional de derecho en una sociedad plural. Como se ha visto, el objetivo es buscar la coexistencia



y equilibrio justo de diferentes visiones del mundo e aquellos procesos en los que estas colisionan en una situación particular. Para lograr este objetivo, debe acudir a una ética pública basada en la justicia entre las diversas posiciones, una justicia que supera las propias concepciones de esta que se sostienen por las partes que han entrado en conflicto.

Siguiendo a Habermas, hemos insistido en que un sistema democrático de derecho hace que los valores sostenidos por la comunidad se conviertan en los fundamentos del sistema jurídico a través del cual se cohesiona la sociedad respectiva. En ese sentido, el derecho se convierte en la mejor manera de lograr, al menos parcialmente, la institucionalización de los valores morales. De este modo, se da una democracia puesto que los valores respectivos representan las valoraciones de la ciudadanía. Estos verán en el sistema la expresión de sí mismos, y por lo tanto, estarán dispuestos a seguir las mandatos del sistema imperativo del derecho, sometiéndose a sus dictados.

Se puede decir, en este sentido, que una sentencia justa es un paso en la consecución del verdadero Estado constitucional de derecho, una expresión de la moralidad bajo la que se organiza una comunidad determinada. El juzgador, en su decisión, puede resumir los argumentos en favor y en contra de las posiciones sociales en pugna.

Tomando como base la naturaleza argumentativa de la decisión jurisdiccional motivada, se han presentado una serie de criterios que pueden guiar al juez para alcanzar decisiones con un nivel suficiente de racionalidad entre las diferentes



posiciones. Se ha hecho referencia a la dignidad humana, al desarrollo del concepto de derechos humanos, a las instancias internacionales que defienden los derechos humanos a nivel internacional, así como a la opinión de personas calificadas así como a la organización de actividades que permitan que las personas participen en los procesos jurisdiccionales.

La razón estriba en que en el verdadero Estado constitucional de derecho el juez se constituye en el último valladar que puede impedir una vulneración de la integridad de los seres humanos, así estos haya transgredido la ley. El juez, sin embargo, está sujeto a los criterios objetivos sobre los que funciona el sistema, y estos están compuestos de principios racionales de índole moral cuya validez se sostiene, independientemente de las posturas diversas que se encuentran en una sociedad moderna con el atributo de la pluralidad.

Se ha insistido en que una sociedad plural demanda personas dispuestas a aceptar lo diferente. Para afianzar esa idea se han mencionado las ideas del constitucionalista alemán Peter Häberle, quien considera que, en una sociedad abierta todos los ciudadanos forman parte del círculo de intérpretes de la Constitución. Se ha apoyado esta tesis trayendo a colación el hecho que los términos con los que se organiza la Constitución, a menudo términos morales, apelan a la conciencia de todo ser humano por el simple hecho de que todos los miembros de la familia humana son agentes morales.

El siguiente capítulo se dedica a establecer la manera en que esto es posible. Asimismo, se responden también algunas de las objeciones que pueda generar el punto



de vista defendido en este trabajo. Como todo cambio normativo, en el terreno de la moral y el derecho, las transformaciones de este tipo no se dan de manera automática y dependen de la voluntad organizada de los seres humanos. Es necesario trabajar sobre la formación de los operadores jurídicos, no solo la de la clase de los juzgadores, e incluso sobre una nueva educación para la ciudadanía, porque de otra manera, las fuerzas de la intolerancia y el autoritarismo pueden imponerse debido a los problemas de injusticia y desigualdad que se viven en el Estado constitucional de derecho contemporáneo





CAPÍTULO V

LA DECISIÓN JURISDICCIONAL EN LA SOCIEDAD PLURAL

Los capítulos anteriores han mostrado cómo es posible alcanzar una jurisdiccionalidad legítima en una sociedad en la cual subsisten diferentes perspectivas respecto a la moral y la ética. Este modelo de jurisdiccionalidad descansa en un análisis sintético de las diversas posiciones que estudian la moral y la presencia de esta en las deliberaciones que practican los jueces dentro del actual Estado constitucional de derecho.

En este capítulo se brinda el marco específico para desarrollar la judicatura democrática en una sociedad pluralista. Por “judicatura democrática” se significa una judicatura capaz de expresar, en su mejor forma, una visión general que sea capaz de expresar un punto de vista razonable para alcanzar soluciones que sean capaces de ser aceptables para las posiciones diversas que, sobre diferentes temas, existen en una sociedad determinada. Este marco se desarrolla a partir de las ideas de Jürgen Habermas.

En la primera parte se presenta el marco ético habermasiano; en la segunda sección se presenta y analiza el enfoque jurídico promovido por este autor. Estas presentaciones permiten entender la judicatura democrática que exige una sociedad en



el que conviven grupos que sostienen versiones diferentes del mundo. En la tercera parte se estudia la formación general del juez en la democracia constitucional contemporánea, mientras que en la cuarta se habla acerca de la forma en que se pueden fomentar las virtudes ciudadanas. Todos estos aspectos hacen necesaria una concepción deliberativa de la sociedad. Finalmente, en la cuarta parte se presentan algunos ejemplos que demuestran que la Corte de Constitucionalidad de Guatemala ya reconoce de hecho un pluralismo en relación a las formas indígenas de vida.

5.1. La concepción habermasiana de la ética

Durante toda esta tesis se ha mostrado una simpatía teórica con los planteamientos de Habermas. La razón consiste en que dicho pensador ha sido capaz de crear una visión de la ética, el derecho y la política en las que predomina una visión comunicativa que promueve la deliberación inclusiva y democrática. En la visión desarrollada por el filósofo alemán, el derecho no debe ser una imposición de un grupo sobre otros, sino más bien un compromiso racional que surge de la participación de los ciudadanos que, libres e informados, alcanzan consensos básicos respecto a las reglas bajo las que van a vivir en una sociedad que surge de una voluntad democrática.

En esta sección se presenta la visión ética de Habermas, tomando en cuenta algunas de las ideas fundamentales de este pensador, las cuales, debido a que son bastante complejas aun en su presentación, necesitan de planteamientos menos complicados. De este modo, se acudirá a fuentes secundarias con algunas citas de especialistas que facilitan el acceso a las ideas de este autor.



Jürgen Habermas es uno de los miembros contemporáneos más destacados de la denominada “Escuela de Frankfurt”, corriente filosófica que se desarrolló inicialmente en esa ciudad alemana durante los años veinte del siglo pasado, tiempo en el cual se trataba de entender las condiciones de la revolución socialista en Alemania. Por esta razón, esta escuela ha destacado por usar las ideas de Karl Marx y Max Weber para estudiar la realidad en las sociedades desarrolladas.¹² Según los pensadores principales de la Escuela de Frankfurt, Theodor W. Adorno y Max Horkheimer, la razón occidental siguió el camino de la racionalidad instrumental. Este tipo de racionalidad se basa en la relación medios-fines de una manera tal que no se cuestiona acerca de los fines. En consecuencia, estos pensadores piensan que la barbarie aparece en las sociedades industriales, tal como lo muestra el fenómeno del ascenso de Hitler al poder en Alemania. Este tipo de racionalidad es la que ha llevado a un desarrollo inmenso de una sociedad administrada burocráticamente, basándose en una concepción de la ciencia que olvida las cuestiones humanas, como lo muestra el caso de la bomba atómica y la matanza de casi 6 millones de judíos y otras minorías, como es el caso de los gitanos, durante la Segunda Guerra Mundial.

Jürgen Habermas, sin embargo, no sigue las tendencias pesimistas acerca de la razón que ha distinguido a esta escuela y, en esta dirección, ha estudiado otras formas de racionalidad. En efecto, los iniciadores de la Escuela de Frankfurt pensaban que la racionalidad creaba sociedades en las que todo se organizaba de manera burocrática,

¹² Es digno de notar que los revolucionarios rusos desarrollaron las ideas de Marx y Engels en la sociedad rusa que, bajo los criterios de la época, no era una sociedad desarrollada, puesto que todavía era un país básicamente campesino. Entonces la Escuela de Frankfurt estudia el desarrollo de las ideas de Marx y Engels en el contexto de una sociedad industrial.



coartando la libertad de sus miembros, especialmente en cuanto a la razón que vincula medios y fines. Distanciándose de esta posición, Habermas ha prestado atención, en particular, a la razón comunicativa, la cual se diferencia radicalmente de la racionalidad instrumental. La racionalidad comunicativa es una práctica discursiva que se presta a profundizar los aspectos positivos de la Ilustración, puesto que busca la deliberación racional.

Bajo este planteamiento, la racionalidad comunicativa no es negativa, sino que aspira a proponer medios para democratizar las sociedades modernas y escapar de la racionalidad instrumental. En efecto, cuando se reconoce el diálogo orientado al consenso, entonces se reconoce una serie de condiciones pragmáticas (es decir que hacen posible la práctica) de la comunicación, las cuales, entre otras cosas, tienen un marcado carácter ético. Este rasgo de la acción comunicativa ha sido usado por Habermas para plantear un diálogo irrestricto, participativo, en el cual se da la palabra a todos y en el cual se respetan las opiniones de todos, aunque no se compartan. Se considera que es posible alcanzar de este modo un consenso racional y no una imposición.

La racionalidad comunicativa de Habermas, pues, sostiene que los agentes involucrados en un proceso discursivo aspiran a alcanzar un acuerdo sobre la base de la imposición discursiva de los mejores argumentos. Este proceso, sin embargo, demanda que las personas que participan en los procesos argumentativos respectivos se rijan bajo criterios éticos como respetar a los otros, tratar de ceñirse a la verdad,



regirse por ciertas normas básicas de conducta, y otro tipo de condiciones que funcionan como supuestos de la práctica comunicativa dirigida al consenso.¹³

Este planteamiento genera una concepción ética basada en la deliberación. La autora argentina María José Guerra Palmero (Guerra, 2015, p. 84) describe con base en los siguientes rasgos:

- 1)Procedimentalismo: “La intención de Habermas es que se llegue a consensos a través del proceso argumentativo de fundamentación de normas”
- 2)Deontologismo: “implica que debemos determinar principios y normas morales que guíen nuestro comportamiento.”
- 3)Cognitivismo: Este “indica que debemos optar por la validez moral indicada por el consenso racional, esto es, solo el acuerdo intersubjetivo de todos es la prueba de la validez de normas y principios.”
- 4)Universalismo: “Este remite al grado de generalización de las normas que debe ser el máximo posible.” (p. 84)

Desde la perspectiva señalada, Habermas construye una teoría ética parecida a la de Kant, precisamente por su procedimentalismo. En efecto, para Kant una máxima de acción se convierte en una norma moral cuando es capaz de generalización. Por ejemplo, la máxima de mentir cuando conviene no puede ser una norma universal,

¹³ Habermas considera reglas como las siguientes: “Todo sujeto capaz de hablar y de actuar puede participar en la discusión, “todos pueden cuestionar cualquier afirmación, “todos pueden introducir cualquier afirmación en el discurso”, “todos pueden manifestar sus posiciones, deseos y necesidades” (Habermas, 1985, pp. 112-113). Estas reglas manifiestan un claro deseo de crear un espacio en el cual se pueda discutir sin aquellas presiones que surgen de los desequilibrios de poder.



puesto que si todos mienten cuanto conviene, entonces toda afirmación puede ser objeto de duda, fenómeno que entonces haría que se perdiera la confianza que hace que la verdad tenga sentido.

Otro aspecto de la posición de Habermas es la importancia que concede al lenguaje. Se abandona la evidencia de los contenidos de la conciencia; una persona puede tener una intuición moral, pero lo que la hace aceptable es que tenga un poder de convencimiento que se logre en un debate libre y basado en la posibilidad de encontrar los mejores argumentos. La verdad, entonces, se logra en el contexto de la práctica lingüística de la comunicación. Estos aspectos son resumidos por Alejandro Moreno Lax (Moreno, 2008):

La filosofía moral que desarrolló Habermas a lo largo de los años 80, conocida como ética del discurso, es el resultado de los presupuestos teóricos organizados en la monumental *Teoría de la acción comunicativa*, publicada en 1981. Frente al denominado paradigma de la conciencia, representado por toda la filosofía moderna y contemporánea desde Descartes, en esta obra, el filósofo alemán defiende lo que denomina paradigma del lenguaje. Así, mientras que el primer paradigma defiende una teoría del conocimiento basada en la representación de un objeto por parte de un sujeto, el segundo paradigma consiste en la construcción pragmática del conocimiento por medio del lenguaje. Mientras que el primer paradigma considera el conocimiento como un hallazgo definitivo que resulta de una relación individual y monológica entre un sujeto y su objeto de investigación, el segundo paradigma defiende un modelo de conocimiento falible, y por tanto,



criticable y revisable, construido dialógicamente por un grupo a través de la intersubjetividad del lenguaje. (p. 96)

Desde luego, esta situación de comunicación lingüística es ideal, no se realiza en la vida diaria, en donde las personas muy pocas veces se rigen bajo criterios morales estrictos. Pero sirve para ver las limitaciones de los diálogos reales, y brindan una oportunidad para mejorar los respectivos procesos comunicativos. En este sentido, Habermas recupera las tradiciones liberales creadas por la cultura occidental. la racionalidad humana exige que los asuntos humanos sean decididos en función de diálogos en los cuales se impone el mejor argumento, en virtud de su racionalidad intrínseca. Este tipo de racionalidad ofrece mejores perspectivas que otras racionalidades, como es el caso de la razón instrumental, la cual puede llevar a sociedades en los que se imponen proyectos de vida cuya concepción no toma en cuenta las perspectivas de aquellos que van a resultar mayormente afectados por tales decisiones.

Esta visión de la ética se refleja en la versión habermasiana del derecho, la cual se presenta a continuación de manera resumida. Debe tomarse en cuenta que esta posición resume muchos de los logros de la filosofía alemana, como es el caso del estudio de la razón en clave kantiana.

5.2. Concepción habermasiana del derecho

El pensamiento de este destacado filósofo alemán ofrece una solución al problema de esta tesis, es decir, cómo es posible encontrar soluciones jurisdiccionales



con un grado razonable de legitimidad frente a la pluralidad de puntos de vista, difícilmente reconciliables que existen en una sociedad compleja. Este pensador busca generar una sociedad con un grado aceptable de cohesión, aunque sin negar el mismo hecho de la pluralidad discursiva y cultural. Como lo dice el pensador peruano David Sobrevilla (Sobrevilla 2007, p. 565):

HABERMAS concibe el Derecho objetivo como el conjunto de normas positivas que tienen por función estabilizar la sociedad, es decir, que poseen un carácter social integrador. Las normas deben llenar dos condiciones que son contradictorias: se presentan como imponiendo ciertas conductas fácticamente: el autor de una acción estratégica debe ajustar su conducta a ellas; y al mismo tiempo las normas deben ser válidas, esto es, deben estar legitimadas. De allí la tensión entre facticidad y validez que es característica del Derecho.

Como puede verse, Habermas hace referencia al derecho en tanto que este constituye un hecho social que puede integrar a los miembros de la sociedad en una forma de vida específica. El derecho integra a través de coaccionar a los miembros de una colectividad determinada.¹⁴ Esta coacción, sin embargo, no se impone como un hecho simple, sino que hace referencia a ciertos valores compartidos de esta, lo cual determina, como es natural, su legitimidad.

De este modo, los destinatarios de las normas obedecen al derecho, se someten a las decisiones jurídicas, cuando este es válido, lo cual implica que de alguna manera han participado en su generación; dicha participación, en este contexto, implica

¹⁴ De ahí que hable de “facticidad” del derecho.



involucrarse en los procesos políticos que conforma una genuina democracia participativa. Una sociedad es libre cuando se autodetermina, cuando sigue las leyes libremente impuestas, no cuando carece de derecho. Continúa Sobrevilla:

El procedimiento adoptado por HABERMAS para determinar los derechos subjetivos parece correcto: parte de la noción kantiana de la autonomía privada y sobre la base de la comprensión intuitiva del principio discursivo (D: son válidas las normas de acción a las que podrían prestar su aquiescencia todos los posibles afectados en tanto participantes en discursos racionales) y del concepto de la forma jurídica (la validez entendida como la legitimidad de las normas) va generando los derechos subjetivos a los que ha llegado el desarrollo constitucional europeo. Extrae así primero los derechos civiles: el derecho a la mayor medida posible de iguales libertades de acción, los derechos de ciudadanía y los derechos a un procedimiento legal. Estos tres grupos forman el «código del Derecho»: la autonomía exige de manera imperiosa la igualdad, la ciudadanía y la garantía procesal, reivindicaciones sin las cuales no podríamos hablar de un derecho realmente justificado. (Sobrevilla, 2007, p. 565)

Es decir, Habermas parte de la autonomía de los sujetos, uno de los rasgos distintivos de la racionalidad y la dignidad en el sentido kantiano, y del concurrente principio discursivo, elaborado por Habermas, que dice que solo son válidas aquellas normas que son aceptadas por los afectados, los cuales participan en las decisiones que llevan a su promulgación. Una medida particular, por ejemplo, un nuevo impuesto debe reflejar un consenso básico cuya legitimidad consiste en que las personas reconocen tal



disposición respectiva como algo que emana de una deliberación en la que participan todos los potenciales afectados.¹⁵ Los derechos individuales garantizan la integridad de los miembros de la sociedad respectiva, los cuales pueden decidir sobre su vida en la medida en que sus decisiones no impacten a los demás más allá de cierto límite. Continúa Sobrevilla:

Luego obtiene HABERMAS los derechos políticos: la autonomía demanda asimismo colaborar en la formación de la voluntad política. De allí que entienda que estos cuatro grupos de derechos hayan quedado fundamentados de manera absoluta —los derechos políticos no integran sin embargo el núcleo del Derecho, porque cabe tener derechos civiles sin gozar de los políticos, aunque se los demande—. Finalmente aparecen los derechos sociales, que son mucho menos imprescindibles y que representan únicamente una condición del disfrute de los derechos anteriores —asegurándolos social, técnica y ecológicamente. (Sobrevilla, 2007, p. 570)

Puede verse que la autonomía, esto es la propia autodeterminación implica los derechos políticos que permiten la participación general de los miembros de una sociedad. Una sociedad no puede autodeterminarse democráticamente si no existen canales y posibilidades para construir, a través de la deliberación, la respectiva voluntad política; no puede subsistir si no se le permite la organización y la libre expresión del pensamiento. Los derechos políticos deben asegurar la participación en la formación de

¹⁵ Puede verse como este principio no suele ser respetado cuando, por ejemplo, se autoriza una explotación de recursos naturales o una hidroeléctrica sin tomar en cuenta las opiniones de aquellos que serán afectados directamente por esa medida.



la voluntad pública, la cual se debe reflejar en la legislación que una sociedad se impone libremente. Como es fácil de imaginar, este objetivo necesita de algo más que simples medidas formales, puesto que las personas muchas veces no participan por factores sociales como la pobreza, por vivir en aldeas que no cuenta con carreteras, y otros factores de igual importancia.

Desde luego, también se debe luchar para que esta participación sea efectiva, es decir, que se respeten las decisiones que comparte, de manera racional, la mayoría de la sociedad. Lamentablemente en nuestra sociedad el diálogo a veces se toma como un medio para neutralizar a un oponente, dándole la impresión de que se le escucha, cuando esto no es cierto. Muchas veces se “dialoga” de mala fe, con una agenda oculta, generalmente diseñada para que el descontento se vaya debilitando y hacer que nada cambie; algunas veces los líderes de la oposición son cooptados; en otras ocasiones se alcanzan acuerdos que luego no son respetados o implementados.¹⁶ Por esta razón, muchas personas en países como el nuestro simplemente desconfían de los llamados al diálogo, especialmente cuando estos provienen de sectores poderosos como el gobierno o los grupos empresariales de mayor poderío económico, los cuales generalmente nunca honran los compromisos alcanzados.

Como es de esperar, el desprecio al diálogo democrático solo lleva a mayor conflictividad. A menudo, el diálogo se usa como un tiempo de espera mientras se fortalecen las posiciones o se adquieren mejores recursos para un enfrentamiento abierto. Este fenómeno se ve no solo en la vida interna de los países, sino también en

¹⁶ Un ejemplo en ese sentido, lo constituyen los fallidos Acuerdos de Paz que fueron firmados al concluir la reciente confrontación armada entre la guerrilla guatemalteca y el gobierno.



las instancias internacionales, en donde zonas conflictivas, como el Medio Oriente, no han logrado desactivar conflictos que han durado ya mucho tiempo. De hecho estos conflictos se vuelven más cruentos y complejos, hasta el punto que la paz mundial se ve puesta en peligro.

En resumen, la filosofía de Habermas ofrece una manera de pensar los problemas éticos que supone la jurisdicción en una sociedad plural. El enfoque de Habermas es afín a un planteamiento deliberativo de la democracia. Resulta entonces que se necesita formar a los ciudadanos que van a convivir en este sistema. Con mayor razón, es necesario prestar atención a la formación de los jueces, los cuales son los que tienen la última palabra respecto a los problemas inevitables que se dan en una sociedad en la que coexisten diferentes comunidades que se rigen de acuerdo a criterios diferentes de vida.

5.3. La ciudadanía en una sociedad plural

A menudo los cambios jurídicos reflejan profundas transformaciones sociales, económicas y políticas. Por ejemplo, la idea de los derechos humanos, aunque inicialmente considerados como derechos del hombre y el ciudadano, refleja las ideas y cambios revolucionarios que se dieron durante la Revolución Francesa. En estos cambios notables, los miembros de la sociedad comprenden que existe la necesidad de organizar de mejor manera la sociedad, de manera que esta se pueda orientar mejor a las ideas que se han alcanzado. Siguiendo el mismo ejemplo, los revolucionarios franceses y amplios sectores de la población francesa habían comprendido la igualdad humana y que el gobierno se organiza para respetar los derechos innatos de los seres



humanos. En la actualidad, la tiranía es despreciados puesto que se opone a los fines declarados en los textos constitucionales acordados por la ciudadanía o el pueblo, el cual sigue conservando el poder soberano bajo la figura del poder constituyente que ha elaborado dicho texto.

Desde luego, este es un logro evolutivo de las sociedades modernas; hace siglos, por ejemplo, no se concebía el sistema político en estos términos. El rey, por ejemplo, personificaba el derecho divino, el cual proporcionaba la capacidad de decidir sobre la muerte o vida de los súbditos. Aceptar el poder del rey equivalía a ser obediente a la voluntad de Dios. Incluso en la actualidad, algunos regímenes no están dispuestos a ceder respecto a la participación política en algunos sistemas, como sucede con algunas monarquías en el mundo musulmán, especialmente en el caso de Arabia Saudita, en donde las mujeres suelen tener vedados derechos que ya se han establecido firmemente en la mayoría de países. Este fenómeno muestra que los cambios positivos no son automáticos en todos los países, estos se van imponiendo con una velocidad distinta en los diferentes lugares, proceso que depende de las dinámicas particulares de cada sociedad.

No puede existir un sistema viable si las personas no creen en sus instituciones, sin en su vida diaria no se rigen por los valores fundamentales que organizan la vida social. A lo largo de este trabajo, se han mencionado en distintas ocasiones las valiosas ideas del constitucionalista alemán Peter Häberle, para quien todos somos intérpretes de la Constitución. La razón es que la Constitución, en tanto contrato de pacto entre ciudadanos dotados de derechos intrínsecos y una dignidad innegociable, tiene que



construirse sobre elementos compartidos por todos los miembros de la sociedad, siempre dentro de términos razonables. Nunca se puede quedar bien, por ejemplo, con los grupos extremistas, los cuales suelen negar el reconocimiento de sus derechos a otros grupos, por considerarlos pecadores, o miembros de grupos inferiores, etc. Estos grupos, a menudo, solo buscan la aniquilación de sus adversarios, y no la coexistencia pacífica con estos.

De lo dicho hasta aquí, se deduce que una sociedad plural necesita como miembros a personas que son capaces de experimentar y valorar el tipo de ética política del que se ha hablado en esta tesis. Si las personas no aceptan a los grupos o personas diferentes, aun cuando no compartan su forma de vida, entonces no se puede hablar de una sociedad pluralista en el sentido en el que lo han hecho autores tan importantes como Habermas y Rawls.

De hecho, de manera progresiva, las sociedades se van acostumbrando a las diferencias. Hasta no hace mucho tiempo, por ejemplo, las minorías sexuales eran reprimidas en países como el nuestro. Sin embargo, a medida que se fueron defendiendo los derechos de estas comunidades, mucha gente ha ido aceptando paulatinamente dichas diferencias. No es que todos estén de acuerdo con esas formas de vida, pero comprenden que las personas que adoptan esas formas de vida, tienen derecho a elegir sus preferencias sexuales. Desde luego, persisten actitudes de intolerancia, ante todo en las generaciones anteriores, las cuales suelen quejarse del libertinaje, pero las generaciones más jóvenes no comparte esas actitudes. De este modo, la sociedad va alcanzando nuevas formas de tolerancia, evitando actitudes racistas, las cuales son mal



vistas por muchos ciudadanos conscientes, y son incluso, reprimidas con medios jurídicos.

Lamentablemente, en la actualidad la tolerancia y la aceptación de las diferencias se encuentran en crisis. Uno de los ejemplos más notorios en esta dirección son los EE.UU., país en el cual la poca aceptación de las diferencias se manifiesta en el rechazo no solo a los nuevos inmigrantes, sino incluso a las personas que, con independencia de su edad, viajaron a ese país de pequeños con sus padres. Al mismo tiempo, se ha desarrollado el racismo y se han quitado muchas de los beneficios estatales que representaban un auxilio para las personas menos favorecidas económicamente, usualmente aquellos que han tenido un comienzo más duro en la vida, como es el caso de las minorías raciales y los inmigrantes, los cuales deben superar las condiciones iniciales de pobreza y marginación.

En relación a este tema puede verse como se enfrentan retrocesos en el derecho constitucional. Esta situación se hace evidente en la Corte Suprema de Justicia de los EE.UU., en donde los gobernantes, cuando existe una vacante en ese alto tribunal, buscan jueces que sean partidarios ideológicos del poder ejecutivo o que mantengan cualquier simpatía con este. De este modo, los gobiernos se garantizan la posibilidad de proseguir políticas de corte antidemocrático y opuestas a los derechos humanos. Esto pasa con la actual corte constitucional en los EE.UU., en donde el actual presidente, Donald Trump, persigue medidas que afectan a los trabajadores indocumentados de países como Guatemala y México.



Situación similar se vive en Europa, en donde los grupos políticos que se oponen a la migración logran manipular los sentimientos de los sectores afectados económicamente para culpar de dicha situación a los inmigrantes que supuestamente toman sus empleos. De hecho, la Unión Europea se ha visto resquebrajada por la salida del Reino Unido, precisamente a causa de las presiones de los grupos de extrema derecha. La situación, sin embargo, es que la crisis económica no ha sido producida por los migrantes, sino por políticas económicas que no benefician a los sectores más necesitados de la población.

Esta situación muestra que la lucha por el pluralismo no es un logro definitivo. Es necesario, por lo tanto, defender el pluralismo, puesto que este es un valor reconocido y positivo para el desarrollo humano. Los seres humanos son intrínsecamente diversos, como lo muestra la gran diversidad de formas de vida que se encuentra alrededor del mundo.

Desde luego, siempre hay personas escépticas respecto a toda posibilidad de mejoramiento de las instituciones humanas, pero como se ha visto con anterioridad, debe haber una creencia en la bondad axiológica de las instituciones, aunque sea mínima, para que la gente pueda vivir en un sistema. Si en caso la ciudadanía esta descontenta con sus instituciones, debe haber intentos sociales por el cambio. Tal malestar se hace visible con protestas, críticas continuas con un grado alto de frecuencia e intensidad, etc., no se trata de simples molestias de algunos grupos, las cuales siempre existirán en cualquier sociedad.



¿Por qué es importante la formación de la ciudadanía para el tema de esta investigación? La razón consiste en que cuando una sociedad evoluciona, también lo hace su judicatura. Una sociedad democrática que acepta la pluralidad tendrá jueces que se sienten cómodos buscan un punto de equilibrio entre las diferentes posiciones en conflicto. En suma, la sociedad que se defiende en estas páginas es una pluralista, integrada en una democracia deliberativa. Como lo dice el autor mexicano Alejandro Monsiváis Carrillo (2006).

De acuerdo con la democracia deliberativa, el núcleo del proceso democrático es un proceso de discusión pública y argumentación racional entre individuos libres e iguales cuya finalidad es tomar las decisiones correctas y justas en bien de la comunidad política. El principio deliberativo establece que la legitimidad democrática depende de que cada ciudadano acepte las razones que motivan una decisión política. Esta sección se propone revisar la función que desempeña tal modelo político en la reconstrucción normativa de la democracia. La discusión destaca las contribuciones que hace la democracia deliberativa a la teoría política normativa; al mismo tiempo, señala las limitaciones relacionadas con una concepción ideal de la justificación política. (p. 94)

En una sociedad deliberativa, democrática y plural, se ubica la jurisdicción que se defiende en estas páginas. Este no es un juez que impone su punto de vista, sino uno que trata de extraer los elementos válidos que se pueden encontrar en diferentes posturas. En las siguientes páginas se caracteriza la manera en que es posible conseguir tal juez.



5.4. La formación del juez en la sociedad plural

En la democracia pluralista se busca una práctica jurisdiccional basada en argumentos que sean razonables para todos. Por esta razón, el juez debe hacer lo posible para que su labor profesional desarrolle ciertas potencialidades necesarias para su labor. Estas potencialidades apuntan a cualidades técnicas y ciertos rasgos morales necesarios en su personalidad. Cabe apuntar, además, que una judicatura capaz de funcionar adecuadamente en una sociedad plural ayuda a desarrollar las virtudes de la tolerancia y la aceptación necesarias para vivir en armonía.

Pero este objetivo, como ya se adelantó en el capítulo anterior, demanda un juez formado según criterios de tolerancia y comprensión de las diferencias entre diferentes perspectivas. En primer lugar, el juzgador que necesitamos debe poseer un nivel aceptable de competencia en la práctica de la argumentación jurídica. En este sentido, se debe limitar el alcance de la lógica clásica, con el silogismo jurídico, en el cual se subsume un hecho particular bajo una norma general.

Es lamentable, sin embargo, que la formación del jurista no haya alcanzado estos objetivos al menos en la forma actual en que se forma en nuestro país el profesional de las ciencias jurídicas. Todavía existe en Guatemala una tradición codificadora del derecho, lo cual hace que este sea de orientación marcadamente positivista. Esta situación se está revirtiendo, sin embargo, debido a que los programas de posgrado han introducido paulatinamente corrientes jurídicas actuales, fenómeno que progresivamente va cambiando la actividad profesional en el país, el cual ya se encuentra situado en la época constitucionalismo moderno. Prueba de ello es la creciente importancia de la Corte



de Constitucionalidad, la cual va profundizando, no sin problemas y cuestionamientos, la tradición constitucionalista en el país.

En segundo lugar debe prestarse atención a la formación científica del juzgador. Los problemas que se enfrentan en la jurisdicción actual tienden a ser más complejos, como lo prueba el desarrollo de la ciencia, la tecnología y la política. Por otro lado, los enfoques doctrinales en el derecho progresan de manera acelerada, como lo prueba el hecho que gran parte de los ordenamientos internos se hayan abierto hacia el derecho comparado, las decisiones de cortes transnacionales. Incluso ha surgido constitucionalismo multinivel para regiones que buscan la unificación como es el caso de la Unión Europea.

En tercer lugar, debe considerarse la formación ética del juez. De los principios que se han mencionado arriba que han sido desarrollados por Habermas se puede deducir que se requiere del juez una actitud tendiente a mantener el espacio de diálogo que implica el proceso. Este, en efecto, debe mantener un ambiente en el cual cada quien pueda expresar sus puntos de vista, aunque también se debe reconocer que es un espacio de aplicación del derecho, de las leyes creadas a través de un proceso democrático.

Desde luego, se deben tomar en cuenta las garantías, las cuales salvaguardan los derechos y aseguran el proceso diseñado para llegar a una solución en un ambiente en el cual no existan imposiciones, actos de mala voluntad y presiones negativas de todo tipo.



En esta dirección, se han elaborado códigos de ética para las personas que imparten justicia y para las personas que acuden a estas. Estos se han multiplicado en muchos países, y en el caso de nuestra región ya existe el Código Iberoamericano de Ética Judicial, cuya versión actual se acordó en Chile en el marco de la Cumbre Judicial Iberoamericana que tuvo lugar en Santiago de Chile en 2014. Esta tendencia también se ha visto acentuada por la anterior Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia en el Ámbito Iberoamericano, la cual fue promulgada en la VII Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes Supremas y Tribunales Supremos de Justicia la cual tuvo lugar en el año de 2002 en Cancún, México. Esta última declara, en su décimo artículo que “Todas las personas tienen derecho a ser atendidos, dentro del plazo adecuado, de forma respetuosa y adaptada a sus circunstancias psicológicas, sociales y culturales.” Esta demanda, sin duda alguna, demanda un planteamiento que promueva la participación de todos aquellos que son afectados por las decisiones que toma una sociedad.

5.5. Ejemplos concretos de decisiones jurisdiccionales pluralistas

Un aspecto que puede ayudar a darle mayor peso teórico a esta disertación sobre el ejercicio jurisdiccional y el pluralismo discursivo, característica general de las sociedades contemporáneas, es la actividad judicial en el mundo contemporáneo. La jurisprudencia contemporánea busca cada vez horizontes más amplios, puesto que se trata de buscar coincidencias o acuerdos que superen las visiones morales que sostiene una sociedad. De hecho, esto ha sucedido a lo largo de la historia de la humanidad.



La pluralidad de los valores no impide acuerdo si se sigue un esquema de conversación e intercambio de ideas, siempre mediado argumentativamente, como el que ofrece Jürgen Habermas. De hecho, el mundo se acerca cada vez más hacia realizar una actividad que coincide en la defensa de los valores comunes y compartidos. Este logro supone un avance en el desarrollo de los derechos humanos y una comprensión más profunda de la dignidad humana que subyace al desarrollo de tales derechos. El actuar de los jueces en el mundo da pautas a pensar que es posible construir una sociedad más sólida y equitativa.

Además, el mundo se dirige a un mundo de acuerdos posibles, aun cuando exista varias interpretaciones de los mismos textos legales. A pesar de que las decisiones toman un cariz que depende del lugar en que se toman, este hecho se puede probar por la existencia de instancias judiciales transnacionales. La defensa y promoción de los derechos humanos universales han hecho una meritoria en esta labor.

En Latinoamérica, por ejemplo, se debe destacar la influencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Se ha llegado incluso a la creación de un *Ius Commune* latinoamericano, lo cual demuestra que, a pesar de la pluralidad discursiva, especialmente en una región con tantas visiones indígenas del mundo, es posible encontrar grandes acuerdos que se acerquen tanto como sea a una solución racional, aceptable para todos.

Por su parte, la Unión Europea ha sido capaz de brindar soluciones a los problemas que se enfrentan en su continente, aun cuando surjan problemas graves como el actual conflicto entre Rusia y Ucrania. La Corte Penal Internacional expresa el deseo



de buscar soluciones a problemas de crímenes que son aborrecidos por toda la humanidad.

Es cierto que resta mucho que hacer, pero no se puede negar que existe todo un movimiento jurídico que trata de alcanzar un derecho que pueda ser respetado por un mundo que se encuentra en un progresivo proceso de globalización al que ya no se puede dar marcha atrás. La moral se transforma con el tiempo y se puede suponer que la humanidad puede encontrar pautas comunes de valoración ética de la vida humana, especialmente cuando se enfrentan problemas comunes como el calentamiento global. Esta intuición se ha ido realizando a través de la configuración de nuevas normas jurídica y aspectos procesales, como es el caso del principio de convencionalidad, el cual adquiere cada vez una importancia más significativa. De este modo, e través del principio de convencionalidad las valoraciones internacionales entran en los ordenamientos jurídicos nacionales. Guatemala reconoce constitucionalmente la vigencia de los tratados de derechos humanos firmados por el país, lo cual explica por sí mismo que la actual Constitución trasciende los valores.

Para demostrar que son posibles las mejores decisiones constitucionales en necesario examina jurisprudencia concreta. A continuación, se examinan algunos elementos de la jurisprudencia tanto nacional como internacional. Pero para valorar este aspecto es necesario, previamente, estudiar el control de convencionalidad y algunos otros detalles del derecho procesal constitucional, el cual ha recibido mucha atención en la actualidad.



Con el control de convencionalidad, establecido por la misma jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se permite que las decisiones alcanzadas por dicho organismo alcancen al derecho nacional. Como se sabe el artículo 46 de nuestra Constitución abre la convencionalidad de derechos humanos a formar parte del Bloque de Constitucionalidad, el cual puede incluir un Bloque de Convencionalidad. En consecuencia, esto permite un enriquecimiento en el sentido de los valores del sistema constitucional de derecho. Como lo dicen Camarillo y Rosas.

De acuerdo con Sergio García Ramírez , la tarea de la Corte se asemeja a la que realizan los tribunales constitucionales. Estos examinan los actos impugnados, disposiciones de alcance general, a la luz de las normas, los principios y los valores de las leyes fundamentales. La Corte Interamericana, por su parte, analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa. Dicho de otra manera, si los tribunales constitucionales controlan la “constitucionalidad”, el tribunal internacional de derechos humanos resuelve sobre la “convencionalidad” de esos actos. A través del control de constitucionalidad, los órganos internos procuran conformar la actividad del poder público y, eventualmente, de otros agentes sociales al orden que entraña el Estado de Derecho en una sociedad democrática. El tribunal interamericano, por su parte, pretende conformar esa actividad al orden internacional acogido en la convención fundadora de la jurisdicción interamericana, y aceptado por los Estados parte en ejercicio de su soberanía. (AÑO, p. 130)



Ante el escepticismo que pueda generar la posición de que existen criterios morales objetivos, se puede decir que esta tesis muestra que los derechos humanos constituyen una muestra del carácter objetivo de los valores morales, los cuales suelen funcionar en sede jurisdiccional constitucional. La base de este argumento lo constituye la posición de Alexy, en la que incluso se dirige a un famoso positivista como Kelsen. En las palabras de Alexy (2013):

En el debate entre el positivismo y el no-positivismo el argumento del relativismo tiene un papel fundamental. Tal y como es presentado, por ejemplo, por Hans Kelsen, este argumento señala, en primer lugar, que una conexión necesaria entre el derecho y la moral presupone la existencia de elementos morales objetivos, absolutos y necesarios, y, en segundo lugar, que estos elementos morales objetivos, absolutos y necesarios no existen. Mi respuesta a esto es que los elementos morales absolutos, objetivos y necesarios existen, porque los derechos humanos existen, y éstos existen porque son fundamentales. (p. 153)

La afirmación de Alexy muestra que el solo hecho de mencionar los derechos humanos en una decisión jurisdiccional pone de relieve la importancia de los valores en las dimensiones constitucionales del derecho. Aunque haya conflictos normativos, existe la posibilidad de zanjar estas dificultades con argumentos basados en valores. El solo hecho de referirse a tesis constitucionales refleja la preeminencia dada a los derechos fundamentales y, por lo tanto, a los valores objetivos.

5.6. Casos ilustrativos

Existe una serie de casos en la jurisprudencia constitucional guatemalteca en donde se adoptan principios que denotan el reconocimiento de la pluralidad en las formas de vida y la consecuente pluralidad en valores. Se citan a continuación tres casos en los que se reconoce el derecho de las comunidades a decidir cuestiones relativas a su futuro y al uso de los recursos necesarios para su vida.

En el expediente 1798-2015, por ejemplo, la Corte de Constitucionalidad de Guatemala reconoce el bloque de convencionalidad que está compuesto por los tratados ratificados por el Estado de Guatemala. Se cita el siguiente párrafo para demostrar este punto:

En suma, el asidero que paulatinamente se ha ido construyendo en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos respecto a la referida consulta forma parte del bloque de constitucionalidad guatemalteco, que esta Corte ha identificado como “conjunto normativo que contiene principios o disposiciones materialmente constitucionales, tanto las contenidas expresamente en el Texto Fundamental como las existentes fuera de este, pero que desarrollan o complementan el catálogo de derechos fundamentales contenidos en la Constitución formal (...) garantizando la coherencia de la legislación interna con los compromisos exteriores del Estado y, al mismo tiempo, servir de complemento para la garantía de los Derechos Humanos en el país”. [Sentencia dictada dentro del expediente 1822-2011]. (Expediente 1798-2015, p. 20)



En el expediente 4785-2017 se despliega un intento por reconocer ~~que es~~ necesario el diálogo, lo cual es consistente con la postura de este trabajo de investigación sobre la posibilidad objetiva del intercambio de ideas, basado en las ideas de Jurgen Habermas. Se cita un párrafo del respectivo expediente:

Esta Corte ha asentado que la consulta prevista en el Convenio 169 no es un mero trámite formal ni un evento de sufragio, es un instrumento de participación, cuyo objetivo es establecer diálogo entre las partes, basado en principios de confianza y respeto mutuos; así como promover el entendimiento y el consenso en la toma de decisiones. (p. 496)

En el expediente 1258-2018 se reconoce la presencia de la autoidentificación indígena. Existe, en consecuencia, un reconocimiento y respeto de la personalidad de los miembros de la sociedad guatemalteca. Se cita, en este tema, una porción relevante de este expediente:

en el estudio jurídico presentado ante este Tribunal, en el cual expuso que la Organización de las Naciones Unidas (ONU) ha expresado que debe comprenderse como indígena: “A toda persona que pertenece a esas poblaciones indígenas por auto identificación como tal indígena (conciencia de grupo) y es reconocida y aceptada por esas poblaciones como uno de sus miembros (aceptación de grupo)”. Es decir, que para ser considerado como miembro de una comunidad o pueblo indígena, en primer lugar tiene que existir un pueblo que se identifique como indígena, que la persona se identifique como miembro de esa comunidad o pueblo y que sea aceptado como parte de este. (p. 322)



Finalmente, el mismo expediente reconoce la importancia de las cosmovisiones de los grupos indígenas, cuya visión axiológica es diferente a la del mundo occidental. Se da, en consecuencia, un reconocimiento del pluralismo jurídico y el axiológico. En esta línea, apunta otro párrafo del expediente 1258-2018:

Esta Corte ha emitido jurisprudencia en la que ha establecido que la consulta a las poblaciones indígenas constituye un derecho fundamental de carácter colectivo y de prestación, cuyo reconocimiento surge como resultado de la conciencia internacional de la necesidad de establecer a favor de dichas poblaciones –debido a la marginación a la que históricamente han sido sometidas por factores ligados a su identidad cultural– una garantía de igualdad en cuanto a su aptitud real de pronunciarse e influir sobre aquellas disposiciones orientadas a repercutir en sus condiciones de vida, a fin de situarla en el mismo plano al que le corresponde a cualquier grupo de ciudadanos. Conlleva para el Estado la obligación de institucionalizar y aplicar procedimientos mediante los cuales, previo a la consumación de acciones gubernamentales que supongan afectación directa sobre esas poblaciones, se genere de buena fe, en forma sistemática y acorde a las características propias de cada nación, una dinámica de información, participación y diálogo con miembros de sus comunidades dotados de auténtica representatividad, dirigida a la consecución de acuerdos sobre las medidas que se proyecta realizar [sentencia de veintiuno de diciembre de dos mil nueve, dictada en el expediente 3878-2007]. (pp. 19-20)



5.7. Conclusión del capítulo

En este capítulo final se ha analizado el marco filosófico dentro del cual puede desarrollarse la judicatura democrática en una sociedad pluralista. Para este fin se ha adoptado la filosofía de Jürgen Habermas, en sus vertientes éticas y jurídicas. Este es un pensador importante en el pensamiento contemporáneo, el cual se sitúa en una posición favorable al pluralismo.

Bajo este planteamiento general se ha examinado la formación de la ciudadanía, un aspecto que es importante en tiempos en los cuales se están ahondando la intolerancia y la división social. Se ha visto que con el paso del tiempo la ciudadanía se va acostumbrando a aceptar otros puntos de vista, pero este progreso también tiene que apoyarse en políticas educativas, capaces de hacer comprender a las personas que el Estado democrático no puede funcionar si los ciudadanos no se rigen bajo los valores y principios constitucionales.

En todo caso, se puede decir que las actitudes de la ciudadanía, las cuales se han ido transformando en una dirección positiva a medida que las personas se acostumbran a convivir con personas que han adoptado diferentes formas de vida. Esta ética ciudadana se relaciona con la ética jurisdiccional que se ha presentado en este trabajo. En este marco se pueden considerar, como argumentos, las posiciones positivistas e iusnaturalistas y los valores respectivos; asimismo, se pueden aplicar la serie de criterios que se presentaron en un capítulo anterior.



Se ha analizado el tema de la formación ética de los jueces, la cual requiere características especiales. Se ha enfatizado que con el paso del tiempo, a medida que los miembros de la sociedad se habitúan a vivir en una sociedad plural, entonces será más fácil que el sector judicial produzca un número más grande de decisiones que se incardinan dentro de dichos valores. Sin embargo, la judicatura democrática también constituye un factor de cambio en una sociedad.

El juez debe tener una formación acorde a las responsabilidades a su cargo. Estas son de carácter técnico, pero también de naturaleza moral. El juez que necesita el Estado constitucional de derecho debe tener una formación adecuada en el terreno de la argumentación y la interpretación, actividades que están en continuo desarrollo en el mundo contemporáneo. Asimismo, este juez debe tener un conocimiento muy amplio, para mantenerse al día en los cambios que plantea la ciencia y otras disciplinas. En tercer lugar, este juez debe tener una sensibilidad moral muy especial, puesto que tiene que ver el lado humano de los casos que se le presentan; no debe estar sujeto, en la medida de lo posible, a prejuicios, puesto que debe tratar con personas que viven y piensan de maneras diferentes.

Lamentablemente, no se puede ignorar que las actuales actitudes de tolerancia, (aunque no siempre de aceptación plena), está siendo atacadas por tendencias xenofóbicas en países europeos e incluso en los mismos EE.UU., que en su autoconcepción considera que ha sido un país compuesto de inmigrantes. Este fenómeno representa uno de los mayores problemas que enfrentan los ideales constitucionales contemporáneos en las diferentes democracias occidentales.



CONCLUSIÓN



La pregunta de que he partido es si ¿Es posible concebir una concepción que ayude a la jurisdicción democrática en una sociedad plural? es decir, una colectividad en la cual conviven comunidades que sostienen diferentes puntos de vista respecto a temas de interés común. Se ha sostenido que la sociedad plural es la más común en el actual contexto global y, por lo tanto, esta pregunta debe ser respondida.

En esta tesis se ha demostrado que es posible concebir una judicatura democrática que cumpla los ideales del Estado constitucional y democrático de derecho en una sociedad plural. Este tipo de sociedad debe adoptar la forma de una democracia organizada alrededor de la deliberación. Una sociedad deliberativa necesita de una judicatura capaz de brindar soluciones aceptables para una diversidad de perspectivas discursivas. es la que más destaca en el presente alrededor del mundo. Se sostiene que es posible concebir una ética jurisdiccional adecuada a la situación actual de pluralismo social y cultural, si se adopta una ética jurisdiccional basada en el análisis de las distintas concepciones acerca de la moral y la ética.

La teoría que se ha defendido en este trabajo se elabora con base en las ideas de la filosofía comunicativa, especialmente en la versión de esta que ha sido desarrollada por el destacado filósofo alemán Jürgen Habermas. Esta opción se justifica en el hecho de que este planteamiento descansa en decidir y organizar el sistema jurídico con base en la libre discusión de ideas que se decide en función de la fuerza normativa de los

argumentos más fuertes por su racionalidad, en el sentido de que promueven los intereses más generales de la sociedad plural. Este modelo de racionalidad demanda una formación especial para la ciudadanía y, especialmente, para la clase de los jueces.





BIBLIOGRAFÍA

- Adrián Coripuna, J. (2014). *Razonamiento constitucional: Críticas al Neoconstitucionalismo desde la argumentación judicial*. Tesis de Magister en Derecho: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Agra Romero, M. J. (1992). "Ética neo-contractualista", en: Victoria Camps, Oswaldo Guariglia y Fernando Salmerón, eds., *Concepciones de la ética*. Trotta.
- Aguiló Regla, J. (1997). "Independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica", *Isonomía*, No. 6, pp. 71-79.
- Alexy, R. (2009). "Los principales elementos de mi filosofía del derecho", *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 32, pp. 67-84.
- Alexy, R. (2013). Derecho, moral y la existencia de los derechos humanos. *Signos Filosóficos*, 15 (30), pp. 153-171.
<https://www.scielo.org.mx/pdf/signosf/v15n30/v15n30a6.pdf>
- Álvarez, S. (2012). "La interpretación contextualizada de los derechos humanos: Multiculturalismo, cosmopolitismo y pluralismo de valores", *Isonomía*, no 36, pp. 49-88.



Atienza, M. (2005). *Las razones del derecho: Teorías de la argumentación jurídica*. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México.

Atienza, M. (2004). "Argumentación jurídica y Estado constitucional", *Novos Estudos Jurídicos*, vol. 9, no. 1, pp. 9-22.

Atienza, M. (2013). *Curso de argumentación jurídica*. Trotta.

Atienza, M. (2017). *Filosofía del derecho y transformación social*. Trotta.

Bachof, O. (1959/1985). *Jueces y Constitución*. Traducción de Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano. Civitas.

Barberis, M. (2008). *Ética para juristas*. Traducción de Álvaro Núñez Vaquero. Trotta.

Becchi, P. (2012). *El principio de la dignidad humana*. Fontamara.

Bernal Gómez, B. (2010). *Historia del derecho*. Ciudad de México: Nostra Ediciones.

Beuchot, M. (2015). *La hermenéutica y el ser humano*. Paidós.

Bilbeny, N. (2012). *Ética intercultural*. Plaza y Tecnológico de Monterrey.

Blasco, P. L. (Ed.). (2013). *La justicia entre la Moral y el Derecho*. Trotta.

Bobbio, N. (2001). *El futuro de la democracia*. Tercera edición. Fondo de cultura económica.



Camps, V. (2013). *Historia de la ética*. RBA Libros.

Chevalier, J. (2015). *El Estado de Derecho*. Traducción de Oswaldo Pérez Orozco.
Universidad Externado de Colombia.

Commanduci, P. (2002). 'Formas de Neoconstitucionalismo(s): Un análisis metateórico',
Isonomía, no. 16, pp. 89-112.

De la Torre Martínez, C. (2005). *La recepción de la filosofía de los valores en el derecho*.
Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México.

Dworkin, D. (1984). *Los derechos en serio*. Traducción de Marta Guastavino. Ariel.

Ibañez, P. A. (2009). "Imparcialidad judicial e independencia judicial", en *Ética Judicial: Reflexiones desde Jueces para la Democracia*. Fundación Antonio Carretero.

Ferrajoli, L. (2011). *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, segunda edición. Traducción de Andrés Perfecto Ibáñez. Editorial Trotta.

Ferrajoli, L. (2014). *La democracia a través de los derechos: El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez. Trotta.

Fioravanti, M. (2001). *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. traducción de Manuel Martínez Neira. Editorial Trotta.

Fioravanti, M. (2014). *Constitucionalismo: Experiencias históricas y tendencias actuales*. Traducción de Adela Mora Cañada y Manuel Martínez Neira. Editorial Trotta.



Frondizi, R. (1972). ¿Qué son los valores? Introducción a la axiología. Fondo de Cultura Económica.

Gargarella, R. (2014). *Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Siglo Veintiuno.

Guariglio, O. (1992). “Kantismo”, en: en: Victoria Camps, Oswaldo Guariglia y Fernando Salmerón, eds., *Concepciones de la ética*. Trotta.

Guastini, R. (1998). “Derecho dúctil, Derecho incierto”. (Trad. M. Gascón). *Anuario de Filosofía del Derecho*, XIII, pp. pp. 111-123.

Guerra Palmero, M. J. (2015). *Jurgen Habermas: La apuesta por la democracia*. Bonallete Alcompas.

Habermas, J. (1985). *Conciencia moral y acción comunicativa*. Ediciones Península.

Habermas, J. (2010). *Facticidad y validez*. Traducción de Manuel Jiménez Redondo. Sexta edición. Trotta.

Häberle, P. (2001). *El Estado constitucional*, traducción de Héctor Fix-Fierro. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México.

Häberle, P. (2008). “La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales: una contribución para la interpretación pluralista y ‘procesal’ de la Constitución”, *Academia, Revista sobre enseñanza del Derecho*, año 6, no. 11, pp. 29-61.



Hoyos Vásquez, G. (1998). "Filosofía latinoamericana significa uso ético de la razón práctica, *Isegoría*, 19.

Leiter, B. (2015). "Realismo jurídico estadounidense", en: Jorge Luis Fabra Zamora y Álvaro Nuñez Vaquero, eds., *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, Vol.1. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

Lifante Vidal, I. (2018). *Argumentación e interpretación jurídica: escepticismo, intencionalismo y constructivismo*. Valencia: Tirant lo Blanch.

MacIntyre, A. (2006). *Historia de la ética*. (Trad. R. J. Walton). Paidós.

Martínez Navarro, E. (2000). *Ética para el desarrollo de los pueblos*. Trotta.

Martínez Roldán, L. (2009). "Relativismo ético y discrecionalidad judicial", *Persona y Derecho*, 61, pp. 115-142.

Mejía Quintana, O. (2011). *Norma fundamental: Derecho y democracia en Habermas*. Calí: Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III (Madrid) y Universidad Autónoma de Occidente (Colombia).

Monsiváis Carrillo, A. (2006). "Democracia deliberativa y teoría democrática: una revisión del valor de la deliberación pública", *Revista Mexicana de Sociología*, 68, No. 2.



Moreno Lax, A. (2008). “Jürgen Habermas: Entre la ética del discurso y la ética de la especie”, *Tópicos*, no. 35, pp. 93-112.

Munoz Conde, F. y García Arán, M. (2010). *Derecho penal, parte general*. Octava edición. Tirant lo Blanch.

https://www.derechopenalenlared.com/libros/Derecho_Penal_Parte_General_Munoz_Conde_Mercedes_Aran.pdf

Oakeshott, M. (2007). *La actitud conservadora*. Traducción de Javier Eraso Ceballos. Sequitur.

Oliva Martínez, J. Daniel y Diego Blázquez Martín. (2007). *Los derechos humanos ante los desafíos internacionales de la diversidad cultural*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Pozzolo, S. (2017). “Neoconstitucionalismo”, *Eunomía Revista en Cultura de la Legalidad*, No. 11, octubre 2016-marzo 2017, pp. 142-151.

Prieto Sanchís, L. (2009). *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Segunda edición. Trotta.

Putnam, H. y Habermas J. (2008). *Normas y valores*. (Introducción, traducción y notas de J. Vega Encabo y F. J. Gil Martín). Trotta.

Rawls, J. (1995). *Teoría de la justicia*. Segunda edición. (Trad. M. D. González). Fondo de Cultura Económica.



- Ruiz Miguel, A. (AÑO). *Una Filosofía del Derecho en modelos históricos de la Antigüedad a los inicios del constitucionalismo*. Segunda edición revisada. Trotta.
- Ruiz Miguel, A. (2014). "La función del Derecho en un mundo global", en: Alfonso Ruiz Miguel, ed., *Entre Estado y Cosmópolis: Derecho y justicia en un mundo global*. Trotta.
- Sagües, N. P. (2016). "El concepto de desconstitucionalización", *Revista de derecho*, No. 2, enero de 2016, pp. 181-195.
- Sahuí, A. (2011). *Razonar en pública: La filosofía política de Habermas*. *Signos filosóficos*, 13 (26), pp. 63-85.
<https://www.scielo.org.mx/pdf/signosf/v13n26/v13n26a4.pdf>
- Salazar Ugarte, P. (2006). *La democracia constitucional: una radiografía teórica*. Fondo de Cultura Económica.
- Sobrevilla, D. (2007). "La concepción habermasiana del derecho", *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, no. 30, pp. 563-579.
- Stark, C. (2005). "Introducción a la dignidad humana en el derecho alemán", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, No. 9, pp. 489-497.
- Thiebaut, C. (1992). "Neoaristotelismos contemporáneas", en: Victoria Camps, Oswaldo Guariglia y Fernando Salmerón, eds., *Concepciones de la ética*, Madrid, Trotta.



Tobón, S. (2009). "Del uso público de la razón a la idea de razón pública", *Ratio Iuris* (UNIAULA), no. 8, pp. 93-104.

Velásquez, J. L. (1999). "Ética analítica y ética aplicada", *Cuaderno gris.*, No. 4, pp. 151-164.

Camarillo Govea, L. y Rosas Rábago. (2016). El control de convencionalidad como consecuencia de las decisiones judiciales de la Corte Interamericana de Derechos. *Revista IIDH*, 64, pp. 127-159.

Expediente 1798-2015

Expediente 4785-2017

Expediente 1258-2018